

Unidad 11

- Las personas físicas

“La atribución de la personalidad jurídica es en efecto una materia reservada a la autoridad estatal, empero, ésta no puede obrar a su libre arbitrio al respecto; una de sus funciones es otorgar incondicionalmente ese reconocimiento “

EL RECONOCIMIENTO OFICIAL A SU PERSONALIDAD

Si bien es cierto, como apuntábamos, que la personalidad jurídica es una cualidad cuyo origen está en el ordenamiento legal, pues este es el medio por el que el Estado reconoce aquélla tanto a las personas físicas como a las morales, también es cierto que dicho reconocimiento no queda a la mera discrecionalidad de la autoridad estatal, por el contrario, a ésta sólo le resta reconocer personalidad en los seres humanos, porque el Estado es una creación del individuo precisamente para garantizarse el reconocimiento y respeto de su personalidad.

La atribución de la personalidad jurídica es en efecto una materia reservada a la autoridad estatal, empero, ésta no puede obrar a su libre arbitrio al respecto; una de sus funciones es otorgar incondicionalmente ese reconocimiento y hacerlo prevalecer ante cualquier situación posible de oponérsele. El hombre es el creador del Estado; éste es creado como un ente jerárquicamente superior a todos los otros sujetos; es el más importante y poderoso de los sujetos, pero en todas sus funciones debe dar por supuesta la personalidad jurídica individual; su misión es servir a su creador, para que éste, en el desarrollo de su vida social, tenga con sus congéneres una convivencia controlada por el orden jurídico. La función primordial del Estado es observar y hacer observar el control jurídico de esa convivencia.

"Pero todavía es tema muy discutido, entre los civilistas y filósofos del Derecho - advierte CASTÁN TOBEÑAS- el de la naturaleza de la personalidad jurídica. ¿Supone ésta una realidad natural, un sustrato real, o es una mera categoría jurídica, un producto del Derecho, que éste puede ligar a cualquier sustrato?"

"Para los secuaces de las teorías *normativistas*, *formalistas* o puramente *jurídicas*, la personalidad es una atribución del orden jurídico..."

"Por el contrario, para los partidarios de las teorías *realistas* o *iusnaturalistas* la personalidad es un atributo esencial del ser humano, inseparable de éste, ya que, como ser racionalmente libre, le corresponde la capacidad de querer y de obrar para cumplir su fin jurídico

"Cierto es que, en el fondo, las teorías de cada uno de estos dos grupos representan, más que soluciones distintas, dos aspectos diferentes, dos vertientes del problema de la personalidad jurídica. Las teorías formales se fijan principalmente en el problema dogmático o de ciencia jurídica positiva: cuándo existe en una determinada ordenación y cómo se reconoce la persona jurídica. Las teorías realistas atienden, por el contrario, al problema ético-jurídico y jurídico-ideal, a qué entidades y en qué condiciones debe ser concedida la personalidad jurídica. Pero, en definitiva, son estas últimas teorías las que permiten sin el exclusivismo de las formales, enlazar los dos puntos de vista para llegar conclusiones satisfactorias, facilitando la solución de los problemas de Derecho positivo, al dar al intérprete la orientación que resulta de la

consideración de la dignidad y valor de la condición humana."

FERRARA por su parte, apunta que ciertamente el origen de la personalidad se ubica en principio en el orden jurídico, no obstante ello, aclara, si el Derecho, el Estado y el orden jurídico son creaciones humanas, deben estar y están al servicio del hombre por lo que la personalidad jurídica del ser humano no está condicionada a ese reconocimiento.

"La personalidad —indica FERRARA al respecto-- es un producto del orden jurídico y surge por el reconocimiento del Derecho objetivo. El hombre es persona no por la naturaleza, sino por obra del derecho. La cualidad natural del hombre, como de un ente racional y capaz de voluntad, es solo la base ética, para que el derecho de un cierto estadio de cultura reconozca a todos los hombres personalidad. Pero la subjetividad no está innata en el hombre no es una cualidad inherente al individuo, sino una realización ideal que sin el orden jurídico es inconcebible. Anteriormente a una organización estatal el hombre no es persona. Y aun, constituido el orden jurídico, la historia demuestra que por largo tiempo ha habido una clase de hombres a los cuales se negaba la cualidad de sujetos de derecho, los esclavos. Y no es esto solo; la personalidad podía también perderse en seguida por una condena penal (muerte civil) o por la adopción del estado religioso (vida claustral) ."

"..."

"Si, pues, nada se opone del lado formal a que la personalidad, como emanación del Derecho objetivo, pueda ser concedida a entes no humanos, resta estudiar si esto es compatible con los fines del orden jurídico. Ahora bien, no se puede negar que el orden jurídico existe como un producto de la vida social, como ordenamiento coactivo de las relaciones entre hombres. *Omne jus hominum causa constitum est*. Por esto, el fin del derecho es siempre la realización de intereses humanos. No se puede concebir el orden jurídico como un destino ciego que se cierne sobre la Humanidad y dirige su suerte caprichosamente; el orden jurídico es la norma, de la convivencia humana, es un producto del espíritu humano, y, por consiguiente, tiene siempre por objeto el desarrollo y la garantía de los intereses sociales. Esto sirve, por una parte, para templar la omnipotencia formal del derecho, y, por otra, para explicar como en otros tiempos y en diversos grados de cultura la capacidad de tener derechos ha sido atribuida a entes extra humanos. En estos fenómenos aparentemente anormales debe siempre verse la realización de intereses sociales, o religiosos, o filantrópicos, o estéticos; el derecho se sirve de la personalidad como de un medio de actuación de intereses de hombres. El hombre es siempre el punto central del derecho, y el derecho sólo existe para ordenar las relaciones humanas... Por esto, toda institución jurídica, debe tener siempre como causa inmediata o remota el interés de los hombres, y a este principio no escapa la institución de la personalidad. El orden jurídico es, ciertamente, árbitro de conectar derechos y obligaciones a seres que no sean hombres; pero el fin de este procedimiento es siempre favorecer y realizar intereses humanos, la personalidad no puede ser más que una forma para llegar más adecuadamente a la realización de los fines sociales."

"Con esta advertencia podemos pasar al examen de la cuestión de quién es en el actual Derecho positivo sujeto de derechos."

"Y, en primer lugar, lo es el *hombre*. Este es el más inmediato, el portador originario de derechos subjetivos: es el sujeto por excelencia. El orden jurídico existe para los hombres; luego los hombres deben ser, en primer término, los partícipes de la vida jurídica. Los derechos subjetivos son los medios que el orden jurídico proporciona a los coasociados para el desarrollo de su actividad y para la satisfacción de sus necesidades. En el estado moderno de civilización, la capacidad del hombre es un supuesto del orden jurídico y no tiene necesidad de un reconocimiento explícito."

"Nada de esto es verdad: el hombre es sujeto en cuanto es *hombre*, porque el derecho no es más que una institución humana, ordenación de relaciones entre hombres. El individuo es capaz en la totalidad de un ser fisio-psíquico, por los intereses que tiene que satisfacer, por las relaciones sociales que actúa. No se puede separar del hombre una *cualidad*, para elevarla a base exclusiva de la capacidad jurídica. Así como el cuerpo no es simplemente la casa donde la personalidad habita, así la esfera de intereses es ininteligible sin un organismo que tenga necesidades."

"El hombre forma una unidad orgánica-psíquica-teleológica, y en este aspecto pleno y complejo es en el que es considerado por el orden jurídico. Toda abstracción es imposible; el hombre es jurídicamente simple en los elementos del derecho, es la mónada fundamental del mundo jurídico. El derecho precisamente surge para regular las relaciones entre hombres y servir a sus intereses. En este sentido es exacto lo que dice STAMMLER, que el hombre es sujeto de derecho en cuanto es considerado como fin *en si mismo* (*Selbstzweck*). El hombre es la unidad de la vida jurídica."

"De aquí se deduce un importante corolario."

"Que también en los casos en que se presentan como sujetos entes ideales, éstos no son más que una forma de realización de intereses humanos."

BARBERO concluye contundentemente en el mismo sentido, al negar una actitud discrecional al ordenamiento jurídico para otorgar o negar personalidad al ser humano.

"En lo dicho -expresa BARBERO- va implícito que la dotación de la 'personalidad jurídica' puede ser efecto de la naturaleza o del ordenamiento jurídico. *Niego del modo más absoluto que el ordenamiento jurídico sea árbitro de atribuir o negar la personalidad jurídica al hombre.*"

"Con ello no quiero decir que ningún ordenamiento se haya arrogado el hacerlo: el instituto de la esclavitud, no sé si existente todavía en alguna parte, ¿daría de ello un mentís! Pero no teme ser desmentida la afirmación de que la pretensión de negar a un hombre, cualquiera que sea su origen o su raza, la naturaleza de 'sujeto de derecho', sea una pretensión condenada 'por el derecho' si, como lo hemos visto en la *Introducción*, el derecho no es lo que agrada al hombre, mandar o imponer, sino que

es, cuando se trate de racionalidad exclusiva una realidad que el hombre tiene sobre sí, un valor superior a él, al cual debe él adaptarse.

