



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.

INCORPORADA A LA UNAM

CAMPUS CUERNAVACA
FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS SOBRE LA EXISTENCIA DE LA PERSONALIDAD
DEL NASCITURUS**

TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

JUAN ARTURO NEPOMUCENO LINARES

ASESOR: SERGIO RAÚL ZERMEÑO NÚÑEZ

CUERNAVACA, MORELOS.

OCTUBRE 2011



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.

Dedicado a:

Sin mayor o menor número de importancia;

A Mi Dios en el que tanto creo y del cual eh recibido tanto mereciendo tan poco, gracias a El que me brinda la oportunidad de gozar y ser testigo de tan milagroso evento como lo es la presente titulación, gracias por aun tenerme con vida, con salud y con abundancia, El que siempre lo eh dicho...soy su consentido!

A la memoria de mi Madrina la Señora Silvana que le dedico día a día mis más humildes agradecimientos a la que me guio, me guía y me guiara en mi camino por la vida, la mujer que siempre eh querido como mi madre, que con o sin su apoyo hubiera obtenido el logro presente, pero sin su ayuda hubiera sido más difícil, y ella me facilito las cosas, y que por siempre vivirá en mi corazón, y día a día honro su vida y su obra.

y su hermano Ing., Eduardo ambos de apellidos Assael Pont remolí, a su esposa la C. Raquel y a la madre de los anteriores, la Señora Raquel y a toda la Familia Assael, que después de que mi madrina fuera a aprender nuevas cosas, fueron los encargados de siempre velar por mi bien-estar y en lo educativo aun mas, porque, me mostraron lo que es DAR, sin esperar recibir NADA A CAMBIO, por mostrarme siempre el valor DE LA PALABRA y el cumplimiento de UNA PROMESA, porque siempre conté con una palmadita en la espalda en señal de apoyo a lo que tanto me aferraba,

a mis padres Juanito Nepomuceno Andrés y Reyna linares octaviano, porque a pesar de las circunstancias, de las adversidades, conflictos y creencias siempre han estado conmigo a mi lado, y siempre me eh sentido pequeño a su lado, al ver los grandes logros que ellos han obtenido en su vida, y por soportarme en los momentos agradables y los no tan agradables, pues siempre lo eh dicho...el lidiar conmigo ya es un reto, y siendo hijo de unos seres maravillosos, valla reto!!

A mi hermosa y maravillosa hermana, MARIANA NEPOMUCENO LINARES el ser humano MUJER del cual el apoyo que eh logrado tener y sentir han sido únicos, mi siempre niña que en su momento cuide y eduque, por ser el humano el cual escogí para

poder llegar a conocer y sentir el verdadero amor filial, la verdadera hermandad, TE AMO TITA.

Al Dr. Carlos E. Cuenca Dardon, ya que sin su inmensa ayuda no hubiera sido posible el ser egresado de esta universidad, un ser humano excepcional que pedí conocer para impulsarme aun mas a seguir adelante, por su valiosa amistad, y generosidad, por sus consejos y su valioso tiempo. A su familia la señora Vicky, sus hijos, Carla, Carlos y Rodrigo que desde pequeños los conozco.

A Mi tía Isabel y mi sobrina Alejandra Belén ambas de apellidos Linares Octaviano, pues antes de ser tía es mi amiga, mi apoyo incondicional y un pilar muy fuerte para ser quien soy, mi Prima que siempre me alaga tanto sin yo creer ser merecedor de tan sublimes palabras.

A la Familia Valle Urióstegui, en especial a Yesenia que es mi segunda hermana, que tanto amo y con la cual eh vivido y viviré momentos increíbles, puesto que necesite estudiar en esta universidad para poder llegar a conocer a esta mujer extraordinaria y única en mi vida.

Y por supuesto Nay Luna Casanova que siempre creyó y tuvo la fe del mundo depositada en que cumpliría mi contrato y misión grabada en la vida, A mis locos seguidores files, Uriel Arce, Alina Sánchez, Mariana Kontla, Itzel Reyes, Katy Carvajal, Rosario Díaz, Martha Martorell, Alicia Yoshino, Cecilia Nava y a todos los locos de G. VI y G. XLI que creen en un mundo mejor

A los apoyo en la iglesia Estela Barona,..... por su apoyo anónimo durante tantos años y que algunos conozco, otros no tanto pero que domingo domingo siempre me regalaban un saludos y una agradable sonrisa que contagiaba su ánimo y fuente de inspiración para continuar.

A los cuidadores de carros, Goyo, Victor, Manuel, Juanito, Doña José, a los que estuvieron, están, y seguirán en tal oficio en esa iglesia,

A mi aun desconocido amigo Adrian Felipe Morales Muñoz quien pedí conocer desde mucho antes de nacer para darme cuenta de lo que es una amistad a ciegas, y conocer a uno de ellos mejores seres humanos que existen en mi vida, a todos los pareceros Ximena Azcarate, Mariela Díaz, Freddy Sierra, Joanna Irlles, Juan David Mayra Sarmiento, Vanessa Pinzón, Luisa Bastos, y a todos los colombianos que me han brindado su corazón sin distinción de nacionalidades.

A mi México; mi patria, mi tierra en la cual me desenvuelvo por el orgullo que siento de ser fiel a mi patria y a mi bandera, por mis hermanos mexicanos, por ser mi país mi fuente de riqueza porque pedí nacer y morir en suelo mexicano, porque mi México me ha dado tanto, porque creo en mi país, y tengo fe en él, le trabajaré y le honraré a mi país a mis hermanos mexicanos y a los que aman tanto como yo a él.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN _____	2
--------------------	---

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS _____	3
-------------------------------	---

NASCITURUS _____	3
------------------	---

EL NASCITURUS COMO PARTE DE LA MUJER _____	3
--	---

SITUACIÓN JURÍDICA DEL QUE ESTÁ POR NACER _____	4
---	---

PRINCIPALES DERECHOS DEL QUE ESTÁ POR NACER _____	5
---	---

CURATOR VENTRIS _____	5
-----------------------	---

PRESUNCIÓN DE LA ÉPOCA DE LA CONCEPCIÓN _____	6
---	---

ANTECEDENTE INCRIPCIÓN DE NACIMIENTOS _____	6
---	---

BENEFICIOS DEL *NASCITURUS*:

1) Derecho a la vida y protección a sus derechos _____	8
--	---

2) El derecho a la libertad _____	8
-----------------------------------	---

3) Derecho sucesorio _____	9
----------------------------	---

4) Derecho de ciudad _____	9
----------------------------	---

CAPÍTULO II

DOCTRINA

a) PRESUNCIÓN DE LA ÉPOCA DE LA CONCEPCIÓN _____	10
--	----

b) PRIMERA DOCTRINA: HAY PERSONA DESDE EL NACIMIENTO _____	10
--	----

c) SEGUNDA DOCTRINA: EL NASCITURUS COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO. _____	11
--	----

d) TERCERA DOCTRINA: PERSONA DESDE LA IMPLANTACIÓN _____	12
--	----

e) DOCTRINA ALEMANA DE LA SITUACIÓN INTERMEDIA _____	14
--	----

1) LAS ESPERANZAS DE ADQUISICIÓN _____	15
--	----

2) LAS EXPECTATIVAS PROPIAMENTE DICHAS _____	15
--	----

f) LA DOCTRINA DEL DERECHO FUTURO _____	16
---	----

g) TEORÍA DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS INTERINAS _____	16
--	----

1) LAS TITULARIDADES TEMPORALES LIMITADAS _____	17
---	----

2) LAS SITUACIONES JURÍDICAS CARENTES DE FIRMEZA _____	17
--	----

3) LAS SITUACIONES JURÍDICAS DE PENDENCIA _____	17
---	----

h) OPINIÓN _____	17
------------------	----

CONCEPTO DE LA VIDA	
CONCEPTO BIOLÓGICO _____	19
CAPITULO III.	
MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DEL CONCEBIDO _____	24
FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL _____	25
DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO _____	27
-ARTICULOS 22, 1314 y 2357 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL _____	28
-ARTÍCULO: 329, 333 y 334 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL _____	28
EL NASCITURUS Y SU PROTECCION JURIDICA _____	29
EL NASCITURUS EN EL CODIGO CIVIL	
A).- PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1836 _____	29
B).- PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1851 _____	30
C).- PROYECTO DE LEY DEL LIBRO PRIMERO DEL CODIGO CIVIL DE 1869 _____	30
D).- ANTEPROYECTO DEL LIBRO TERCERO DE 1885-1888 _____	30
E).- PRIMERA EDICIÓN DEL CODIGO CIVIL _____	30
EXPECTATIVA DE DERECHO	
1.- CONCEPTO _____	31
2.- ESTRUCTURA DE LA EXPECTATIVA DE DERECHO _____	32
3.- VIDA DE LA EXPECTATIVA DE DERECHO _____	33
4.- EXTINCIÓN DE LA EXPECTATIVA _____	33
5.- SINTESIS DE LA EXPECTATIVA DE DERECHO _____	34
6.- TITULAR Y TITULARIDADES DE LA EXPECTATIVA DE DERECHO _____	35
7.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPECTATIVA DE DERECHO _____	37

REDACCIÓN ACTUAL DEL CODIGO CIVIL _____	37
PROPOSICIÓN DE LEY SOBRE EL ESTATUTO JURIDICO DEL CUERPO HUMANO DE 3 MAYO DE 1995 _____	38

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO

SISTEMA JURÍDICO PARAGUAYO _____	38
SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO _____	40

CAPITULO V

DERECHO A DECIDIR EL NUMERO DE HIJOS/ABORTO-PROHIBICIÓN/ DERECHO A LA AUTONOMIA PROCREATIVA _____	40
--	----

LIBERTAD DE CONCIENCIA-LÍMITES/ LIBERTAD DE CULTOS- LIMITACIONES _____	41
---	----

EL NASCITURUS EXTRACORPORIS. _____	42
------------------------------------	----

LA PROCEDENCIA DEL AMPARO EN CONTRA DE UNA RESOLUCIÓN QUE AUTORIZA LA PRÁCTICA DEL ABORTO _____	47
--	----

CAPACIDAD DE GOCE DEL NACITURUS. _____	50
--	----

FIN DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS FISICAS. ____	54
---	----

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES _____	71
--------------------	----

BIBLIOGRAFÍA _____	77
--------------------	----

INTRODUCCIÓN

Desde los tiempos más remotos de la humanidad siempre se ha regulado el derecho a la vida y el derecho a vivirla desde el momento de su concepción como veremos a con el presente trabajo, el termino jurídico “Nasciturus” es un término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento. El nasciturus carece de personalidad jurídica, mas sin embargo, y dado que puede en el futuro tenerla, el derecho le reconoce una serie de derechos. Se encuentra protegido por el ordenamiento pues se le considera "un bien jurídico necesitado de tutela, puesto que la vida es el bien jurídico tutelado por la misma humanidad como el valor supremo que cualquier humano pudiera tener ya que sin este no sería posible la concepción de la sociedad.

¿Que se necesita para la construcción de una vida? Acaso solo un hombre, una mujer, un espermatozoide y un ovulo; y ya el proceso estaría casi completo...¿y en todo caso podría decirse que el proceso de VIDA estaría completo con ello?, pero que regula mientras tanto esa parte en la cual aun no podemos ver al nuevo ser humano físicamente... analizaremos como desde las épocas romanas el “Ser humano que aun no nace” tenia derechos jurídicos tutelados por el simple hecho de “tener vida” y que es en consecuencia motivo de regulación y de múltiples temas de discusión, puesto que el hecho de no tenerlo aun entre la sociedad no implica que sea desprotegido de sus derechos y dejarlo en estado de indefensión, así mismo como en la sociedad actual es una fuerte controversia en sobre el derecho a la vida o el derecho de las mujeres a ver si es o no responsable de la vida de un ser humano, puesto que como lo he dicho con anterioridad es parte de la sociedad.

Pero hasta que punto podemos decir que un “SER HUMANO” tiene ya los derechos y obligaciones, hasta que punto podremos decir con certeza jurídica que “ALGUIEN” que aun no nace tiene ya los derechos y obligaciones que un ciudadano común, ¿Desde qué punto tomamos como inicio de la vida?, ¿Acaso será desde el momento de la concepción?, ¿Desde el momento en que es concebido, la fecundación o quizá sea el punto de partida que busquemos sea desde el nacimiento o parto? ¿Que se necesita para la construcción de una vida?:un hombre, una mujer, un espermatozoide y un ovulo; y ya el proceso estaría casi completo...¿y en todo caso podría decirse que el proceso de VIDA estaría completo con ello?, pero que regula mientras tanto esa parte en la cual aun no podemos ver al nuevo ser humano físicamente... analizaremos como desde las épocas romanas el “Ser humano que aun no nace” tenia derechos jurídicos tutelados por el simple hecho de “tener vida” y que es en consecuencia motivo de regulación y de múltiples temas de discusión, puesto que el hecho de no tenerlo aun entre la sociedad no implica que sea desprotegido de sus derechos y dejarlo en estado de indefensión, así mismo como en la sociedad actual es una fuerte controversia en sobre el derecho a la vida o el derecho de las mujeres a ver si es o no responsable de la vida de un ser humano, puesto que como lo he dicho con anterioridad es parte de la sociedad. Y es cuando entran estas cuestiones a la mente del legislador es cuando se hace necesario analizar nuevas proyecciones del derecho en lo referente a estos sucesos frente al nasciturus, ya que es un hecho cierto que solo parte exclusiva de la humanidad tiene la posibilidad de ser estimulada en el vientre materno, lo cual según algunos estudios es fundamental para el desarrollo del cerebro y la mente humana entre otras cosas.

ANÁLISIS SOBRE LA EXISTENCIA DE LA PERSONALIDAD DEL NASCITURUS

CAPÍTULO I

I.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS NASCITURUS

De la persona concebida y aún no nacida se dice *“el que está en el útero”* o *“en el vientre”* o *“el que se espera nacer”*, los interpretes acuñaron la expresión *nasciturus* *“el que está por nacer”*; los juristas no sienten escrúpulos en hablar de *“hijos que aún no han nacido”*, o de *“hijo en el vientre”*, e incluso de infantes. La expresión *foetes* es propia para las crías de los animales. Al *nasciturus* no se lo consideraba persona, por lo que en la Antigua Roma el aborto estaba permitido; aunque, sin embargo, se le reconocían derechos al *nasciturus*. Por ejemplo, si la mujer embarazada estaba condenada a muerte, la ejecución se posponía hasta el nacimiento. También si el padre del nonato era senador al momento de la concepción, éste nacía con los privilegios de hijo de senador.

