

## EL NASCITURUS

SUMARIO: I. *¿Forma parte del organismo de la madre el concebido?*  
II. *Antecedentes históricos.* III. *Teoría de la ficción.* IV. *Personalidad.*  
V. *Daños prenatales.* VI. *Código Civil del Distrito Federal.*

El tema es de una amplitud ilimitada; comprende aspectos éticos, biológicos, jurídicos, religiosos, etcétera. Reduciremos nuestros comentarios al análisis de las consecuencias y efectos legales que surgen del tema, los demás aspectos no son de nuestra competencia, corresponden a quienes dedican sus investigaciones al estudio de los procesos sociales o al insondable misterio de la vida.

A lo largo de la historia se ha considerado que el feto forma parte del organismo de la madre. Hoy esta opinión no es compartida por quienes consideran que la criatura en gestación tiene vida y autonomía propias, punto de vista que habría venido a reafirmar la biología que ha logrado desarrollar satisfactoriamente el embrión, en forma artificial (criaturas de probeta o *in vitro*). La legislación sanitaria, agregan, permite a los individuos ceder órganos y tejidos vitales para trasplantes o fines de experimentación, pero esta facultad no se extiende al producto de la concepción al que la ley protege desde el momento mismo de la fecundación.

Un sistema jurídico coherente, opina Louis Sebag, debe comenzar por otorgar al concebido el primero de sus derechos: el derecho a la vida. La protección legal se extiende desde antes del nacimiento porque el concebido es un germen y una esperanza de vida y la sanción para el que atente en contra de este derecho será necesariamente de orden penal porque destruye una vida humana y vulnera el orden social.<sup>1</sup>

La doctrina del respeto a la vida, desde el punto de vista meramente metafísico, emana de la ideología jurídica nuestra, dice Giovanna Rossi, al considerar el aborto como un delito contra las personas.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Sebag, Louis, *Personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 39.

<sup>2</sup> Rossi, Giovanna, "La sorte del diritto alla vita nella società amministrata", *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, Milán, año XXII, julio-diciembre de 1975, p. 372.

En igual sentido opina José María Manresa y Navarro quien considera que desde el momento de la concepción existe un germen de personalidad humana por existir un embrión que el derecho no puede desatender.<sup>3</sup>

#### I. ¿FORMA PARTE DEL ORGANISMO DE LA MADRE EL CONCEBIDO?

La generalidad de los autores opina que mientras el hijo no haya nacido se le considera como parte del organismo de la madre.

Charles Maynz afirma que mientras el hijo no ha nacido no tiene existencia separada de la madre y forma parte de ella (Fr. 9.I.D. *ad legem Falc.* 55. 2).<sup>4</sup>

En igual sentido opina Ursicinio Álvarez. El concebido, dice, pero no nacido no puede considerarse entre los humanos (*in rebus humanis*), ni entre las cosas de la naturaleza (*in rebus natura*). Al no hallarse desprendido del claustro materno, no posee autonomía respecto de la madre, constituye una parte integrante de ésta (*mulieris partio*). Sin embargo, agrega, "en el feto se encuentra una esperanza de hombre que en su día nacerá a la vida del derecho".<sup>5</sup>

Mientras no tiene lugar el nacimiento, opina Sebastián Artiles el feto no es sino parte de la madre. La ficción de dar al *nasciturus* como nacido, sólo le aprovecha a él y a "ninguna otra persona que funde su derecho en la existencia de ese nuevo ser".<sup>6</sup>

El presidente del Instituto Pontificio "*Utriusque Iuris*" y decano de la Facultad de Derecho Canónico de Roma, Anastasio Gutiérrez, dice que el derecho romano clásico no percibió el valor de la vida humana. El aborto fue vetado pero en condición a la madre, al padre o a la ciudad que pierde un ciudadano. El derecho civil, comenta, "torna al tiempo bárbaro al considerar al feto como parte de la madre, pudiendo ella disponer de él libremente (D.50.16.129).<sup>7</sup>

Otros comentaristas consideran que el concebido es un ser autónomo que no pertenece al organismo mismo de la madre. La criatura tendría

<sup>3</sup> Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, 6a. ed., Madrid, Editorial Reus, 1943, t. I, p. 267.