La idea de que la 'personalidad de derecho' sea un gracioso otorgamiento del ordenamiento jurídico, que podría también negarlo, desconociendo la realidad natural, debe ser dejada a aquel 'positivismo' para el cual el derecho es lo que el legislador manda, cualquier cosa que mande, a aquella divinización del parlamento al cual se le reconoció todo poder fuera del de convertir a un hombre en mujer, a aquella concepción del derecho, sin embargo, tan difundida aún, que da como *verdad importantísima... que el derecho no es más que forma y que para él y para su concepto es indiferente su contenido material.*"

"El legislador puede hacerlo todo, legalizar toda injusticia, realizar cualquier disparate (siempre que nadie, naturalmente, esté en condiciones de impedirselo), pero no puede hacer que la injusticia y el disparate, aunque legales, sean 'derecho'. Y así, no puede hacer que sea 'derecho' la negación de la personalidad jurídica de un hombre; sin excluir tal vez el caso mismo de una privación de la personalidad por castigo, que se daba con el instituto de la muerte civil, pero con el cual, en efecto, más que la personalidad misma se desconocían las manifestaciones de ella, o acaso más aún, se suprimía, y no enteramente la '*capacidad*' (capacidad de derecho) de la persona: no enteramente, porque también del 'muerto civil' debía respetarse, sin embargo, la vida, la integridad física, etc."

"La personalidad jurídica del hombre no puede menos de ser reconocida; la atribución es obra de la naturaleza misma. Sobre este punto el 'jusnaturalismo' era mucho más avizor que la orientación positivista, que sin reserva ni límite, entrega el hombre al poder del Estado."

Todo lo anterior orilla a insistir en lo señalado; la dependencia de la personalidad jurídica del ser humano respecto del orden jurídico, es meramente formal y se alcanza y ostenta sólo por tratarse precisamente de un ser humano, pues si bien todo lo jurídico es creación del hombre, lo creado por éste como persona es en función propia.

"Todo hombre -afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN como conclusión para nosotros-es persona. La personalidad no es algo que el ordenamiento jurídico atribuya de manera arbitraria. La personalidad es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer. JUAN XXIII, en su encíclica. *Pacem in terris*, dice exactamente, "En toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre."

"Frente a la concepción anterior, aparece lo que se puede llamar una concepción positivista de la idea de persona. Se intenta demostrar que no hay diferencia de naturaleza, entre la persona física y la persona jurídica. La idea de hombre no es una noción jurídica, dice KELSEN. Puede ser una noción biológica,

sociológica, o psicosociológica. El concepto de persona es una noción elaborada de la ciencia del Derecho y podría prescindirse de ella. Es una noción que facilita la disposición del Derecho, pero que no le es indispensable. Es un concepto destinado a unificar una pluralidad de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos."

"Nosotros creemos que hay que desterrar la concepción positivista de la idea de persona, según la cual persona es todo aquello que pueda ser sujeto de un derecho subjetivo, o bien que persona es todo destinatario de las normas jurídicas. Lógicamente, la primera concepción lleva al absurdo de negar personalidad al que carezca de bienes, y de admitir una personalidad que crece o disminuye según el número de derechos subjetivos que se tengan o pierdan. La segunda tesis olvida que al jurista no le debe interesar tanto tener un punto de referencia de las normas, sino saber que éstas, al referirse a las personas, toman un sentido especial y han de ser interpretadas teniendo en cuenta esa previa realidad (naturaleza y dignidad del hombre)."

INICIO Y FIN DE LA PERSONA

1. INICIO

A) Planteamiento

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

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

"Debemos de tener en cuenta antes que nada -apunta PACHECO ESCOBEDO- el dato biológico para poder determinar con precisión el inicio de la persona ya que la existencia del ser humano es un dato biológico, así como también es necesario tener en cuenta los datos de la ciencia médica para determinar cuándo termina la persona humana o sea cuándo está muerta."

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

En verdad que es la mejor probeta, pero no es más que eso. Y sería inconcebible el pensar que la probeta tuviera algún derecho sobre el producto que se está desarrollando dentro de ella. Los experimentos recientes con mamíferos superiores, han dado lugar ya a industrias que seguramente van a desarrollarse mucho en el futuro y comprueban la verdad científica de estas conclusiones. Son de todas conocidas las prácticas que en alguna forma han ido superando ya a la inseminación artificial en los animales. Los caracteres genéticos se heredan mejor en ocasiones mediante el contacto físico del macho y de la hembra en los mamíferos superiores y además con esto se evita el posible fraude de una inseminación artificial con semen de animales poco selectos.

Actualmente, sin problema, se extrae de la madre el producto inmediatamente después de ser fecundado, se le injerta en otro animal, inclusive de otra especie, o se le congela para ser transportado a muchos kilómetros y entregarlo al granjero que lo ha adquirido; éste a su vez lo injerta en otra hembra que tenga las condiciones propicias para poder desarrollarlo hasta el final, cuando ésta da a luz, el producto no tiene nada de la receptora ni de la transportadora portadora, pues todos sus caracteres genéticos los ha heredado de su padre y de su madre. La transportadora y la receptora, sólo han proporcionado el ambiente necesario para que llegara a un desarrollo que le permita tener vida independiente. En efecto, el producto depende menos de la madre que cualquiera de nosotros de la atmósfera que nos rodea, ya que puede vivir más horas fuera del seno materno, cualquiera que sea su grado de desarrollo, que cualquiera de nosotros fuera de la atmósfera."

"Queda también fuera de toda duda para los genetistas de hoy, que biológicamente la persona humana existe desde el mismo instante de la fecundación, no desde la implantación en el endometrio ni desde cualquier otra etapa del desarrollo del producto. Aun cuando a éste se le denomine de diversa manera en los procesos genéticos previos a su nacimiento, no puede negársele en ningún momento la categoría de persona humana desde el mismo instante de su concepción. 'Cuando los componentes bioquímicos de un espermatozoide han quedado incluidos en el óvulo, se ha producido el origen de una nueva vida, y ha quedado allí trazada la totalidad de las instrucciones que dirigen el desarrollo del ser que empieza a vivir'.

Los mismos autores añaden lo que ya es de conocimiento explorado: 'Está demostrado que la implantación no añade nada la capacidad del organismo embrionario para terminar su desarrollo'." Independientemente del aspecto estrictamente biológico, en el campo jurídico existen, como lo indica CASTÁN TOBEÑAS diversas teorías que pretenden hacer valer sus argumentos para que en ellos se ubique y explique el inicio de la personalidad jurídica del ser humano. Como tales están la teoría de la concepción, la del nacimiento, una ecléctica y la de la viabilidad, amén de la llamada *psicológica*.

"Diversas doctrinas -anota. CASTÁN TOBEÑAS- existen respecto al origen de la capacidad jurídica, o, lo que es igual, al hecho que determina el principio de existencia de la persona individual."

"A. *Teoría de la concepción*.- Ya en los Santos Padres apunta la idea de que el concebido tiene existencia independiente, y, por consiguiente, ha de ser tenido como posible sujeto de derechos aun antes de nacer. Entre nuestros civilistas, defendió esta teoría, en explicaciones de cátedra, el profesor Casajús, quien, basándose en datos de la Embriogenia, de la Fisiología y de la Psicología, afirmaba que el hombre existe desde la concepción, y, por ende, siendo la capacidad facultad inherente al hombre, desde el momento de la concepción debe ser reconocida. La imposibilidad de determinar el tiempo de la concepción es un inconveniente serio de esta doctrina."

"B. *Teoría del nacimiento*.- Se funda en que durante la concepción el feto no tiene vida independiente de la madre, y en que el reconocimiento de su personalidad

tropezaría con el inconveniente práctico de la imposibilidad de determinar el momento de la concepción."

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

La teoría del nacimiento es hoy la predominante en la doctrina científica y en las legislaciones (Código alemán, suizo, novísimo de Italia, etc.)."

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

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

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

B. Diversidad de criterios

Las opiniones que el sector doctrinal especializado ofrece son en sentidos diferentes; su mayoría sin embargo, se inclina por considerar que el punto de partida de la personalidad jurídica está en el nacimiento del sujeto. Además, en un buen número de ocasiones hay un apego marcado de los dispositivos legales aplicables en un lugar determinado, a las opiniones teóricas prevalecientes en ese lugar. Conforme al artículo 19 del Código Civil italiano "la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento. Los derechos que la ley reconoce a favor del concebido se subordinan al evento de su nacimiento".

Las opiniones que MESSINEO, TRABUCCHI y BARBERO ofrecen, son coincidentes con lo indicado por el precepto transcrito.

"Ahora bien -reseña MESSINEO- puede decirse que el sujeto *existe, a los ojos de la ley*, solamente si *resulta*, ante todo, el hecho del *nacimiento* del mismo, puesto que el nacimiento es, a un tiempo, *el fundamento y el inicio de existencia del sujeto y de su personalidad*. Por tanto, la *existencia* del sujeto coincide y comienza con el *nacimiento* del mismo."