I.2 EL NASCITURUS COMO PARTE DE LA MUJER

Aunque el no nacido o *nasciturus* no esté todavía en la naturaleza¹ y se considere parte de la mujer, para determinados efectos jurídicos se tutela al concebido pero no nacido. La posibilidad de crearse relaciones jurídicas referidas al que está en el vientre de su madre permite a la jurisprudencia sentar la regla de que *“el concebido se tiene por ya nacido”* (*conceptus pro iam natus habetur*); con todo,

¹ (gayo, 2.203)

estas relaciones jurídicas están condicionadas a que la criatura nazca viva; sólo entonces se consolidan definitivamente.

El momento de la concepción de un ser humano fue de enorme importancia en el derecho romano. En efecto, sirvió para determinar, en algunos casos si el hijo nacía libre o esclavo y, por otro lado, se establecieron ciertos derechos a favor de esas futuras personas.

En cuanto a los derechos establecidos del que está por nacer, se reconocieron derechos hereditarios al hijo póstumo, esto es, al concebido pero no nacido al morir el padre. Para justificar jurídicamente el reconocimiento de derechos al que está por nacer, los romanos recurrieron a una ficción: estos derechos estaban sujetos a la condición suspensiva de que naciera la criatura, cumpliéndose todos los requisitos y pudieran llegar a tener la calidad de persona.

Si nacía, los romanos presumieron que esos derechos en suspenso hasta el momento del nacimiento, le habían pertenecido siempre.

La protección de los derechos eventuales del que está por nacer tiene una explicación: evitar que, por falta de protección esos bienes se enajenaran antes de nacer la criatura.

I.3 SITUACIÓN JURÍDICA DEL QUE ESTÁ POR NACER

Aunque el nacimiento determina el momento en que una persona comienza su existencia legal, ello no implica que se ignore o no se considere la situación de la criatura que se encuentra dentro del vientre materno. En efecto, el concebido mientras esté dentro del vientre

materno es protegido tanto en su integridad física como en relación con los derechos que le corresponderían en el evento de nacer.

Por lo menos en el ámbito patrimonial, el nasciturus es una persona eventual, por lo cual se le reservan y tutelan determinados derechos.

I.4 PRINCIPALES DERECHOS DEL QUE ESTÁ POR NACER

- El concebido puede ser instituido heredero o legatario, en cuyo caso los derechos hereditarios deferidos permanecerán en suspenso hasta el nacimiento.

“Los antiguos miraron a los que aun estaban en el vientre de tal modo que les conservaban íntegros sus derechos hasta el tiempo de nacer como ocurre en el derecho de herencias”².

- Se puede designar un curador se sus derechos eventuales **Ventris nomine**. Se admite la posibilidad de instituir heredero a los póstumos y el pretor concede la posesión hereditaria de los bienes a la madre en nombre del concebido.

I.5 CURATOR VENTRIS

Se utiliza cuando éste sea llamado a la herencia del padre. A petición de la madre se nombra un especial *curator ventris*, para administrar los bienes hereditarios. En relación con esta tutela del concebido está la regla general de Paulo, de port. D .1.5, 7. Se protege

² (Paulo,D.5.4.3)

al hijo concebido como si hubiera nacido, siempre que se trate de ventajas para él, pues antes de nacer no puede favorecer a nadie

- Estaba prohibido el aborto

Se califica al aborto procurado como lesión del derecho de la madre o del marido.

- La madre viuda encinta de un hijo póstumo podía pedir alimentos con cargo a la porción hereditaria que haya de corresponder a su hijo y, en garantía de ese derecho, podía entrar en posesión provisional de los bienes de la herencia (*missio in possessionem ventri nomine*).

- No se puede aplicar pena de muerte ni someter a tormento a la mujer embarazada sin antes extraerle al hijo.

I.6 PRESUNCIÓN DE LA ÉPOCA DE LA CONCEPCIÓN

De acuerdo con las doctrinas de Hipócrates, que la jurisprudencia acepta, la gestación dura no menos de seis meses completos y según una disposición de la ley de las doce tablas, no mas de diez meses completos también; de esta manera, a partir del día del nacimiento se pueden determinar el día inicial y el final de la época en que tuvo lugar la concepción.

I.7 ANTECEDENTE INCRIPCION DE NACIMIENTOS

Se conocen algunos documentos procedentes del Egipto romano, que demuestran la existencia de un registro oficial de

nacimientos. A partir de las *leyes Aelia*, *sentia* y *papia poppaea* de Augusto, del año 9 a.C., existió la obligación de declarar los nacimientos ante el magistrado. A Marco Aurelio se atribuye la disposición en torno al año 161 d.C., que obligaba a la *professio* o declaración del padre dentro de los primeros treinta días desde el nacimiento del hijo. En defecto de estos documentos podían servir como pruebas las declaraciones de testigos o de las cartas.

Como es bien sabido, fue el Derecho Romano el que estableció que el ser humano alcanzaría la capacidad jurídica y, por ende, la personalidad natural o física, hasta el momento de su nacimiento vivo y con forma humana. Antes del parto, se consideraba al embrión como parte del cuerpo y de las entrañas de la mujer: "*partus enim antequam edatur mulieris portio est, vel viscerum*" sin embargo, es necesario mencionar que los romanos tomaban en cuenta, para considerar el comienzo de una personalidad, al concebido, ya que para algunos efectos jurídicos se retrocede a un tiempo anterior al nacimiento, tomando en cuenta al hombre no nacido pero sí concebido, al *nasciturus*.

Así lo enseñó el erudito Agustín Bravo González³: "Los romanos han admitido que el infante simplemente concebido podrá prevalerse de un derecho, debe ser considerado provisionalmente como vivo y debe reservársele su derecho, bajo la condición de que nazca viable. De aquí esta sentencia aún verdadera: *infans conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* –el infante concebido se tiene por nacido, siempre que sea en su beneficio-." Por el contrario si algo le desfavorecía o le causaba un perjuicio la ficción no entraría en juego.

³ Agustín Bravo González, ob. cit

La expresión anterior no quiere decir que al concebido se le tuviera ya por nacido y gozara por lo tanto de capacidad jurídica, sino más bien que en ciertas condiciones la capacidad jurídica del nacido vivo se retrotraía en sus efectos al momento de la concepción.

Como se puede apreciar, el derecho romano protegía al *nasciturus*, entraba en defensa de su existencia física y de su integridad; le reservaba derechos que desde el momento del nacimiento se le habrían transmitido (siempre y cuando naciera vivo y viable), es por eso que su capacidad se calculaba desde el momento de la concepción, no así desde el momento del nacimiento.

I.8 BENEFICIOS DEL *NASCITURUS*:

1) Derecho a la vida y protección a sus derechos: En caso de que la madre incurriera en alguna falta que ameritara pena capital, mientras estuviera en estado de gestación, ésta era suspendida hasta que diera a luz. Los derechos del *nasciturus* eran protegidos y garantizados mediante la asignación de un *curator ventris*.

En el Derecho Romano sí fue tipificado el delito de aborto, pero el bien jurídicamente protegido no era la vida del producto de la concepción, sino el derecho que el marido tenía a procrear y por eso se estimaba que la mujer que se practicara un aborto defraudaba a la *sacra privata* de su marido. Posteriormente, con la *Lex Cornelia de sicarios et veneficis*, se consideraba un crimen cuando la mujer abortaba y por ello debía sufrir la pena de destierro.

2) El derecho a la libertad: En este caso, el sistema patriarcal que predominaba en roma determinaba el *status libertatis* tomando en

consideración al hijo habido en *iustæ nuptiæ*, es decir, dentro del matrimonio, y se determinaba su status por la concepción. Si no era éste su caso, entonces adquiriría la condición de la madre al momento del alumbramiento, como en el caso de las esclavas, aunque posteriormente el emperador Hadriano tomó el criterio de que si la madre llegó a ser libre durante la gravidez, aunque fuera por un instante, y recaía en esclavitud al momento del parto, el hijo nacería libre.

3) Derecho sucesorio: “Se exige que el heredero viva al producirse la herencia, puede heredar al *de cuius* el simplemente concebido; así, el hijo hereda a su padre muerto antes que él nazca, la madre pudo entrar como consecuencia de este principio en la posesión provisional de los bienes de la herencia paterna –*missio in possessionem ventris nomine*”.

4) Derecho de Ciudad: En cuanto al *status civitatis*, el simplemente concebido adquiriría la ciudadanía del *paterfamilias* al momento de la concepción, si dicha concepción había tenido lugar dentro de las *iustæ nuptiæ*, aunque la madre fuere peregrina al momento del parto. El *liberi vulgo quæsitii* (concebido fuera de matrimonio), tendría la nacionalidad que correspondiera a su madre, en el momento del alumbramiento.

Así podemos decir que el Derecho Romano otorgó protección al *nasciturus*. No es que se reconociera al feto intrauterino como sujeto de derecho, sino lo que se protegía eran los intereses de la futura persona; ya que si no se tomaran estas medidas, estos derechos resultarían ilusorios.

Hasta aquí podemos comprender claramente la lógica del Derecho Romano, pues estimaron que nada grave o insalvable podría ocurrir si se interrumpía el deferimiento u otorgamiento de una herencia o de un legado, durante las pocas semanas que faltaban para que se pudiera verificar si el *infans conceptus* podría ser considerado como póstumo y heredero, o no.

CAPITULO II

II.1 DOCTRINA

a) PRESUNCIÓN DE LA ÉPOCA DE LA CONCEPCIÓN

De acuerdo con las doctrinas de Hipócrates, que la jurisprudencia acepta, la gestación dura no menos de seis meses completos y según una disposición de la ley de las doce tablas, no más de diez meses completos también; de esta manera, a partir del día del nacimiento se pueden determinar el día inicial y el final de la época en que tuvo lugar la concepción.

La verdadera doctrina romanista, que entre otras cosas prohibía azotar o castigar una mujer embarazada (precisamente por no infligir daño a otra persona inocente, el *nasciturus*).

Las doctrinas a favor: distintos grados de permisibilidad.

b) PRIMERA DOCTRINA: HAY PERSONA DESDE EL NACIMIENTO

Esta doctrina era la prevaleciente en el antiguo Derecho Romano. Es representada actualmente por las doctrinas que

circunscriben ese reconocimiento a los ya nacidos en tanto alcancen y conserven cierto grado de desarrollo en sus capacidades mentales. Así, no todo ser humano es visto como persona, sino quienes por hallarse en posesión actual de su razón y conciencia de sí pueden considerarse moralmente autónomos. Entre sus exponentes más representativos se encuentran H. Tristram Engelhardt y Peter Singer⁴. Pero esta postura extrema es incompatible con nuestro ordenamiento legal.

c) SEGUNDA DOCTRINA: EL NASCITURUS COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO.

El criterio del Tribunal Constitucional de España es que sólo son titulares del derecho a la vida mentado por el artículo 15 de la Constitución Española *“los nacidos sin que quepa extender esa titularidad a los nascituri”*. En el caso de la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante un derecho fundamental mismo sino ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del artículo 15 de la Constitución Española, pero de no ser aquel viable no cabe asignarle ese carácter, con lo cual no contará con tutela constitucional. El Tribunal Constitucional de España explica que *“un bien jurídico es algo menos que un derecho fundamental. No es que la vida humana en formación carezca de tutela constitucional hasta el nacimiento, lo que ocurre es que su protección deriva del derecho fundamental a la vida de la persona. Desde el momento de la gestación nos encontramos ante una vida humana potencialmente persona”*. El *nasciturus* tiene potencialidad que, de ser contestes con el razonamiento del Tribunal Constitucional de España, los embriones y fetos vivos reputados no viables carecerían dado que no se los consideró *nasciturus*.

⁴ H. Tristram Engelhardt y Peter Singer, ob. Cit.

d) TERCERA DOCTRINA: PERSONA DESDE LA IMPLANTACIÓN

De acuerdo con una conocida posición sólo cabe admitir la existencia del ser humano a partir de los primeros 14 días de la fecundación, con la implantación estable del denominado pre-embrión en la pared del útero materno, convertido así en verdadero embrión. Hasta entonces, su posible división impediría atribuirle con carácter definitivo la individualidad propia de la persona. Se estaría así ante una formación vital que consiste en un conglomerado de células pero no ante un ser humano pues al poder devenir en dos o más sujetos, carece de individualidad. Tal posición, sostenida por el conocido genetista Juan Ramón Lacadena, encuentra respaldo en nuestro país en el informe producido por la Sociedad Argentina de Biología para los autos *“Rabinovich, Ricardo s/medida cautelar”*.⁵

Es claro que las dos primeras doctrinas a favor de la experimentación y estudios son contrarias a nuestro ordenamiento constitucional, y, en cuanto a la tercera, parece razonable, pero nuestra constitución protege a la persona desde su concepción, que no es lo mismo que decir desde que es embrión. Concepción es, como repetimos varias veces: la penetración del óvulo por el espermatozoide. Con lo cual ninguna de estas doctrinas se aplicaría en nuestro país para justificar la experimentación y estudios.

El artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país mediante la ley 23.849, establece que *“se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...”*

⁵ *Rabinovich, Ricardo s/medida cautelar, Informe Sociedad Argentina de Biología*

y el art 2° de la ley 23.849 aclara que “niño” es “todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los dieciocho años”. El art 6° de dicha Convención establece que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.⁶

El derecho de los padres a procrear y ejercer la patria potestad, el de los médicos a desempeñar su profesión, el de las asociaciones a comerciar y el de los miembros de la comunidad a beneficiarse con los frutos de la investigación científica, no puede ejercerse por sobre el derecho a la vida y a la integridad.

Ninguna decisión que comprometa el derecho a la vida o a la integridad física puede ampararse en el art 19 de la Constitución Nacional, pues trascendería el ámbito de las acciones privadas y afectaría a terceros.

Ahora bien, debemos recordar que nuestros Jueces no crean derecho, resuelven casos concretos, con lo cual los únicos embriones a los que se les aplicó la medida cautelar fueron los existentes al día del mismo. ¿Pero qué norma de aplicación general protege a los embriones fecundados *in vitro*? La respuesta es simplemente, “ninguna”, no hay legislación específica en nuestro país sobre tal tema. El fallo analizado trata de dar una solución a este vacío: la Constitución Nacional protege el derecho a la vida.

