

879309

35



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**



FACULTAD DE DERECHO

con estudios Incorporados a la

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Clave 879309

**"LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONCEBIDO EN
LA LEGISLACIÓN CIVIL"**

T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta

JOSÉ MAURICIO LÓPEZ AVILA

CELAYA, GUANAJUATO.

SEPTIEMBRE, 1995

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A MI MADRE:

**Por su gran esfuerzo y apoyo
en mi formación.**

**A mis Hermanos y mi Padre
por la ayuda que me brindaron.**

A mi Esposa

Por su comprensión y soporte

**Agradezco a mi Asesor el
Licenciado Héctor Gustavo Ramírez Valdés
por su gran apoyo y guía para conmigo.**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	PAGINA 1
-------------------	-------------

CAPITULO PRIMERO

1.1.- Concepto de Persona.....	2
1.2.- Concepto de Capacidad Jurídica.....	8
1.3.- Concepto de Personalidad.....	12
1.4.- Adquisición de la Personalidad.....	15
A) Diversas Teorías	
B) Base Legal	

CAPITULO SEGUNDO

2.1.- Situación del Concebido en el Derecho Romano.....	21
2.2.- Situación del Concebido en el Derecho Español.....	28
2.3.- Situación del Concebido en el Derecho Mexicano.....	38

CAPITULO TERCERO

3.1.- La Concepción.....	42
3.2.- La Concepción en la Legislación Vigente.....	50
3.3.- Concepto de Concebido.....	54
3.4.- Concepto de Concebido fuera del seno materno.....	56

CAPITULO CUARTO

4.1.- Análisis del Art. 21 del Código Civil de Guanajuato Vigente.....	62
4.2.- Los Derechos del Concebido.....	68
4.3.- Protección a los Intereses Legales del Concebido.....	72
4.4.- Marco de Referencia.....	75
4.5.- Legislación Española.....	77
4.6.- Legislación Francesa.....	78
4.7.- Legislación Suiza.....	80
4.8.- Legislación Argentina.....	81
4.9.- Reformas al artículo 393 del Código Civil del Estado de Guanajuato.....	85
4.10.- Reformas al artículo 1853 del Código Civil del Estado de Guanajuato.....	86
4.11.- Reformas del artículo 2570 del Código Civil del Estado de Guanajuato.....	87
CONCLUSIONES.....	90
Bibliografía.....	95
Ley Consultada.....	98

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

El contorno y circunstancias en que el ser humano se desarrolla, experimentan actualmente cambios radicales y profundos en todos los ámbitos; tales cambios no excluyen, como es natural, a el contexto jurídico, dado que este último es una de las condiciones fundamentales de existencia de la sociedad.

Las normas de derecho son creadas para regir en un lugar y tiempo determinados y su aplicación depende de la observancia de tales preceptos por los sujetos de derecho.

Reflexionando sobre este punto, atenderemos a las normas jurídicas que regulan todo lo concerniente al Concebido, tomando en consideración que no fue hasta la década inmediata anterior que se inició una conciencia generalizada de la importancia del citado ser en formación, sobre todo en el campo de la medicina, donde se ha aceptado la directriz de otorgar al Concebido igual valoración que a la mujer encinta, en otras palabras, concederle la calidad de humano en formación que caracteriza al multicitado ser.

Por lo anteriormente expuesto, es menester que en el campo jurídico se deba aclarar y regular de un modo amplio y objetivo los principios que protegen al Concebido, ya que en

legislaciones pasadas si se encuentran antecedentes al respecto pero era casi imposible una correcta aplicación de la legislación concerniente al Concebido, ya que es sabido que se encontraban una serie de violaciones inclusive a las propias garantías de los individuos.

Es tiempo de reflexionar y así mismo actuar para que la aplicación de la ley no quede en una mera pretensión y que sea este el momento de adecuar la ley a las necesidades de la situación actual y que no se quede estática sino mutante, adecuándose a situaciones que nuestro entorno nos presenta, y como resultado de esta adecuación se de una actividad legislativa acorde a las necesidades que reclama la sociedad.

CAPITULO PRIMERO

1.1.- CONCEPTO DE PERSONA

ORIGEN DEL VOCABLO

"... Entre los latinos el sentido originario de persona fue el de máscara, LARVA HISTRIONALIS, que era una careta que cubría la faz del actor cuando recitaba en escena , con el fin de hacer su voz vibrante y sonora; y poco después la palabra paso a significar el mismo actor

enmascarado; el personaje. Así en el frontispicio de las comedias de Plauto y Terencio se lee la lista de las personas. Ahora bien, este lenguaje escénico se introdujo bien pronto en la vida y como el autor que en el drama representaba alguna función se decía GERIT PEROSNAM (principis consultis etc.)... persona quiere decir aquí: posición, función, cualidad... por un ulterior desarrollo lingüístico pasó a denotar al hombre, en cuánto reviste aquel STATUS, aquella determina cualidad y así se habla de persona CONSULIS, de persona SOCII... pero en éstas formas de coligación, persona va perdiendo gradualmente todo significado y se reduce a un simple sufijo estilístico, un rudimento sin contenido; así se llega a ver en persona la indicación del género, cuyo genitivo apositivo formaba la especie y esta indicación genérica no podría ser otra que la de hombre. De esta manera persona termina por indicar independientemente al individuo humano, lo cual implica que, éste es el significado que se hace mas común y persiste hasta hoy." (1)

ACEPCIONES DE LA PALABRA PERSONA

"Persona.- (del lat. personae) f. individuo de la especie humana //2.. hombre o mujer cuyo nombre se ignora o se omite.//5. personaje que toma parte en la acción de una obra literaria...//7 fil. supuesto inteligente./gram. hombre sustantivo relacionado mediata o inmediatamente con la acción del verbo..." (2)

TEORÍAS ACERCA DE SI LA PERSONA JURÍDICA ES O NO UNA CONSECUENCIA NECESARIA DE LA CALIDAD DEL HOMBRE

Desde que Savigny lanzó su teoría de la ficción jurídica de la personalidad de los entes colectivos, ha surgido la idea de que la personalidad jurídica en general es una construcción de derecho(3), por lo cual los estudiosos del derecho se plantean la pregunta de si es la personalidad una consecuencia necesaria o manifestación necesaria de la calidad del hombre.(4)

Al respecto, el maestro Castán Tobeñas nos habla de las principales teorías que tratan de responder a dicha interrogante(5)

A)Teorías realistas o Ius naturalistas

Nos dicen que el hombre por el solo de serlo, posee personalidad jurídica, que es un atributo esencial del hombre, como ser racionalmente libre posee la capacidad de querer y de obrar para cumplir el fin jurídico que le es propio.

B) Teorías formalistas

Nos dicen que la idea de persona jurídica es una creación jurídica. Este grupo de teorías han encontrado como principales expositores a Hans Kelsen y Francisco Ferrara, teorías que se expondrán brevemente por la importancia que han tenido en las nuevas concepciones en derecho.

Tesis de Hans Kelsen.- Nos dice que "el hombre es un objeto esencialmente distinto del derecho, el hombre de la biología y la psicología no esta en realidad en tal relación con el derecho que pudiese ser objeto de la ciencia jurídica no es el hombre y la distinción del hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos de dicha ciencia; sin embargo, a pesar de que en todo momento y lugar se insiste en esta distinción, se haya aun lejos de haber extraído de ella todas las consecuencias posibles. Compruébase esto en la distinción entre personas "físicas" y personas "jurídicas", sosteniéndose que las personas físicas son los hombres y las personas jurídicas todos aquellos sujetos de derecho que no son hombres..."(6)

"Ser persona en derecho, no es lo mismo que ser hombre individual, que ser persona en sentido radical y plenario, es decir, que ser individuo. Ser individuo es ser yo y no otro; es ser una existencia única, intransferible, incanjeable, irreductible a cualquier otra, es la realidad de mi propia vida, perspectiva en el horizonte del mundo distinta de todas las otras perspectivas que son las demás vidas..."(7)

Tesis de Francisco Ferrara.- La palabra persona posee, según el maestro italiano, tres acepciones principales, a saber: 1a. biológica al hombre, 2a. filosófica, es decir, persona como ser racional capaz de proponerse fines y realizarlos 3a. jurídica sujeto de derechos y obligaciones...

En la tercera acepción es un producto del orden jurídico, que surge gracias al reconocimiento del derecho objetivo. La llamada persona individual no es persona por naturaleza, sino por obra de la ley. Fuera de una organización estatal, el individuo humano no es sujeto de derecho. Y aún en ciertos sistemas jurídicos de épocas pretéritas, ha habido hombres sin personalidad jurídica, como los esclavos. (8)

"y no es esto solo; la personalidad podía perderse por una condena penal (muerte civil), o por adopción del estado religioso (via claustral), y también en los individuos capaces , la personalidad se manifiesta como entidad variable, que podía ser concedida en mas o menos larga medida. Históricamente no han sido iguales desde el punto de vista jurídico; hombres y mujeres; cristianos y hebreos; nobles y vasallos; y aun hoy existe una diferencia entre nacionales y extranjeros. Es mas através de los siglos, se han registrado luchas sangrientas para conseguir la igualdad en la personalidad que hoy nos parece a nosotros un supuesto natural. En la atribución de la capacidad jurídica es árbitro el orden jurídico; así como la concede al hombre desarrollando orgánicamente y psíquicamente, la concede también el niño..."(9)

A estas dos últimas solo nos queda añadir que el concepto de "persona", en cuanto a sujeto de la relación, es una noción técnica- jurídica y su constitución obedece a una necesidad lógica-formal y a la vez una exigencia imperiosa de la vida del hombre que vive en relación con los semejantes.

En la medida, en que esas relaciones humanas interesan al derecho, la persona humana se convierte en persona en el mundo de lo jurídico como un sujeto de derechos y obligaciones. El derecho ha constituido un instrumento conceptual que se expresa con la palabra persona, instrumento creado función de ser humano para realizar en el ámbito de lo jurídico aquella porción de fines de su existencia que el derecho se ha encargado de proteger através del orden jurídico.(10)

La persona es el centro imprescindible al rededor del cual se desenvuelven otros conceptos jurídicos fundamentales, como la noción y la existencia misma del derecho objetivo y del derecho subjetivo, la obligación, el deber jurídico y la concepción de todas relación jurídica. Todos estos conceptos básicos en la dogmática y en la realidad del derecho no podrían encontrar una adecuada ubicación en el sistema jurídico sino através del concepto de "persona". (11)

CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA

Por lo expuesto; podemos decir que persona en derecho es el sujeto de derechos y obligaciones, en cuyo alcance solo pueden ser considerados como tales, para actuar en el ámbito jurídico, los seres humanos y los entes colectivos constituidos de acuerdo con los requisitos establecidos por el ordenamiento positivo

1.2.- CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA

"Capacidad.- (del lat. capacitas-tis) f.- espacio o hueco de alguna cosa suficiente para contener otras //2. extensión o espacio de algún sitio o local //3. aptitud o suficiencia para alguna cosa //6. for. aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, o facultad mas o menos amplia para realizar actos válidos y eficaces en derecho"(12)

DIFERENCIA Y SEMEJANZA ENTRE EL CONCEPTO DE PERSONALIDAD Y CAPACIDAD JURÍDICA

La capacidad es considerada como sinónimo de personalidad, en su significado de aptitud para ejercer derechos y asumir obligaciones.

Al respecto nos dice el maestro Castan Tobeñas, que esa aptitud en la cual consiste la personalidad o capacidad jurídica se despliega en: aptitud del sujeto para la mera tenencia de los derechos y, aptitud para el ejercicio de los mismos. A la primera se le designa capacidad jurídica de goce o simplemente con la denominación de personalidad; la segunda capacidad de ejercicio (13). En el mismo sentido añade Florencio Ramírez, que la capacidad jurídica, es decir la aptitud, para el goce o el ejercicio de un derecho, es lo que atribuye a un ser el carácter de persona, por lo cual en tesis general, la palabra capacidad jurídica y personalidad tiene el mismo sentido.(14)

Opinan lo contrario autores como Galindo Garfias, que no por relacionarse entre dichos conceptos signifiquen lo mismo, ya que por un lado la personalidad es única indivisa y abstracta y por el otro la capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta. Al respecto nos dice Aguilar Garrodano que la personalidad no admite gradaciones, que se tiene o no se tiene, en cambio la capacidad puede ser mayor o menor de una u otra persona(15).