"a) *Nacimiento es separación* (aun cuando sea prematura, esto es, anterior al final de la gestación normal) del nuevo ser *respecto del cuerpo* de la madre; pero a condición de que el ser tenga una *vida propia*, aunque sea brevísima. El *nacido muerto* no adquiere, ni por un momento siquiera, la personalidad (sin embargo, cfr. art. 74 del R. D. sobre el ordenamiento del estado civil); pero no es necesario (*arg. a contrario*, art. 462, primer apartado), ni siquiera para particulares efectos (arts. 462 y 803), la denominada *vitalidad*, e sea la idoneidad orgánica y fisiológica del nacido para continuar viviendo."

"b) Antes del nacimiento, el sujeto es inexistente y no adquiere personalidad, ni derechos."

"La capacidad jurídica, o personalidad -asevera por su parte TRABUCCHI- se adquiere con el nacimiento (art. 1º). Antes de la separación el feto no se distingue de la madre: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* (ULPIANO); por lo que no puede tener personalidad propia: *Partus nondum editus homo non recto fuisse dicitur* (PAPINIANO).

"Es preciso agregar que el feto separado tiene necesidad de otro requisito para que comience su existencia jurídica: debe nacer vivo."

"Un feto nacido muerto no es persona: *qui morturi nascuntur neque nati neque procreati videntur* (PAULO)."

"La vida de un instante es suficiente para que el niño adquiera derechos incluso

patrimoniales; una vez fallecido los transmitirá a otras personas (herederos). El que esté interesado en afirmar que una persona existe o existió deberá probarlo, admitiéndose cualquier prueba para demostrar el nacimiento y la vida del niño (no es necesario el llanto, como afirmaba una famosa escuela de jurisconsultos romanos); la medicina legal presta en esta materia una contribución eficacísima."

"El *nasciturus*, o concebido, que es un hombre *in fieri*, una *spes hominis* carece de capacidad jurídica; pero la ley (V. art. 1) le reconoce ciertos derechos subordinándolos a su nacimiento futuro:" "*Nasciturus pro iam nato habetur quotiens de eius coinmondo agitur.*"

"La persona física -nos indica BARBERO-- comienza, su existencia como 'sujeto jurídico' desde el momento del nacimiento del ser humano viviente (art. 1). No se exige ya la condición de *vitalidad*, es decir, la idoneidad fisiológica del nacido para continuar viviendo (condición exigida por el código anterior) ; basta la vida. En otros términos, basta que no se trate de 'nacido muerto'. Si también la muerte debiera llegar en el instante inmediatamente posterior al nacimiento, se tendría un sujeto 'existido' y 'muerto'; sólo el 'nacido muerto' no ha existido nunca como 'sujeto jurídico'."

"Ahora bien, por 'nacimiento' se entiende la separación y la expulsión (o la extracción), incluso prematura (por lo demás, no el aborto), del ser humano del útero materno. Para comprobar que el sujeto ha nacido vivo, en los casos dudosos, se recurre a la pericia médico-legal, que mediante la llamada *docimasia pulmonar* establece si ha habido o no respiración; en caso afirmativo, ello es signo de que, aunque sea por un poco, ha existido la vida, y en consecuencia ha existido un 'sujeto jurídico'."

Lo dispuesto por los artículos 320, 321, 462, 643 y otros del ordenamiento civil italiano aludido respecto del concebido, en el sentido de que éste puede ser representado, adquirir por herencia, etc., es, según los autores señalados, porque a un sujeto en esas condiciones debe considerársele como una esperanza de hombre, pues todo ello es en el concepto de que todos esos derechos le están condicionados a su nacimiento con vida.

El Código Civil español por su parte, regula lo planteado en sus artículos 29, 30, 627 y 959.

Conforme al primero de dichos preceptos, "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".

Su artículo 30 en tanto, establece que "para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno".

Según el artículo 627 del ordenamiento indicado, las donaciones hechas a los concebidos, podrán ser aceptadas por sus representantes una vez que aquellos hayan

nacido; del artículo 959 en adelante se desprende el señalamiento de las medidas que deben tomarse cuando la viuda queda encinta, dentro de las cuales están que una mujer en esas condiciones deberá hacerlo del conocimiento de aquellos cuyo derecho llegue a desaparecer o disminuir por el nacimiento del concebido; además, la división de la herencia quedará suspendida hasta en tanto el parto o el aborto, en su caso, tenga lugar, o bien resulte que la viuda no estaba realmente embarazada.

"Puesto que es el nacimiento el que determina la personalidad -expresa ALBALADEJO- el concebido, pero no nacido, ni es persona ni tiene -por tanto- capacidad jurídica o de obrar de ninguna clase. Sin embargo, el 29 establece que se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca en las condiciones (ya conocidas) necesarias para ser persona. Así se pretende que obtenga los beneficios que habría podido recibir de haber sido ya persona, en vez de germen de persona."

Según el art. 29 Cc. -afirma CRUZ BERDEJO después de preguntarse cuándo empieza la persona- *el nacimiento determina la personalidad*. Añadiendo el art. 30 que *para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*."

"La personalidad que se hace depender en el art. 29 del nacimiento significa capacidad para ser titular de derechos: la llamada capacidad jurídica. Un concebido, mientras permanece en el claustro materno, carece de existencia propia, y por tanto de subjetividad jurídica. Si en ese tiempo la madre sufre una agresión que mata al feto, nadie podrá reclamar indemnización de daños en nombre de éste, como sucesor suyo: la madre sí podrá reclamar, pero por lesión de una parte de su cuerpo o -lo mismo que el padre- por el daño moral sufrido."

"En el momento mismo del nacimiento adquiere el nacido subjetividad jurídica siquiera para los *efectos civiles*, es decir, para ser titular de derechos civiles patrimoniales, hace falta algo más. Un niño nacido, desde el primer momento tiene el derecho a la dignidad y al respeto: el delito del que es víctima, es delito contra su persona, no contra la madre. En este sentido comienza a ser persona en el instante de su total desprendimiento del claustro materno, sin que sea preciso esperar veinticuatro horas. Esta demora afecta sólo a un aspecto: el de los derechos *subjetivos privados* y por una razón de Derecho sucesorio, a saber, evitar que los derechos a la herencia se modifiquen por el azar del nacimiento de un infante que no puede seguir viviendo."

"Ya hemos dicho -señala por su parte CASTÁN TOBEÑAS- que, tanto en el terreno doctrinal como en el legislativo, la teoría del nacimiento es la que está más en auge en los tiempos presentes. El concebido es considerado como una esperanza de hombre (*spes hominis*). Los derechos que se le atribuyen no suponen reconocimiento de su existencia jurídica, ni implican ficción alguna, pues son un caso de protección de intereses expectantes y futuros, que sólo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos."

El Código Napoleón no contiene disposición contenedora de una regla general

aplicable a todo lo relacionado con el inicio de la personalidad; sólo lo prevé respecto de la capacidad para heredar y para adquirir en donación. Conforme a su artículo 725, para suceder se debe existir al momento de la apertura de la sucesión; por ello, los no concebidos para entonces son incapaces de heredar. Por su parte, según lo establece en su artículo 906, para ser capaz de recibir por donación entre vivos o de recibir por testamento, es suficiente estar concebido, con la salvedad de que la donación o el testamento no surtirán sus efectos si el beneficiario no nace viable.

Como la posición del ordenamiento civil francés lo permite, la doctrina de aquél país, si bien con cierta reserva, afirma que la personalidad jurídica de las personas físicas se inicia con la concepción.

Así por ejemplo, CARBONNIER señala que en principio la aptitud para ser sujeto de derecho, es decir, la personalidad, se adquiere por el nacimiento; sin embargo, ello no siempre es así, pues la personalidad puede preexistir a aquél; el *nasciturus* concretamente, goza, de idoneidad para ser sujeto de Derecho, heredero en especial.

"En principio -anota CARBONNIER- la aptitud para ser sujeto de derecho (o, lo que es lo mismo, la *personalidad*) se adquiere en virtud del nacimiento, aunque el Derecho haya imprimido una doble corrección a las leyes biológicas: "

1º No siempre es el nacimiento la condición suficiente para la adquisición de la personalidad. Para ser sujeto de derecho, especialmente para ser heredero, no basta con el nacimiento sino que se requiere que el recién nacido esté vivo (el que nace muerto jamás es persona) y viable (arg. art. 314, 725-2º, 906 pfo. 3º; vitae habilis, es decir, capaz de supervivencia fisiológica, con lo que quedan excluidos los que nacen mucho antes del término de la concepción y los que presentan aspecto monstruoso). [Al hecho del nacimiento hay que añadir el requisito de que viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (vida) y se tenga figura humana (¿viabilidad? art. 30 C. c.) . Por no darse en las criaturas abortivas la concurrencia de tales requisitos, la Ley las declara privadas de testamentación pasiva (art. 745, 1º C. co.).]"