<sup>4</sup> Maynz, Charles, *Cours de droit romain*, 5a. ed., París, 1891, t. I, p. 392.

<sup>5</sup> Álvarez Suárez, Ursicinio, *Instituciones de derecho romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, t. III, p. 13.

<sup>6</sup> Artiles, Sebastián, *Derecho romano*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1978, p. 240.

<sup>7</sup> Gutiérrez, Anastasio, "Atti del Colloquio canonístico", febrero de 1978, Roma, Italia, 1979, p. 129.

autonomía propia, opinión que se encontraría confirmada por los avances de la biología que ha logrado desarrollar artificialmente el embrión, en las llamadas criaturas *in vitro* o de probeta.

Angelo Serra sostiene que en el proceso genético el ser se forma en el instante mismo de la fertilización. Queda allí señalado el ciclo vital del nuevo sujeto. Desde ese momento el concebido debe considerarse como un ser autónomo, que no depende en forma alguna del organismo de la madre. Existirá entre ellos una recíproca influencia dentro del seno materno, donde el embrión evoluciona, pero éste puede también "desarrollarse *in vitro*, en un terreno semejante al seno materno y con el tiempo logrará la ciencia sustituir el ambiente materno por otro totalmente artificial".<sup>8</sup>

El nuevo ser comienza a recorrer su propia curva vital en las diferentes fases de la ley biológica que regula su desarrollo gradual. El neoconcebido, por esta razón, no será simplemente un individuo humano en potencia, sino un ser humano que momento a momento va conformándose, siguiendo un diseño biológico estrictamente "programado con extraordinaria precisión" por la naturaleza. En consecuencia, el fundamento biológico del derecho a la vida debe contarse desde el instante mismo en que se inicia este proceso, que es la concepción.<sup>9</sup>

Los sistemas legislativos en general: constitucionales, civiles, asistenciales, de seguridad social, penales, laborales, etcétera, dentro de la esfera particular de cada uno de ellos, amparan y protegen al concebido, reconociéndole, en forma directa o indirecta, ser acreedor al más importante de todos los derechos del ser humano: el derecho a la vida.

Surge una duda de lo expuesto y es la siguiente: ¿puede interrumpirse el desarrollo del proceso biológico de la criatura que se encuentra en el seno materno? Y en caso afirmativo ¿en qué oportunidad?

Para quienes consideran que el derecho vital se inicia en el instante mismo de la concepción, ello no sería posible.

Hay otros que opinan favorablemente, cuando el proceso evolutivo pone en peligro gravemente la salud o la vida misma de la madre y en otros casos muy calificados: atentados sexuales, o certeza de que el producto de la concepción nacerá con graves anomalías físicas o mentales, científicamente constatadas a través de los modernos sistemas elaborados por la ciencia médica.

<sup>8</sup> Serra, Angelo, "Fondamenti biologici del diritto alla vita del neoconcepito", *JUS. Rivista di Scienze Giuridiche*, Milán, año XXII, fasc. 3-4, julio-diciembre de 1975, p. 357.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 358.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La doctrina y legislación romanas otorgaban a la criatura en gestación una fisonomía jurídica especial: se le consideraba como una anticipación de la persona o, más bien dicho, como una persona futura, una esperanza, según la expresión de Sebag, "que va desarrollándose de instante en instante hasta llegar a ser una realidad maravillosa y perfecta al transformarse en un ser humano". Agrega que aun cuando no se le concedió la plenitud de la capacidad jurídica se le tuvo por nacido para todo aquello que le fuere favorable. Puede sintetizarse este aspecto legal en una máxima, que si bien no se encuentra inserta en ningún texto romano, refleja admirablemente el pensamiento de la época: "*Infans conceptur pro nato habetur quotis de commodis ejur agitur*".

La máxima romana comprendía dos ideas distintas que se complementaban entre sí: "de un lado, dice Sebag, se le consideraba como no nacido y del otro se le tenía por nacido cuando se trataba de la protección de los intereses": "*quotis de commodis ejur agitur*".