En nuestro ordenamiento constitucional todo ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos, y ante todo de los derechos a la vida y a la integridad física

⁶ Convención sobre los Derechos del Niño

y psíquica. Para esta posición, no es de mayor trascendencia que no haya leyes que protejan al embrión, ya que los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional sí protegen el derecho a la vida desde la concepción y, es más, antes de la reforma de 1994 este derecho era reconocido implícitamente en la primera parte de la Carta Magna (artículo 33). El art 18 de la Constitución Nacional protege el derecho a la integridad física y psíquica del embrión.

Algunos partidarios de esta doctrina son: el genetista Jérôme Lejeune, y desde la óptica jurídica el Dr. Jorge A. Mazzinghi, César Asteguieta y Roberto L. Andorno. Citando el trabajo de este último: *“El Derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro”*⁷ donde el autor expresa su preocupación porque el derecho asegure el respeto no sólo a la vida sino también como *“es el derecho alteridad y del derecho a la diferencia lo que principalmente está en juego en esta área”*, asegure su protección. El autor temía que mediante la experimentación y los estudios se llegue al Brave New World imaginado por Aldous Huxley.

e) DOCTRINA ALEMANA DE LA SITUACIÓN INTERMEDIA

THUR califica de expectativas los más diversos grados previos de los derechos, y de derechos en espera a aquellas expectativas que ofrecen un cierto grado de seguridad.

ENNECCERUS señala por su parte, que estos derechos de adquisición constituyen el grado previo de un derecho que nace de ellos mediante el cumplimiento de un cierto requisito adicional, sin que sea

⁷ Roberto L. Andorno. Citando el trabajo de este último: *“El Derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro”*

aún necesario un acto de adquisición, y se les considera ya prácticamente como derechos subjetivos. Para los derechos de adquisición de esta índole es propio el nombre de derechos de expectativa, o sencillamente, de expectativas. Aún dentro de ellas cabe distinguir, conjugando las características de derecho de adquisición y estado de pendencia, los derechos de expectativa en estado de pendencia, o sea, los derechos a adquirir un derecho si se cumple una circunstancia aún incierta. Tal es el caso de la titularidad condicional.

FERRARA señala que entre derecho y no derecho existe el derecho que deviene o su estadio de formación. Este estadio evolutivo se caracteriza por una incertidumbre o pendencia: no se sabe todavía si el hecho jurídico constitutivo del derecho llegará a reunir todos sus elementos y si surgirá o no el derecho. Esta expectativa puede ser más o menos, determinada y concreta, y así cabe distinguir tres grados de expectativas, o mejor aún, dos grados solamente, ya que en el tercero, el de los derechos ciertos pero todavía no exigibles (LOS DERECHOS A TÉRMINO), la certidumbre de los efectos del negocio jurídico importa ya a la titularidad presente del derecho, si bien la ejecución debe operarse en un tiempo posterior. Estos dos grados son

1) LAS ESPERANZAS DE ADQUISICIÓN.- que son meras eventualidades indeterminadas que no tienen trascendencia jurídica, y, por ende, no gozan de protección legal.

2) LAS EXPECTATIVAS PROPIAMENTE DICHAS.- En ellas se da un hecho adquisitivo realizado en parte, aunque sea incierto si llegara a completarse. Este estado de incertidumbre, mientras el supuesto de hecho no se completa, puede tanto referirse a la existencia misma del derecho como a su pertenencia. Pero estas expectativas si

producen efectos jurídicos, aunque no los mismos que produciría el derecho definitivo. Son efectos provisionales y de garantía, para asegurar precisamente la constitución del derecho definitivo. Estos efectos son generalmente limitaciones en el poder de disposición, medios conservativos, etc. Y encuadra FERRARA entre las expectativas los Derechos Condicionales.

f) LA DOCTRINA DEL DERECHO FUTURO

Encuentra su desarrollo en GIRARD, pero el germen se halla en la teoría del derecho eventual de DEMOGUE. Para GIRARD, el DERECHO FUTURO es aquel que no existe actualmente y cuyo nacimiento depende de la existencia de uno o más supuestos señalados por la ley. Pero el derecho futuro tiene cierta realidad en una situación jurídica preexistente, y precisamente de esa base real derivan su protección jurídica y su valor económico. Distingue, pues, GIRARD, el DERECHO FUTURO (verdadera expectativa de derecho con relevancia jurídica) del DERECHO CONDICIONAL (derecho ya nacido cuyos efectos están en suspenso) y de la SIMPLE EXPECTATIVA (mera esperanza de una ventaja que no es reconocida por el orden jurídico).

g) TEORIA DE LAS SITUACIONES JURIDICAS INTERINAS

La sustenta el profesor DE CASTRO quién entiende por situación interina la que nace con el signo de la limitación y responde a la finalidad transitoria de mantener un cierto status quo, mientras no se

den las circunstancias necesarias para que sea sustituida la situación jurídica por la interina. Distingue tres tipos de situaciones interinas:

1) LAS TITULARIDADES TEMPORALES LIMITADAS.- Que son las que constituyen los derechos subjetivos aplazados.

2) LAS SITUACIONES JURIDICAS CARENTES DE FIRMEZA.- Que son las que pueden desaparecer jurídicamente por diversas causas a las que están expuestas: así, las que están fundadas en títulos jurídicos válidos y eficaces, pero de valor inferior; las situaciones jurídicas viciadas; las de litigio.

3) LAS SITUACIONES JURIDICAS DE PENDENCIA.- Son situaciones de protección jurídica interina a favor del sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo.

Señala DE CASTRO como ejemplos de situaciones de pendencia: las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como a título particular, las hechas bajo condición; las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar; la de ciertos derechos hereditarios a favor de personas no concebidas; la reserva troncal; la reserva vidual; y los derechos eventuales del concebido y no nacido entre otras.

h) OPINIÓN

En el orden patrimonial el *Nasciturus* es un sujeto de expectativa de derecho recayendo sobre él la titularidad de la expectativa de derecho, por tanto, no es un sujeto indeterminado, dado que la prueba de su existencia así lo permite. Señala SEBAG en este sentido que “*el niño que va a nacer del que se indica el nombre del padre está*

perfectamente determinado”. Si no fuese así qué sentido tendría la representación legal otorgada por el Código civil en su Artículo 627 C.c. o la capacidad para ser parte otorgada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en su Artículo 6o ya que esa representación y capacidad se otorga a favor de alguien que está concebido pero que todavía no ha nacido.

Existe un cierto poder de disposición sobre las expectativas de derecho, ya que a través del representante legal del *Nasciturus* se puede aceptar expectativas de donaciones, herencias, etc. según resulten favorables o no al *Nasciturus* o cualquier otra expectativa de derecho patrimonial. La titularidad de disposición de la expectativa, no obstante, se encuentra limitada a su aceptación o no, pudiendo ser transmitida y susceptible de negociación una vez aceptada. Pero ante todo lo que se espera en la actuación del representante legal del *Nasciturus* es que conserve, administre y defienda las expectativas de derecho adquiridas.

La situación de pendencia exige de una protección jurídica interina que habrá de manifestarse no sólo extrajudicialmente sino judicialmente mediante representante legal, ya que en breve plazo de tiempo esas expectativas se convertirán en auténticos derechos subjetivos patrimoniales; también se exige su protección en base a los intereses que comporta sobre terceras personas la obtención en un futuro de determinados derechos, siendo el nacimiento con viabilidad del *Nasciturus* la única condición para que puedan producirse tales derechos.

No ocurre lo mismo con los derechos de alimentos y con los de carácter personal que salvo la Nacionalidad y la vecindad civil, los

demás pueden ser adquiridos como tales derechos antes del nacimiento, tal es el caso del derecho a la vida, a la representación legal, a la patria potestad, a la adopción y a la filiación.

II.2 CONCEPTO DE LA VIDA

II.2.1 CONCEPTO BIOLÓGICO

El *naciturus* procedencia o improcedencia del amparo contra la resolución que autoriza la práctica del aborto⁸

En la actualidad ya no existe duda de que el no nacido es un ser humano; así lo declara la genética, la embriología, la inmunología, los estudios por ultrasonido, etc.

El ser humano tiene una reproducción sexuada. Depende de dos células: el espermatozoide (del hombre) y el ovocito (de la mujer), cada una de las cuales por separado es altamente especializada, pero no es un ser humano. Sin embargo, cuando estas dos células se unen en la concepción, llevando cada una su mensaje genético dentro de 23 cromosomas, entonces comienza la vida de un nuevo ser humano con sus 46 cromosomas. Desde ese instante ese nuevo ser humano ya tiene su sexo y grupo sanguíneo, que pueden ser diferentes al de la madre. También en ese momento de la concepción está determinado el

⁸ Marco Antonio García Triñaque quien con estudios de bioética explica cuándo comienza la vida humana.

color de los ojos y de la piel, así como otras características físicas, incluso hasta la posibilidad de algunas de las enfermedades que este nuevo ser humano pueda sufrir en el futuro. Este nuevo ser es distinto del padre y de la madre y posee su propio ADN.

El cigoto o nuevo ser humano, al cabo de seis días de fecundado, se implanta en el útero de su madre en etapa de *blastocisto*. Existe el criterio erróneo de nombrar en las primeras etapas de desarrollo del embrión como "*pre-embrión*" sosteniendo que en dichas etapas no hay aún vida humana justificando así el uso de los dispositivos intrauterinos (DIU o IUD) o las hormonas que producen microabortos, como algunas de las mal llamadas píldoras anticonceptivas; la anticoncepción de emergencia o píldoras del día siguiente; y la experimentación con embriones.

Pero una vez que el ovocito es fecundado y comienza la vida del cigoto ha comenzado una nueva vida humana y todo lo que atente contra ella, termina con la vida de una persona.

El Profesor Jérôme LeJeune Doctor en Medicina, Doctor en Ciencias, profesor de Genética Fundamental en la Universidad de París durante 20 años, director de la Clínica Genética del Hospital Pediátrico de París y descubridor de la causa genética del Síndrome de Down ante la Asamblea Legislativa del Estado de Louisiana (USA) el 7 de junio de 1990 afirmó:

“La vida tiene una historia muy, muy larga. Ha sido transmitida desde hace milenios en el género humano. Pero cada uno de nosotros tiene un momento de iniciación preciso, que es aquel en el cual toda la información genética, necesaria y suficiente, se reúne dentro de una

célula, el óvulo fertilizado, y este momento es el momento de la fecundación. No existe la más mínima duda sobre esto."

Sabemos que esta información está escrita en una especie de cinta que llamamos DNA (ácido desoxirribo nucleico). Es una molécula larga en la que, por medio de un código específico, están definidas todas las características de la futura persona. La cinta que está dentro del espermatozoide mide exactamente un metro de longitud, dividida en 23 pedacitos o cromosomas, y hay otra cinta de un metro dentro del óvulo; de manera que podemos decir que al principio de nuestra vida tenemos dos metros de cinta, en los cuales todo está codificado. Como una ayuda para entender cómo son de diminutas estas dos tablas de la ley de la vida, tengamos presente que la molécula de un metro de largo se enrosca tan apretadamente que cabe fácilmente en la punta de un alfiler. La vida está escrita en un lenguaje fantásticamente reducido. Cuando se emitió el fallo "Roe V. Wade" sabíamos que la información se hallaba dentro de la primera célula, pero nadie podía leerla, y nadie era capaz de anticipar su modo de manifestarse para que al final la información llegara a ser alguien vivo que nos dijera: *"Soy un ser humano"*.

Sabemos que la vida es muy parecida a lo que sucede con una cinta magnética en la que se ha grabado música. En la cinta misma no hay notas. En la grabadora no hay músicos ni instrumentos. No obstante, debido a que la información ha sido codificada en el momento en que era recibida por un micrófono y luego transmitida a la cinta, el tocacintas puede leer dicha información, dar impulso a los altoparlantes, y así, lo que se reproduce no son los músicos ni las notas de la partitura, lo que se transmite, si usted está escuchando *"la pequeña serenata"*, es el genio de Mozart.

Exactamente de la misma manera se ejecuta la sinfonía de la vida. Está escrita mediante un código muy especial en la molécula de DNA, y la primera célula es la primera parte del tocacintas magnético, que descifra el código y toca vida humana. Si la información que está dentro de la grabadora-esa primera célula-es información humana, entonces este ser es un ser humano. Sabemos que inicialmente hay un mensaje, y si este mensaje se deletrea al estilo humano, forma lo que es un ser humano. Comprendemos que la materia es solo materia. Pero la materia puede estar animada por determinada información que le da forma y permite la construcción de un nuevo ser. Ahora, dependiendo de si uno es un melómano o un aficionado, reconocerá más pronto o más tarde, que en el tocacintas se ha puesto un cassette de *"la pequeña serenata"*. Si usted es un melómano de verdad, al segundo compás reconocerá la música. Si es un aficionado necesitará escuchar toda la cinta antes de decir: *"Ahora sé que se trata de la pequeña serenata"*. La ventaja de la genética es que la ciencia es devota de la vida: nos damos cuenta de que se trata de la vida tan pronto se ejecutan los primeros compases.

Este punto de vista acerca de los datos informativos no es una mera ilusión, ni es una hipótesis metafísica. Es pura ciencia. Quienes no quieren aceptar sus implicaciones dicen a menudo que la vida es simplemente un dinamismo, un movimiento continuo. Hoy en día, lamentablemente, se congelan embriones humanos. A medida que baja la temperatura, el tiempo se detiene; y cuando se alcanzan temperaturas muy bajas, el tiempo se suspende. Pero los seres humanos que han sido congelados no están muertos; recobrarán su propia autonomía y empezarán a ser ellos mismos otra vez. Así que sabemos que se ha interrumpido la dinámica, el movimiento; pero si no

se ha destruido la información, la vida puede volver a comenzar. Hace 17 años no se podía decir nada acerca del contenido de la primera célula. Si se buscaba en su interior el mensaje genético que estaba codificado, se mataba a esa célula. Sucedió lo mismo con el embrión muy joven. Porque era imposible examinar el embrión de un día, de dos días o de una semana de edad y ver si tenía tal o cual característica, sin destruirlo, debido a la rudeza de la técnica.