*"2º No siempre el nacimiento es la condición necesaria para la adquisición de la personalidad (que puede preexistir al nacimiento en el sentido de que el concebido y no nacido goza de idoneidad para ser sujeto de derecho y, especialmente, heredero). La jurisprudencia interpreta los preceptos que conducen fragmentariamente a esta solución (art. 725-1º, 906) como la consagración implícita de una máxima general según la cual al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables (*Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agiatur*), suponiéndosele tal trescientos días antes de su nacimiento (arg. art. 312 pfo. 2º).*

Excepcionalmente, los hijos por nacer -aún no concebidos- pero que un hombre y una mujer esperan tener algún día pueden considerarse como personas aptas para ser titulares de derechos (por ejemplo, se puede contratar un seguro sobre la vida de los hijos por nacer según la Ley del 13 de julio de 1930, art. 63; ef. artículo 1,082). [A/

concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables (inciso central del art. 29 C. c.). El 'nasciturus' puede ser donatario (art. 627 C. c.) y al ser preterido, cuando es heredero forzoso, se produce la nulidad de la institución (art. 814 C. e.), articulándose por el Código Civil una serie de precauciones adoptables cuando la viuda queda encinta (art. 959 y siguientes C. c.). Nada veda una construcción jurídica que, identificando debidamente al 'nascibilis' (no concebido) por razón de los padres, fecha., etc., le constituya en titular de un derecho subjetivo.] "

Para RIPERT y BOULANGER no es sino hasta el nacimiento cuando el niño tiene vida independiente; no obstante, por derogación de la regla, la criatura no nacida aún, ya es capaz de adquirir derechos desde su concepción, pero condicionado a nacer vivo y viable.

"Hasta el momento de su nacimiento -señalan RIPERT y BOULANGER- el niño no tiene vida distinta; es, como decían, los romanos, '*pars visceram matris*' No obstante, por derogación de la regla, la criatura *no nacida todavía* ya es capaz de adquirir derechos a partir del momento de su concepción. Se le considera por anticipado como una persona. Como decía JULIANO: '*Qui in utero sunt intelliguntur in rerum natura esse*'. De donde provino el antiguo adagio: *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*. Muchos códigos extranjeros contienen una disposición general en este sentido. El Código francés se limita a hacer la aplicación de la regla a las sucesiones (art. 725) lo mismo que a las donaciones y legados (art. 906)."

"La criatura humana -aseveran los MAZEAUD- recibe la personalidad desde su nacimiento, o incluso desde su concepción, con la condición de que nazca viva y viable."

"Para nacer viva, basta con que la criatura haya respirado. La prueba de esto se hace con facilidad, por la presencia del aire en sus pulmones."

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

"Esas condiciones tienen un considerable interés práctico en la esfera sucesoria. Cuando el padre muere durante el embarazo de la madre, el hijo recoge la sucesión si nace vivo y viable, incluso si muere algunos instantes después de su nacimiento; en tal caso, sus propios herederos recogerán, a su vez, esa sucesión. Por el contrario, si el hijo no nace vivo y viable, no puede recoger la sucesión, que beneficiará entonces a los herederos del padre."

"Desde su nacimiento, y dentro de esas condiciones, el nacido goza de la personalidad."

"Tiene también aptitud para recibir derechos desde su concepción, por aplicación del adagio: '*Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus*'"

agitur' (El concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable). Esa regla es la que permite a una criatura, con la condición de nacer luego viva y viable, recibir cualquier sucesión, en especial la de su padre, cuando se produzca entre la concepción y el nacimiento del hijo. Si no rigiera ese adagio, la sucesión no sería transmitida al hijo; porque, para recibir una sucesión, hay que vivir en el momento de la muerte del causante."

"Ese adagio juega, pues, a favor de la criatura. Pero no podría obrar contra sus intereses."

"La regla '*infans conceptus*' no es objeto de una disposición general en el Código civil. Los redactores indicaron tan sólo que la criatura simplemente concebida puede recibir una sucesión (art. 725 del Cód. civ.) o una donación (art. 906 del Cód. civ.). Por eso se le ha planteado a la jurisprudencia la cuestión de saber si convenía aplicar ese adagio fuera de esos dos ámbitos. La Corte de casación lo ha resuelto afirmativamente, en ocasión de la renta a que tenía derecho el hijo de un obrero víctima de un accidente del trabajo: Civ., 24 de abril de 1929 (cfr. *infra*, *Lecturas*): 'Considerando que...*el concebido se considera como ya nacido en todo lo que su interés exija*' (cfr. igualmente Cám. reun., 8 de marzo de 1939; D. H. 1939. 193; e *infra*, *Lección XLV, Lecturas, III*) La fórmula empleada por la Corte de casación muestra qué alcance general atribuye la jurisprudencia al principio; ha sido recogida en el artículo 148 del Anteproyecto del Código civil, elaborado por la Comisión de reforma del Código civil: 'El simplemente concebido se tiene por nacido siempre que su interés lo exija, con tal que nazca vivo y viable.'"

"Por tanto, la criatura humana tiene, desde su concepción, una personalidad condicional. Condicional, puesto que no existe más que si el concebido nace vivo y viable. Pero es bastante para que sea necesario, desde la concepción de la criatura, velar por sus intereses. Si tiene a sus padres, la cuestión no se plantea. Pero, si su padre ha muerto, los intereses que el concebido tiene en la sucesión que se abre, han incitado al legislador a adoptar precauciones: el artículo 393 del Código civil prevé que a la muerte del marido, si la mujer está encinta, 'se nombrará un *curador del vientre*'. Este personaje, de nombre burlesco, pero bien expresivo, tiene por papel principal la vigilancia del embarazo de la madre, a fin de impedir las suposiciones y las supresiones de 'parto'; es decir, la de hijos; es preciso que la mujer no se atribuya falsamente un hijo ni que haga desaparecer al suyo. El 'curador del vientre' debe velar igualmente por los intereses eventuales del concebido, hasta su nacimiento."

El Código Civil argentino es acreedor a una serie de comentarios y consideraciones especiales; contrariamente a la actitud de los ordenamientos antes glosados, adopta la postura clara y expresa de considerar a la concepción como el punto de partida de la personalidad jurídica en las personas físicas. Así, sus artículos 6° y siguientes prevén la existencia y realidad jurídica de las "personas por nacer" que son los que no habiendo nacido, están concebidos en el seno materno. Concretamente su artículo 70 es del texto siguiente:

"ART. 70.-Desde la concepción en el seno materno comienza, la existencia de las personas; y

antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubieren nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuere por un instante después de estar separados de su madre."

Lo señalado por el precepto transcrito se explica congruentemente por SPOTA y por SALVAT.

"Ya con la vida intrauterina del concebido (*nasciturus*) -indica SPOTA- surge la capacidad para ser titular de derechos. En efecto, según el art. 70, antes del nacimiento de los concebidos 'en el seno materno', éstos pueden adquirir *algunos* derechos. Esos derechos son actuales, no en potencia, aun cuando sometidos a una condición resolutoria: las personas por nacer los adquieren *como si ya hubiesen nacido*, y sólo se resuelven si, no nacen con vida, en cuyo supuesto *serán considerados como si no hubieran existido* (art. 74) . Más que de *expectativa* de derechos, se trata de derechos *existentes* pero condicionales. Para ello no se requiere recurrir a la ficción de que en cuanto en su beneficio se lo considera nacido: *nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de cainmodis e jus agitur.*"

"En el concepto vulgar -afirma SALVAT- la existencia de las personas principia con el nacimiento; hasta entonces, aunque el ser humano viva ya en el seno materno, se le considera como una parte del cuerpo de la madre (*pars visceram matris*). En el derecho las cosas pasan de otro modo y según el Código civil el ser humano es considerado como una persona desde que está concebido, aun cuando todavía no haya nacido; el artículo 70, primera parte, establece en este sentido: *desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido*. Estas personas son las que nuestro código llama *personas por nacer*, definiéndolas en el artículo 63 en los siguientes términos: *son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno.*"

"a) El reconocimiento de la personalidad del ser humano concebido pero aun no nacido, lo hace la ley, como lo establece el artículo 70, con el propósito de que pueda adquirir *algunos derechos*. Según el artículo 64, esta adquisición sólo puede ser a título de donación o herencia; *tiene lugar la representación de las personas por nacer* - establece dicho artículo- *siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia*; la ley habla de *representación*, teniendo en cuenta que las personas por nacer no actúan por sí mismas, sino que lo hacen por ellas sus representantes legales. Por ejemplo: muere una persona dejando varios hijos, los cuales serán sus herederos; además queda la esposa en estado de embarazo y existe, por consiguiente un nuevo hijo concebido; este hijo es llamado a la herencia del padre, conjuntamente con los otros y si fuera necesario proceder inmediatamente a la partición de los bienes, habría que atribuirle su parte. Otro ejemplo: muere un hombre soltero sin dejar testamento, pero queda una concubina embarazada; ese hijo natural ya concebido recogerá la herencia de su padre, con exclusión de los parientes colaterales que pudieran existir, por ejemplo: hermanos, tíos, etcétera."