Ahora bien partiendo del concepto propuesto sobre la personalidad, como conjunto de cualidades jurídicas que constituye la esencia de la persona en derecho, podemos afirmar que no existe en profundidad tal sinonimia con el concepto de capacidad jurídica; pues analizando aquella como unidad abstracta, la capacidad jurídica forma parte inseparable de ese concepto unitario. Mas si nosotros analizamos a la personalidad en su aspecto de aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, encontramos tal sinonimia. Al respecto hay que hacer la aclaración que tanto en nuestra legislación, como en una mayoría de autores se utiliza indistintamente el término de personalidad y capacidad jurídica de goce.

Por ejemplo en el Código Civil de Tamaulipas en su artículo 19 establece que "la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento..."; y en el Código Civil del Estado de Morelos se establece en su artículo 116 que la "capacidad de goce de las personas jurídicas individuales se adquiere por el nacimiento...", el Código Civil para el estado de Querétaro, establece en el artículo 22 que "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento...". Para efectos de este trabajo ser utilizado el término de personalidad como un concepto unitario, por cuestiones técnicas y de utilidad.

Mediante la capacidad de goce, en el derecho moderno, la mayoría de las personas se encuentran en la posibilidad de participar en la vida jurídica; son tenidos en cuenta por el derecho, en cuánto pueden ser sujetos de derechos y obligaciones, esta capacidad es fundamental, porque envuelve en potencia a todos los derechos, de los cuales el hombre puede ser sujeto.(16)

La capacidad de ejercicio o de obrar es variable, contingente; no existe en todos los hombres, sino se da en igual grado.

La capacidad de goce exige como presupuesto único la existencia de la persona. La capacidad de obrar exige una efectiva capacidad volitiva o de querer, que no todas las personas poseen en igual grado y de la cual pueden incluso carecer, por variadas causas, como la minoridad, la enfermedad, etc.(17)

CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA

Capacidad jurídica, es el atributo esencial de la personalidad, mediante el cual se manifiesta la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para poder ejercitarlos.

1.3.- CONCEPTO DE PERSONALIDAD

"Personalidad.- (de persona) f. diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra...//4 fil. conjunto de cualidades que constituye a la persona o supuesto inteligente..." (18)

NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DEL CONCEPTO DE PERSONALIDAD

La creación del concepto técnico-jurídico de personalidad obedece a la necesidad de individualizar a las personas en el ámbito jurídico, así como también encontramos la misma necesidad en el concepto de persona.

"La personalidad jurídica atribuida al individuo, se apoya o se fundamenta precisamente en aquellas dimensiones que, éste tiene en común con los demás. La dimensión del hombre que en el derecho funciona como persona, es la dimensión que, éste tiene de común con los demás sujetos jurídicos, por consiguiente no su radical individualidad. Y así mismo todas las varias concreciones singulares de la personalidad jurídica en los sujetos denotan aspectos o dimensiones genéricas

intercambiables, esto es, funciones o papeles que, en principio, puede ser desempeñado por cualquier otro." (19)

Es necesario e indispensable tal individualización de cada persona para poder atribuirle sus derechos, fijarse sus deberes e imputarle sus obligaciones, fijándole por esto sus contornos que la diferencian de las otras.(20)

El derecho ha creado éste concepto para que sea posible la manifestación y proyección de la persona en el mundo jurídico; y tal manifestación ser realizable mediante la existencia de cualidades o condiciones que forman la personalidad.

CUALIDADES DE LA PERSONALIDAD

Es indispensable saber acerca de las condiciones mediante las cuales es posible individualizar jurídicamente a las personas.

Podemos decir que la personalidad lleva implícitas ciertas cualidades que le son propias por su misma naturaleza, a las cuales se le denominan atributos de la personalidad.

La personalidad de que goza una persona física, que es lo que nos interesa para el desarrollo de la presente tesis, lleva anexos los presentes atributos: estado civil, que le fije su

identidad; el nombre que le permite reconocerla; el domicilio que le permite encontrarla o ubicarla en el espacio, y la capacidad jurídica. (21)

CONCEPTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Por lo tanto podemos decir que personalidad, es el conjunto de cualidades o condiciones jurídicas que constituyen la esencia de las personas en derecho.

DIFERENCIA ENTRE CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA CON EL CONCEPTO DE PERSONALIDAD

Algunos autores consideran que existe una sinonimia entre el concepto de personalidad y persona, cuando ambas se definen como, "el sujeto apto para ser titular de derechos y obligaciones", estableciéndose, por esto un puente que es la capacidad como aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y deberes jurídicos.(22)

Considero que tal afirmación no es tan verdadera, ya que tal sinonimia al parecer, resultaría al halar del "sujeto", osea refiriéndose al sustantivo de ambos conceptos.

Sin embargo, aunque ambas ideas vayan unidas, no por esto deben confundirse(23), ya que persona es el sustantivo y personalidad es la calidad de la persona. Es decir que cuando se constituyen las condiciones de la personalidad, se configura la persona. (24)

1.4.- ADQUISICION DE LA PERSONALIDAD

A.- DIVERSAS TEORÍAS

Las diversas teorías que existen sobre el origen de la personalidad jurídica son:(25)

I) Teoría de la concepción.- Los teólogos de la iglesia católica afirman que el concebido tiene existencia independiente de la de la madre y por tanto ha de ser tenido como sujeto de derecho antes de nacer. Esta teoría continúa sostenida mediante el argumento de que el ser nacido y el "feto", que en el claustro materno se desarrolla paulatina y regularmente, son de la misma naturaleza.

II) Teoría del nacimiento.- Nos dicen que el nacimiento es un hecho cierto y evidente que puede fijarse con precisión. El tiempo que el "feto" ha vivido en el interior de la madre nada significa, no es mas que la madre misma , y por la madre no era ser independiente; pero al salir de la cavidad materna al mundo desde ese momento, el derecho le acompaña a todas partes y le reviste con formas jurídicas que le dan personalidad.

III) Teoría Ecléctica.- Expresan que la personalidad tiene su origen en el nacimiento, pero se le reconoce por una ficción de derecho al concebido, retrayendose los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción.

B.- BASE LEGAL

La personalidad de las personas físicas se inicia con el nacimiento y se extingue con la muerte, el primer párrafo del artículo 21 así lo establece claramente.

Nuestra legislación se basa en el hecho cierto y evidente del nacimiento, pero no bastaría decir que el alumbramiento, la sola expulsión del "feto" del vientre materno, señale el punto de partida de la personalidad, porque el producto de la concepción pudo nacer vivo y morir inmediatamente después de concluido el parto.

Por otra parte no puede afirmarse que un ser, a pesar de haber nacido fisiológicamente, tenga la calidad de persona, sino hasta que adquiriera vida propia, independientemente de la vida de la madre; es decir, cuando ha sido separado enteramente del seno materno y aliente por si mismo. En tanto esto no ocurre, el feto, en la vida intrauterina sigue formando parte de la madre.(26)

Por lo anterior, ocurre preguntarnos cuales son los signos del nacimiento exigidos por el derecho.

En el derecho romano, como ya se dijo, se exigían los siguientes requisitos para que el nacimiento tuviera plena eficacia: a) el hecho del nacimiento; b) que hubiese nacido vivo; c) la forma humana y por supuesto que el producto hubiese alcanzado en el claustro materno la madurez necesaria para continuar viviendo.

Los germanos, tomaban en cuenta otros datos distintos, a saber: la publicidad que de el nacimiento hacían los padres, el bautismo y la supervivencia del hijo durante un periodo de nueve días.

El fuero juzgo, consideraba al recién nacido capaz de recibir la herencia de su padre, si había sido bautizado y vivía diez días. Las partidas que acogieron el sistema romano, excluían de la calidad de personas a los monstruos y prodigios y exigían el nacimiento perfecto, es decir la sobrevivencia del "feto" después de su completa separación de las vísceras maternas.

Las leyes del Toro acortaron el plazo de vida del recién nacido a solo un breve lapso de 24 horas.

El Código Francés de 1804, exigía en el ser, además de la vida propia independientemente de la madre la figura humana, y su condición de viabilidad, es decir que nacido el "feto", ha de ser capaz de sostener la vida extrauterina (27)

En cambio, en el Código Civil vigente, en el artículo 20, establece que se reputa nacido el feto, solamente en el caso que después de ser desprendido del seno materno concurren cualquiera de éstas condiciones; que viva 24 horas o bien, que sea presentado vivo al Registro Civil.

CAPITULO PRIMERO
CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) Ferrara; cit. post.; García Maynez E.; Introducción al Estudio del Derecho; pp. 273, 274
- (2) Diccionario del la Real Academia Española Madrid 1970; vol. V.; 3a. columna p. 1020
- (3) Pons Tamayo H.; Revista de la Facultad de Derecho, no.31 enero y abril, 1971; año XI,
"Capacidad de las personas naturales" p. 28
- (4) García Maynez E.; loc. cit.; p.275.
- (5) Pons Tamayo H.; loc. cit.; p. 128
- (6) Hans Kelsen; cit. post.; García Maynez E. Loc. cit.; p. 276
- (7) ibid.; pp. 276,277.
- (8) Ferrara Fco.; Eduardo García Maynez. Loc. Cit.; p. 288
- (9) ibid pp. 288, 289.
- (10) Galindo Garfias Ignacio; Derecho Civil; primer curso p. 292
- (11) Ibid. loc. cit.; p. 293.
- (12) Diccionario del la Real Academia de la Lengua . loc. cit.
- (13) Pons Tamayo Héctor.; loc. cit.; p. 136
- (14) ibid
- (15) ibid.; loc. cit.; p. 137
- (16) ibid p. 140.
- (17) ibid loc. cit.; p. 141
- (18) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; loc. cit.; p. 1021 4a col.

(19) Hans Kelsen; cit. Post.; García maynez E. loc. cit.; p. 277

(20) Pons Tamayo Héctor; loc. cit.; p. 131

(21) ibid p. 131

(22) ibid. loc. cit.; p. 127

(23) ibid

(24) cfr. Porrúa Pérez Francisco; Teoría del Estado; p. 177

(25) ibid p. 136

(26) Galindo Garfías E.: loc. cit.; p. 298

(27) ibid pp. 298, 299

CAPITULO II

2.1.- SITUACIÓN DEL CONCEBIDO EN EL DERECHO ROMANO

El término persona es usado por los juristas clásicos con la significación de hombre, por lo que todos los hombres, incluso los esclavos, son llamados personas, Gayo muy expresamente se ocupa en su exposición concerniente al derecho de la esclavitud del *JUS QUOD AD PERSONAS PERTINET*, y habla sin reparo de las personas serviles (1), es conveniente añadir que este término se empleo para la designación de las corporaciones hasta la época post-clásica como *PERSONAE VICE* (2).

La idea de persona representaba al hombre revestido de un *STATUS* (3) y dependiendo del *STATUS* que tenía el individuo gozaba o no de los derechos que dimanaba del *JUS*. Para tener el pleno uso y goce de los mismos era menester ser libre, ciudadano, pertenecer a una familia agnática y ser *SUI JURIS* (4).

INICIO DE LA EXISTENCIA HUMANA EN EL DERECHO ROMANO

En el derecho romano se establece el inicio de la existencia humana cuando se llenan los siguientes requisitos: nacer vivo, viable, y con forma humana.

a) Para que pueda decirse que el hombre ha nacido, se exige primeramente su perfecta separación del cuerpo de la madre, sin que por otra parte deban ser tenidos en cuenta los medios para obtener dicha separación(5). El feto en el claustro materno, no es mas que un embrión que forma parte de las entrañas de la madre: Ulpiano,, D., 25, 4, s 1.; PARTUS ENIM ANTEQUAM EDATUR, MULIERIS PORTIO EST VEL VISCERUM. (6)

b) En segundo lugar, el concebido ha de nacer vivo, en cuánto a la prueba de la vida del recién nacido, los Proculeyanos exigen como condición indispensable, la emisión de gritos, mientras que los Sabinianos consideraban que bastaba cualquier signo o manifestación de vida, esta última opinión es aceptada por Justiniano (C., 6, 29, 3 et sancimus si vivus perfecte natos est) (7).

c) En tercer lugar, el producto debe ser viable, esto es, que el infante debe haber alcanzado en el claustro materno la madurez necesaria para poder seguir viviendo independientemente.

d) La forma humana es el último de los requisitos para la existencia de un hombre; los monstruos y los prodigios no son considerados como hombres ni protegidos por las leyes; "Paulo 4, 9, 3 y 4: NO SON HOMBRES LOS QUE FUERA DE LO NORMAL SON PROCREADOS CON FORMA CONTRARIA A LA DEL GENERO HUMANO COMO SI UNA MUJER HUBIERA DADO A LUZ A UNA COSA MONSTRUOSA O PRODIGIOSA" (8).