No obstante carecer de voluntad la criatura en gestación, en ciertos y determinados casos, los actos que le conciernen son cumplidos por quien puede representarlo, en otros se verifican por el solo ministerio de la ley.

En este aspecto, el autor citado recurre a la opinión de Gayo, quien afirmaba: "*alienam conditionem etiam ignorantis et inviti deteriorecm facere non posse*" (L.37, Dig.1,3,5).

A pesar que el concebido no exista fisiológicamente, el derecho lo consideraba como nacido para todo aquello que le fuere favorable. El origen de este principio no es sino la consecuencia de una larga evolución jurídica. Sebag, citando a Albertario, demuestra que la máxima *infans conceptus* pertenece al derecho posclásico porque sólo en esa época se llegó a considerar el feto como nacido para el sólo efecto de cautelar sus intereses.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Sebag, Louis, *op. cit.*, p. 29. "Los griegos en la más distante antigüedad admitieron la capacidad jurídica del hijo *conceptus*. Plutarco, en la Vida a Licurgo, relata esta historia: Polydecte, murió muy joven y sin hijos. Todos consideraban a Licurgo como rey. Lo fue en efecto mientras ignoraba el embarazo de la reina su nuera; pero cuando se impuso de ello, declaró que si nacía vivo, él sería el rey y desde ese mismo instante se hizo cargo del reino en calidad de regente, lo que hace suponer que el hijo póstumo tenía derecho a heredar."

Agrega el autor que en el Digesto hay textos que al parecer son contradictorios para que se les pueda conciliar.<sup>11</sup>

El profesor Sabino Ventura Silva dice que el derecho romano otorgó protección al concebido, pero no reconoció al feto como sujeto de derecho, sólo protegía sus intereses, en especial los de carácter sucesorio, los cuales quedaban supeditados a su nacimiento. "De allí que los concebidos se asimilaban para estos efectos a los ya nacidos, idea expresada en la frase: "*nasciturus pro iam nato habetur quanto di eius commodo agitur*" ("el que va a nacer se tiene por nacido cuando se trata de sus intereses"). Aforismo, agrega el maestro Ventura Silva, que no está establecido en ningún texto romano; es máxima construida por los comentaristas.<sup>12</sup>

El profesor Pablo Fuenteseca opina que "al que se encontraba en el vientre materno se le consideraba como *mulieris portio vel viscerum* (D.25.4.1.1.). Este futuro ser, que aún no ha nacido, se encuentra en *rerum natura* (Gayo II, 203) pero se le toma en cuenta para ciertos efectos jurídicos".<sup>13</sup>

Juan Iglesias, complementando lo ya dicho, expresa que al que ha de nacer (*nasciturus*) no lo consideraba el derecho romano como persona, no obstante lo que afirma el adagio, porque el concebido no está aún "*in rebus humanis in rerum natura*" y cita a Gayo en apoyo de su tesis (2.203 D.30.24 pr; D.37.9.1 pr; D.38.1.8.; D.44.2.7.3.; D.7.1.; D.1.5.7) y de él sólo cabe decir "*mulieris portio est*" (D.25.4.1.1 cfr.; D.34.5.7. pr.).

Agrega que no obstante que el concebido no es sujeto de derechos, la ley tiene en cuenta su futura humanidad dispensándole anticipada protección a los derechos que le corresponderían si acaeciere el nacimiento.<sup>14</sup>

Francisco Hernández Tejero opina que al *nasciturus* el derecho romano le reconocía capacidad jurídica y que no sólo protegía sus intereses sino también su existencia.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Sebag, Louis, dice: "Una serie de textos declara que el hijo concebido es '*non in rerum natura non, in rebus humanis partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*'. Otro texto expresa la misma idea: '*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*.'" *Op. cit.*, p. 29.

<sup>12</sup> Ventura Silva, Sabino, *Derecho romano*, 4a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 59.

<sup>13</sup> Fuenteseca, Pablo, *Derecho privado romano*, Madrid, E. Sánchez A. Gráficas, 1978, p. 15.

<sup>14</sup> Iglesias, Juan, *Derecho romano*, 4a. ed., Barcelona, p. 108.