Ahora tenemos un extraordinario descubrimiento, hecho hace cuatro años y que se utiliza en los laboratorios desde hace dos años. De un embrión de tres días que tiene de cuatro a ocho células, se extrae, en forma muy cuidadosa, una de esas células perforando la zona pelúcida, sacando la célula y volviendo a cerrar el diminuto orificio. Entonces, de la célula, con una nueva técnica llamada PCR o "*polimerización en cadena*" se reproduce el DNA de esa célula única y se llega a tener suficiente cantidad de tal DNA para analizarlo. Con la técnica en referencia se reproducen millones de copias de la molécula inicial del DNA en 24 horas. Es casi como un milagro porque funciona más rápido que la misma vida, pero utilizando los mismos procedimientos, esto es, una enzima especial en un ciclo especial tal como sucede en la naturaleza. Así, aún en un embrión de una semana de edad, con éstas nuevas técnicas podemos decir: "*es un hombre* " o "*es una mujer*". Va más allá de lo imaginable que los abogados, al conocer de repente que este embrión de una semana es un muchacho o una chica, no quisieran reconocer al mismo tiempo que es una persona humana.

Un segundo descubrimiento que cambió nuestra manera de considerar la composición genética humana en los últimos dos años fue hecho por Jeffries, quien súbitamente tuvo la ingeniosa idea de que

existían largos trechos del mensaje genético destinados únicamente a dar regularidad a las células. Por tal función específica podían resistir muchos cambios pequeños sin peligro para lo individual. El DNA específico de cada persona, al terminar de usar todo el procedimiento técnico, parece un conjunto de rayas de distinto ancho y colocadas a diferentes distancias, que conforman un patrón propio para cada ser humano. Se parece mucho al código de barras que nos encontramos en los productos del supermercado. De hecho, si comparamos el código de rayas de una persona con los de su padre y su madre, podemos reconocer que la mitad de las líneas específicas de la persona también se encuentra en las del padre y la otra mitad en las de la madre; así se obtiene la absoluta definición de la herencia y podemos determinar con un error menor a una vez en diez mil millones, que esa persona es la descendiente biológica de este padre y esta madre. Tal determinación es muy importante en el caso en que la paternidad deba confirmarse. Estamos en capacidad de detectar, más allá de cualquier duda, quién es el padre biológico y en vez de considerar al bebé como un criminal que debe eliminarse por el aborto, la sociedad debe reconocerlo como un ser humano.

CAPITULO III.

MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DEL CONCEBIDO

El marco normativo que trata acerca del nasciturus encuentra su fundamento en la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, código civil Federal, código penal Federal y la declaración de los derechos del niño, específicamente en los siguientes preceptos

III.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Art. 1o.- *En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece*

(ADICIONADO, D.O.F. 14 DE AGOSTO DE 2001)

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

(ADICIONADO, D.O.F. 14 DE AGOSTO DE 2001)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

“Art. 14. - *A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.*

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”

“Art. 17. - *Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.*

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Art. 22.- *Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.*

(REFORMADO, D.O.F. 3 DE JULIO DE 1996)

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto

de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

(ADICIONADO, D.O.F. 8 DE MARZO DE 1999)

No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

III.2 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Si bien no constituye ley, constituye una normativa aprobada y proclamada por unanimidad por la asamblea general de las naciones unidas el 20 de noviembre de 1959.

En el segundo párrafo del preámbulo dice: Consideramos que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento

III.2.1 ARTICULOS 22, 1314 y 2357 CÓDIGO CIVIL FEDERAL

“Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”

“Artículo 1314. Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337.”

“Artículo 2357. Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337”

III.2.2 ARTÍCULOS: 329, 333 y 334 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL

“Artículo 329.- Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”

“Artículo 333.- no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.”

“Artículo 334.- no se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora.”

III.3 EL NASCITURUS Y SU PROTECCION JURIDICA

Ello motiva que los hijos sean siempre los seres más queridos aunque para fortalecerlos ante los desafíos de la vida algunas veces se tenga que aplicar aquello de *“Quien más te quiere te hará llorar”*. El mundo del Derecho no debe desconocer esta realidad.

EL NASCITURUS EN EL CODIGO CIVIL

A).- PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1836

Estableció una regla general de protección del concebido en su Artículo 15 que decía que *“LOS QUE SE HALLEN EN EL VIENTRE DE SU MADRE SE REPUTAN NACIDOS EN CUANTO CONCIERNE A SU UTILIDAD; MAS PARA GOZAR DE ESTE BENEFICIO ES PRECISO QUE DESPUÉS NAZCAN VIVOS”*. Sin embargo en el resto del articulado no se recoge ninguna aplicación de esta regla general.

B).- PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1851

Regula diversos supuestos de protección al concebido en sus Artículos 606 y 607 con relación a la capacidad sucesoria; el Artículo 644 con relación a la nulidad del testamento por preterición del póstumo y en los Artículos 786 a 799 con relación a las precauciones que deben tomarse cuando la viuda queda encinta. Destacar que ya no se atribuye la posesión de los bienes hereditarios a la viuda, como sucedía en el Digesto (D.37.9) y en las Partidas (Part.3ª, tit.22, Ley 7).

C).- PROYECTO DE LEY DEL LIBRO PRIMERO DEL CODIGO CIVIL DE 1869

Establece en su Artículo 19 que *“LA CAPACIDAD JURIDICA SE ADQUIERE POR EL NACIMIENTO; MAS EL INDIVIDUO LUEGO QUE ES PROCREADO ESTÁ YA BAJO EL AMPARO Y PROTECCIÓN DE LA LEY, QUE LE TIENE POR NACIDO PARA LOS EFECTOS DECLARADOS EN EL PRESENTE CÓDIGO”*.

D).- ANTEPROYECTO DEL LIBRO TERCERO DE 1885-1888

Recoge disposiciones concretas al referirse a las donaciones a favor del concebido (Artículo 622), a la revocación de donaciones por superveniencia de hijos (Artículo 643), a la capacidad para suceder (Artículo 741 y 742) y a las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta (Artículo 968 a 976).

E).- PRIMERA EDICIÓN DEL CODIGO CIVIL

Como otros códigos europeos protege al concebido de manera aislada sin establecer una regla general así el Artículo 29 decía que:

“EL NACIMIENTO DETERMINA LA PERSONALIDAD, SIN PERJUICIO DE LOS CASOS EN QUE LA LEY RETROTRAE A UNA FECHA ANTERIOR LOS DERECHOS DEL NACIDO”. Sin embargo, la doctrina entiende que con esta fórmula se ha ampliado el número de supuestos siendo una regla general.

EXPECTATIVA DE DERECHO

1.- CONCEPTO

La definen Ignacio de Casso y Francisco Cervera como la posibilidad más o menos cercana o probable de conseguir un derecho, acción, herencia, empleo u otra cosa, al ocurrir un suceso que se prevé o al hacerse efectiva determinada eventualidad.

Siguiendo en todo lo demás a Manuel Iglesias Cubria decir que hace referencia a una situación jurídica en que la nota común es un estado de pendencia originado por circunstancias que determinan que la naturaleza y finalidad de la situación sea, de suyo, transitoria. Con ella, se trata siempre de mantener un *status quo*, en tanto no se den las circunstancias necesarias para que sea sustituida la situación así nacida por la definitiva. Y esta situación de pendencia obedece a la inexistencia presente de algún elemento (personalidad jurídica definitiva) que ha de ser esencial a efectos definitivos, de una relación jurídica, que por lo demás es completa y se espera que aquel elemento haya de generarse en un momento futuro.

La expectativa de derecho se diferencia de la simple esperanza en que esta última no adquiere carta de naturaleza jurídica y resulta irrelevante para el Derecho. También se diferencia de los llamados

“Derechos en Formación” y de los *“Derechos expectantes aplazados”* ya que aquélla no nace en función de una cadena de hechos, sino que por la mera circunstancia de haberse producido el hecho *“cualificado”* (fecundación) surge la expectativa, mientras que puede haberse desencadenado una serie prolongada de hechos sin que se haya llegado todavía a formar una expectativa. También la expectativa se diferencia de los llamados *“Derechos de Modificación”* que vienen éstos a determinar el nacimiento, la extinción o la nueva configuración de un derecho subjetivo dependiendo de una voluntad determinada.

En la expectativa de derecho una vez producido un determinado hecho, nace para un sujeto una determinada situación jurídica que se objetiva, es decir, que no queda ya a merced, ni de la voluntad del pre-titular o constituyente de la situación, ni del nuevo titular o expectante, quedando en ese intervalo con una vida específica propia que merece protección jurídica, que es evaluable, transmisible, susceptible de negociación como entidad autónoma e independiente y que puede desembocar en un derecho subjetivo con una titularidad definitiva que interinamente no había permitido completar la existencia de un evento futuro y objetivamente incierto, causa de la pendencia.

2.- ESTRUCTURA DE LA EXPECTATIVA DE DERECHO

Uno de los elementos de la expectativa más importantes es el sometimiento a un evento –normalmente futuro, aunque puede ser pasado o presente pero ignorado– que, actúa suspendiendo transitoriamente el efecto jurídico. Y la característica más acusada en el evento futuro consiste en que crea una incertidumbre para el titular expectante que afecta a su derecho, y esta afección se determina por ser una incertidumbre de atribución de titularidad propiamente dicha

(que es el caso) o puede también versar sobre la existencia misma del derecho.

3.- VIDA DE LA EXPECTATIVA DE DERECHO

La expectativa de derecho vive sólo durante esa interinidad que media entre el hecho causante y el cumplimiento o frustración del evento. En ese intervalo se considera que el derecho está perfecto “en potencia”, pero para que surja a la vida es preciso la realización de aquél evento. Más exactamente, se ha de hablar de la posibilidad de la existencia del derecho futuro en concreto y que en la expectativa lo que el ordenamiento jurídico protege es esa posibilidad inmediata, esa aptitud de titularidad efectiva futura. Si hemos de hablar de derechos presentes en la expectativa sólo existe el derecho a la posibilidad de la adquisición, pudiendo llegar a identificarse con una titularidad potencial de adquisición de un derecho.

4.- EXTINCIÓN DE LA EXPECTATIVA

La expectativa se extingue si aquella incertidumbre, que actúa de suspensivo del efecto jurídico, desaparece, bien porque se actualice o haga real el evento incierto –cumplimiento (Nacimiento)–, o porque se adquiere la certeza del incumplimiento –frustración (aborto)–. De aquí que en el primer supuesto la atribución se produzca a favor del titular expectante (*Nasciturus*) que pasa a ser definitivo. En el otro supuesto, se desvanece el intento de su creación y la antigua situación jurídica queda consolidada en torno a su primitivo titular o sus sucesores, teniendo al *Nasciturus* porque nunca ha existido.

Esto no quiere decir que su existencia haya sido meramente espectral, ya que la expectativa tiene una entidad jurídica que merece protección del ordenamiento y pudo haber determinado una serie de medidas de conservación, tutela y administración, e incluso pudo haber circulado en el mundo del tráfico jurídico, pasando por sucesivos titulares, de tal suerte que el estudio de todos estos fenómenos y vicisitudes constituyen el objeto de los derechos patrimoniales eventuales y de sus posibles modificaciones jurídicas.

5.- SINTESIS DE LA EXPECTATIVA DE DERECHO

En resumen la expectativa de derecho a juicio de MANUEL IGLESIAS CUBRIA presenta una situación jurídica que está integrada por un aspecto activo formado por:

— Un hecho jurídico cualificado como determinante de la situación de pendencia (fecundación).

— Un titular expectante (Nasciturus) posible titular definitivo del derecho futuro, si se cumple el evento (Nacimiento con vida).

— Una relación de causa a efecto inmediata y eficiente entre el hecho cualificado y el derecho definitivo que se espera. (Nacimiento equivale a obtener el derecho subjetivo).

— Un evento objetivamente incierto (Nacimiento con vida), determinante de la interinidad, que afecta ya a la existencia del derecho mismo, bien a su titularidad.

Y un aspecto pasivo integrado por:

— Un pre-titular o titular presente (Donante p.ej.) del derecho que puede resultar afectado, modificado o extinguido, si el evento (Nacimiento con vida) se produce.

— Una vinculación jurídica que liga al bien patrimonial con el pre-titular, que nace o proviene del negocio o título creador de la posibilidad del advenimiento del derecho (herencia, donación etc.) o de la ley.

— Esta vinculación jurídica crea un estado de sujeción en el sentido de poder tener por nulos los negocios jurídicos concluidos en contravención con aquélla sujeción, que permanece mientras dure la situación de pendencia, ya que el evento (nacimiento) afecta sólo a la adquisición o pérdida definitiva del derecho subjetivo, pero no a la existencia del contrato que existe y produce efectos jurídicos transitorios, si bien puede resultar ineficaz a efectos finales por frustración del evento (aborto). Y a indemnizar el deudor por los daños y perjuicios causados por contravenir el estado de sujeción de los bienes.

— Cuando esta vinculación jurídica venga objetivada sobre bienes o cosas materiales en las que es posible un aseguramiento real para el caso de ejecución, - por ejemplo por vía de embargo- y es indudable que en tales casos la sujeción creada por el estado de pendencia recae sobre cosas materiales en las que el Código civil (Artículos 1.119,1.120 y 1.122) permite una condena a dar la cosa misma ya que no sería justo acudir al equivalente como indemnización por daños y perjuicios.

6.- TITULAR Y TITULARIDADES DE LA EXPECTATIVA DE DERECHO

En toda situación jurídica de pendencia se pueden distinguir:

a) EL TITULAR EXPECTANTE (Nasciturus) que es el sujeto al que vendrán atribuidas las utilidades o ventajas, si el evento pendiente se resuelve a su favor. Interinamente es, a su vez, titular de la expectativa de derecho.

b) EL PRETITULAR (Donante o coheredero del Nasciturus p.e.) que durante la pendencia, es todavía titular presente, como persona a la que hacen referencia las utilidades, intereses o ventajas que van a ser transmitidas al expectante si el evento se resuelve para éste, o se consolidarán sobre el pretitular, si aquél (evento-nacimiento con vida) falla.

c) CONSTITUYENTE (Donante, Causahabiente) que es ya un sujeto, vivo o muerto, pero cuya voluntad manifestada fue tomada en consideración por el ordenamiento como capaz de generar la situación de pendencia, derecho o vinculación patrimonial eventual.

d) TITULAR INTERINO o más bien SUJETO ADMINISTRADOR (representante -administrador del Nasciturus) que es la persona a la que el ordenamiento permite que se atribuyan durante la situación de pendencia las facultades de ejercicio, administración y defensa jurídica y judicial de la expectativa de derecho o intereses en pendencia. Este sujeto no tiene facultades de disposición, salvo especial cumplimiento de mandato judicial en circunstancias excepcionales. Pero deben defender, garantizar y conservar el bien patrimonial afecto por la vinculación eventual, haciendo así exigibles y por ende eficaces las obligaciones que de ella derivan dentro de la fase de pendencia.