"La adquisición de derechos por la persona por nacer no es definitiva: está

subordinada, por el contrario, a la *condición de que nazca vivo*; si el niño nace vivo, los derechos quedan definitivamente adquiridos; en caso contrario, no se le toma en cuenta para nada, como si nunca hubiera existido. *Esos derechos* —establece el artículo 70, segunda parte, refiriéndose a los que pueden adquirir las personas concebidas pero no nacidas— *quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre*. En los casos puestos anteriormente como ejemplos, no naciendo con vida el hijo concebido, los bienes pasarían *ipso facto* a los otros hijos, o a los hermanos, tíos, etc. Esta condición, por otra parte, funciona como condición resolutoria: los derechos se adquieren desde el día de la concepción, pero quedan expuestos a extinguirse si el niño no naciera con vida (arg. art. 553) .

C. Derecho Mexicano

a) Disposiciones legales aplicables

El Código Civil contiene dispositivos que señalan el inicio de la personalidad jurídica, cuál es la situación jurídica del concebido, qué derechos tiene éste, cuándo es que un individuo debe considerarse como nacido, etc. Con ello como ordenamiento común, sienta las bases para todo nuestro sistema legal respecto del punto de partida, continencias, dinámica y extinción de dicha personalidad en las personas físicas. Hay además otros ordenamientos, concretamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que al regular el fideicomiso también son aplicables al caso.

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

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

Si bien el ordenamiento indicado no tiene disposición expresa alguna alusiva al momento de la concepción, lo cual es plenamente entendible, por contra, diversos de sus preceptos mencionan que la duración mínima de un embarazo es de 180 días y la máxima de 300; por ello con tomar la fecha de nacimiento como punto de referencia, la concepción debió ser en los primeros 120 días de los 300 anteriores a la fecha del nacimiento.

Los artículos 324, 325, 326, 334 y 383 del ordenamiento indicado son ejemplo de lo anterior. Respectivamente se refieren a la época en que los hijos deben nacer para ser considerados como procreados por un matrimonio, a los casos de impugnación de la paternidad y a quienes son procreados por una pareja que vive en unión libre. El texto de cada uno de dichos preceptos es el que respectivamente se transcribe a continuación:

"ART 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

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

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

"ART. 325.-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 ciento veinte días de los

trescientos que han precedido al nacimiento."

"ART. 326.-El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa."

"ART. 334.-Si la viuda, la divorciada, o aquella cuyo matrimonio fuere declarado nulo contrajere nuevas nupcias dentro del periodo prohibido por el artículo 158, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes:

"I. Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo;

"II. Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

"El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye.

"III. El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero.

"ART. 383.-Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

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

"II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina."

El momento en que el nacimiento de una persona tiene lugar para la ley, con las consecuencias inherentes, está señalado en el artículo 337 de nuestra ley civil, cuyo texto es como sigue:

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

El concebido, consecuentemente no nacido, puede ser reconocido y puede además ser heredero, legatario y donatario, en la medida señalada y conforme lo dispuesto por los artículos 364, 1313, 1314. 1491 y 2357 del código, cada uno con el respectivo texto que del mismo se transcribe enseguida:

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

"ART. 1313.-Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación

a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- I. Falta de personalidad;
- II. Delito;
- III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento;
- IV. Falta de reciprocidad internacional;
- V. Utilidad pública;
- VI. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento."

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

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

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

Más aún, si el hijo póstumo no hubiera sido tomado en cuenta por el testador, heredará la parte que le correspondería en sucesión legítima, según lo dispone el artículo 1377, en relación con el 1375 del código citado, como sigue

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

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

En la regulación del fideicomiso que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contiene por su parte, el artículo 359 prevé la posibilidad de un fideicomisario únicamente concebido al momento del fallecimiento del fideicomitente; así:

"ART. 359.-Quedan prohibidos:

"..."

"II. Aquellos -fideicomisos- en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte del anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente."

b) Doctrina

La actividad teórico-investigadora que toma para sí la tarea de determinar cuando se inicia la personalidad de las personas físicas, ofrece opiniones encontradas; hay quien considera que ese momento tiene lugar con la viabilidad de quien se trate, de tal manera que el sistema legal conserva en favor del concebido los derechos que llegarán a adquirir cuando nazca, sin que antes pueda pensarse en la realidad de tales derechos. Por el contrario, frente a las opiniones citadas se colocan las de quienes remontan el arranque de la personalidad a la concepción del sujeto, pero condicionado ello a determinadas circunstancias.

"Por lo que se refiere a las personas físicas -indica GALINDO GARFIAS- la personalidad se inicia con el nacimiento y termina con la muerte. El primer párrafo del artículo 22 del Código Civil, así lo establece claramente".

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

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

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

"Sin embargo, con vista a la protección del ser humano, y puesto que la gestación es un anuncio del alumbramiento, el Derecho objetivo no puede desatender que ciertas medidas cautelares o precautorias de carácter conservatorio de los derechos que puede adquirir el ser concebido, deben, ser adoptadas para que si llega a nacer, si adquiere vida propia, si llega a vivir por sí mismo, ya separado de la madre, pueda adquirir definitivamente ciertos derechos."

"El *nasciturus* en tanto no ha nacido y en tanto el nacimiento no se produzca con determinados requisitos (de los cuales después se hablará) no ha adquirido aún personalidad. El Derecho conserva en su favor, los derechos que eventualmente adquirirá cuando nazca. Porque sólo a partir de momento de su nacimiento va a adquirir la capacidad jurídica. Pero nada impide que antes de nacer, siempre que esté concebido, pueda ser designado válidamente heredero, legatario o donatario, si llega a adquirir personalidad, después de nacido. Por ello, el Derecho establece la protección a que se refiere el artículo 22 del Código Civil, protección que se manifiesta en la conservación de esos derechos, para que si llega a cumplirse la condición suspensiva

establecida por la ley (el nacimiento), pueda adquirirlos definitivamente."

"De estas observaciones -apunta por contra ROJINA VILLEGAS- podemos sentar el principio de que la capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente en el ser humano; que basta esta calidad, es decir, el ser hombre, para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce y, por lo tanto, una personalidad. Por esto en el derecho moderno se consagra el siguiente principio: *todo hombre es persona*. La capacidad de goce se atribuye también antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando sin personalidad destruida si no nace vivo y viable." "Es, así como el embrión humano tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho y éstas son principalmente: capacidad para heredar, para recibir en legados y para recibir en donación. Sostenemos esta tesis a sabiendas de que nos ponemos en abierta contradicción con toda la doctrina. Sin embargo, cada vez que meditamos más sobre este problema reafirmamos nuestro punto de vista que es una consecuencia de una correcta teoría sobre la personalidad."

c) Opinión personal

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

En líneas anteriores ya hemos comentado que la actitud oficial no puede ser arbitraria, ni siquiera discrecional, respecto de atribuir o no libremente personalidad jurídica a los seres humanos; el hombre es el creador del Estado pero precisamente para que le reconozca sus derechos y posiciones jurídicas elementales simplemente por su carácter y naturaleza.

Ahora bien, son dos los puntos relacionados a propósito de los cuales el estudioso interesado suele emitir sus opiniones; uno, el referente a lo adecuado en la cuestión apuntada, y el segundo, respecto de la interpretación a la que, según su punto de vista, se hacen acreedores los dispositivos legales aplicables en este caso.

Creemos por nuestra parte, que el ser humano tiene personalidad jurídica desde su concepción, porque desde entonces es un nuevo ser, que inicia la vida como la iniciamos cualquiera de los seres humanos. Todo ataque a esa persona es atentatorio contra la vida humana, perpetrado con todas las agravantes, con prepotencia y total abuso de fuerza, dada la absoluta indefensión del *nasciturus*.

Ahora bien, independientemente de cualquier consideración doctrinal, se deberá estar a la interpretación adecuada de los dispositivos aplicables. De ellos no se desprenderá lo que en nuestro concepto es lo procedente, sino la posición del sistema legal al efecto.

De la interpretación de los preceptos del Código Civil que para el supuesto planteado deben tenerse en cuenta, se desprende que conforme a este ordenamiento, la personalidad jurídica se inicia en realidad: al momento de la concepción del sujeto.

En efecto, del artículo 22 de dicho ordenamiento colegimos lo siguiente:

1. El principio general es que *la personalidad jurídica se inicia al nacimiento y se extingue con la muerte.*
2. Sin embargo, desde la concepción del individuo (persona física) entra bajo la protección de la ley, de tal manera que para los efectos legales conducentes, se le tiene por nacido.
3. Tenerlo por nacido, significa que se le reconoce su personalidad como si ya hubiere nacido; inclusive, en los términos y con los alcances indicados en el artículo 337 del propio Código Civil, conforme al cual y según indicábamos, sólo se considera nacido o lo que es lo mismo, sólo "se tiene" por nacido, "el feto que desprendido del seno materno vive 24 horas o es presentado vivo ante el juez del Registro Civil".