En cuánto a la determinación de los prodigios, los autores consultados no hacen mención alguna de esto y en cuánto a la monstruosidad no se tiene un criterio exacto para determinarla; algunos tratadistas posteriores basándose en un texto de Paulo, relativo a los lugares religiosos, en el que dice: "que solo ha de considerarse como tal, aquel en que sea enterrada la cabeza" han entendido que a esta se atendía para determinar la condición humana; pues como dijo dicho jurisconsulto "por la imagen es por donde somos conocidos", el criterio no obstante, no resulta claro de las fuentes (9).

LA DOCTRINA DEL NASCITURUS (10) EN EL DERECHO ROMANO

(NASCITURUS CONCEPTUS PROIAM NATO HABETUR)

Como ya se señaló, el inicio de la existencia humana, se verifica cuando el producto de la concepción ha nacido vivo, viable y con forma humana, pero antes de que se realicen tales condiciones cabe preguntarnos como considera en derecho romano la vida intrauterina del futuro ser humano?.

Muchos textos del derecho romano dicen terminantemente que durante la gestación en feto no es todavía una criatura humana, le falta existencia propia, definiendo considerar que forma parte de la madre: "Papiniano; D., 35, 2, 1 9: PARTUS NONDUM EDITUS, HOMO NON RECTE FUISSE DICITUR." "ULPIANO, d.; 25, 4, 1, 1: PARTUS ENIM ANTEQUAM, MULIERI PORTIO EST VEL VISCERUM." (11).

Mientras que otros por el contrario le asemejan con el infante ya nacido; "Paulo, D., 1, 5, 7: EL QUE YA ESTA EN EL útero SE MIRA COMO YA NACIDO SIEMPRE QUE SE TRATE DE LAS COSAS QUE LE SON FAVORABLES, AUNQUE ANTES DE NACER DE NINGUNA MANERA APROVECHE A OTRO" (12). "Juliano D., 1, 4, 26: LOS QUE ESTÁN EN EL VIENTRE EN CASI TODO EL DERECHO CIVIL SE TIENEN POR NACIDOS, PORQUE A ESTOS SE LES CONSERVAN O RESTITUYEN LA HERENCIA LEGITIMA Y AUNQUE A LA MUJER PREÑADA HAYA SIDO APRESADA POR LOS ENEMIGOS, LOS

QUE DE ELLA NAZCA, GOZA DEL DERECHO DEL POSTLIMINIO Y SIGUE TAMBIÉN LA Condición DE LA MADRE.(13)

Esto nos hace pensar en la existencia de una contradicción en los preceptos romanos, pero al respecto se responde que no existe contradicción alguna, ya que en el primer caso se establece la realidad de las cosas y en el segundo, se esta otorgando una protección al futuro ser humano mediante la ficción de que el concebido se le tiene por nacido para los efectos que le sean favorables.(14)

Ahora bien, para los efectos de este trabajo, es menester determinar en que se fundamentan los autores para atribuir al derecho romano la doctrina que considera al concebido como nacido para los efectos que le sean favorables, en cuanto al principio "NASCITURUS CONCEPTUS PRO I AM NATO HABETUR" (al concebido se le tiene por nacido) los autores consultados estudian la doctrina romana del NASCITURUS, por la alusión de algunos autores se puede decir que su creación se realizó en la época post-clásica, incluyendo en el cristianismo.

La protección que brinda este orden jurídico al concebido pero no nacido, la podemos observar desde tres aspectos: 1) respecto de su vida intrauterina; 2) respecto de sus intereses hereditarios y 3) respecto de su condición social.

1) En cuánto a su vida, esta amparada por las leyes penales y de policía. Las primeras castigan a la madre que aborta y a quienes favorecen tal propósito(15). Las segundas cuentan entre sus prescripciones las siguientes:

a) En el Digesto dice Marcelo que: La Ley Regia prohíbe que la mujer que haya muerto embarazada sea enterrada antes de que sea extraído el producto.(16)

b) Ulpiano; la pena de muerte de la mujer embarazada, condenada a ser ejecutada, se difiere hasta que de a luz (17).

2) En cuánto a los intereses hereditarios, tenemos que al nacedero puede ser instituido heredero, siempre y cuando haya sido concebido en vida del autor de la herencia, (18). Pues como dice Ulpiano: "(D, 37, 9, 1) así como el pretor cuidó de los descendientes que ya habían nacido, tampoco olvidó a los que no habían nacido por la esperanza de que nazcan..."

La mujer encinta de un hijo póstumo puede exigir que se le proporcione alimento durante el tiempo de su embarazo, así como de la porción hereditaria que ha de corresponder al hijo. Las leyes romanas confieren a la madre, en garantía de ese derecho, la facultad de entrar en la posesión provisional de los bienes de la herencia: *MISSIO IN POSSESSIONEM VENTRIS NOMINE*(19). Se estableció que el magistrado nombrase, a petición de la madre, un *CURATOR-CURATOR VENTRIS*, con la finalidad especial de salvaguardar los intereses del futuro ser humano.(20)

3) Respecto de la libertad y la ciudadanía del nacedero, habría que distinguir si era concebido o no dentro de legítimo matrimonio. En el primer caso, como se sabía quien era el padre, se atendía al momento de la concepción "TEMPUS ENIM CONCEPTIONIS SPECTANDUM PLERIQUE PLACUIT". En el segundo se tomaba en cuenta el instante del parto porque la madre era la única conocida y era en ese momento que se consideraba terminada su obra en la procreación. De acuerdo a ese criterio, el hijo engendrado dentro del legítimo matrimonio por ciudadanos romanos nacía dentro de dicha ciudadanía, aunque los padres la hubieran perdido posteriormente, porque aún la tenía en el instante de la concepción. Al contrario si había sido concebido fuera del matrimonio, la condición de la madre al tiempo del parto era la que determinaba la del hijo.(21)

La regla se atenúo con el tiempo en beneficio del nacido, en lo que a la libertad respecta.

como consecuencia de las nuevas ideas de fines de la república, se produjo en el derecho romano una franca inclinación a favorecer la libertad del hombre, para librarlo de la esclavitud, y por eso llegó a aceptarse que la prole de una esclava nacía libre si la madre lo había sido en cualquier momento de la época de la procreación, aún cuando hubiere caído en esclavitud y fuese esclava en el momento del parto: BASTA AL QUE ESTE EN EL VIENTRE HABER TENIDO MADRE LIBRE, AUN EN EL TIEMPO MEDIO.(22)

Por lo brevemente expuesto y consultado, se puede decir que los tratadistas principalmente se fundan, para atribuirle al derecho romano la doctrina que considera al concebido como nacido, en los preceptos relativos a la protección que se otorga al futuro ser humano en sus intereses hereditarios (principalmente: Gai, 1, 147; Pablo D., 1, 5, 7; Juliano: D., 1, 6, 26; sobre la MISSIO IN POSSESSIONEM VENTRIS NOMINE: D., 37, 9, 1; sobre la curatela: D., 26, 20; D., 50, 16, 162.2.-

2.2.-SITUACION DEL CONCEBIDO EN EL DERECHO ESPAÑOL

El derecho español es el resultado de una larga y complicada evolución que se fue formando desde los primeros pobladores de la Península Ibérica, los Liberos y los Celtas, así como de la gran influencia de todos los pueblos que sucesivamente la fueron invadiendo.

Las primeras invasiones fueron realizadas por los fenicios (1100 a. de J.C.), griegos (s. VII a de J.C.) y Cartagineses (237 a. de J.C.), los cuales llevaron a la península junto al comercio sus ideas y posiblemente incrementaron su organización jurídica.

De las conquistas que se consideran mas importantes es la realizada por los romanos (206 a. de J.C.), ya que esta significó su romanización en todos los ordenes, particularmente en el orden jurídico.

Posteriormente España sufrió la conquista de los Visigodos (año 400), cuya obra jurídica, vigente en este país, fue el código de Alarico. Otra creación jurídica importante fue el fuero Juzgo (544), que era un cuerpo de leyes aplicables no solo para los dominadores, sino para todos los habitantes de ese territorio.

En esta época que se esta considerando, el derecho de la Península se caracterizó por la triple yuxtaposición de derechos; del Romano, del Visigodo y del Canónico, en todos sus aspectos jurídicos: organización patriarcal monogámica, patria potestad, propiedad privada, etc.

España fue presa de otra invasión, de los Arabes (año 711) y durante éste periodo la evolución del derecho se estacionó, ya que los esfuerzos de los pobladores se encaminaban exclusivamente hacia la conquista, como consecuencia de esta situación el fuero juzgo mantuvo su vigencia.

A medida que la conquista fue lográndose, las ciudades fueron expidiendo sus propios fueros, naciendo así los diversos fueros municipales, como el de Castilla y el de León.

Con el Rey Alfonso X el sabio, se inicio la unificación legislativa, dando como resultado de tal movimiento, la obra jurídica llamada Fuero Real, del año 1254; el célebre código de las siete partidas del año 1262; el Ordenamiento de Alcal del año 1348, que se realizó con el objeto de establecer la primacia de diversas leyes. A partir de entonces se hicieron intentos de recopilación de leyes, como la Nueva Recopilación de 1565, conteniéndose en ésta, las Leyes del Toro, de Partidas y del Fuero Real.

Las leyes que hemos venido mencionando tuvieron su vigencia en la Nueva España y en el México independiente, hasta las primeras codificaciones, particularmente el Fuero Juzgo, Fuero Real, las Leyes del Toro y sobre todo las Siete Partidas en materia de derecho privado(23). Estas leyes serán transcritas y someramente comentadas, en lo que se refiere como antecedente histórico para el presente trabajo.

FUERO JUZGO

LIBRO IV, TIT. II, LEY XVIII (24)

"XVIII DEL NINNO CUEMO PUEDE AVER LA HEREDAD DEL PADRE"

La cosa es dudosa, si non fuere departida por razon, muchas vezes cae en yerro. Ca muchos omnes suelen contender, si el ninno que es na muere ay na, si puede aver la buena del padre. E pa esta entencion queremos nos poner tal termino. La razon de natural atal es, que aquel que nasce non puede prender ninguna cosa en el mundo ante que si mismo, que es fecho de tinieblas. Doncas "en qual manera puede prender heredad sobre tierra quinon puede prender el emezamiento de la luz deste mundo?. E qui non puede usar de los elementos de los quales era fecho, "cuemo podr aver las cosas que nol dex ron veer?. E cuomo avr partida de las cosas deste mundo en su muerte, qui lo deviera aver si visquies, , cuemo ser en on bivos al qual fu, mas allegada la muerte que la vida?. E assi en medio de la luz es luego muerto, y es entrado en las tinieblas. E porque los padres puedan aver la buena de tal fio, que la vida del ninno sea tal que cuemo puede aver la vida celestial assi aya la vida terrenal; establescemos que aquel que nasce non deve aver la buena de los padres, fueras si despues que fuere nascido recibiere baptismo, , visquiere X. dias, que tod omne que cobdicia ganar la buena del padreo de la madre por este ninno, se esfuerce este de ganarle ante la vida celestial por el baptismo. , asi aquel que finca despues del, aya la buena. E quando el ninno a la tierra por heredad, , las cosas que son apareiadas, sus herederos ayan las terrenales, y este gane las cosas que defallen. E que si el

muerto non puede usar las cosas terrenales, derecho es que si al que non, que puede ganar las cosas celestiales".