7.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPECTATIVA DE DERECHO

En la doctrina jurídica, el concepto de expectativa todavía es impreciso y vacilante distinguiendo diferentes teorías sobre expectativa de derecho, a saber:

1) La que la considera como una situación intermedia, un grado de desarrollo del derecho subjetivo, la sostienen la casi totalidad de juristas alemanes e italianos (ENNECCERUS, THUR, FERRARA).

2) La que ve en la expectativa de derecho un derecho futuro, la sostienen autores franceses (DEMOGUE, TITULESCO, GIRAD).

3) Y en nuestra patria DE CASTRO desarrolla la teoría de las situaciones jurídicas interinas.

III.3 REDACCIÓN ACTUAL DEL CODIGO CIVIL

El Artículo 29 del Código Civil recoge una regla general de protección del *nasciturus*, al establecer que “...EL CONCEBIDO SE TIENE POR NACIDO PARA TODOS LOS EFECTOS QUE LE SEAN FAVORABLES”. Además, de esta regla general, el Código establece disposiciones concretas de este principio general, al contemplar las donaciones a favor del concebido (Artículo 627) y su capacidad de heredar tanto por testamento como *ab intestato* (Artículo 744 y 745) estableciendo diversas precauciones cuando la viuda queda encinta (Artículos 959-967). Por tanto, al constituirse el Artículo 29 del Código Civil como regla general, la protección atribuida en él al *nasciturus* se aplicará no sólo en los casos expresamente regulados, sino también en cualquier otro en que pueda derivarse para el concebido algún efecto

favorable. En este mismo sentido se manifiesta CARMEN CALLEJO RODRIGUEZ.

III.4 PROPOSICIÓN DE LEY SOBRE EL ESTATUTO JURIDICO DEL CUERPO HUMANO DE 3 MAYO DE 1995

Esta proposición de ley no fue admitida a trámite el 11 de Julio de 1995 pero es de destacar su Artículo 1º en el que se decía que *“Todo ser humano es una persona desde el momento de la fecundación hasta el de la muerte”* y en su Artículo 3º se decía que *“El embrión y feto humanos han de ser tratados conforme a lo dispuesto en el Art.1 de esta Ley y que no podrán ser objeto de experimentaciones, manipulaciones o tratamientos que impliquen peligro para su vida o salud salvo cuando tengan una finalidad terapéutica proporcionada en beneficio del propio embrión o feto”*. Añadiendo en su apartado 3º del mismo artículo que *“El embrión humano tiene derecho a desarrollarse en el organismo de su madre biológica, siendo ilícitas cualesquiera actuaciones opuestas a este derecho, las que lo impidan o suspendan temporalmente y las que imposibiliten su plena ejecución.”*. Dicha proposición actuaba de forma muy valiente protegiendo al *Nasciturus* en toda su extensión, si bien, la colisión de intereses frente a la madre, no es contemplada.

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO

IV.1 SISTEMA JURÍDICO PARAGUAYO

En el sistema jurídico paraguayo con respecto al *nasciturus* nos comenta María Elena Acevedo González.

Con la concepción se inicia la existencia de la persona de existencia física, la que hasta el parto recibe el nombre de “*persona por nacer*” (*naciturus*). Durante este periodo de la persona puede ser titular de derechos y obligaciones con la salvedad que estos derechos y obligaciones recién se consolidarán definitivamente sobre sí luego de operado el nacimiento, y si éste no se verifica se considera la persona como si nunca hubiera existido.

Al respecto, opina Ghirardi: *“Podemos sentirnos tentados a afirmar que ambas cosas son lo mismo, porque en principio es difícil advertir la diferencia que hay entre reconocer que una persona existe desde que concebida y que dicha existencia se convalida definitivamente con el nacimiento y decir que una persona existe desde que nace, aunque operado el nacimiento se retrotrae su fecha a la de la concepción. Pero esta aparente coincidencia deja de ser tal si pensamos que, con la segunda de las soluciones apuntadas durante todo el tiempo del embarazo el nasciturus no sería persona, por más que luego del parto adquiriera dicha calidad con retroactividad al momento de la concepción. Y así, si sostuviésemos esta tesis, deberíamos afirmar que un aborto no constituye nada reprochable, sino una mera manipulación de las entrañas de la madre, sin otra ulterioridad.”*

Pero creemos que la verdadera doctrina romanista, que entre otras cosas prohibía azotar o castigar una mujer embarazada (precisamente por no infligir daño a otra persona inocente, el *nasciturus*)”.

IV.2 SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

En el sistema jurídico colombiano con respecto al nasciturus nos comenta Jerónimo Duarte Riascos.

Los debates acerca del inicio de la vida son múltiples y se hacen mucho mas numerosos cuando se les añade una consideración legal; en su mayoría se acuerda en que existe diferencia entre la existencia biológica y la legal y en muchos casos, hay quienes sostienen que la concepción *per se* no es objeto ni justificación para la adquisición de derechos y menos aun de personalidad jurídica.

Por lo general, cuando se habla de derechos, se hace referencia directa al ser humano nacido pues el nacimiento, es comúnmente considerado con el principio de la existencia tanto legal como biológica. Cuando optamos por esta errónea aceptación estamos ignorando los derechos y protecciones de los cuales es sujeto el nasciturus, es decir, el no-nacido. Muchas han sido las opiniones encontradas alrededor del tema.

CAPITULO V

DERECHO A DECIDIR EL NUMERO DE HIJOS/ABORTO- PROHIBICIÓN/ DERECHO A LA AUTONOMIA PROCREATIVA

En atención a que la gestación genera un ser existencialmente distinto de la madre, cuya conservación y desarrollo, no puede quedar sometido a la libre decisión de la embarazada, y cuya vida está garantizada por el Estado, la disposición constitucional en virtud de la

cual “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos”, debe ser entendida en el sentido de que la pareja puede ejercer este derecho sólo hasta antes del momento de la concepción; por consiguiente, dicha norma no le da derecho para provocar la interrupción del proceso de la gestación, pues la inviolabilidad del derecho a la vida, esto es, a la existencia humana, que reclama la tutela jurídica del Estado, asiste al ser humano durante todo el proceso biológico que se inicia con la concepción y concluye con el nacimiento. No implica desconocimiento de la autonomía o autodeterminación de la mujer o de la pareja para decidir sobre tan trascendente aspecto de sus vidas, a través de las prácticas anticonceptivas, o que se ignoren los derechos a la dignidad personal, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, honor e intimidad personal y familiar, pues dicha autonomía y el ejercicio de los referidos derechos, debe compatibilizarse con la protección de la vida humana.

LIBERTAD DE CONCIENCIA-LÍMITES/ LIBERTAD DE CULTOS-LIMITACIONES

En lo que atañe a las libertades de conciencia y de cultos, garantizadas por la Constitución Política, en los artículos 18 y 19, respectivamente, se anota que el ejercicio de los derechos dimanantes de estas libertades, tiene como límites no sólo la salvaguarda de la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, elementos constitutivos del orden público, protegidos por la ley en el ámbito de una sociedad democrática, sino el derecho de los demás a disfrutar de sus libertades públicas y derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la vida del nasciturus. Por consiguiente, bajo el amparo de las libertades de conciencia y de cultos, no es procedente legitimar conductas que

conduzcan a la privación de la vida humana durante el proceso de su gestación.

EL NASCITURUS EXTRACORPORIS.

Nos referimos a un fenómeno de reciente aparición en la historia de la humanidad, provocado por el desarrollo de la investigación médica acerca de la reproducción humana, con el objetivo de auxiliar a las personas o parejas estériles o infértiles, para lograr la perpetuación.

Actualmente se ha establecido una especialidad médica denominada “Reproducción Humana Médicamente Asistida”, dentro de la cual se practican diversas técnicas terapéuticas, para fertilizar, fecundar, transferir, conservar, gestar y llevar a término embriones de la especie humana, a efecto de eludir los obstáculos fisiológicos que han impedido al o los pacientes la tenencia de hijos.

Dentro de tales técnicas terapéuticas, destaca la Fertilización In Vitro con Transferencia de Embriones (FIVTE), cuyo procedimiento es muy complejo, largo y altamente costoso, amén de riesgoso para la salud de la mujer sometida al tratamiento.

En forma muy resumida, diremos que se trata de un proceso que consiste en promover una hiper-estimulación ovárica en la paciente, para que produzca un número plural de ovocitos maduros, con un aletargamiento de los ciclos menstruales, a fin de favorecer la maduración de muchos óvulos; al haber madurado los folículos, son ‘capturados’ o extraídos quirúrgicamente, seleccionados y fecundados con semen del marido o de un donante y nuevamente observados y

seleccionados los embriones más aptos; de los cuales se transfieren al útero femenino dos o tres de ellos.

Debido a la necesidad de producir un número elevado de embriones provenientes de la pareja que se somete a dicho método de reproducción humana médicamente asistida, a efecto de contar con la posibilidad de efectuar varios intentos de gestación, en el evento de que no se lograra ésta en un primer procedimiento (Lo cual se aconseja atendiendo a lo costoso de la medicación, estudios clínicos y de laboratorio, honorarios profesionales de médicos, biólogos, químicos y enfermeras, así como las desagradables molestias que sufre la paciente en la fase de hiper-estimulación ovárica) los embriones que no son transferidos al útero de la madre en la primera práctica, son crio-conservados, es decir, congelados en una cámara de Nitrógeno líquido, a -196° C. con lo que se les puede mantener en animación suspendida por más de veinte años.

El dilema ético-jurídico se origina por el elevado número de casos en que felizmente se obtiene una gestación –por regla general múltiple– en el primer intento, quedando en reserva los embriones ‘sobrantes o supernumerarios’, mismos que son abandonados por sus progenitores, quienes ya consiguieron su objetivo fundamental, sin que exista disposición legal alguna que prevea cuál es la responsabilidad a que pudieran estar sometidos éstos, así como la institución médica - pública o privada- en que se efectuó su depósito y preservación.

Esta novedosa realidad ha rebasado a la legislación mexicana, misma que se aferra al conservadurismo académico y se niega a reconocer la necesidad de proteger integral y jurídicamente al ser humano, pues no se puede negar que el individuo de nuestra especie

es tal (pasando por diversas etapas de desarrollo biológico) desde la concepción hasta la muerte, sin importar que su fecundación e inicial fase embrionaria haya ocurrido extra-uterinamente, y que, mediante artificios terapéuticos, se interrumpa su desarrollo, manteniéndolo indefinidamente a la espera de ser gestado y darle la oportunidad de nacer.

La dogmática tradición jurídica ha permanecido estática en cuanto a la realidad del *nasciturus* o individuo simplemente concebido, pues no se ha detenido a observar que, a través de la fecundación humana médicamente asistida, se produce diariamente un elevado número de sujetos de derecho, a los que se les denomina propiamente como “*Nasciturus Extracorporis*”, con características y circunstancias muy especiales en comparación con el tradicional ‘*infans conceptus*’ del derecho romano, ya que éstos están expuestos a permanecer vivos, en animación suspendida, por más de veinte años; a ser abandonados; a quedar huérfanos -incluso por parte de madre-; a ser comercializados ilegalmente; a ser empleados para experimentación científica sin supervisión alguna; y a ser ‘desechados’ impunemente.

Es indudable que esta indefinición legal permite graves riesgos de atentados a sus derechos humanos, quedando impunes los actos de discriminación que, so pretexto de una selección de los más aptos, más sanos, más bellos o del sexo preferido, se realizan actualmente; ya que, en todo caso, se tolera la iniquidad de permitir a los involucrados decidir libremente el ‘desechamiento’ de los no deseados o los ‘sobrantes’, lo que no es otra cosa que privarlos del derecho a la vida.

Algunos de los noveles abogados que han incursionado en el tema, a través de sus estudios y trabajos para obtener el Título de

Licenciatura, en la H. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, han apuntado el problema, algunos pocos han aportado sugerencias y todos han destacado la dificultad para resolverlo, por lo que este trabajo se pretende proponer algunas alternativas para restringir las posibles prácticas deshonestas por parte de los profesionales de la medicina –como el tráfico de gametos y embriones– y establecer la responsabilidad de los progenitores que incurren en el abandono de los embriones; pero, sobre todo, para regular los mecanismos a través de los cuales se satisfaga el derecho de cada uno de esos “*spes hominis*” (expectativa de ser humano) para ser tratado con la dignidad que su condición merece, y asegurarle siquiera la oportunidad de intentar nacer, impidiendo que se les considere como simples tejidos, de los que se pueda disponer a placer.

Ante esta nueva realidad, los genetistas afirman que biológicamente el ser humano existe desde el mismo instante de la ‘singamia’, es decir, de la fertilización; desde ese momento queda determinada la individualidad genética del nuevo ser. No como se había manejado antes, desde la implantación en el endometrio, ni desde cualquier otra etapa de desarrollo del producto. Aun cuando a éste se le denomine de diversa manera en los procesos evolutivos previos a su nacimiento, no puede negarse en ningún momento la categoría de ‘humano’ desde el mismo instante de su concepción. “*Cuando los componentes bioquímicos de un espermatozoide han quedado incluidos en el óvulo, se ha producido el origen de una nueva vida, y ha quedado allí trazada la totalidad de las instrucciones que dirigen el desarrollo del ser que empieza a vivir.*”⁹ Resulta de interés el preguntarnos si para los concebidos ‘*In Vitro*’ ya existe a partir de ese momento la personalidad reservable y condicionada para los efectos jurídicos.

Expresiones carentes de sustento sobre el aborto y respuestas:

1º. *"El feto no es un ser humano"*: es evidente que sí lo es. Lo que se desarrolla en el vientre de una madre es un ser humano, con su código genético completo desde el primer momento de la concepción, que progresivamente irá adquiriendo las características físicas elementales del humano adulto.