Además, en todos los preceptos relacionados, bien sea directa o tácitamente, se alude a los concebidos como personas desde el punto de vista jurídico. Así, el mismo artículo 22 del Código Civil se refiere a un individuo y como tal éste es persona en el mundo jurídico; según el artículo 364 del mismo ordenamiento, el concebido puede ser sujeto de reconocimiento, lo que implica la actualización de los *status* de hijo y de progenitor; de conformidad con el artículo 1314, el concebido es incapaz de heredar cuando no sea viable; será capaz para ello, por el contrario, cuando nazca viable y lo será desde el momento en que la transmisión hereditaria tuvo lugar; lo mismo se desprende del artículo 2357 en relación con el contrato de donación, pues el concebirlo, si resulta viable, puede adquirir por ese título.

En las condiciones apuntadas es bien cierto que todas estas situaciones y relaciones jurídicas atribuidas por la ley a hechos y actos jurídicos en los que el concebido es parte interesarla, no permanecen en suspenso a partir de que se realice el acto jurídico del que normalmente surgiría, hasta que el sujeto nazca vivo y viable, de tal modo que la personalidad misma, a partir de la concepción y hasta que se presenta la viabilidad, quede supeditada a la condición suspensiva consistente precisamente en el nacimiento viable de aquél. Por el contrario, la personalidad surge en su plenitud desde el momento de la concepción.

El individuo adquiere desde entonces todos los caracteres de su personalidad pero en su trayecto de duración se enfrentará inevitablemente con un acontecimiento

representativo de una condición resolutoria negativa, consistente en que el sujeto no nazca viable. De realizarse dicha condición, esto es, si el sujeto no nace viable, entonces todos los efectos producidos como consecuencia del reconocimiento a dicha personalidad e inclusive la personalidad jurídica misma, se destruirán retroactivamente, tal como la condición resolutoria opera cuando el acontecimiento en que consiste se realiza, según lo señalan los artículos 1940 y 1941 del Código Civil. Por contra, si la condición resolutoria negativa indicada no se realiza, porque el sujeto nazca viable, su personalidad jurídica continuará normalmente desde su inicio hasta la muerte de su titular.

"No creemos —considera ROJINA VILLEGAS en cuya opinión apoyamos nuestra posición al respecto— que sea una condición suspensiva la relativa a la viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable. Ahora bien, en este caso no podría explicarse, cómo puede ser heredero o donatario el ser que solo está concebido. En cambio, si afirmamos que el concebido es persona, pero que su personalidad esta sujeta a una condición resolutoria negativa: que no nazca viable, quedará perfectamente explicado que fue persona desde el momento de la concepción, extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo (como ocurre en el caso de que se cumpla la condición resolutoria), si nace no-viable, es decir, si se realiza justamente ese hecho futuro e incierto (que nazca no-viable) y que funge como condición resolutoria. Si no se realiza dicha condición, será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento."

d) La viabilidad. Clases

Cuando nos referíamos a las distintas corrientes sustentadas respecto del momento de inicio de la personalidad y en su caso, a los requisitos para alcanzar ésta, mencionábamos que una de ellas es la conocida como *de la viabilidad*, según la cual no es suficiente el nacimiento del sujeto, sino además, éste debe estar en condiciones de conservar la vida; apuntábamos más adelante opiniones relacionadas con lo anterior así como con preceptos legales aplicables al caso, según los cuales, concluíamos, la personalidad jurídica del concebido se inicia desde su concepción, sujeta a la condición resolutoria negativa consistente en que aquél no nazca viable.

En esos términos, es conveniente además, adentrarnos en el significado de la fórmula indicada, o sea, que el recién nacido *sea viable* y consecuentemente a su vez, del significado de viabilidad, pues el ser viable implica tener *viabilidad* en última instancia.

Puede considerarse en términos generales, que por viabilidad se entiende la posibilidad natural de seguir viviendo. Además, cabe tener en cuenta dos clases de viabilidad; por una parte, la viabilidad propia y por la otra la impropia, la primera es la del recién nacido después de haber resultado de un embarazo considerado como

normal, resultado de una vida intrauterina lo suficientemente sólida, como para que desde el punto de vista médico, por esa solidez, se le considere viable, es decir, esté en condiciones de subsistir.

La viabilidad impropia significa la posibilidad de vida extrauterina del nacido, con independencia a ser resultado o no de un embarazo con evolución normal y un nacimiento en tiempo. Precisamente esta viabilidad es la aludida por el artículo 337, según el cual, sólo se tendrá por nacido al feto que totalmente desprendido del seno materno vive 24 horas o es presentado vivo ante el Registro Civil, supuesto este último, por cierto, que se entiende será dentro de las primeras 24 horas de haber nacido, pues de ser al contrario, o sea, si el niño fuese presentado vivo al Registro Civil después de esas primeras 24 horas de vida, sería ocioso para efectos del precepto indicado, toda vez que la viabilidad se habría alcanzado por el tiempo de vida.

"Históricamente —apuntan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN- se han distinguido dos clases de viabilidad, propia e impropia. La viabilidad propia es la que presenta el recién nacido, que nace después de una gestación normal o, par lo menos, después de una gestación que aun siendo corta sea suficiente para continuar la vida extrauterina. Por lo general se entiende que el tiempo mínimo de la gestación es de seis meses. Nuestro Código civil alude a los ciento ochenta días en el artículo 108. Por viabilidad impropia se entiende la que posee el ser ya nacido, cuando carece de vicios orgánicos o funcionales que le impidan la continuación de la existencia."

"La llamada *viabilidad* -afirma en el mismo sentido GALINDO GARFIAS- tiene dos sentidos: uno, la viabilidad propiamente dicha, intrauterina o sea la madurez del feto, por el tiempo de embarazo de la madre que ha de ser tal, de acuerdo con la experiencia médica, para permitir racionalmente afirmar, que el producto de la concepción ha adquirido suficiente fuerza vital dentro del seno materno, para prolongarse ésta, después de que se ha producido el parto. El concepto de viabilidad en este sentido, quiere decir que el parto ha de tener lugar después de ciento ochenta días del momento de la concepción y que antes del transcurso de ese lapso, no siendo normalmente posible que sobreviva el feto, han de ser considerados abortivos y excluidos de la calidad de personas por su incompleto desarrollo intrauterino. A esta viabilidad propiamente dicha se refieren los autores del Código Civil francés. También este concepto de viabilidad fue empleado por los juristas romanos al aludir a los partos perfectos (*partus maturus*)."

"Por viabilidad impropia, se ha entendido, la capacidad de vida extrauterina del feto, prescindiendo de su completa o incompleta formación intrauterina (partos imperfectos), y atendiendo solamente a la fuerza vital del recién nacido, para sobrevivir después del parto, por un periodo que puede ser más o menos largo. La introducción de este concepto en el sentido impropio, como puede juzgarse, es por sí mismo vago y da lugar a dudas e incertidumbres. No encuentra cabida en nuestro régimen legislativo. El Código Civil, resuelve todas estas cuestiones en manera terminante. Así el artículo 337 establece que se reputa nacido el feto, solamente en el caso de que después de desprendido enteramente del seno materno, concurren cualquiera de estas dos condiciones: a) que viva veinticuatro horas, o bien b) que sea presentado vivo al

Registro Civil (antes de que transcurra ese lapso), lo cual indica que ha quedado excluido el criterio de la viabilidad propia e impropia."

Precisamente estos dos medios para dejar establecida la viabilidad de un recién nacido, o sean, vivir 24 horas o bien ser presentado vivo en ese lapso al Registro Civil, nos permiten tener en cuenta desde este ángulo, dos especies de viabilidad, la estrictamente natural y la legal; la primera se da por haber vivido el tiempo indicado y la segunda tiene lugar por la presentación señalada y procederá y surtirá efectos como tal, no obstante que inmediatamente después de dicha presentación, el recién nacido fallezca, aún antes de transcurridas las primeras 24 horas desde el momento del nacimiento.

e) *Consecuencias*

Que la personalidad jurídica de las personas físicas, se inicie según consideraciones anteriores, desde la concepción del sujeto y dependa de la condición resolutoria negativa consistente en no nacer viable, orilla a una serie de consideraciones respecto de las consecuencias que puede traer aparejadas, bien sea la continuación sin interrupción alguna de esa personalidad porque el sujeto vivió más de 24 horas o por haber sido presentado vivo al Registro Civil, o bien, por el contrario, que esa personalidad no sólo se vea cortada sino resuelta inclusive, es decir, destruida retroactivamente, porque el sujeto no nació viable en los términos indicados.

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

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

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

existencia alguna para la ley y para el Derecho.

Igualmente, si el donatario concebido llega a nacer viable y muere, el o los bienes que adquirió por donación pasarán al patrimonio de sus herederos legítimos; si no nace viable, dichos bienes retornarán al patrimonio del donante como si nunca hubieren salido de él.