<sup>15</sup> Hernández Tejero, Jorge Francisco, *Lecciones de derecho romano*, 3a. ed., Madrid, 1978, p. 65: "Se procuró que el *nasciturus* llegara a ser *natus* y se le tuvo en cuenta el tiempo de la gestación, para determinar su condición futura."

Los profesores J. Arias Ramos y J. A. Arias Bonet opinan que el derecho romano no reconoció al concebido como sujeto de derecho, sino que sólo protegió sus intereses y su futura persona. Los principios doctrinales no daban personalidad jurídica al *nasciturus*, sino protección.<sup>16</sup>

Ursicinio Álvarez Suárez considera también que el *nasciturus* como el póstumo, en principio, no pueden ser titulares de derechos y tampoco transmitirlos, porque el primer supuesto para tener la calidad jurídica de persona es que exista y la existencia sólo se produce por el nacimiento.

“El no nacido no puede considerarse entre los humanos *in rebus humanis*, ni entre las cosas de la naturaleza *in rebus natura*”. Así lo expresa Gayo (2.203) a propósito del parto de la esclava y Ulpiano (S. 37.9.1. pr).

“Sin embargo, como en el feto se encierra una esperanza de persona, la cual un día nacerá a la vida y al derecho, la ley toma en consideración esta *spes nascendi* asignándole determinados efectos”.<sup>17</sup>

Pedro Bonfanti considera que sólo es capaz de derechos la criatura que se encuentra totalmente separada del claustro materno, que nazca viva y que tenga forma humana.<sup>18</sup> Sin embargo, agrega, para algunos efectos jurídicos hay que retrotraerse a una época anterior al nacimiento, al no nacido pero ya concebido y, en ciertos casos, son plenamente considerados a la par que los nacidos.<sup>19</sup>

Las máximas que invocan los autores deben ser entendidas con cautela, pues tomadas al pie de la letra son falsas, porque se encuentran generalmente en contradicción con otras enunciadas por los mismos romanos, las cuales niegan la personalidad del que está por nacer; véase al efecto la L.1.1.D. de insp. v.25.4; L.9.i.D. Ad. leg. Falc.35.2.

“El concebido mientras se encuentra en el claustro materno no es persona, sino un ser eventual *in fieri* y excepcionalmente se le reservan

<sup>16</sup> Arias Ramos, J. y Arias Bonet, J. A., *Derecho romano*, 15a. ed., Madrid, 1970, t. I, p. 58.

<sup>17</sup> Álvarez Suárez, Ursicinio, *op. cit.*, p. 13.

<sup>18</sup> Bonfanti, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, 5a. ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1979, pp. 38 y 39: cita a Papiniano L. 9.1. D. Ad. Leg. Falc. 35,2 *Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*. Ulpiano L.1.7. D. De v.s. 25.4. *Partus enim antequam edatur mulieris portio stevel viscerum*; p. 38: Pablo L.129 D. De v.s. 50,16 *qui mortui nascuntur neque nati, neque procreati videntur*; p. 38: “El parto debe ser perfecto, es decir, que el que nace no sea un aborto y por último es preciso que tenga forma humana.”

<sup>19</sup> Bonfanti, Pedro, “Juliano dice: *qui in utero sunt in toto paene iure civile intelligentur in rerum natura esse*”, L.26 D. de st. hom. 1.5.

aquellos derechos que al ocurrir el nacimiento se le habrían transmitido.”<sup>20</sup>

Pierangelo Catalano considera que en el Digesto la igualdad del concebido y del nacido es un principio de carácter general que está claramente afirmado en el libro I, título V (*de status hominum*) y encuentra su correspondencia terminológica en el último libro, título XVI (*de verborum significationes*).<sup>21</sup>

### III. TEORÍA DE LA FICCIÓN

Consideran los autores que la igualación del concebido con el nacido obedece a una ficción legal, por la cual se supone que la criatura que se encuentra en el seno materno reúne todos los requisitos abstractos creados por los juristas, tales como “personalidad”, “sujeto de derecho”, “capacidad jurídica”, “persona ficticia”.<sup>22</sup>

Sobre la condición jurídica de los concebidos, existen según Catalano dos corrientes: la primera inspirada en la legislación de Justiniano y la segunda de origen germano-pandectista.