En esta ley se establecen las condiciones para que un infante pueda heredar de su padre, las cuales son: el hecho del nacimiento, el bautismo y que viviere 10 días. Muy semejante es el texto de la ley XIX, del mismo título y libro al determinar que "el padre muerto, si el fiio a la fia visquieren x diaz, o mas o menos, , fuere baptizado, quanto quel pertencier de la buena del padre todo lo deve haber la madre..."(25)

Los fueros municipales suprimen el requisito del bautismo y en cambio el fuero real le reproduce "si después naciere fijo o fija e fuere baptizado, haya todos los bienes del padre."(26)

LAS SIETE PARTIDAS

4a. PARTIDA, TITULO XXII, LEY III (27)

"EN QUE ESTADO ET DE QUE CONDICION ES LA CRIATURA MIENTRE QUE SEA EN
EL VIENTRE DE SU MADRE.

entre que estodiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga o se diga pro della, aprovéchase ende, bien así fuese dicho ó fecho daño de su persona ó de sus cosas nol empesce. Et por ende si el señor de alguna sierva preñada mandase su heredero ó diese poder otri que le aforrase cierto plazo si el otro non la feciese libre aquel día que él le mandó, estando esperando maliciosamente que nasciese aquella criatura porque fuese sierva, dixieron los sabios antiguos que fecieron las leyes que desde el día del plazo que en adelante son libres también la madre como la criatura que della nasciese. Et aun dixieron que si alguna muger preñada hobiese fecho cosa por que debiese morir, que la criatura, que nasceise de ella debe ser libre de la pena, et por ende deben guardar la madre fasta que para, así como diremos en el titulo de las penas."

En el texto de esta ley se reproduce en el fondo la doctrina del derecho romano, respecto de los intereses del concebido(28).

4A. PARTIDA, TITULO XXIII, LEY IV(29)

"QUANTO TIEMPO TRAE LA MUGER PREÑADA LA CRIATURA EN EL VIENTRE SEGUNT LEY ET SEGUNT NATURA

Ipocras fue un filósofo en el arte de la física, et dixoque lo mas que la muger preñada puede traer en el vientre son diez meses. Et por ende si desde el día de la muerte del marido fasta diez meses pariese su muger legitima, la criatura que nasciere se entiende que es de nsu marido maguer en tal tiempo sea nascida, solo que ella viviese con su marido la sazón que finó. Otro si dixo este filósofo que la criatura que nasciese fasta. En los siete meses, que solo que tenga su nascimiento un día del seteno mes, que es complida et vividera, el debe seer tenuta tal criatura por legítima del padre et de la madre que eran casados et viven en uno en la sazón que la concibió.

Eso mesmo debe seer judgado de la que nasce fasta los nueve meses, et este cuento, es mas usado que los otros; mas si la nascencia de la criatura tañe un día del onceno mes despues de la muerte del padre, non debe seer contada por su fijo. Et en que manera deben guardar las mugeres que dice que fincan preñadas despues de muerte de su marido, porque non venga yerro nin engaño en las criaturas que nascieren de ellas, diremos en la sexta partida deste libro en las leyes que fablan en esta razón."

Este precepto se refiere exclusivamente a la legitimación de los hijos.

4a. PARTIDA, TITULO XXIII; LEY V (30)

"DE LA CRIATURA QUE NASCE DE LA MUGER PREÑADA NON HABIENDO FORMA
DE HOME.

Non deben ser contados por fijos los que nascen de la muger et non son figurados como homes, asi como si hobiesen cabeza ó otros miembros de bestia; et por ende non son tenudos el padre nin la madre de los heredar en sus bienes, nin los deben haber maguer los establexciecsen por herederos. Mas si la criatura que nasce ha figura de home, maguer haya miembros sobejanos ó menguados, nol empesce quanto para poder heredar los bienes de su padre, et de su madre et de los otros parientes."

El contenido de esta disposición establece como condición del nacimiento, la forma humana; requisito que se exigía en el derecho romano.

6a. PARTIDA, TITULO 1o. LEY XX (31)

"COMO SE DESATA EL TESTAMENTO POR FIJO QUE NASCIESE DESPUES AL
FACEDOR DEL TESTAMENTO O POR OTRO A QUIEN PORFIJASE

"Psthumos es llamado en latín propiamente el mozo que nasce despues de la muerte de su padre: en esa mesma manera puede ser llamado el fijo que nasce despues de la muerte de su padre: en esa mesma manera puede ser llamado el fijo que nasce despues que el padre ha fecho el testamento postrimer: et estos fijos atales quebrantan los testamentos se sus padres en que non obiesen seido establecidos por herederos. Otrosi decimos que si alguno hobiese fecho testamento, el despues porfijase otro de manera quel porfijado se tornase en poder del, que por tal porfijamiento se desatarie el testamento que ante hobiese fecho quel porfijó."

La palabra póstumo envolvía dos conceptos diferentes; uno, en el sentido genuino y propio que consideraba como tales a los nacidos despues de muerto el padre, otro en sentido figurado, esto es, el hijo que nació despues de haber hecho el padre su último testamento.(32)

NOVISIMA RECOPIACION DE LAS LEYES DE ESPAÑA
"TITULO V, DE LOS HIJOS, SU EMANCIPACION Y LEGITIMACION;
LEY II, LEY 13 DE TORO (33)
REQUISITOS PARA QUE EL HIJO SE ENTIENDA NATURALMENET NACIDI Y NO
ABORTIVO

Para evitar muchas dudas, que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recién nacidos, sobre si son naturalmente nacidos, ó si son abortivos, ordenamos y mandamos, que se diga que tal hijo es naturalmente nacido y que no es abortivo, cuando nació vivo todo, y que a lo menos despues de nacido, vivió veinte y quatro horas naturales, y fue bautizado antes que muriese; y si de otra manera nacido murió dentro del dicho término, ó no fue bautizado, mandamos que el tal hijo sea habido por abortivo, y que no puede heredar sus padres ni sus madres, ni a sus ascendientes: pero por el ausencia del marido, o por el tiempo del casamiento claramente se probase, que nascio en tiempo y que no podía vivir naturalmente, mandamos, que aunque concurren en el dicho hijo las cualidades susodichas que no sea habido por parto natural ni legítimo. (ley 2, tit. 8, lib. 5 R)."

En el primer apartado transcrito de la ley señalada, se exigen, tres condiciones para considerarse a un hijo como nacido; que nazca todo vivo, que viva 24 horas, que haya sido bautizado, cumplidas estas condiciones, el nacido puede heredar a sus progenitores y ascendientes.

2.3.- SITUACIÓN DEL CONCEBIDO EN EL DERECHO MEXICANO

En el derecho mexicano, los antecedentes remotos en relación al establecimiento y regulación de la situación del concebido, se encuentra en la actividad legislativa de 1870 y 1884, cuyas codificaciones civiles denotan la preocupación de sus creadores por generar un marco legal relativo a este asunto.

**CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y
TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, DE 1870.
"TITULO PRELIMINAR
DE LA LEY Y SUS EFECTOS, CON LAS REGLAS GENERALES
DE SU APLICACIÓN"**

Art. 12.- La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde con la muerte; pero desde el momento que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley; y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

En la exposición de motivos de este código se expresa lo siguiente, respecto al artículo señalado: "El artículo 12 sanciona un principio universalmente reconocido y que desde el Fuero Juzgo hasta las leyes del Toro ha venido repitiéndose en la legislación española. Aunque el nacimiento es el de la capacidad jurídica, la ley protege al hombre desde que es procreado. Ha sido necesario consignar el principio, porque de él dimanaban varias disposiciones relativas a la legitimación, a reconocimiento de hijos, a tutela y a sucesión hereditaria, todas de verdadera importancia en el orden social...

**CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y
TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, DE 1884.**

"TÍTULO PRELIMINAR

DE LA LEY Y SUS EFECTOS, CON LAS REGLAS GENERALES DE SU APLICACIÓN

Art. 11.- La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

CAPITULO SEGUNDO

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Fritz Schluz; Derecho Romano Clásico; Barcelona 1960 p. 69
- (2) D'Ors Alvarado, Derecho Privado Romano, Pamplona 1977 p. 480.
- (3) Fritz Schluz; loc. cit.; p. 70
- (4) Serafin Felipe; loc. cit.; Instituciones de Derecho Romano; Barcelona 1897; p. 70
- (5) Savigny M.F.C.; Derecho Romano; p. 307.
- (6) Serafini Felipe; loc. cit; p. 133
- (7) Valverde valverde Calixto; Tratado de Derecho Español; Valladolid 1920; p. 219
- (8) DiHigo Ernesto ; Apuntes de Derecho Romano; La Habana, 1940, Vol. 1; p. 254
- (9) ibid; op. cit. p. 225.
- (10) Serafini Felipe; loc. cit.; p. 133
- (11) ibid
- (12) Cuerpo de Derecho Civil; vol. I
- (13) ibid
- (14) cfr. Savigny M.F.C.; loc. cit.; p. 310-313, loc. cit.; pp. 245, 246.
- (15) ibid; loc. cit.; p. 247.
- (16) Camus E. F.; Persona y Derecho de Familia p. 70
- (17) ibid
- (18) Cuerpo de Derecho Civil; loc. cit.; Vol ID: 36, 16, 6, 38, 17,7

- (19) *ibid.*; *op. cit.*; D. 37; 9; 1
- (20) *ibid* 1b, D. 37, 9, 1, 15-20
- (21) Savigny M.F.C.; *loc. cit.*; p. 511
- (22) D'Higo Ernesto; *loc. cit.*; p. 251
- (23) Flores Barrueta; *Apuntes de Derecho Civil*; p. 4, 5, 6
- (24) *Fuero Juzgo* ; Madrid 1851; p. 72
- (25) *ibid*
- (26) Valverde valverde calixto; *loc. cit.*; pp. 219-220.
- (27) *Las Siete Partidas*; *loc. cit.*; p. 192
- (28) Valverde Valverde Calixto; *loc. cit.*; p. 220.
- (29) *Las Siete Partidas* ; *loc. cit.*; p. 192
- (30) Valverde Valverde Calixto; *loc. cit.*; p. 192
- (31) *Las Siete Partidas* *loc. cit.*; p.22
- (32) Valverde Valverde calixto; *loc. cit.*; p. 220
- (33) *Novisima Recopilación de las Leyes de España*, Madrid 1805; p. 28

CAPITULO III

3.1.- LA CONCEPCIÓN

Para efectos del presente trabajo es menester el explicar el fenómeno de la concepción desde la perspectiva de la medicina, abarcando desde su origen hasta el momento del alumbramiento, es decir el explicar por las diferentes etapas por las que pasa el Concebido, a fin de tomar conciencia de la vida que se esta desarrollando dentro del vientre materno, y por ende el atribuirle los derechos inherentes a ese ser en formación llamado concebido.

De acuerdo a la opinión del Dr. Isadore Rossman manifiesta a la concepción expresando lo siguiente:

El logro mas importante de nuestra vida es el de la reproducción, es el único camino manifiesto hacia la inmortalidad. A pesar de que la reproducción es un hecho que ha venido sucediendo desde los tiempos mas memoriales, y a pesar de que los sabios la han estudiado por siglos, continúa siendo el acontecimiento mas extraño y complejo del mundo que nos rodea.(1)

Desde la segunda guerra mundial y sobre todo en la última década, ha aumentado considerablemente los conocimientos sobre el feto y su medio ambiente como una consecuencia importante "EL FETO HA ADQUIRIDO EL ESTADO DE UN PACIENTE AL QUE EL MEDICO DEBERA PRESTAR LA MISMA ASISTENCIA QUE DESDE SIEMPRE HA PROPORCIONADO A LA MADRE".

EMBRIÓN Y FETO EN DIVERSOS PERIODOS DEL EMBARAZO

Los diferentes términos generalmente usados para radicar la duración del embarazo y la edad fetal son algo confusos, podemos afirmar que transcurren alrededor de 280 días o cuarenta semanas entre el último periodo menstrual y el nacimiento del niño.

Los embriólogos citan los acontecimientos en días o semanas desde el tiempo de la ovulación o de la concepción siendo los dos casi idénticos, tomándose como el desarrollo del óvulo y del embrión.

Tomando en cuenta el desarrollo humano según los doctores Hamilton y Rossman nos dicen lo siguiente en relación al huevo y al embrión.

HUEVO: Durante las dos primeras semanas que siguen a la ovulación, hay sucesivas fases de desarrollo que se identifican como sigue:

1) Ovulación; 2)Fecundación del óvulo; 3)Formación del blastocisto, lo que se inicia a la primera semana después de la ovulación.

EMBRIÓN: El comienzo del periodo embrionario se toma desde el inicio de la tercera semana siguiente a la ovulación o unas cinco semanas después del comienzo del último periodo menstrual, y coincide con el tiempo calculado para la menstruación. La mayoría de pruebas de embarazo clínico suelen ser positivas en ese momento. El disco embrionario esta bien definido y el tallo del cuerpo se define perfectamente. En esta fase el saco coriónico mide aproximadamente un centímetro de diametro.