2. La muerte como fin de la personalidad

A) Alusiones legales

Las disposiciones alusivas directa o indirectamente a la muerte de la persona física son numerosas. Lo hacen para señalar efectos en sentidos diversos, bien sea por ejemplo para indicar que ello trae aparejada la terminación de una situación jurídica, bien para señalar, por el contrario, la subsistencia o transmisión de otras.

Algunas de esas disposiciones son las siguientes:

- a) El artículo 22 establece que "la capacidad jurídica, de las personas físicas... se pierde por la muerte..."
- b) De conformidad con lo que establece el artículo 117, ninguna inhumación se hará sin la autorización por escrito del juez del Registro Civil, quien para ello deberá asegurarse suficientemente del fallecimiento de quien se trate; además, no podrá procederse a la inhumación sino hasta después de que hubieren pasado 24 horas de la muerte de la persona, salvo casos excepcionales en que la autoridad correspondiente ordene lo contrario.
- c) La nulidad de un matrimonio por la subsistencia de otro anterior tiene lugar, no obstante que se hubiere disuelto el vínculo del primero por el fallecimiento del otro cónyuge; así lo ordena el artículo 248.
- d) Si durante la tramitación del juicio de divorcio, fallece uno de los cónyuges, ello pone fin al procedimiento y los herederos del muerto lo serán como si no hubiere habido trámite alguno (artículo 290).
- e) El artículo 324 establece que se presumirán hijos procreados por la pareja conyugal, los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la fecha del fallecimiento del marido de la madre.
- f) Una de las causas por las que la patria potestad se acaba, es la muerte de quien la ejerce y no hay otra persona en quien recaiga; ello está establecido en el artículo 443.
- g) El artículo 606 señala la muerte del pupilo como causa de extinción de la tutela.
- h) Los artículos 665, 707 y 711 contienen dispositivos relacionados con la muerte del sujeto cuya situación jurídica encaja en las del procedimiento de

ausencia.

- i) Los artículos 1038 y 1039 relacionan la muerte del usufructuario con la extinción o subsistencia del usufructo.
- j) Por su parte, el artículo 1053 hace aplicables los dos anteriores a propósito del uso y de la habitación.
- k) Según el artículo 1231, la herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en sus derechos y obligaciones que no se extinguen por su muerte.
- l) En el libro de sucesiones podemos señalar a los artículos 1288, 1290, 1291, 1295, 1649 y 1745, dentro de los cuales el último destaca en importancia al establecer que la sucesión se abre al momento de la muerte del autor de la herencia o en su caso cuando se declara la presunción de muerte del ausente.
- m) De conformidad con lo señalado por el artículo 1809, la oferta para la celebración de un contrato subsiste no obstante la muerte del oferente si la aceptación tiene lugar después del fallecimiento sin saber de ello.
- n) El artículo 2308 señala que el derecho de preferencia por el tanto que tiene el vendedor en una venta con pacto de preferencia no pasa a los herederos del derechohabiente.
- o) Las donaciones que se hagan para después de la muerte se rigen por las disposiciones relativas a los legados; así lo ordena el artículo 2339.
- p) A propósito de donaciones, el artículo 2346 ordena que su aceptación debe hacerse en la misma forma como la oferta se hizo y además, siempre en vida del donante.
- q) "El arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación --establece el artículo 2448 H- no termina por la muerte del arrendador ni por la del arrendatario, sino sólo por los motivos establecidos en las leyes."
- r) Según el artículo 2515, por contra, la muerte del comodatario hace terminar el comodato.
- s) Conforme al artículo 2595, el mandato también termina por la muerte del mandante o del mandatario.
- t) Según lo dispone el artículo 2720, la muerte de uno de los socios de responsabilidad ilimitada es causa de disolución de las sociedades civiles, con las salvedades anotadas en dicho precepto, mismas consecuencias que la muerte del socio industrial trae aparejadas, si su industria dio lugar al nacimiento de la sociedad.

- u) A propósito de la renta vitalicia, el artículo 2774 dispone que "es un contrato aleatorio por el cual el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o raíz estimadas, cuyo dominio se le transfiere desde luego".
- v) En el mismo capítulo correspondiente a la renta vitalicia diversos preceptos por la naturaleza y mecánica de dicho contrato se refieren a la vida o a la muerte .le las partes (tal es el caso de los artículos 2780, 2784, 2788, 2789, 2790 y 2791) .

B) Principio general

El enunciado del artículo 22 del Código Civil según el cual, la capacidad de las personas físicas se pierde por su muerte, expone en su expresión más simple y lo hace participar de toda objetividad, el principio claro de que en ese momento, cuando la muerte, termina la personalidad jurídica. Sin embargo, por la evolución de la ciencia médica, la determinación del momento del fallecimiento de una persona no es tan sencillo como pudo haberse considerado en épocas anteriores. Ciertamente, antes se pensaba y sostenía que la persona fallecía cuando su corazón dejaba de latir, pero los alcances logrados por la medicina aplicada a los trasplantes de órganos, concretamente de corazón, han hecho considerar de un tiempo a la fecha que ese momento tiene lugar cuando dejar de haber toda actividad cerebral.

"Tradicionalmente -afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN después de preguntarse cuál es el momento de la muerte- se considera que es el instante en que cesa de latir el corazón. No obstante, existe otra tesis (puesta en boga a propósito de los trasplantes de órganos) según la cual la muerte se produce en el momento en que falta toda actividad cerebral."

"QUIROZ CUARON, siguiendo a BORRI -indica por su parte GALINDO GARFIAS- enseña que el diagnóstico de la muerte se determina a través de la aparición de los fenómenos cadavéricos, a saber:

1 Abióticos o avitales o vitales negativos:

A) Inmediatos:

- a) pérdida de la conciencia;
- b) insensibilidad ;
- c) inmovilidad y pérdida del tono muscular;

- d) cesación de la respiración, y
- e) cesación de la circulación.

B) Consecutivos:

- a) evaporación tegumentaria y apergaminamiento;
- b) enfriamiento del cuerpo;
- c) livideces cadavéricas: hipóstasis viscerales;
- d) desaparición de la irritabilidad muscular, y
- e) rigidez cadavérica.

C) Transformativos;

- a) putrefacción;
- b) maceración;
- c) momificación, y
- d) saponificación.

Es importante retener el hecho de que la muerte es un sucederse de pequeñas y parciales muertes, valga la expresión y así es como la muerte resulta más un pronóstico, siempre inevitable y fatal, que un diagnóstico."

A propósito respecto de la Ley General de Salud son de tenerse en cuenta las disposiciones siguientes:

"ART. 314.-Para los efectos de este título, se entiende por cadáver: el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida.

"..."

"II. Cadáver: el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida..."

ART. 317.-Para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- "I. La ausencia completa y permanente de conciencia;
- "II. La ausencia permanente de respiración espontánea;
- "III. La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos;
- "IV. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares;
- "V. La atonía de todos los músculos;
- "VI. El término de la regulación fisiológica. de la temperatura corporal; "VII. El paro cardíaco irreversible, y
- "VIII. Las demás que establezca el reglamento correspondiente."

"ART. 318.-La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, podrá realizarse de cadáveres en los que se haya certificado la pérdida de la vida en los términos del artículo 317 o de aquellos en que se compruebe la persistencia por seis horas de los signos a que se refieren las fracciones I, II, III y IV del mismo artículo, y además las siguientes circunstancias:

"I. Electroencefalograma isoelectrico que no se modifique con estímulo alguno dentro del tiempo indicado, y

"II. Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de bromuros, barbitúricos, alcohol y otros depresores del sistema nervioso central, o hipotermia."

"Si antes de ese término se presentara un paro cardíaco irreversible, se determinará de inmediato la pérdida de la vida y se expedirá el certificado correspondiente.

"La certificación de muerte respectiva será expedida por dos profesionales distintos de los que integren el cuerpo técnico que intervendrá en el trasplante."

No obstante el principio general señalado, y con el objeto de explicar algunas situaciones jurídicas de estructura compleja que se dan en Derecho Sucesorio, como son por ejemplo, la liquidación de una sucesión, si ésta tiene o no personalidad jurídica, la naturaleza del cargo de albacea, etc., se ha afirmado, sin que en realidad haya un fundamento sólido para ello, que la personalidad jurídica de una persona física continúa aún después de la muerte.

Conforme a estas tesis que son verdaderas ficciones -advierte ROJINA VILLEGAS contra las que sustentan la continuación de la personalidad jurídica del fallecido se pretende exaltar la personalidad del *de cuius* al grado de imaginar que sobrevive en los herederos. También se ha ocurrido al artificio de decir que el heredero es un representante del autor de la sucesión, sin parar mientes en que no puede haber representación jurídica cuando el representado ha muerto."

"..."