Quien opina así o bien lo hace por eludir las implicaciones de reconocer la condición humana del feto, o bien lo hace porque resulta más sencillo justificar sus acciones infanticidas si se niega dicha condición a las víctimas. De tal modo, describen al feto como un mero amasijo informe de células. Debemos recordar aquí que este artificio se emplea desde siempre para poder asesinar seres humanos odiados por determinados regímenes políticos.

2º. *"El feto agrede a la madre"*: es evidente que un ser humano que no tiene ni puede expresar su voluntad, no puede agredir a su madre. La agresión es la voluntad de hacer daño llevada a la práctica. En verdad, este pequeño ser humano sólo vive, sólo crece.

3º. *"El embarazo no siempre es resultado de un acto sexual voluntario"*: no importa la causa del embarazo. Lo que importa es que un ser humano está creciendo dentro del vientre de una mujer y tiene derecho natural a la vida.

4º. *"Nadie puede obligar a unos padres a cuidar y proteger a un hijo"*: personalmente me repugna este argumento que pretende pasar

por "liberal". Esos padres deben cuidarle o de lo contrario, entregarle en adopción. No pueden matar al niño.

Quien dice que las leyes positivas del Estado no pueden obligar a los individuos a respetar la vida de otros no saben lo que dicen, pues esta es precisamente la primerísima ley de oro de una sociedad libre.

5º. *"El derecho de la madre al ejercicio de su libertad debe prevalecer sobre el derecho a la vida del niño"*: al respecto cabe decir que el derecho a la vida es siempre de orden superior al derecho al ejercicio de la libertad.

V.2 LA PROCEDENCIA DEL AMPARO EN CONTRA DE UNA RESOLUCIÓN QUE AUTORIZA LA PRÁCTICA DEL ABORTO

Ahora bien de los preceptos legales antes transcritos se establece de manera clara la protección que nuestra legislación tanto constitucional como las derivadas del código civil establecen la protección al *nasciturus* y por lo tanto en cualquiera de los casos o tipo de aborto que pudieran practicarse, resultaría violatorios de sus derechos constitucional de vivir, y aquí no sólo estaríamos hablando de sus derechos patrimoniales.

Una vez precisado lo anterior podríamos concluir la existencia del interés jurídico para promover el juicio de amparo, desde luego por medio de quien legalmente pudiere representarlo, quedando a cargo de la autoridad federal realizar el análisis no solo respecto del procedimiento efectuado por la autoridad responsable en la resolución que emitiere de la practica del aborto si no incluso de su obligación establecida para los casos previstos por el artículo 22 Constitucional,

por lo cual afirmo que sí es procedente la tramitación del amparo en contra de la resolución que autoriza la práctica del aborto pues éste, incluso, es considerado por nuestra legislación penal como delito y se encuentra protegiendo como bien jurídico tutelado la vida, de lo cual se desprende que el concebido la posee, y tomando en consideración además que no existe alguna causal de improcedencia prevista por el numeral 73 de la Ley de amparo es por la cual se considera la procedencia del amparo para su protección y defensa.

Lo anterior se puede corroborar con las siguientes tesis.

Novena Epoca Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XV, Febrero de 2002 Tesis: P./J. 14/2002 Página: 588 Materia: Constitucional Jurisprudencia.

“DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES

Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación

con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.”

Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XV, Febrero de 2002 Tesis: P./J. 13/2002 Página: 589 Materia: Constitucional Jurisprudencia

***“DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL
Del análisis integral de lo dispuesto en los artículos 1o., 14 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que al establecer, respectivamente, el principio de igualdad de todos los individuos que se encuentren en el territorio nacional, por el que se les otorga el goce de los derechos que la propia Constitución consagra, prohibiendo la esclavitud y todo tipo de discriminación; que nadie podrá ser privado, entre otros derechos, de la vida, sin cumplir con la garantía de audiencia, esto es, mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento; y que la pena de muerte sólo podrá imponerse contra los sujetos que la propia norma constitucional señala, protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos.”***

V.3 CAPACIDAD DE GOCE DEL NACITURUS.

El fundamento legal de esta capacidad lo encontramos en el artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal.

“Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente

Código". Según la mayoría de los autores Los efectos que otorga el código al *naciturus* son tres: Heredero, Legatario y Donatario.

1. El *naciturus* tiene la posibilidad de ser heredero-el fundamento legal artículo 1314 del C.C.D.F.

"Artículo 1314. Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

2. El *naciturus* tiene la posibilidad de ser legatario-el fundamento legal se encuentra en el capítulo VII de los legados artículo 1391 del C.C.D.F.

"Artículo 1391. Cuando no haya disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos."

3. El *naciturus* tiene la posibilidad de ser donatario- el fundamento legal se encuentra en capítulo II De las personas que pueden recibir donaciones Artículo 2357 del C.C.D.F.

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

Pongamos un caso: Una mujer se da cuenta que está embarazada, inmediatamente después va con su padre y le dice que va a ser abuelo, el futuro abuelo decide donar a su nieto cierta cantidad,

567890 Para que exista un contrato es necesario dos voluntades en este caso la del donador y la del donatario pero quien va a firmar el contrato, evidentemente el *naciturus* no su ¿madre?, su ¿padre?, ¿ambos?, se necesita un representante; normalmente firman ambos padres. Donante (Abuelo), Donatario (*naciturus*) (7 días después de la concepción)

Todo acto jurídico está sujeto a una modalidad de las obligaciones el ejemplo anterior no es la excepción.

Ignacio Galindo Garfias nos dirá que la condición es suspensiva desconocido de realización contingente a la llegada del cual nacen derechos y obligaciones.

Ésta siempre tiene un efecto adicional que es el efecto retroactivo, es decir, en el ejemplo anterior existe un contrato pero este surte efectos solo si se cumplirse la condición, esta condición es el nacimiento viable del bebé.

Si aceptamos esta posición sería tanto como aceptar que el *naciturus* no tiene personalidad jurídica y ya ha sido demostrado que la tiene.

Problema de esta condición

- No surte efecto porque no ha nacido., por lo tanto todos los actos que celebre no tienen validez alguna al no haber nacido, por tanto nunca poseyó personalidad jurídica.

Otra postura es la de José Alfredo Domínguez Martínez: Esta postura es más reciente, moderna.

Afirma que la condición es negativa resolutoria es decir, acontecimiento futuro o pasado desconocido de realización contingente a la llegada del cual resuelven derechos y obligaciones. Aquí el acto jurídico ya está surtiendo efectos, pero están sujetos a una condición resolutoria es decir se pueden destruir retroactivamente los efectos.

La condición resolutoria negativa se refiere a que se destruyan los efectos de manera retroactiva al no nacer vivo o a no ser viable. El código civil en el artículo 22 dice: se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código no dice para los tres efectos expresamente concedidos o solo para tres efectos etc sino para los efectos declarados en el presente código.

Podemos decir que el *naciturus* puede hacer todo lo que el código declara que pueden hacer las personas, todo esto por medio de sus representantes.

Ejemplo: El *naciturus* que es dueño de una casa puede rentar, o vender dicha casa aunque si vendiera estaría sujeto a la condición resolutoria negativa correspondiente. (Todo esto por medio de sus representantes).

Lo que dice Domínguez Martínez es muy cercano pero el término condición es cuestionado por el licenciado Felipe de la Mata ya que ésta se encuentra regulada en las modalidades de las obligaciones. Aquí se hace la cuestión si realmente el *naciturus* está sujeto a las condiciones de las modalidades de obligaciones.

Existe una condición llamada legal que viene de la propio ley, y deja de llamarse condición para llamarse *conditio iuris*. Debería de ser *conditio iuris negativa resolutoria*. Podemos concluir con lo anterior que el *naciturus* tiene la misma capacidad de goce que un niño *infants*.

Criticas posibles contra esta postura:

- Con quién se hace el contrato, cómo se llama el *naciturus*, es mujer u hombre

Ese tipo de cosas son problemas de falta de regulación práctica hay que buscar los medios para evitarlos pero no son del artículo 22.

- No lo dice expresamente- cierto pero tampoco lo niega.
- La capacidad está acotada a lo que dice el código.

V.4 FIN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

La muerte.

Hay que distinguir doctrina de ley

En la doctrina existen varias posturas.

- Que deje de latir el corazón: antigua en desuso pues ya la ciencia puede suplirlo de cierto modo.
- Falta de ondas cerebrales: quien determina esto.

Órganos sensoriales: se dan una serie de efectos

- Inmediatos

- Consecutivos
- Traslativos.

Ley: Ley general de la salud nos dice:

Artículo 314 párrafo segundo: *“Cadáver, el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida”.*

Para la ley existen dos tipos de muerte esto lo encontramos en la ley general de salud Capítulo IV Pérdida de la Vida

“Artículo 343.- Para efectos de este Título, la pérdida de la vida ocurre cuando:

- I. Se presente la muerte cerebral, o*
- II. Se presenten los siguientes signos de muerte:*
 - a. La ausencia completa y permanente de conciencia;*
 - b. La ausencia permanente de respiración espontánea;*
 - c. La ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y*
 - d. El paro cardíaco irreversible.”*

Poco se puede aportar a un debate moral en el que resulta necesaria una participación interdisciplinaria desde la medicina, la filosofía, la antropología el derecho y la sociología y donde el consenso parece muy difícil, pero no por ello deja de ser imperantemente necesario.

La gran discusión entre dos posturas aparentemente irreconciliables se centra en la consideración o desconsideración del *naciturus* como un ser humano. En gran medida esta discusión se ve reflejada en la redacción actual del artículo 144 del Código Penal del

Distrito Federal (en adelante CPDF) al establecer el periodo de doce semanas como conducta no penalizada. Quizá la principal barrera para un verdadero debate ha sido el establecer una línea divisoria indiscutible sobre el momento en el que comienza la vida, cuestión que se antoja poco menos que irrealizable, tanto en consenso social como por sus implicaciones morales. Además, dicha cuestión ya ha sido abordado de manera más elaborada desde otras opiniones más lúcidas. No obstante el acaparamiento casi absoluto sobre este tema por parte defensores de la autonomía de la mujer frente a los que salvaguardan el derecho a la vida desde la concepción, hay otra cuestión que podría sumarse a la discusión: la no discriminación vista desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. También hay que sumar a los otros derechos en juego en este debate, como los catalogados por Jorge Carpizo: la dignidad, la libertad de decisión, la igualdad de género, la no discriminación y la protección a la salud.

Una primera aclaración es que la no discriminación se tratara desde la perspectiva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado mexicano. Partiendo de la realidad de que el embarazo sucede indiscutiblemente en el cuerpo de las mujeres, se puede llegar a la misma conclusión de Tamar Pitch: *“Lo que el aborto pone en evidencia es más bien la contradicción, que ninguna ley puede salvar, entre la sexualidad femenina y la sexualidad masculina”*. En cierta medida la sanción penal refleja la consideración por parte de un grupo importante de miembros de la sociedad mexicana que defienden la vida desde el momento de la concepción. No obstante, también dentro de la sanción penal se incluye un reproche moral al ejercicio libre de la sexualidad por parte de las mujeres. El delito de aborto conlleva un sesgo de género, con excepción de los casos en los que se penalice a la persona que lo realice y parecer criminalizar el ejercicio de la

sexualidad femenina como se señala con anterioridad. Si bien un debate moral es necesario en este tema, dicha discusión debe plantearse desde el punto de vista de una moral de consenso y no, como bien crítica Carlos Santiago Nino, acceder: “... a la verdad moral por un proceso solitario, o sectario, de revelación, intuición o aún de reflexión o razonamiento individual, sino por un proceso colectivo, abierto y público, de discusión libre y racional entre todos los posibles interesados...”.

Es indispensable incluir en tal consenso los derechos reproductivos de las mujeres y la incidencia de la autonomía, libertad y privacidad de la mujer. También hay que hacer referencia al tradicional abandono que han sufrido estos derechos frente a un ordenamiento jurídico construido a partir de un imaginario eminentemente sesgado hacia los intereses de los varones. El ignorar esta perspectiva es negar la discusión de derechos fundamentales establecidos indiscutiblemente en nuestro sistema constitucional así como en los instrumentos internacionales ratificados por México en concreto la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer (en adelante CEDAW). Partiendo de este supuesto es obligado considerar a los derechos reproductivos y sexuales como un mosaico y no solamente concentrarse a la cuestión de la interrupción del embarazo con el consentimiento de la mujer, lo cual tiende a sobre polemizar el debate.

Considero necesaria la reforma a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, la adición del tercer párrafo al artículo 16 Bis 6, y la adición del artículo 16 Bis 8 a la Ley de Salud para el Distrito Federal, realizadas mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 26 de abril de 2007

efectivamente ponderan tanto el derecho a la vida en gestación, el derecho a la autonomía de la mujer y los derechos reproductivos. Lo anterior se debe a que el periodo de doce semanas establecido en el 144 otorga un periodo, no muy largo, para que la mujer pueda tomar una decisión en el momento en que médica y éticamente es más conveniente la interrupción del embarazo. Por el otro lado, después de este término, sí se impone la sanción más fuerte dentro de cualquier sistema normativo que es la privación de la libertad protegiendo el derecho del *naciturus*. El hecho de que siga existiendo sanción penal significa un factor representativo de la posición de la protección de la vida desde la concepción, es más suficiente para ser considerada dentro de la ponderación de valores constitucionales.

El tema de plazos frente a causales provoca un debate distinto sobre todo debido a la temporalidad. En cierta medida los plazos favorecen una ponderación de valores constitucionales entre el derecho a la vida en gestación y el derecho de la mujer a decidir sobre sus opciones reproductivas y sexuales. Por ende se consideran ambas posturas, los derechos de la mujer y los derechos del *naciturus*. No obstante las causales, previstas en los distintos Códigos penales de las entidades federativas, parecen evocar un mayor consenso sobre su aplicación. Además, las causales comprendidas en la actual legislación son consideradas suficientemente graves para, como señala Hare, tildar la balanza hacia los intereses de la mujer sobre los del *naciturs*.

Una cuestión es que si se limita nada más a causales como excluyentes de responsabilidad la interrupción del embarazo no penalizado, podrían realizarse abortos en periodos muy avanzados. Existe una innegable correlación entre los supuestos de plazos y las causales, ya que muchas mujeres optarían por el aborto dentro del

plazo en vez de esperar una orden judicial o del ministerio público en casos de violación.