Al final de la cuarta semana después de la ovulación el saco coriónico mide de dos a tres centímetros de diámetro y el embrión unos 4 a 5 mm. de longitud.

Al corazón y el pericardio son muy prominentes a causa de la dilatación de las cavidades del corazón. Existen ya yemas de brazos y piernas y el amnios empieza a revestir el tallo de conexión que se convierte en el cordón umbilical.

Al final de la sexta semana desde el momento de la ovulación, o unas ocho semanas tras el comienzo del último periodo menstrual, el embrión mide de 22 a 24 mm. de longitud y el tamaño de la cabeza es grande en comparación con el tronco. Se aprecian ya los dedos de manos y pies y las orejas forman unas elevaciones definitivas a cada lado de la cabeza

La mayoría de los embriólogos consideran que el final del periodo embrionario y el comienzo del periodo fetal se inician al rededor de las ocho semanas siguientes a la ovulación, o diez semanas después del último periodo menstrual. En dicho momento el embrión mide cerca de 4 cm. Después son pocas, si es que hay alguna, las estructuras principales que se forman; el desarrollo consiste mas bien en el crecimiento y la maduración de las estructuras formadas durante el periodo embrionario.

TRES MESES LUNARES

Al final de la semana doce que sigue al último periodo menstrual el feto tiene una longitud de seis a siete cm, y el útero suele ser palpable en la mayoría de los huesos han aparecido centros de osificación, se han diferenciado los dedos de pies y manos y están provistos de uñas, aparecen rudimentos de pelo esparcido, se empiezan a mostrar rasgos definidos en cuánto al sexo, un feto nacido en este momento puede hacer movimientos espontáneos si se haya todavía dentro del saco amniótico o si se sumerge en suero salino caliente.

CUATRO MESES LUNARES

Al final de la décima sexta semana de edad menstrual, el feto tiene una longitud de doce cm., y pesa unos 110 gr.. Un examen cuidadoso de los órganos externos revela ahora el sexo definitivamente.

CINCO MESES LUNARES

El final del quinto mes lunar o la semana vigésima es el punto central del embarazo si la gestación se ha calculado desde el tiempo del último periodo menstrual normal. El feto pesa ahora algo mas de 300 gr.. La piel se ha vuelto menos transparente y un lanudo veloso cubre el cuerpo, al tiempo que se aprecia cabello en el cráneo.

SEIS MESES LUNARES

Al final de la semana 24, el feto pesa aproximadamente 650 g; la piel característicamente arrugada y la grasa se deposita debajo de ella, la cabeza es todavía comparativamente muy grande, cejas y pestañas suelen ser reconocibles. Un feto nacido en este momento intentar respirar pero casi siempre fallece poco después de nacer.

SIETE MESES LUNARES

Al final de la semana vigésima octava, tras el comienzo del último periodo menstrual, el feto ha alcanzado una longitud aproximada de 25 cm y pesa aproximadamente 1,100. gr., la piel, delgada, es roja, la membrana pupilar acaba de desaparecer de los ojos.

Un feto nacido en este periodo mueve sus extremidades con bastante energía y llora débilmente.

OCHO MESES LUNARES

Al final de este mes (32 semanas), el feto ha alcanzado una longitud de 28 cm, y un peso de 1.8 g; la superficie de la piel se presenta todavía rojiza y arrugada.

NUEVE MESES LUNARES

Al final de este mes o 36 semanas el feto ha alcanzado una longitud de 32 cm., y pesa unos 2.6 Kg.; el cuerpo ha adquirido una mayor redondez y la cara ha perdido su anterior aspecto rugoso.

DIEZ MESES LUNARES

Este período abarca 40 semanas, en este momento está plenamente desarrollado, con los rasgos característicos del niño recién nacido. La longitud media es de 36 cm y pesa aproximadamente 3.4 g.(2)

Hay que tomar en cuenta que el período embrionario termina a la octava semana después de la fecundación; en este momento están ya presentes los comienzos de todas las estructuras esenciales. El período fetal, que se extiende desde la novena semana hasta el nacimiento, se caracteriza por el crecimiento y la maduración de las estructuras el sexo se distingue claramente a las doce semanas.

Esto nos orienta hacia la conclusión que desde temprano período de fecundación, el ser en formación es alguien quien cuenta con las características humanas y que está dentro de su período de formación.

3.2.- LA CONCEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

El artículo 21 del Código Civil para el Estado de Guanajuato vigente establece:

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere con el nacimiento y se extingue por la muerte; pero desde 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".

Cabe preguntarnos si nuestro código civil determina el momento en que un ser es concebido, ya que nuestro artículo en cuestión señala "... desde el momento en que un individuo es concebido...", razón por la cual es necesario conocer el momento en que el derecho lo haya establecido.

Henry, Leon y Jean Mazeaud (3), nos plantean al respecto la siguiente situación:

Puesto que la criatura es susceptible de adquirir derechos desde el día de su concepción, la fijación de la fecha de la concepción presenta gran interés jurídico, sin embargo no es posible precisar con exactitud que la concepción se haya producido en determinada fecha, puesto que para lograrlo habría que conocer, entre otros datos, exactamente la duración del embarazo, ya que aunque una criatura nazca en tiempo, médicamente hablando, no siempre es la misma. Así pues, para saber si la criatura ha nacido dentro de tiempo o antes de él hay que tener en cuenta el grado

de desarrollo del niño al nacer y ciertas indicaciones médicas. Sin embargo a causa de la impresión de tales indicaciones , las discusiones serian numerosas, por lo cual los regímenes jurídicos resuelven esta situación mediante el establecimiento de presunciones.

Nuestro código civil del Estado de Guanajuato ha establecido una presunción en ocasión de la prueba de paternidad, respecto de los hijos nacidos de matrimonio así como de los hijos nacidos de concubinas en los siguientes preceptos:

"Art.- 381.- Se presumen hijos de los cónyuges:

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

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

"Art.- 382.- Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento".

Ante tal virtud, siendo la concepción el momento inicial de la gestación, cabe suponer que la misma haya tenido lugar dentro de los primeros 120 días del plazo máximo de gestación de los 300 días precedentes al nacimiento, según se advierte del texto antes transcrito del artículo 382 del ordenamiento legal en consulta.

La base en que se funda la presunción respecto del hijo concebido dentro del matrimonio se encuentra en la existencia misma de este vínculo jurídico: pues es la forma creada por el derecho para dar respuesta a los hechos naturales de la unión de sexos y de la procreación, para lograr los fines ,ticos y sociales que el propio derecho le importan; razón por la cual el hijo dado a luz por la mujer casada es de atribuírsele a su marido, ya que la solemnidad que preside a la celebración del matrimonio, así como deberes de cohabitación, unión carnal y fidelidad, hacen presumir fundamentalmente al derecho que el hijo ha sido engendrado por el esposo de la madre (4).

Esta presunción tiene su existencia desde el derecho romano, según el clásico aforismo: "PATER EST QUI JUSTAS NUPTIAS DE MOSTRAT", es decir, que el marido de la madre, es padre del hijo, según lo demuestra el hecho del matrimonio(5).

En cambio la presunción jurídica con respecto a los hijos de concubinas, se funda, no en la existencia de un vínculo civil como lo es el matrimonio, sino en una situación de hecho que el

propio artículo del código civil contempla, al señalar: "...vida en común entre concubinario y concubina".

Estas presunciones se establecen tanto en favor de los hijos como en favor del padre, quienes para efectos jurídicos tendrán que demostrar, la existencia o inexistencia, en su caso, de la paternidad, de acuerdo con lo establecido con el texto legal en consulta.

Ahora bien, considerando que tal presunción es una consecuencia que la ley deduce de un hecho para averiguar la verdad de otro desconocido(6), y que en este caso el sentido de la misma ha sido la de averiguar la paternidad, es lógico pensar que su aplicación no debe tener lugar en aquel orden de cosas para el cual no ha sido establecido. Adviértase por tanto la laguna existe en nuestro código civil, para la determinación del momento de la concepción, en situaciones distintas a la materia relativa a la paternidad, la cual quedar al arbitrio de las resoluciones judiciales (arts. 16 y 17 del Código civil).

Aunque la ley al hablar del "momento de la concepción", debió establecer una presunción de orden general, para evitar la anarquía de la jurisprudencia y la arbitrariedad de las resoluciones judiciales.

3.3.- CONCEPTO DE CONCEBIDO

El ser humano en formación puede conceptuarse de diversas formas, sin embargo no existe un vocablo preciso en el cual se contenga todas las etapas de su desarrollo, por lo tanto se exponen a continuación algunas expresiones que han sido distintamente utilizadas:

Embrión.- (del griego, germinar, brotar) ...//2 en la especie humana: producto de la concepción hasta fines del tercer mes de embarazo. //3 fig. principio informe todavía de una cosa.

Feto.- (del lat. fetus) M. producto de la concepción de una hembra vivipara, desde que pasa el período embrionario hasta el momento del parto. //2 este mismo producto después de aborto.

Nonato.- (del lat. non natos; no nacido) adj. no nacido naturalmente, sino sacado del claustro materno mediante la operación cesárea. //2 fig. dicese de la cosa acaecida o no existente aun"

Los términos antes señalados nos representan una etapa del ser en formación (embrión, feto), o representan una idea en sentido figurado (embrión, nonato). Sin embargo, como esta tesis atiende al ser en formación de manera general, es menester buscar una expresión que nos represente al futuro ser humano, desde el momento en que se inicia su gestación y durante el desarrollo de su vida intrauterina.

Tal término propuesto es el de concebido, cuya expresión gramatical nos representa el principio pasivo regular del verbo concebir, significando este: quedar preñada la hembra y tal idea va unida con la de concepción, cuyo significado es el de "acción y efecto de concebir"

Por tanto la idea de concebido nos expresa un momento pasado de la concepción, así como también nos da ha entender el momento en que en el vientre de la madre se inicia el desarrollo de un futuro ser.

3.4.- CONCEPCIÓN FUERA DEL SENO MATERNO

Dentro del contexto de la concepción fuera de lo que pensamos es tradicional, entendiéndose como tal, la preñez por medio del acto sexual, encontramos diversas circunstancias que debido a los avances de la medicina moderna y de la Ingeniería genética, nos hacen vislumbrar la posibilidad de la concepción mediante diversas técnicas que hasta hace algunos años eran inimaginables en cuánto a su aplicación en el género humano y nos referimos específicamente a la concepción fuera del seno materno.

En cuánto a esta manera de concebir debemos mencionar el hecho de los nacimientos in-vitro y de los seres de probeta, que son métodos científicos para demostrar que el fenómeno de la concepción es posible mediante experimentos de laboratorio y aun mas que es posible el llevarlos hasta sus últimas consecuencias, en este caso en particular, el nacimiento.

En relación a esta situación creo que para la aplicación y regulación normativa referente al Concebido, tendremos que partir del hecho de la concepción dentro del seno materno, ya que es la cuestión que nos ocupa dentro del presente trabajo, pero tomando en cuenta que deber normativizarse tal situación, ya que encontramos que son cada vez mas las instituciones dedicadas a los estudios relativos a la genética, y que cada día es mas es de vital importancia el contar con un cuerpo normativo regulador de tan complicada situación.

Desde el punto de vista de los doctores Haroldo López V y Jorge M. Cerdón veremos como nos presentan la necesidad de aplicar lo relativo a la inseminación artificial, para ayuda a parejas con problemas de infertilidad.

La explosión demográfica en que vivimos actualmente en los países del tercer mundo, hace de la contracepción una necesidad incuestionable. Sin embargo, esto no esta en contradicción al hecho de que una pareja sin hijos busque con anhelo del diagnóstico y tratamiento del o los procesos que causan infertilidad.

La inseminación artificial con semen de un donador (IAD) se ha utilizado desde hace mas de tres décadas como un procedimiento médicamente aceptado, en lo concerniente a la medicina reproductiva. Se ha estimado que por lo menos, 10,000 son concebidos cada año como resultado de la misma. La participación masculina como responsable directa de la ausencia de prole en una

pareja, esta en alrededor de 45% de los casos, con el gran inconveniente de su difícil o en muchos casos nulo tratamiento.