En la primera existiría una verdadera identidad o paridad entre el concebido y el nacido, ¿se trata de conceptos concretos en el plano normativo? Pothier habría expresado que “aquellos que están en el vientre materno, casi en todo el *ius civile* son reputados como existentes”. Al comentar el Código Napoleón expresa que de acuerdo con lo establecido en el artículo 725 el concebido existe, “porque no es necesario que la criatura haya nacido para que sea hábil para suceder”. “La continuidad de esta tradición conceptual se mantiene en el área ibérica”, dice textualmente.

Agrega que en el Digesto la igualdad del concebido y del nacido es un principio de carácter general, salvo algunas excepciones. El principio general estaría claramente afirmado en el libro I, título V (*de statu hominum*) y reafirmado en el último libro, título XVI (*de verborum significationes*) y en el D.1.5.26 (*qui in utero sunt in toto paene iure civile intellegentur in rerum natura esse*) (50, 16.153, 164 pr. 231).

<sup>20</sup> Bonfanti, Pedro, *op. cit.*, p. 39.

<sup>21</sup> Catalano, Pierangelo, “Los concebidos entre el derecho romano y el derecho americano, a propósito del artículo 1 del Código Civil peruano”, *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Cultural Gucco, 1986, pp. 229-234.

<sup>22</sup> Catalano, Pierangelo, *op. cit.*, p. 230.

Termina diciendo que el criterio de igualdad entre nacido y concebido se encuentra también en las constituciones imperiales a partir de la época de Adriano.

En la doctrina alemana y en las fuentes antiguas, que destaca la tradición pandectista, se nota con mayor claridad, dice Catalano, la contradicción debida a la superposición de conceptos abstractos, como puede constatarse en la teoría de la ficción de Savigny, en la doctrina de Rudorff sobre la configuración del concebido como persona jurídica y en la construcción de los derechos sin sujeto de Bernardo Windscheid.

El pandectismo y el civilismo europeo habrían borrado el concepto de la relación "naturalista" entre "*qui in utero sunt homo*", negando la igualdad ontológica, trastocando el principio de la igualdad.<sup>23</sup>

Acerca de los conceptos de Catalano, el profesor Pietro Rescigno, opina que en esta materia se han incorporado al principio, elementos o categorías subjetivas, como son por ejemplo, "la capacidad", "la personalidad", "la persona ficticia", que se hacen extensivas al concebido, conceptos abstractos que son propios de las personas.<sup>24</sup>

Los códigos latinoamericanos de más antiguo origen no van más allá de la fórmula romana de la ficción o de la anticipación de la capacidad del concebido, para todo aquello que le favorezca, dice el comentarista.

Sobre este mismo aspecto, Catalano dice que la introducción de conceptos abstractos como "persona", "personalidad", "sujeto de derecho", "capacidad jurídica", han pasado de la igualdad ontológica a la excepcional igualación. Ello, agrega, se presenta claramente en la teoría de la ficción de Savigny: la regla *nasciturus habetur pro nato*, sería una simple ficción.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> *Idem*, pp. 231 y ss.

<sup>24</sup> Rescigno, Pietro, "Comentarios al libro de derecho de las personas del nuevo Código Civil peruano de 1984" e "Intervención en el panel de comentaristas de las ponencias sobre el 'derecho de las personas' en el Código Civil Peruano", *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, cit., pp. 235-242 y 242-246. Dice: "El Código peruano amplía la visión de los sujetos a través de la consideración del concebido, pero lo hace en relación con la iniciación de la vida humana, fijándola en la concepción, más que en la relación con el tema de la capacidad de derecho que permanece subordinada al nacimiento. El reconocimiento de la subjetividad ciertamente se traduce en una no menos menoscupable consecuencia lógica y práctica: el que nazca funciona como una condición resolutoria en relación con los derechos ya adquiridos por el concebido", p. 245.

<sup>25</sup> Catalano, Pierangelo, *op. cit.*, p. 233. Agrega que para Savigny su teoría se encontraría en dos pasajes de Papiniano: D.35.2.9.1.1 y Ulpiano D.25.4.1.1. Papiniano en la *lex falcidia* y Ulpiano en el comentario al edicto pretorio de los *enatus consulta de liberis agnoscendis*, p. 233.