Someter a una mujer a la presentación de una denuncia para una autorización del aborto cuando el embarazo es producto de una violación parecería ser muy desaconsejable debido a la ausencia de seguimiento psicológico y puede suponer un gravamen demasiado alto. Ante tales casos se parecería someter a la mujer a una doble estigmatización. En el caso de violación la combinación de plazos con causales parece ser muy adecuada para realizar la suspensión del embarazo en etapas más próximas. Sin embargo, ante otras causales como riesgo de salud de la mujer y malformaciones congénitas o genéticas, no se tiene el mismo efecto ya que dichas situaciones se pueden presentar pasadas las doce semanas. Por tanto es bastante adecuado seguir con un sistema mixto de causales y plazos.

El problema de los plazos es que el legislador decide, a veces con simple mayoría, sobre uno de los temas más delicados del aborto que es el momento en que existe la vida. Otra opción podría ser que el plazo sea condicionado a criterios médicos relativos a la utilización de técnicas más eficaces y menos riesgosas para la vida de la mujer, no necesariamente reflejando una concepción legislativa de la vida. El aborto tardío sin embargo, se encontraría justificado también en casos de peligro de la salud de la madre u otros problemas médicos del *naciturus*.

También el derecho a la vida de la mujer se debe ponderar, ya que en un ámbito en que el aborto es absolutamente penalizado, la opción por un aborto clandestino pone en serios riesgos a la mujer y contraviene no sólo su derecho a la vida (más cuando se sitúa dentro

del causal de peligro de perder la vida), sino su derecho a la libertad, la autodeterminación y a estar libre de todo daño corporal.

También hay que señalar que las implicaciones morales y jurídicas del aborto se distinguen en función del sujeto involucrado. En algunos casos el sujeto es la propia mujer que consiente el aborto, en otros aquella a quien se le practica sin su consentimiento y por último puede ser aquella que se provoca el aborto sin ayuda de un tercero. En otro plano quedarían los sujetos que realizan el aborto con o sin el consentimiento de la mujer. El trato penal y jurídico a estos supuestos y sujetos debe ser analizados desde una perspectiva de no discriminación.

En primer lugar, el establecimiento de un tipo penal que sólo criminaliza a una mujer cuando se provoca o consiente a realizar un aborto, parece estar viciado de una ausencia de consideración del principio de no discriminación en función del género. Es decir, estamos ante un tipo penal que sólo se impone en esta modalidad a las mujeres.

Un problema más complejo es el de la intervención de un tercero, cuya negación a practicar el aborto, podría considerarse como falta de auxilio a la madre. Aquí también jugaría la propia objeción de conciencia del médico como excluyente de responsabilidad. No obstante, tales observaciones sólo aplican para el caso de peligro de muerte de la madre, otro caso distinto es la interrupción del embarazo durante las primeras doce semanas. La posibilidad de ejercer el derecho de objeción de conciencia es acorde con el respeto a un grupo de personas que por convicciones religiosas o de otra índole, eligen no practicar la suspensión del embarazo. Sin embargo dicho derecho no

puede en ningún momento mermar o disminuir el derecho de acceso a la salud reproductiva de las mujeres.

La Ley de Salud para el Distrito Federal contempla la objeción de conciencia y esto debe ser considerado como un elemento importante por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el presente caso de acción de inconstitucionalidad. De hecho el artículo 16 bis 7 (anterior a la reforma) prevé que los prestadores de servicios de salud, que debido a sus creencias religiosas o convicciones personales sean contrarios a la suspensión del embarazo, puedan ser objetores de conciencia. La misma disposición normativa establece que en casos de urgencia para salvar la vida o la salud de la mujer no se podrá invocar la objeción de conciencia. Esta disposición es primordial, pero también habría que garantizar que médicos objetores a quienes se les encomienden puestos directivos dentro de las instituciones de salud, no presionen o coacciones a médicos no objetores en función de su superioridad jerárquica. Aquí reaparece el principio de no discriminación, al admitir dentro de la legislación la opción para los prestadores de servicios de salud, de no realizar la suspensión del embarazo.

Siguiendo el mismo argumento de no discriminación aquí estamos frente a un tema de discriminación en razón del género respecto al acceso a servicios médicos. El principio de no discriminación se encuentra regulado en distintos instrumentos internacionales desde la Carta de la ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos, Carta de la OEA, Declaración Americana de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Pacto de San José y sobre todo en la CEDAW.

No obstante la gran cobertura convencional y consuetudinaria, uno de los obstáculos con los que se topa la extensión del principio de no discriminación es que se enfrenta con otro derecho tutelado sobre todo en el artículo 4.I del Pacto de San José en su definición del derecho a la vida desde la gestación. Hay que puntualizar que México estableció una Declaración Interpretativa a la misma que señala textualmente: *“Con respecto al párrafo I del artículo 4 considera que la expresión “en general” usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”*. En algunas ocasiones la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el caso del aborto sobre todo en el caso “Baby Boy” 2141 de 1981 en el que estableció que la redacción del artículo 4.I, en base a la preparación del texto de la Convención, permitía que los Estados pudieran incluir diversos casos por los cuales se podrían realizar abortos.

Otro instrumento internacional que normalmente se cita como base para la protección de la vida desde la concepción es el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos Del Niño, que establece que debe ser protegido adecuadamente por el sistema legal, tanto antes como después del nacimiento. Un problema técnico que presenta este instrumento es que no se contiene referencia alguna a la vida desde la concepción en el articulado del tratado, por lo que su referencia en el preámbulo refleja una falta de acuerdo para dotar a dicho supuesto de contenido normativo por los estados parte.

Por el contrario, un instrumento internacional en el que se basan algunas posturas para establecer que existe una obligación de los

Estados de modificar su legislación que penaliza el aborto, es la CEDAW. El principio de no discriminación de su artículo 2 obliga a los Estados a derogar todas las disposiciones penales que constituyan discriminación de la mujer. La misma convención regula el derecho a la salud, la atención médica incluso para planificación familiar y la libertad de decisión de la mujer sobre el número de hijos. Más controvertida es el argumentación, basada en el artículo 5.a de la misma convención, que puede defenderse la abrogación de todas la legislación que impida o obstaculice el aborto en función de la obligación del Estado a modificar los patrones socioculturales de conducta entre hombres y mujeres, con el fin de alcanzar la eliminación de perjuicios y prácticas que estén basadas en al idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Rebeca J. Cook señala que esta disposición implica que: “la legislación en materia de penalización de aborto se basa en una concepción de superioridad del varón a la mujer ya que el varón no tiene responsabilidad alguna respecto a suspensión de embarazos que el mismo ha ayudado a producir.” Si bien esta es una muy buena argumentación, es de carácter más débil que el principio de no discriminación del artículo 2 de la CEDAW, ya que este último se encuentra más blindado para su ponderación frente a otras disposiciones. Por ejemplo, el artículo 12 de la CEDAW obliga a los estados parte a tomar las medidas necesarias para eliminar la discriminación de la mujer en la esfera de la atención médica, inclusive los referentes a planificación familiar.

Es justo esta disposición la que ha sido interpretada por el interprete autorizado de la CEDAW. La Recomendación General 24 del Comité de la CEDAW trata específicamente la relación entre mujer y salud e incluye el tema de la penalización del aborto. Hay que partir de

la idea de que el Comité de la CEDAW como órgano capaz de interpretar la Convención y que en la misma se incluye que el Estado debe proveer de aquellos servicios de salud que sólo requieran las mujeres, como es el caso de los servicios médicos para garantizar el aborto seguro. De hecho esta Recomendación General fue citada en el pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana referente al aborto, si bien la situación en Colombia era distinta, ya que se penalizaba el aborto en todo tipo de circunstancias. Textualmente la Observación General 24 dice que: *“...en la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos...”*. Por tanto los Estados parte de la Convención están obligados a reducir los obstáculos que se interpongan a sus distintas opciones reproductivas.

El Comité de la CEDAW no sólo se ha pronunciado sobre el tema en la Observación General 24. Dicha temática ha sido tratada en la Observación General 19 sobre violencia de género, en la que se recomienda a los Estados parte a evitar los abortos clandestinos por falta de acceso a servicios de salud. El tema también se menciona en la Observación General 21 sobre igualdad en el matrimonio y relaciones familiares, en la que se señala que si bien de preferencia las decisiones de tener hijos y criarlos deberían ser consultadas en pareja, de ninguna manera tienen que estar supeditadas al cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno.

También dentro del Comité DESC en las observaciones finales realizadas al informe de México el 9 de julio del 2006 se señaló: *“Preocupa al Comité la elevada tasa de mortalidad materna causada por los abortos practicados en condiciones de riesgo, en particular en el*

caso de las niñas y las jóvenes, las informaciones relativas a la obstrucción del acceso al aborto legal después de una violación, por ejemplo, por haberse proporcionado informaciones erróneas, o por la falta de directrices claras, la conducta abusiva de los fiscales públicos y del personal sanitario con las víctimas de las violaciones que quedan embarazadas, y los obstáculos jurídicos en los casos de incesto, así como la falta de acceso a la educación y los servicios sobre la salud reproductiva, sobre todo en las zonas rurales y en las comunidades indígenas”. Además de todos los instrumentos internacionales y las distintas aportaciones al debate sobre penalización/despenalización del aborto en el Distrito Federal, no se puede obviar que este es un conflicto también de tipo político. En este ámbito, uno de los aspectos más sorprendentes es que la acción de inconstitucionalidad en contra de la reforma al CPDF proviene además de la Procuraduría General de la República, de la propia Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). Lo sorprendente es que la propia CNDH se ha pronunciado a favor de los derechos reproductivos, concretamente en la Recomendación General no. 4 de 16 de diciembre de 2002 que deriva de las prácticas administrativas que constituyen violaciones a los Derechos Humanos de los miembros de las comunidades indígenas respecto de la obtención de consentimiento libre e informado para la adopción de métodos de planificación familiar. En esta caso la CNDH se pronunciaba en contra de la implantación de un dispositivo intrauterino bajo coacción y sin que mediara una elección voluntaria y bien informada sobre las opciones reproductivas, en concordancia a los compromisos internacionales en materia de equidad de género y los derechos de los pueblos indígenas. Si tomamos a los derechos reproductivos como un conjunto, en este sentido se debe incluir la posibilidad de acceder a servicios de salud adecuados para la suspensión del embarazo, así como la defensa de estos mismos

derechos a través de una oposición a la esterilización forzada o sin consentimiento. Es decir, la opción libre y determinada juega en un sentido o en otro.

Justo es señalar que la decisión de presentar la acción de inconstitucionalidad fue tomada directamente por el *ombudsman* nacional, sin consultar a su consejo consultivo. Si bien jurídicamente el titular de la CNDH tiene facultades para presentar la acción, desde el punto de vista político no aporta mucho a una visión de consenso el ignorar las opiniones de un consejo consultivo al cual si tiene que consultar en el caso de recomendaciones generales. A esto hay que sumar la inexistencia en nuestro sistema constitucional de mecanismos de democracia directa para este tipo de asuntos, los cuales en debates tan fragmentados deben de considerarse bajo esquemas muy bien logrados. La reforma al CPDF goza de una amplia legitimidad democrática, debido a la amplia participación ciudadana en las elecciones en las que resultó elegida la Asamblea legislativa y la gran mayoría con la que fue votada. La pregunta es entonces, si los derechos de las minorías parlamentarias, que también representan a un sector importante de la población, quedan asegurados. Al no reunir el número de representantes necesarios para interponer una acción de inconstitucionalidad, la misma fue interpuesta por dos órganos federales, que solo tienen una legitimidad democrática indirecta. (a través de la confirmación de su nombramiento por parte de la Cámara Alta). Es importante señalar que el grupo parlamentario opuesto a la despenalización de la suspensión del embarazo antes de las doce semanas, incluye dentro de sus principios de doctrina de partido: “La vida y la dignidad del ser humano deben protegerse y respetarse desde su concepción hasta su muerte natural”.

La ausencia de representación suficiente para la presentación de la acción de inconstitucionalidad parece haber sido suplida por la PGR y la CNDH, lo cual implica una discusión sobre nuestro sistema de control de constitucionalidad en términos políticos y jurídicos. Sin embargo la ausencia de consulta al consejo consultivo, lo cual no es vinculante, ha sido criticado por los propios miembros del consejo y de hecho en la sesión ordinaria número 229 del Consejo Consultivo de la CNDH se escucharon dichas discrepancias.

La falta de consulta fue criticada, entre otros, por consejeros como Fernando Serrano Migallón. Otros consejeros se manifestaron no sólo respecto a la idoneidad de una consulta en este caso, sino que se pronunciaron directamente sobre la reforma al CPDF como Ricardo Pozas Horcacitas. Otras manifestaciones de miembros del consejo consultivo (Juliana González Valenzuela) van más hacia hacer hincapié en como dicha reforma responde a un grave problema de salud del aborto clandestino. Por ejemplo, Paulette Dieterlen Struck se manifestó a favor de la despenalización del aborto bajo dos argumentos filosóficos como el deontológico (en base a los derechos de las mujeres y los derechos reproductivos), y por otro lado uno consecuencialista (es un asunto de salud pública). El Consejero Miguel Carbonell Sánchez se pronunció directamente en cuanto al fondo de la acción estableciendo que no existe razón jurídica en cuanto al fondo y que: “la ruta argumentativa que ofrece la demanda es sumamente débil, además de repetitiva, y esgrime en algunas de sus partes razones que no parecen buscar la defensa de los derechos humanos, sino quizá lo contrario”. Otro argumento interesante que sostiene Miguel Carbonell es que la acción de inconstitucionalidad puede tener un efecto “auto-anulatorio”, ya que solicita la declaración general de inconstitucionalidad de los preceptos, por lo que tendría el efecto de despenalizar completamente

todos los casos de aborto. Por el contrario la comisionada Miriam Cárdenas Cantú se pronunció en base a estricta legalidad, señalando el carácter unipersonal del *ombudsman* nacional y que el Consejo Consultivo no tiene facultades para solicitar información en asuntos de trámite o resolución.