La inseminación artificial y los bancos de semen proporcionan hoy una importante alternativa: diferente a la adopción o al hecho de permanecer sin hijos, en aquellas parejas cuyo problema esta relacionado con el factor masculino: azoopermia, siendo esta la principal indicación, no así la única para efectuar la inseminación artificial con semen de donador.

Durante los años 50 y 60' las controversias principales referentes al IAD estaban en el aspecto ético, legal y religioso, sin embargo, la madurez del procedimiento lo ha hecho ser un método médico y ético-social aceptado.

El aumento creciente de los casos de SIDA a nivel mundial, ha hecho impráctico el hecho de semen fresco para efectuar las inseminaciones artificiales heterólogas.

Con el propósito de ofrecer esta alternativa a diferentes parejas cuyos esposos son azoospérmicos y que tienen acceso a la ciudad de Guatemala, ofrecemos el servicio de un programa de inseminación heteróloga, desde 1978. Durante los primeros años usamos semen fresco y en vista de que los requerimientos aumentaron de tal forma, que nos era imposible obtener semen fresco para todos los casos, decidimos instalar, con la supervisión de la Clínica Taylor (The Taylor Clinic, Los Ángeles) en 1984, un banco de semen humano que según

información obtenida hasta hasta el momento es el único en su género en nuestro país y centroamérica.

Como recordaremos hace cerca de 200 años , John Hunter practicó la primera inseminación artificial homóloga y, hace casi 100 años William Pancoast efectuó la primera inseminación heteróloga documentada.

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL FUE EL PUNTO INICIAL QUE LOGRO DESATAR LOS GRANDES ADELANTOS QUE AHORA CONOCEMOS COMO FERTILIZACIÓN EXTRACORPOREA, GIFT, pasando por la madre sustituto y terminando con lo inesperado que depara la trasferencia de embriones congelados y la ingeniería genética.

El argumento de un abuso no puede no puede servir contra desarrollo de instrumentos diseñados para el beneficio del hombre.

La procreación es una realización básica, dádiva o no, y como tal es el objetivo válido para el esfuerzo de la humanidad. El uso o el abuso sin control, de la inseminación artificial y otros métodos en reproducción humana, para otros propósitos diferentes al beneficio del paciente individual si puede, desde luego, ocultar algún riesgo para la humanidad. Pero esto ser una responsabilidad para la sociedad: crear mecanismos de control, de manera que está a salvo tanto del bienestar del individuo como el de la población en general.

TIPOS DE INSEMINACIONES

La inseminación puede realizarse con semen fresco o semen congelado. El mismo puede ser del esposo (IAH) o de un donador anónimo (IAD) o bien, de una mezcla de ambos. Esta ha sido abandonada, por los actuales requerimientos y por la posibilidad de contaminación con HI, el uso del semen fresco para IAD también ha sido abandonada.

La inseminación podrá realizarse con las siguientes técnicas: inseminación intrauterina: tiene poca o nula indicación en la IAD y puede desempeñar un papel importante en la IAH, para lo cual es necesario efectuar cualquier procedimiento de concentración y/o lavado de los espermias para lograr una inseminación de un volumen de 0.2 a 0.3 ml. Inseminación endocervical: es la técnica más usada. Pueden utilizarse copitas especiales para el caso o simplemente, tapones intravaginales diseñados especialmente.

En relación a la inseminación artificial mixta ha sido casi totalmente abandonada por presentar los siguientes problemas: 1. Si lo solicita la pareja, cabe pensar que ésta no está psicológicamente bien preparada. 2. Por un efecto de anticuerpos podría reducirse la efectividad del tratamiento. 3. EL PADRE LEGAL SIEMPRE DUDARA DE SU PATERNIDAD y 4. Su eficacia es mucho menor. (7)

CAPITULO TERCERO
CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) Rossman Isadore J. 1a. De. 1973; Sexo, Fertilidad y Control de la Natalidad. p.3.
- (2) Hamilton WJ, Nossman HW; Human Embriology, 4th. De. Baltimore, Williams & Wilkins, 1972. pp. 135, 136
- (3) Mazeaud Henry et alius; Lecciones de Derecho Civil; Vol. II p. 10
- (4) Flores Barrueta: Apuntes de Derecho Civil; pp. 149, 150.
- (5) Enciclopedia Jurídica OMEBA; Conce; vol. III p. 578
- (6) Niño José, A.; Interpretación de las Leyes; pp. 62, 90
- (7) López V. Haroldo; Ginecología y Obstetricia de México Vol. 57 diciembre 1989; pp, 229, 230.

CAPITULO IV

4.1.- ANÁLISIS DEL ARTICULO 21 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

El artículo 21 del Código Civil para el Estado de Guanajuato en vigor establece:

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

El texto de la disposición legal anteriormente transcrito, no presenta innovaciones substanciales en relación a la reglamentación jurídica plasmada en los códigos de 1870 y 1884.

El análisis de sus elementos descriptivos constituye un tema que por lo escabroso y complejo ameritaría un estudio correcto y completo del mismo, que ha implicado la dedicación de muchos tratadistas y estudiosos del derecho civil, por lo que en las siguientes paginas tratar, de suplir ese acopio de conocimientos de madurez intelectual con el deseo sincero de plantear algunas

cuestiones que en mi criterio integran la base fundamental del contenido, manejo y alcance del artículo 21 del Código Civil vigente.

B.- ASPECTO GRAMATICAL

En la primera parte del artículo en cuestión, como ya quedo asentado, se señala el momento en que un individuo adquiere la personalidad. A continuación se emplea la conjunción adversativa "PERO", cuyo contenido gramatical denota la diferencia entre la frase que precede y la que sigue(1), estableciéndose por ésta en tal artículo, la diferencia existente entre la oración: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento..." con la oración que le sigue: ".. PERO, desde el momento en que un individuo es concebido.."; lo cual nos hace pensar en una redacción aclaratoria respecto de la adquisición de la personalidad y del momento de la concepción, dándose a entender que lo que se regula tiene significaciones distintas.

En la segunda significación del precepto se emplea la conjunción copulativa "Y" al decir: "... entra bajo la protección de la ley Y se le tiene por nacido..." cuyo significado gramatical nos expresa la unión existente entre ambas ideas(2) y tal unión es debido a que una es la causa y la otra una consecuencia de tal significación

C.- ASPECTO LÓGICO Y SISTEMÁTICO

El multicitado precepto legal nos señala que la personalidad se inicia con el nacimiento y se extingue con la muerte, no obstante este nos dice que antes del nacimiento de la persona, desde el momento que un ser es concebido, se le tiene por nacido para los efectos declarados en el citado código. Dadas estas expresiones es necesario fijar el verdadero sentido de la disposición legislativa.

En la primera parte de nuestro precepto legal puede observarse con claridad que se ha determinado cuando un individuo entra al mundo jurídico para ser sujeto de derechos y obligaciones y en cuánto a la segunda parte, nuestro legislador no ha caído en contradicciones como se puede llegar a pensar sino que en base a lo que se ha tratado en los anteriores incisos y en lo relativo al análisis que emprender, correspondiente de los derechos del concebido(3), se puede afirmar que esta parte del precepto se ha establecido con la finalidad de proteger ciertos intereses del futuro ser humano, ya que nuestro legislador ha comprendido que la gestación es un proceso de formación de una persona y por tal no ha dejado de conservar aquellos derechos que en el caso de que ya hubiese nacido estaría en aptitud de gozarlos. Lo dicho se confirma si recordamos que en los preceptos normativos, de donde se desprenden los beneficios en su favor, se establece

como requisito esencial para la adquisición y goce definitivo a tales derechos el del nacimiento en los términos de los artículos 20 y 393 del Código Civil vigente para el estado de Guanajuato.

Ahora bien los estudiosos del derecho han intentado hallar una calificación técnica de los beneficios otorgados en favor del concebido, mediante los términos jurídicos de persona y personalidad, sin embargo éstas tesis son objetadas, en tanto que han pasado por alto el presupuesto indispensable tales conceptos jurídicos que es la existencia humana, de la cual aun no goza ese ser en formación.

Al respecto es necesario recordar que el derecho ha constituido un instrumento conceptual que se expresa en la palabra "persona", instrumento creado en función del ser humano para realizar en el ámbito de lo jurídico aquella porción de fines de su existencia que el derecho se ha encargado de proteger a través del todo el orden jurídico(4). Pues bien, nuestro orden jurídico ha partido, para la atribución de los derechos de las personas, de dos aspectos fundamentales del ser humano, que descubrimos con la simple observación y son : LA VIDA Y LA LIBERTAD.

Si observamos a los seres humanos nos damos cuenta de que no se trata de seres inertes, porque el hombre, ésta dotado de ese hálito misterioso al que llamamos vida, pero la vida que le corresponde al hombre por naturaleza le da personalidad, por el hecho de ser una persona individual, de ser una vida que le corresponde con exclusión de los demás seres; yo tengo mi vida y mi vida es distinta a la vida de los demás Al exigir el respeto a la misma , el derecho a la vida

resulta como una pretensión legítima, como algo que exigimos de los demás, porque nuestra propia naturaleza individual exige en la forma mas enfática, en la manera mas categórica que la vida que nos corresponde sea respetada en toda integridad, (5)

"Es una verdad absolutamente evidente que la vida es el soporte de todo lo que existe; sin ella no hay posibilidad de existencia de algún derecho: El derecho fundamental del ser humano consiste precisamente en su existencia. Antes de nuestra vida, antes de que surgiéramos a la luz de la existencia biológica, no teníamos derecho alguno... Con nuestra existencia van naciendo todos los derechos"(6)

"La vida del hombre tiene una cualidad que le corresponde como exclusión de los demás seres ES UNA VIDA LIBRE. De la libertad se genera precisamente la dignidad, la jerarquía de superioridad que corresponde al hombre en su nivel m s alto al que tienen todos los demás seres que existen en el universo que nos rodea. Esa libertad, base de todos los derechos, de la cual se deriva la actuación del ser humano en sentido propio, actuación que le permite crear el mundo de la cultura, y que ha permitido al hombre esa serie de hechos enlazados entre sí, constituye la historia, debe ser afirmado categóricamente como algo connatural a la esencia misma del hombre, porque de esa libertad se generan uno tras otro todos los derechos fundamentales de la persona humana, que constituye su técnica específica, que constituye precisamente el mundo de su libertad." (7)

Nuestro régimen jurídico se ha basado en tales aspectos fundamentales del ser humano para integrar los derechos humanos que se consagran en la parte dogmática de la Constitución Política Mexicana, derechos que gozan todas las personas, según lo establece nuestra ley fundamental en su artículo primero.

En tal virtud, si intentamos hallar una calificación técnica de los beneficios que dimanar de nuestro orden civil en favor del concebido; no cabe recurrir inmediatamente a pensar que se le concede una personalidad jurídica, ya que el contenido del mismo artículo 21 hace imposible esa opinión, al expresar por un lado que la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento y por otro se desprende que para que el concebido pueda adquirir definitivamente los derechos reconocidos en su favor es necesario el momento de su nacimiento, por tanto es de considerarse que no existió la intención de nuestro legislador de otorgar personalidad jurídica al concebido, ya que de otra forma, en el mismo ordenamiento, lo hubiera expresado simple y llanamente.

Por lo expuesto, se puede decir que las pretensiones en hallar una calificación técnica de los beneficios en favor del concebido mediante los conceptos jurídicos de persona y personalidad, no han sido muy afortunados en los resultados. Lo cual nos lleva a pensar que en tales intentos han sido infructuosos debido a que en el artículo 21 en su segunda significación está arraigado y vinculado con el pasado, ya que nuestro orden civil al haber adoptado de las antiguas leyes españolas la doctrina romana del "NASCITURUS"(8), por tanto asimiló las consecuencias prácticas que trae consigo dicha doctrina, tal afirmación se confirma si recordamos lo que al

respecto se expresa en la exposición de motivos del Código Civil de 1870, cuyo artículo 12 contiene el mismo texto legal del artículo 21 de el Código Civil para Guanajuato.

"El artículo 21 sanciona un principio universalmente reconocido y que desde el fuero juzgo hasta las leyes del Toro han venido repitiéndose en la legislación española. Aunque el nacimiento es el de la capacidad jurídica, la ley protege al hombre desde que es procreado. Ha sido necesario consignar el principio porque de él dimanaban varias disposiciones... de verdadera importancia social"

4.2.- LOS DERECHOS DEL CONCEBIDO

Nuestro artículo 21 del Código Civil establece que "...desde que el individuo es concebido ...se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código."