"No necesitamos recurrir a la teoría de que el heredero continua la personalidad del *de cuius* o lo representa para poder definir el papel de este ultimo como sujeto del

derecho hereditario en la sucesión legítima. Rechazamos la tesis, en virtud de que el *status* de la persona está integrado por todo el conjunto de sus derechos y deberes subjetivos, tanto como privados, patrimoniales o no patrimoniales, absolutos o relativos y, por lo tanto, la muerte necesariamente tiene que extinguir gran parte de esa esfera jurídica e incluso terminar con ciertos derechos y deberes patrimoniales del difunto. Es verdad que algunos derechos del estado civil con sus acciones pasan a los herederos, como la reclamación de posesión de estado de hijo legítimo, la impugnación de tal calidad o la investigación en ciertos casos de la paternidad o de la maternidad; también es cierto que los derechos de patria potestad pueden continuarse a través del tutor testamentario o legítimo, privándose en el primer caso de la potestad a los abuelos, pero todo ello no nos autoriza para sostener que puede haber continuidad en la personalidad jurídica del difunto para que sobreviva en el heredero. La misma potestad no pasa a éste, sino al tutor testamentario o al legítimo, sufriendo en ambos casos las modificaciones correspondientes al dejar de ser patria potestad y convertirse en tutela.

Lo que verdaderamente ocurre es una continuidad patrimonial a través del heredero, quien recibe el *universum jus* del difunto en calidad de entidad jurídica distinta de sus elementos, por lo que a pesar de que se extingan algunos derechos u obligaciones estrictamente personales, pasa el patrimonio como universalidad jurídica del causante al causahabiente. Ahora bien, si ésta es la verdadera realidad jurídica y es indiscutible que la personalidad del *de cuius* se extingue sin que podamos hablar de continuidad de ella o de representación a través del heredero, de aquí no podemos inferir que el *de cuius* deje de ser sujeto del derecho hereditario, pues independientemente de que en el régimen de la legítima que ya no acepta nuestro sistema, tiene que ajustarse a las limitaciones impuestas a su libertad de testar, en todo caso se parte de la extinción de su personalidad cualquiera que sea el sistema hereditario, para la apertura de la sucesión y para referir a ella todas las consecuencias importantes del proceso sucesorio, así como para tomar en cuenta la declaratoria de presunción de muerte en los casos de ausencia.

También por lo que se refiere al patrimonio tenemos que descansar en la personalidad del *de cuius* para que sirva de punto de referencia en la transmisión hereditaria, dado que hablamos de causante y causahabiente a título universal. Lógicamente esta forma de sucesión requiere dos sujetos: el causante y el causahabiente, aun cuando el primero no tenga que someterse a normas jurídicas para la transmisión hereditaria, es decir, su conducta no se encuentre jurídicamente regulada en ese sentido, sufriendo sólo el patrimonio las consecuencias inherentes a su transmisión, dado que por hipótesis el titular del mismo ha dejado de existir."

C) La presunción de muerte

Lo que suele suceder casi sin excepción, es que cuando una persona fallece, se tenga certeza de ello, pues su muerte se ha constatado, su cadáver ha sido objeto de inhumación o de cremación, se ha tornado nota de ello en el Registro Civil y se le ha acompañado inclusive en su último momento aparente de vida. Esta es en efecto, la situación normalmente observada; se trata en realidad de la generalidad o casi la totalidad de los casos, sin embargo, la ley prevé, porque ello puede llegar a suceder y de hecho ha sucedido, que por la desaparición de una persona y la incertidumbre respecto de su paradero, se desconozca si vive o ha fallecido; por ello, ante esa incertidumbre, previo el procedimiento legal establecido, puede llegar a declararse presuntivamente muerta.

A reserva de verlo con más detenimiento cuanto comentemos el domicilio como atributo de las personas físicas, podemos dejar señalado por ahora que ante la desaparición de alguien y por esa razón se ignore su paradero, nuestro Código Civil contiene en sus artículos del 648 al 722, un procedimiento conforme al cual, agotados los trámites indicados en dichos preceptos, con una duración mínima de dos años y medio en condiciones normales, se declare ausente a esa persona y pasados seis años a partir de ello, sea declarado presuntivamente muerta, como si en realidad hubiere fallecido.

Ahora bien, todos los efectos que el procedimiento de ausencia trae consigo, con la presunción de muerte como su culminación, son tenidos como relativos, pues si en un momento dado, aún después de haberse declarado presuntivamente muerto a un sujeto, se tiene noticia cierta de la fecha del fallecimiento, es a entonces a cuando se estará para la producción de efectos jurídicos que la muerte de una persona trae aparejados.

En efecto, si bien conforme al artículo 1649 del Código Civil, "la sucesión se abre en el momento en el que muere el autor de la herencia y cuando se declare *la presunción de muerte de un ausente*", según el artículo 707 del propio ordenamiento por contra, "si se llega a probar la muerte del ausente, la herencia se defiende a los que debieran heredar al tiempo de ella..."

A propósito de la presunción de muerte, que como hemos indicado, es la meta final de todo ese procedimiento respecto de la ausencia de una persona, consideramos conveniente apuntar que a consecuencia de los sismos padecidos por la ciudad de México durante el mes de septiembre de 1985, las autoridades competentes decidieron ampliar el contenido del artículo 765 del Código civil para darle cabida a un sistema que permitiera llegar, en obvio de los trámites normales y en muy breve plazo, a declarar la presunción de muerte de personas desaparecidas por incendios, explosiones, terremotos o catástrofes aéreas o ferroviarias.

Ciertamente, el procedimiento de ausencia por la mera desaparición de una persona con incertidumbre respecto de su paradero, se traduce en que en los primeros seis meses se le llama por edictos para procurar se apersona; pasado ese lapso se le designa representante, que será el administrador legal de sus bienes; a los dos años de habersele designado representante se solicita y debe declararse su ausencia para concluir dicho procedimiento una vez transcurridos 6 años desde que el juez declaró ausente a la persona, plazo en que a instancia de parte interesada, la autoridad judicial concedora declarará la presunción de su muerte.

Una situación existente en la ley aún antes de las modificaciones al Código Civil como consecuencia de los sismos indicados, es la señalada por el segundo párrafo del artículo 705 de dicho ordenamiento, el que por cierto, con motivo de las modificaciones legislativas indicadas, fue el dispositivo adicionado como veremos más adelante.

Según el primer párrafo del citado artículo 705, cuando hayan transcurrido 6 años, como apuntábamos, desde la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Su segundo párrafo ordena que "respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia; pero sí se tomarán medidas provisionales autorizadas por el capítulo I de este título".

La reforma padecida por el precepto que nos ocupa, consistió, en separar de su segundo párrafo, transcrito inmediatamente antes, las causas por las cuales una persona desaparece y fallece, que en concepto del legislador merecían ser consideradas como de mayor contundencia y consecuentemente reducir el plazo para la declaración de presunción de muerte sin la necesidad de pasar tampoco por la etapa relativa a la declaración de ausencia y los plazos que esa fase del procedimiento trae aparejados.

Como se habrá observado, en el segundo párrafo original del artículo 705 del Código Civil, la desaparición a consecuencia de haber participado en una guerra, haber estado a bordo de un buque que naufrague, o donde una explosión, incendio, terremoto, inundación u otros siniestros semejantes, se señalaban como casos especiales de desaparición. Pues bien, en dicho segundo párrafo se dejaron únicamente los casos de desaparición por guerra, por estar a bordo de un buque que naufrague o por una inundación u otro siniestro semejante, como casos en los que, directamente pasados los dos años de la desaparición, se declarará por el juez la presunción de muerte correspondiente, sin la previa declaración de ausencia.

El precepto comentado fue adicionado con un tercer párrafo según el cual, "cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se

encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses, contados a partir del trágico acontecimiento, para que el juez de lo familiar declare la presunción de muerte. En estos casos, el juez acordará la publicación de la solicitud de declaración de muerte, sin costo alguno y hasta por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de treinta días".

Así, del segundo párrafo original se suprimieron el incendio, la explosión, el terremoto para pasar a un tercer párrafo y en éste se incluyeron la catástrofe aérea o ferroviaria, supuestos en los que como lo prevé dicho precepto, el transcurso de seis meses a partir de que el trágico acontecimiento haya tenido lugar, será suficiente para que el juez competente declare la presunción de muerte.

A propósito de lo ordenado por el precepto comentado, hemos de considerar en primer lugar, que el único factor ocasional de un tratamiento diverso al terremoto, fue en suma el fenómeno sufrido por la ciudad de México en el año de 1985, comparativamente como por ejemplo, el naufragio o la inundación. De haberse presentado una inundación en lugar de un sismo o terremoto como los sufridos, probablemente la modificación legislativa hubiere sido para acortar el plazo de la presunción de muerte respecto de las inundaciones y no de los terremotos.

La reforma de 1986 por otra parte, es aplicable únicamente de entonces en adelante, es decir, para los acontecimientos de los señalados en el segundo y tercer párrafos del artículo 705 del código, que tuvieren y tengan lugar del 10 de enero de 1986 en adelante y no aplicable a los acontecimientos sufridos antes, concretamente los de septiembre de 1985. La razón es obvia, el precepto reduce de 2 años a seis meses el plazo para que a alguien se le declare presuntivamente muerto. De aplicarse a los desaparecidos por los sismos de 85, estaríamos en el caso de una aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de los desaparecidos y sus causahabientes.