Charles Maynz dice que por una ficción de la ley el hijo concebido es considerado como nacido cuando se trata de sus intereses.<sup>26</sup>

Sebastián Artiles opina que la personalidad comienza con el nacimiento, pero el derecho clásico hace remontar el inicio de la personalidad al tiempo de la concepción y no al momento del nacimiento. Agrega que la ficción de dar al *nasciturus* como nacido sólo aprovecha a él y de ningún modo a otra persona que funde su derecho en la existencia de ese nuevo ser.<sup>27</sup>

El maestro Guillermo Floris Margadant opina que en el derecho clásico se encuentra la regla del *nasciturus pro iam habetur*, siempre y cuando esta ficción le aproveche. Cita en apoyo de su tesis a Gayo, I.147 D.50,16.231.

Añade que cuando el *de cuius* deja herederos vivos y *nasciturus*, con fundamento en la citada ficción el niño ya concebido, pero no nacido, llega a ser heredero siempre que nazca vivo y viable.<sup>28</sup>

Louis Sebag afirma que el concebido es considerado como una anticipación que aparentemente admite la máscara tranquila de la ficción *infans conceptur pro iam nato habetur*, pero no puede atribuirse al hijo concebido la capacidad jurídica en toda su plenitud. Se ha dicho, agrega, que esta ficción opera por sustitución, más precisamente se trata de una ficción de retroactividad. La personalidad de hijo se retrotrae al día de la concepción.<sup>29</sup>

Considera que esta ficción carece hoy de utilidad porque el legislador no necesita recurrir a ficciones, le basta con disponer lo que desee por medio de una ley.

Diego Espín Cánovas considera que es el nacimiento el que determina el principio de la personalidad, pero pueden retrotraerse sus efectos jurídicos al tiempo de la concepción mediante una ficción, consideran-

<sup>26</sup> Mayns, Charles, *op. cit.*, t. I, p. 392.

<sup>27</sup> Artiles, Sebastián, *op. cit.*, p. 240. "No debe olvidarse que toda ficción de considerar al *nasciturus* como nacido, estaba subordinada a la condición esencial de que naciera, cumpliendo los requisitos legales. En tal caso se consolidaban sus derechos, pero si no llegaba a nacer, todos los derechos eran inexistentes, porque el nacimiento es en realidad el instante en que comienza la personalidad humana", p. 24.

<sup>28</sup> Margadant, Guillermo Floris, *El derecho privado romano*, 10a. ed., México, Editorial Estinge, 1983, p. 119. "No se trata de una personalidad otorgada con la condición resolutoria de que el niño nazca muerto o no viable, sino al contrario de una personalidad con la condición suspensiva de que nazca vivo y viable. Cumplida esta condición, se considera al niño como persona, con efecto retroactivo desde la concepción, pero en caso de fallar la condición dicha personalidad nunca ha existido."

<sup>29</sup> Sebag, Louis, *op. cit.*, pp. 9 y 37.

do al concebido como nacido; sistema, agrega, que fue seguido por el derecho romano para todo lo que le fuera favorable y que ha pasado al derecho moderno atribuyéndole capacidad al sujeto, condicionada a que nazca vivo.

Espín expresa que existen varias teorías que tratan de explicar los fundamentos racionales de esta figura jurídica; enumera, entre otras, la teoría de los derechos condicionales o expectativas del concebido; la de los derechos sin sujetos. No se trataría de una ficción de personalidad, sino de un sujeto con una capacidad condicionada.<sup>30</sup>

Jaime Santos Briz adopta al respecto una posición ecléctica. Considera que el *nasciturus* puede ser susceptible de derechos con efectos favorables desde la concepción, pero condiciona esta capacidad a que nazca vivo.<sup>31</sup>

La máxima romana "*nasciturus pro iam nato habetur quanto di eius commodo agitur*" expresa la idea de equiparación entre los concebidos y los nacidos limitada a los efectos y consecuencias jurídicas que les fueren favorables; surge de inmediato la duda ¿es la concepción o el nacimiento lo que determina la personalidad o simplemente se le está concediendo al *nasciturus* una personalidad especial anticipada o provisional?