Por lo cual nos atañe determinar el alcance y efectos que nos señala tal precepto, con relación a diversas disposiciones contenidas en el propio ordenamiento legal:

A) La posibilidad del concebido de ser reconocido como hijo por su progenitor en el caso de la filiación extramatrimonial.

"Art. 420.- Puede reconocerse al hijo que no ha nacido y al que ha muerto si ha dejado descendencia".

El reconocimiento debe ser hecho por medio de las formas que limitativamente establece la propia ley en el artículo 425, que son:

- 1.- En la partida de nacimiento ante el Oficial del Registro civil.
- 2.- Por acta especial ante el mismo Oficial;
- 3.- Por declaración expresa contenida en una escritura pública;
- 4.- Por testamento.
- 5.- Por confesión Judicial directa y expresa.

B) La posibilidad del concebido para ser instituido heredero o para ser instituido legatario (artículos 2570, 2876, 2647).

Se establece en el artículo 2570 lo siguiente:

"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 que no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 20"

De este precepto se desprenden los requisitos para que el concebido tenga la posibilidad de heredar, que son: haber sido concebido al tiempo de la muerte del autor de la herencia y haber nacido en los términos del artículo 20. Pero mientras llaga tal momento, la ley ha establecido algunas precauciones que deben adoptarse, en el caso de que el padre haya muerto y la madre quede encinta.

De estos preceptos se deducen dos clases de disposiciones:

a) Las que se han dispuesto con el fin de evitar que la mujer atribuya falsamente a un hijo o que haga desaparecer el suyo (artículos 2877 y 2878), y a su vez proteger los intereses de aquellos que tengan en la herencia un derecho de tal naturaleza que pudiera ser lesionado (artículos 2876, 2877).

b) Y las que se han dispuesto para proteger a la mujer por encontrarse embarazada a la muerte del marido, ya que tiene derecho a percibir alimentos con cargo a la masa hereditaria (artículos 2882, 2883).

La institución de herederos o legatarios en favor del concebido, produce el efecto de suspender la división de la herencia hasta que se verifique el parto o hasta que transcurra el término máximo de preñez (trescientos días posteriores al de la concepción), para el efecto de que si no hay alumbramiento en este término que la ley fija, si el producto de la concepción no vive 24 horas, o no es presentado vivo al Registro Civil, se podrá llevar a cabo la participación de la herencia la adjudicación de bienes en favor de los herederos y legatarios, prescindiendo enteramente de los eventuales derechos que habría adquirido el heredero póstumo o que llegó a nacer y por tanto la herencia se distribuir en su totalidad entre las demás personas con derecho a heredar.(9)

Respecto a las protecciones establecidas en el código civil, vale la pena observar que nuestro legislador solo las ha establecido en cuánto a los hijos póstumos olvidándose de las posibilidades que tiene el concebido de ser instituido heredero o legatario en testamento por persona que no sea su padre; o bien por sucesión legítima, atendiendo al grado de parentesco que guardaría con el autor de la herencia, en los supuestos de que el concebido no sea hijo de éste (artículos 2848, 2849, 2870, 2871, 2872).

Consideramos que el motivo que movió a nuestro legislador al establecer de esta manera dichas precauciones, ha sido principalmente en atención a la determinación y efectos de la paternidad. Consideración que se confirma, si acudimos a los preceptos que se refieren al divorcio y nulidad del matrimonio para el caso en que la mujer quede en cinta (artículos 336 fracción V y

319 respectivamente), en donde se hace extensa la aplicación del capítulo primero título quinto del libro cuarto, al que se ha hecho referencia.

C) La posibilidad del concebido para recibir donaciones.

Nuestro código civil para el Estado de Guanajuato, en el título del contrato de donación, establece un artículo especial respecto de las personas que pueden recibir donaciones, el cual dice:

"Art. 1853.- Los no nacidos pueden adquirir por donación con tal de que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo, y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 20".

Por esto, si el concebido no vive 24 horas o no es presentado vivo al Registro Civil, se tendrá como no nacido y por tanto no producir efecto legal alguno el contrato de donación.

4.3.- PROTECCIÓN A LOS INTERESES LEGALES DEL CONCEBIDO.

Nuestra legislación no establece disposiciones especiales, respecto de las personas que deben salvaguardar los intereses del concebido, por lo cual es necesario recurrir a las disposiciones relativas a la institución de la patria potestad. (artículo 10 del Código Civil a contrario sensu).

En nuestro derecho la patria potestad corresponde no solo a los padres, sino también a los ascendientes que la ley indica; y por tanto, no solo ejerce respecto de los hijos, sino también a los posteriores descendientes (artículo 468, 471, 473).

No obstante que nuestra legislación equipara jurídicamente a los hijos matrimoniales y a los extramatrimoniales, nuestra ley en orden a determinar a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad, en razón de las reales diferencias que al respecto existen, regular en forma distinta esta materia, considerar si se trata de hijos de matrimonio o de hijos fuera del matrimonio. (10).

"Artículo 468.- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio la ejerce:

- 1.- Por padre y la madre;
- 2.- Por el abuelo y la abuela paternos;
- 3.- Por el abuelo y la abuela maternos"

"artículo 469.- Cuando los progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad."

"Artículo 470.- En los casos previstos en los artículos 436 y 437, cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrar a ejercerlo el otro."

"Artículo 471.- Cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio que vivían juntos se separen, continuar ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo."

La patria potestad solamente se ejerce en derecho romano, sobre los descendientes menores, no sobre los mayores como ocurría en sistemas jurídicos pretéritos. Al respecto, en el artículo 466 indica que "los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley."

En cuanto esta institución se producen los siguientes efectos: a) respecto de la persona, que pueda reducirse en la guardia y educación de los menores, y b) respecto de los bienes que comprende la representación y administración legal que tienen los ascendientes sobre los bienes de los sujetos de potestad.

Atendiendo a la situación jurídica del concebido y dada la naturaleza de la patria potestad, se puede decir que los efectos de ésta, solo se producirán respecto a aquellos que se refieran a los bienes de los hijos. Sin olvidar que la publicidad de dicha institución se establece en la medida del alcance y efectos de los intereses del concebido.

4.4.- MARCO DE REFERENCIA

La mayoría de las legislaciones manifiestan expresamente que con el nacimiento del ser humano entra en el ámbito jurídico para ser titular de derechos y obligaciones, así como también han establecido beneficios en favor del concebido.(11)

Al revisar los textos normativos desde las legislaciones de España, Francia, Suiza y Argentina se puede observar que en tanto en sus preceptos como en los nuestros presentan la aparente contradicción de que por un lado se preceptúa que con el nacimiento se adquiere la personalidad y por el otro que el concebido se considera como nacido para efectos civiles; textos que han sido estudiados por sus tratadistas con la finalidad de hallar una calificación técnica de los beneficios otorgados en favor del ser en formación en base a los conceptos jurídicos de persona y personalidad, sin embargo no se ha tenido éxito en los resultados en tanto que tales preceptos contienen un fondo histórico-jurídico ya que en las legislaciones señaladas es patente la filiación romana de la doctrina del "NASCITURUS", por lo que es difícil designar una calificación técnica en base a los conceptos jurídicos aludidos.

Las legislaciones señaladas fundan la existencia de sus preceptos en favor del concebido en la consideración de que la gestación es un proceso de formación de una persona y por tal no

pueden dejar de conservar aquellos derechos que en el caso de que hubiese nacido estaría en aptitud de gozarlos.(12)

Esta afirmación se basa en que, tanto en las legislaciones señaladas como en la nuestra desde las leyes de 1870, 1884 y 1928, se ha establecido que los beneficios en favor del concebido se adquieren definitivamente hasta el momento de su nacimiento.

En cuanto a los lineamientos que han seguido las legislaciones respecto al alcance y efectos de los preceptos en favor del concebido se pueden dividir en dos categorías :

a) Las que reconocen que al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables;

b) Las que reconocen que al concebido se le tiene por nacido para efectos determinados.

Respecto a la confirmación de los derechos del concebido, las legislaciones exigen el hecho del nacimiento, sin embargo, varían los requisitos para determinar cuando se considera a el concebido como ya nacido,; como por ejemplo en nuestra legislación se establece un término de 24 horas o que el niño sea presentado al Registro Civil, o como en el orden jurídico español que exige la forma humana y que el niño viva 24 horas.

A continuación se transcribirán los preceptos de los códigos civiles de España, Francia, Suiza y Argentina, cuyo contenido se refiere al artículo 21 de nuestro código civil, tomando en cuenta lo dispuesto por tales legislaciones para poder así poder comparar lo concerniente a la regulación del Concebido, por las legislaciones antes mencionadas, así como también se señalarán los lineamientos que han seguido tales legislaciones.(13)

Tales lineamientos que han seguido las legislaciones aludidas se señalarán con el principio "INFANS CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR", relativo a la doctrina del "NASCITURUS, que ha sido identificada de esta manera por los estudiosos del derecho.

4.5.- LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El código civil español en su artículo 29 señala que la personalidad se inicia con el nacimiento; así como también expresa en su texto el principio "INFANS CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR", como una declaración de tipo general al decir: (14) "...el concebido se tiene por nacido para los efectos que le sean favorables...", esto es, que la abstracción de este principio puede aplicarse a casos no previstos en preceptos concretos.

"Art. 29.- El nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente"

"Art. 30.- Para efectos civiles, se reputa nacido el feto que tuviere figura humana y viviera 24 horas , enteramente desprendido del seno materno".

Este artículo, acorde con la nueva recopilación exige como condiciones para que pueda considerarse como nacido al concebido, la figura humana y la existencia de vida de 24 horas después de la separación materna.(15)

4.6.- LEGISLACIÓN FRANCESA

La regla "INFANS CONCEPTUS PRO IAM NATO HABÉTUR", no esta escrita en parte alguna del código civil en forma de disposición de aplicación general, los redactores tan solo establecieron que la criatura concebida puede recibir una sucesión o una donación:(16)

"Art. 725.- Para suceder hay que existir necesariamente en el instante de la apertura de la sucesión, así son incapaces de suceder.

1.- El que no esta todavía concebido

2.- La criatura que no nace viable."

"Art. 906.- Para ser capaz de recibir entre vivos , es suficiente con estar concebido en el momento de la donación.

Para ser capaz de recibir por testamento, basta con estar concebido en el momento de la donación.

Para ser capaz de recibir por testamento, basta con estar concebido en la época de la muerte del testador, no obstante la donación o el testamento surtir su efecto m s que si la criatura que nazca es viable".

Es necesario hacer la observación que el legislador habla de viabilidad en el último párrafo del artículo 906, sin establecer las reglas para resolver cuando un niño ha nacido viable, por lo que esta cuestión la deja a la solución de los jueces.

Este código establece, con el objeto de velar por los intereses del hijo póstumo, el nombramiento de un curador al vientre:

"Art. 393.- Si al morir el marido la mujer está encinta, se nombrar un curador al vientre por consejo de familia...

4.7.- LEGISLACIÓN SUIZA

El código civil suizo en su artículo 31 preceptúa que la personalidad comienza cuando el niño nace con vida, así como también establece que el concebido gozar de sus derechos civiles con la condición que nazca con vida:(17)

"Art. 31.- La personnalité, commence avec la naissance accomplie de l'enfant conçu jouit des droits civils, la condition qu'il naisse vivant."

La legislación de este país establece, para proteger los intereses del concebido, que la autoridad tutelar nombre un curador desde que la madre da aviso de su embarazo:

"Art. 311.- L'autorit, tutelaire nomme un curateur chagé de veiller aux interets de l'enfant naturel. dés qu'elle est inform,e de la naissance ou dés que la mère lui a donn, de la grossesse."

En el derecho Suizo el concebido puede ser instituido heredero, y para proteger su derecho se aplaza la partición de la herencia, hasta el momento del nacimiento; así como también a la madre se le proporciona de la masa hereditaria lo necesario para su sustento en el periodo de embarazo.

"Art. 605.- S'il y a lieu de prendre en consideration les droits déun enfant concué le portage es ajourn, jusquéa la naissance

En tant qu'áelle en a besoin pour son entretien la mère a droit dans láintervalle la jouissance des biens indivis."