De manera muy conciliadora el consejero Hector Fix Zamudio también estableció que bajo la legislación vigente no es obligatorio consultar al Consejo Consultivo antes de que el presidente interponga una acción de inconstitucionalidad. Partiendo de la realidad que el Consejo Consultivo no tiene facultades legales para opinar previamente, hay que resaltar no obstante que se trata de un debate en el que existen posturas muy encontradas desde distintos sectores de la sociedad. También es el primer ejercicio de esta facultad, desde la reforma constitucional al artículo 105. II el 14 de septiembre de 2006. Por tanto, quizá hubiese sido políticamente conveniente y en función a una mayor sensibilización social del tema, consultar al Consejo Consultivo. Esto no se contrapone a que constitucional y legalmente es el Presidente de la Comisión quien tiene la posibilidad de presentar la acción, aún en contra de la opinión contraria del Consejo Consultivo y no merma en nada jurídicamente, si bien tiene una carga política importante, la facultad del mismo para presentar la acción.

Otro Aspecto que señala el Dr. Fix Zamudio es que las opiniones personales de los consejeros se puedan presentar a través de *amicus curiae* a la SCJN. Hay que señalar que en este sentido sería muy deseable un pronunciamiento del pleno de la SCJN sobre el valor y el procedimiento para los *amicus curiae* y de tal manera otorgar mayor seguridad jurídica a esta institución, la cual en una discusión de tal trascendencia social traería un mayor sentido de participación, de

legitimidad al fallo y de sensibilización social. Hay que recordar que este procedimiento ha sido utilizado por distintas universidades y ONGs en casos como el de la extradición de Ricardo Cavallo y en la acción de inconstitucionalidad en contra de las Reformas a la Ley Federal de Radio y Televisión.

Otro punto a destacar respecto a la acción de inconstitucionalidad, es que la misma no fue presentada por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal dentro de sus funciones establecidas en el artículo 105 de la CPEUM. En este caso, el *ombudsman* capitalino si consultó al Consejo Consultivo y con posterioridad decidió no presentar la acción de inconstitucionalidad. Este es un punto importante debido a las implicaciones que puede tener sobre el sistema federal y parece obligada una reflexión sobre la estructura y atribuciones de los órganos federales respecto al ejercicio de acciones de inconstitucionalidad en contra de legislación de las entidades federativas y del Distrito Federal. Esta reflexión es obligada, sobre todo cuando la acción proviene de dos órganos federales, PGR y CNDH, que sólo gozan de legitimidad federal indirecta por su nombramiento por el Senado.

Respecto al federalismo, la reforma al CPDF trae aparejada diversas discusiones sobre el alcance de las facultades legislativas de la Asamblea Legislativa. Si la derrotabilidad de las normas estatales no se basa estrictamente en una concepción estrictamente de protección a Derechos Fundamentales, la esencia del federalismo estaría tocada. La SCJN tendrá que decidir sobre “federalismo vertical” sobre todo de las limitaciones que una definición determinada del derecho a la vida de la CPEUM puede tener sobre la legislación estatal. Lo que queda claro no obstante es que bajo el artículo 122 se otorga a la Asamblea

Legislativa facultades para legislar en materia penal y de salud en su territorio. El problema que debería ser atendido es el de las clínicas de órganos federales (IMSS e ISSSTE), en especial si éstas deben proveer el acceso a servicios médicos de interrupción de embarazo. Bajo una interpretación legalista, las mismas se rigen por las leyes federales en la materia, sin embargo aún siendo órganos federales, una interpretación territorial podría abrir otras posibilidades, sobre todo tratándose de normativa penal local.

Ésta no es la única implicación federal, el artículo 121 de la CPEUM tiene mucho que decir en esta controversia. Dicho artículo regula la cláusula de entera fe y crédito de los actos celebrados en otras entidades federativas y su modelo proviene del Artículo IV de la Constitución de EUA. De ahí que algunos de los fallos en los que la Suprema Corte de EUA y las discusiones académicas que se ha decidido sobre el artículo IV y el aborto pueden ser útiles. Aquí se regula el denominado “*federalismo horizontal*”. Es bajo el artículo 121 que posibles normas que obstaculicen o hasta penalicen a mujeres que se trasladen al Distrito Federal para realizar una suspensión del embarazo, deberían ser declaradas inconstitucionales. Lo mismo una posible legislación estatal que con el mismo propósito sancione o restrinja el desplazamiento de personal médico con el mismo propósito.

Podemos concluir con tres líneas argumentativas que traerían un nuevo matiz a la discusión sobre el aborto ante la SCJN. La primera de ellas es el principio de no discriminación en el acceso de los servicios médicos, desarrollado de manera clara y coherente dentro del sistema internacional de protección de Derechos Humanos. Forzosamente la segunda consideración se refiere a los límites de la derrotabilidad constitucional de una norma local, que por un lado pondera valores (no

hay que olvidar que todavía prevé sanciones penales para el aborto) y que también refleja un consenso democrático. Por último, el tema del federalismo y la necesidad de una vez por todas de reconocer el carácter federal del Distrito Federal, en estos asuntos como en otros. La propia estructura política del Distrito Federal, ante el *impasse* político por el que atraviesa, merece un avance también por vía judicial.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

TEORIA DEL NASCITURUS

Nasciturus es un término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento. Hace alusión, por tanto, al concebido y no nacido.

El *nasciturus* carece de personalidad jurídica. Sin embargo, y dado que puede en el futuro tenerla, el derecho le reconoce una serie de derechos. Se encuentra protegido por el ordenamiento pues se le considera "un bien jurídico necesitado de tutela".

El ilustre estudioso del derecho Rafael Rojina Villegas nos explica la capacidad de goce que tiene el *nasciturus*.¹⁰

La capacidad de goce se atribuye también antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruida si no nace vivo y viable.

¹⁰ Rojina Villegas Rafael, ob. cit

El artículo 22 de nuestro Código Civil vigente establece una verdadera ficción jurídica del declarar que:

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

Es así también como el embrión humano tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho y éstas son principalmente: capacidad para heredar, para recibir legados y para recibir en donación. Sostenemos esta tesis a sabiendas de que nos ponemos en abierta contradicción con toda la doctrina. Sin embargo, cada vez que meditamos más sobre este problema reafirmamos nuestros puntos de vista que es una consecuencia de una correcta teoría sobre la personalidad.

Para intentar hallar una calificación técnica del beneficio que el principio recogido por los actuales códigos civiles confieren al *nasciturus*, no cabe recurrir a pensar que se concede a éste la categoría de la personalidad jurídica. La letra misma del artículo 29 hace imposible esta opinión (también rechazada en la doctrina extranjera), al decir que el nacimiento determina la personalidad.

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

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

Para ser heredero, legatario o donatario, se necesita tener personalidad jurídica, pues por tales calidades se adquieren derechos patrimoniales. No puede explicarse esta adquisición mediante la teoría de la representación diciendo que los padres, o si el padre ha muerto, la madre representa al ser concebido pero no nacido, porque su representación a su vez está fundada en la existencia del representado. De manera que la teoría de la representación descansa en la admisión previa de que el embrión humano es persona, de que tiene una capacidad mínima pero bastante para considerarlo sujeto de derecho. Y es de gran trascendencia, por ejemplo, en el derecho hereditario que el ser concebido pueda heredar, si nace viable, por cuanto que los bienes pueden seguir una trayectoria distinta, si pasan del autor de la herencia al ser concebido que nazca viable y después muera; o bien, si los bienes del *de cuius* no pasan a él, porque no nació viable. Si nace viable, los bienes primero pasan a aquel ser y después a los herederos de éste. Supongamos: en un caso de divorcio o de nulidad de matrimonio, el padre instituyó como heredero al único hijo que está concebido y no ha nacido, si el hijo nace viable y muere, la herencia

pasa a la madre; pero si el hijo no nace viable la herencia ya no puede pasar a la madre; pasará a los herederos del padre, y como hemos supuesto que hay divorcio o nulidad de matrimonio, la madre no será heredera. Tenemos aquí la función importantísima que tiene reconocer personalidad al embrión humano bajo la condición resolutoria de que no nazca viable, es decir, que no viva veinticuatro horas o no sea presentado vivo al registro civil. No creemos que sea una condición suspensiva la relativa a la viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable. Ahora bien, en este caso no podría explicarse, cómo puede ser heredero o donatario el ser que sólo está concebido. En cambio, si afirmamos que el concebido es persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa: que no nazca viable, quedara perfectamente explicado que fue persona desde el momento de la concepción, extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo.

El derecho hereditario parte de la base de que el heredero sea persona en el momento de la muerte del autor de la sucesión y los problemas se presentan justamente cuando el autor de la herencia muere antes de que nazca el heredero, pero estando ya concebido. Se requiere que el ser concebido nazca vivo y, además viable. En nuestro sistema no basta que el ser concebido, al nacer, tenga un instante de vida, que respire como se exige en algunos derechos, por ejemplo, en el francés debe vivir 24 horas, desprendido del seno materno, o debe ser presentado vivo al registro civil dentro de las 24 hrs. El artículo que fija estos requisitos sigue el sistema español. Se ha dictado esta disposición para evitar litigios a efecto de determinar si hubo vida en el recién nacido o no la hubo. Dice así el artículo 337:

“Para los efectos legales solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al registro civil”. Facultando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.”

Sin estos requisitos no hay personalidad jurídica y la que se reconocía si naciera viable, queda negada *ipso jure*, dada esta consecuencia posterior, que opera como condición resolutoria en los tres casos de que nazca muerto, viva menos de veinticuatro horas o no sea presentado vivo al registro civil.

También se requiere que el recién nacido sea viable. Se considera que es viable cuando es capaz de vivir, aun cuando muera después del parto; pero si por el estado de su desarrollo, en los casos en que nazca antes de tiempo con un defecto orgánico, no es capaz de vivir, no se reputa persona aún cuando viva algunos instantes de vida y, por tanto, debe haber la posibilidad de vivir por encontrarse el recién nacido en condiciones de existir. La muerte puede sobrevenir por otras causas pero no por un defecto orgánico o porque el feto haya nacido antes del plazo normal del embarazo. En los sistemas como el nuestro en donde no basta un instante de vida, se considera de manera objetiva y general que el recién nacido es viable si vivió veinticuatro horas o si vivió el término necesario para presentarlo al juez del registro civil. De aquí la posibilidad, cuando se dude de la vida del recién nacido de que el juez del registro civil este en el momento del alumbramiento y levante el acta correspondiente, aun cuando el recién nacido solo tenga instantes de vida. Para nuestro derecho fue viable; no se exige esa prueba de que estaba en condiciones de vivir, de que no tenía un defecto orgánico o de que su nacimiento no fue prematuro.

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

Nuestro sistema, en realidad, es una forma intermedia entre el francés, que exige que además sea viable y el alemán, que no requiere esta condición. Sustituimos ese requisito siguiendo al código español por el dato objetivo de que viva 24 horas o sea presentado vivo al registro civil, aceptando las presunciones de la ciencia médica, respecto a que si la muerte acaece después de las 24 horas o con posterioridad a la presentación en el registro civil, es de creerse que el ser nació viable y así se evita toda controversia pericial en cuanto a este requisito.

Con base en lo anterior, la propuesta primordial es que en los códigos civiles y de orden familiar, se otorgue al *nasciturus* el derecho a la personalidad, de acuerdo a los términos precisados en esta propuesta.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfredo, Andújar Miryan Ariza Clonación, reparos éticos y jurídicos, Papiro San Juan 2003
- Blázquez, N. «La Ley Natural», *Comentarios a la Veritatis Splendor*, Madrid, B.A.C., 1994, 613-614.
- Brugger, W. *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Herder, 1978, 400.
- Brutau, P. *Fundamentos de Derecho Civil* I vol. 1, 1ª parte.
- Blanco, Guillermo P. Curso de Antropología Religiosa, educa Bs. As. 2002
- Blázquez, Niceto: Bioética Fundamental BAC Madrid 1996
- Borda Guillermo, Tratado de Derecho Civil Parte general Tomo I ed Perrot Bs. As. 1985
- Calvo Meijide Alberto. *Departamento de Empresa*
- Castán Tobeñas, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral I*, vol. 2, Madrid, Reus, 1971, 95.
- Código Civil para el Distrito Federal
- Código Civil para el Estado de Morelos
- Código Civil Federal
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Chaunu, Pierre: Memoria de la Eternidad Rialp 1979.
- Cf. Ruiz-Giménez Cortés, J. «Artículo 10.- Derechos Fundamentales de la
- Domínguez Martínez José Alfredo. *Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad San Pablo CEU (Madrid)*
- Galindo Garfias Ignacio «*El Derecho Civil*»
- González Dorado, A. «Evangelización y Moral», *Comentarios a la Veritatis Splendor*, G. del
- Interdisciplinar a la «Evangelium Vitae*, BAC, Madrid, 1996, 573 ss.

- Juan Pablo II, Carta Encíclica *Evangelium Vitae* 1995
- Las Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas Serra, A. «El Estado Biológico del embrión Humano. ¿Cuándo comienza el ser humano?», *Comentario*
- Lasarte Álvarez, C. *Principios de Derecho Civil I*, Trivium, Madrid, 1996, 195-196
- Llambías Jorge Joaquín, tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I, ed Perrot, Bs. As. 1964
- López Moratalla, N. «FIV y Deficiencias en la Relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo».
- La Humanidad In Vitro*, Comares,
- Lona, Jorge Luis Pbro. El proyecto anti-vida: su derrumbe Impresiones Buffagni, San Juan 1996.
- López Barahona, Mónica- Lucas Lucas Ramón, El inicio de la vida- Identidad y estatuto del embrión humano, BAC, Madrid 1999
- Martín Granizo, M. *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia I*, Albácar López, J.L. Trivium, 1992, 329.
- Melendo, T. Dignidad humana y Bioética, Pamplona, EUNSA, 1999, 24.
- Montejano, Bernardino: Curso de Derecho Natural, Abeledo-Perrot Buenos Aires 1994
- Moore Keith L. Embriología Clínica ed Mcgraw- Hill Interamericana, Méjico 1995
- Mosset Iturraspe Jorge El valor de la vida humana ed Rubinzal-Culzoni Bs. As. 1996
- O'Callaghan, X. *Compendio de Derecho Civil I Edersa* 1992, 239
- Orgaz Alfredo Derecho Civil Argentino- Personas Individuales ed Depalma Bs. As. 1996
- Prieto Ventura Adán "*En torno al Nasciturus*" Pozo. Madrid, BAC, 503.

-Persona», *Comentario a la Constitución Española de 1978*, Alzaga Villamil, O.

(ed.),

-Vigo Rodolfo L. *Los principios jurídicos-Perspectiva jurisprudencial*, Depalma Buenos Aires, 2000.