4.8.- LEGISLACIÓN ARGENTINA.-

La legislación argentina aparentemente ha manifestado su criterio respecto a la condición jurídica del concebido. Si se leen los preceptos que se refieren a este punto, se puede pensar que

efectivamente el futuro ser humano es considerado como persona. Primeramente el código civil establece la existencia de tres clases de personas: personas jurídicas, personas de existencia viable y personas por nacer, definiéndose estas últimas de la siguiente manera:

"Art. 51.- Todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes son personas de existencia visible."

"Art. 63.- Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno."

Aparentemente continúa con el mismo criterio al regularse en el artículo 70, en que momento comienza la existencia de las personas, pues expresa que esta inicia desde el momento de la concepción. Sin embargo en este precepto surgen las contradicciones, ya que se establece que el concebido puede adquirir derechos como si hubiese existido, y que tales derechos quedarán irrevocablemente adquiridos si el concebido naciera con vida; es más expresamente se preceptúa en el artículo 74, que el concebido se le tiene como si nunca hubiera nacido, si muere antes de ser separado de la madre:

"Art. 70.- Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento puede adquirir algunos derechos, como si ya hubiese nacido, esos

derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuere por instantes después de estar separados de la madre."

"Art. 74.- Si muriese antes de estar completamente separados del seno materno serán considerados como si no hubieran existido"(18)

¿Cual es el verdadero sentido de la ley? el concebido es sujeto de derechos desde el momento de la concepción, o lo es desde el momento del nacimiento?.

La explicación que se da sobre el contenido de estos preceptos, la expone el tratadista Rodolfo Moreno, (hijo) (19), al decir que el código civil Argentino trae una serie de reglas propias de un tratado de derecho, más que una ley, las cuales han sido tomadas en su mayor parte de la obra de Savigny sobre derecho Romano (20), tratadistas que en ningún momento afirma que el concebido sea considerado como "persona", pues al contrario trata de explicar los efectos y alcances del principio "INFANS CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR", mediante la teoría de ficción jurídica.

El verdadero sentido de la ley Argentina, afirma Rodolfo Moreno, es que ésta le reconoce ciertos derechos al concebido para que se hagan efectivos en el momento del nacimiento con vida:

"Art.- 73.- Reputase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieron al parto hubiesen oído la respiración o la voz de los nacidos o se hubieren observado algunos signos de vida."

De acuerdo con esta legislación el concebido tiene la posibilidad de ser instituido heredero o legatario, situaciones en que solo cabe presentarlo para salvaguardar sus intereses. Quiénes están facultados para ser representantes, con sus padres y a falta o por incapacidad de éstos los curadores que se les nombre:

"Art.- 57.- Son representantes de los incapaces:

1.- De las personas por nacer; sus padres, y a falta o incapacidad de éstos los curadores que se les nombre;

2.- De los menores no emancipados sus padres o tutores;

3.- De los dementes o sordo mudos, los curadores que se les nombre."

4.9.- REFORMA DEL ARTICULO 393 DEL CÓDIGO CIVIL DE GUANAJUATO

El artículo en cuestión que a la letra dice "Respecto de los legalmente no nacidos, nunca ni por nadie se podrá entablar demanda sobre la paternidad"; en cuánto a la demanda sobre la paternidad podríamos decir que la situación de "legalmente no nacido" no debería afectar directamente a una institución tan importante como esta, ya que el hecho de no cumplir con el requisito marcado por el código civil del Estado de Guanajuato en su artículo 20 "...Se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil", pensamos que debería de reconocérsele la personalidad al concebido para lo relativo en cuánto a la persona que perjudique la filiación y por ende surtiera los efectos legales subsecuentes.

4.10.- REFORMA DEL ARTICULO 1853 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

El artículo 1853 dice "Los no nacidos pueden adquirir por donación con tal que hayan estado concebidos al tiempo que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto por el artículo 20".

Como lo hemos venido mencionando a lo largo de este trabajo, aquí también encontramos limitantes en cuanto a los derechos consagrados en el precepto legal, en este caso al código civil para el estado de Guanajuato para con los concebidos.

Las limitantes que podemos observar en dicha disposición es el hecho de que se debe de demostrar que el no nacido estuvo concebido al tiempo de la donación, y podemos decir que es hasta cierto punto entendible toda vez que podríamos caer en el hecho de hacer una donación a alguien que todavía no existe; pero en cuanto a la segunda limitante el legislador simple y llanamente pudo haber prescindido de ella y facultar al concebido a adquirir por contrato de donación en cualquier etapa de la gestación, omitiendo el hecho de que si cumple o no con lo establecido por el artículo 20 del Código Civil de Guanajuato.

4.11.- REFORMAS AL ARTICULO 2570 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

"Art. 2570.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no están concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos que no sean viables conforme a lo dispuesto del artículo 20".

Observamos que el legislador limitó al concebido ya que omitió la posibilidad de este para poder ser instituido heredero o legatario por persona distinta a su padre o por sucesión legítima atendiendo al grado de parentesco que guarda con el sucesor de la herencia, en el supuesto que el concebido no sea hijo de este.

CAPITULO CUARTO
CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) Diccionario de la real Academia de La Lengua Española; vol. II; p. 23; 3a columna
- (2) *ibid*
- (3) Derechos del Concebido, en el presente Capitulo, punto 4.2
- (4) Concepto de Persona Capitulo 1, punto 1.1
- (5) Porrúa Pérez F. Teoría del Estado; p. 206
- (6) *ibid*; loc. cit.; 214, 215
- (7) *ibid*; loc. cit.; 207
- (8) Situación del Concebido en el Derecho Romano, capítulo II, punto 2.1.
- (9) Galindo Garfias E.; loc. cit.; p. 305
- (10) Flores Barraeta ; loc. cit.; p. 166
- (11) Moreno Rodolfo (hijo); Las Personas en el Derecho Civil comparado p. 47
- (12) Leyes 1870, 1884
- (13) Doctrina del NASCITURUS
- (14) Código Civil Español; Madrid 1946
- (15) *Supra* Cap. Y; y.2; pp 17,18
- (16) Mazeaud Jean, Leon y Henry; Lecciones de Derecho Civil; vol. IV; pp. 418, 445, 371.
- (17) Code Civil Suisse et code Federal des Obligations (du 10 decembre 1907); pp. 81,90
- (18) Código Civil de Argentina; Profesor. Dr. Apolinar E. Garcia; Saint-Claire editors SRL

(19) Moreno Rodolfo (hijo); loc. cit.; p. 49(20) Vid. Savigny, Derecho Romano p; vol.I; Capitulo II. pp. 304-314

CONCLUSIONES

1.- Debe entenderse por concebido, el producto humano de la concepción, que inicia su desarrollo de vida en el vientre materno.

2.- Es necesario que nuestra ley defina con precisión el momento en que un ser se considera Concebido para los efectos jurídicos procedentes.

3.- En la ley civil encontramos los siguientes derechos en favor del concebido:

A) La posibilidad de ser reconocido como hijo por su progenitor en el caso de la filiación extramatrimonial.

B) La posibilidad de ser instituido heredero o legatario en los términos del derecho sucesorio.

6.- En la legislación civil aparentemente se ha determinado el criterio relativo a la condición jurídica del concebido, pues al haberse expresado en el artículo 21 que "se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código, pareciese que se le ha reconocido una capacidad de goce limitada.

Podemos pensar que ante tal declaración, ha quedado implícita la presunción de nacimiento, regulada por el artículo 20 del mismo ordenamiento jurídico, Que a la letra dice " Son personas físicas los individuos de la especie humana, desde que nacen hasta que mueren. Se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil." no obstante, si nos remitimos a los artículos 1853 y 2570 que a la letra dicen "Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal de que hayan estado concebidos al tiempo que aquí, ya se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 20" y "Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no est,n concebidos al tiempo de la muerte de el autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 respectivamente, se puede observar con precisión tal contradicción existente en dichas disposiciones y lo determinado en el artículo 21 del código civil.

7.- Por la manera en que se redactó el artículo 21 en lo concerniente a la situación jurídica del individuo, se podría esperar que en algún lugar de los siguientes articulados, se iba a hacer una

extensiva o cuando menos una serie clara y ordenada de disposiciones relativas a la protección que se hace alusión, pero lo único que encontramos son preceptos dispersos, encontrando que no se ha hecho ninguna mención a lo relativo a la "inseminación artificial" y a los "seres de probeta", encontrando que el producto de estas técnicas modernas trae consecuencias en diferentes ámbitos tales como el biológico, religioso, filosófico, político, moral y jurídico, y en especial de este último en cuanto a la filiación, matrimonio, divorcio, y al derecho sucesorio por lo que se refiere precisamente a la sucesión legítima de los descendientes.

Entendamos que debe ser materia de un profundo estudio por todo lo que rodea a este tema.

8.- Se considera la conveniencia de crear un solo cuerpo legal con todas las disposiciones relativas a la protección brindada al concebido, misma que a la fecha se encuentran dispersas en diversos ordenamientos, es obvio la dificultad de tal encomienda, pero el esfuerzo del legislativo se traduce en el enriquecimiento de el derecho, justificando con ello su asistencia social, convirtiendo aquellas utopías inalcanzables en realidades.

Es necesario el tomar en cuenta que aparejada con la necesidad de un solo cuerpo legal de las disposiciones relativas al concebido, se debe tomar en consideración que el derecho debe de cumplir su deber regulador en cuanto a las necesidades que se van presentando en todos los

ámbitos relativos a las relaciones humanas, y, tomando en cuenta lo anterior sabemos que la ciencia esta avanzando de una manera vertiginosa y es menester que el derecho se adecue a las necesidades resultantes de este avance y se legisle en cuanto al tipo de concepción que ahora se encuentra en diferentes clínicas del mundo.

Hay que observar que esta necesidad no debe recaer solamente en países de primer mundo, ya que estas normas surgieron de la necesidad de regular y controlar los experimentos sobre genética llevados a cabo en algunos de estos países, sino también en los países como México, en vías de desarrollo, en los cuales es latente ya una legislación amplia al respecto, toda vez que como ya se hizo mención es urgente las disposiciones normativas que controlen lo referente a los experimentos genéticos y no tomen a países en desarrollo como campo de experimentación de éstos.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Camus E:F:

Personas y Derecho de Familia

Universidad de la Habana 1940

2.- D'Higo Ernesto

Apuntes de Derecho Romano

Vol. Y., edit. Lex

La Habana 1949

3.- D'Ors Alvarado

Derecho Privado Romano

Tercera edición

Ediciones Universidad de Navarra, S:A:

Pamplona 1977

4.- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

VI vols.; Madrid 1970.

5.- Enciclopedia Jurídica OMEBA

2a. Edición

Porrúa S.A. 1979

6.- Enneccerus- Kipp y Wolf

Tratado de Derecho Civil

Vol. I. edición

Barcelona 1931

7.- Flores Barrueta

Apuntes de primer curso de Derecho Civil

Escuela Libre de Derecho

8.- García Maynez Eduardo

Introducción al Estudio del Derecho

29a. edición.

Editorial Porrúa S.A.

México 1988

9.- Galindo garfias Ignacio

Primer curso de Derecho Civil

Editorial Porrúa S.A.

México 1986.

10.- Hamilton WJ, Nossman HW

Human Emriology

4th. edition, Baltimore

11.- López V. Haroldo

Ginecología y Obstetricia de México

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- 2.- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos
- 3.- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tamaulipas.
- 4.- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Querétaro.
- 5.- Código Civil Francés
- 6.- Código Civil Español.
- 7.- Código Civil de Argentina.
- 8.- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California México, 1879
- 9.- Novísima recopilación de las Leyes de España V vols. Madrid, 1805.

C) La posibilidad de recibir donaciones en los términos del derecho contractual

Respecto a los últimos dos puntos, al establecerse las precauciones que deben tomarse para el caso de que el concebido sea instituido heredero o legatario, solo se regule en cuánto a los hijos póstumos, olvidándose de las posibilidades que tiene el concebido de serlo en testamento por persona que no sea su padre, o bien por sucesión legítima, atendiendo al grado de parentesco que guarda con el autor de la herencia, en el supuesto de que el concebido no sea hijo de aquel, así como también para el caso de que el concebido sea donatario.

4.- Nuestra legislación no regula quiénes deberán salvaguardar los intereses del concebido, no obstante como se señaló pienso que se debe recurrir a la institución de la patria potestad, para cumplir con este fin.

5.- Nuestro legislador al manifestar en el artículo 21 "desde que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley", ha manifestado un interés de esencial para la protección de los intereses del concebido, mediante el texto anteriormente citado.