Luis Díez Picazo y Antonio Guillón sostienen que el concebido no es persona ni tiene tampoco una personalidad especial o limitada, pues la equiparación es sólo parcial, en lo que le fuere favorable y condicional sometida a la *condictio iuris* del nacimiento.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Espín Cánovas, Diego, *Manual de derecho civil español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1951, t. I, p. 118.

<sup>31</sup> Santos Briz, Jaime, *Derecho civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, t. I, p. 366.

<sup>32</sup> Díez Picazo, Luis y Guillón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 2a. ed., Madrid, Editorial Tenos, 1978, vol. I, p. 267. "Si la personalidad individual, piensan algunos autores, no comienza hasta el momento del nacimiento, en buena lógica esto tendría que significar que entre la concepción y el nacimiento existen unos determinados bienes y derechos que carecen de sujeto. Como hablar de derecho sin sujeto parece una contradicción, se hace preciso crear artificialmente un soporte durante la interinidad de tales derechos. Se piensa que la herencia o la masa de bienes y derechos destinados a los concebidos constituye un patrimonio afecto o destinado a un fin, que se convierte, en cuanto tal, en persona jurídica. Este punto de vista no parece admisible. Aunque el derecho positivo admite la personificación de determinados grupos sociales y de masas de bienes, la atribución del carácter de persona jurídica parece que ha de proceder de manera expresa de la ley."

## IV. PERSONALIDAD

En el examen histórico de las instituciones jurídicas encontramos opiniones muy divergentes entre los juristas sobre los conceptos de persona física y moral, personalidad y capacidad. Abundan también los estudios realizados sobre estos mismos temas por filósofos y sociólogos.<sup>33</sup>

Para examinar cada uno de estos vocablos, dice el maestro Fernández Sessarego, es necesario considerar previamente el concepto de lo que es el derecho para cada analista; para el racionalismo jurídico, "el derecho es un sistema de normas que tienen una función relacional, que emanan de la voluntad del Estado y que pueden ser impuestas en forma coactiva". Kelsen, el principal sostenedor de esta tesis, considera que el derecho es una ciencia cuyo objeto es el ordenamiento jurídico, o sea, un sistema de normas. Si el derecho es un sistema de normas, dice el autor, la persona deberá ser una construcción lógica-formal.

Otra posición considera que la persona no es una categoría abstracta e ideal sino una realidad natural. No existe más persona que el hombre y esta calidad no se la otorga el Estado, sino que es inherente al sujeto humano en cuanto hombre. El maestro Fernández Sessarego denomina solución realista a esta segunda opinión.

Una tercera tendencia considera que las dos soluciones propuestas, la formalista y la realista, no son sino visiones fragmentarias del problema, enfoques parciales de una misma realidad. Agrega que en cada una de estas tendencias caben muchos matices.<sup>34</sup>

Fernández Sessarego dice que la generalidad de los autores hacen una distinción entre la significación de los vocablos persona, personalidad y capacidad.

La "persona" sería el ente o sujeto, la "personalidad" indicaría la aptitud para que la persona sea sujeto de las relaciones jurídicas.

<sup>33</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de persona*, Lima, 1968, hace un exhaustivo estudio sobre estos temas y analiza los trabajos efectuados por Fichte, Recaséns Siches, Scheler, Heidegger, Sartre, Marcel, Jaspers, Zubiri, Kelsen, Windscheid, Jhering, Jellinek, Antonio Caso, Romero, Maritain, Trabucchi, Ennecerus, Ruggiero Maroi, Aubry et Rau, D'Avanzo, De Cupis, Coviello, Barassi, Planiol, Castán Tobeñas, Alberto Spota, Eugenio Petit, Cossío, García Máynez, León Duguit, Raymundo Salvat, Clemente de Diego, Mario Rotondi, León Michoud, Von Thur, Colin y Capitant, Valverde y Valverde, Carnelutti, Jossierand, Henri, León y Jean Mazeaud. Analiza exhaustivamente las diversas tendencias y escuelas sobre estos interesantes temas que no podemos abordar, porque se apartan, en cierto modo, de nuestro tema central.

<sup>34</sup> *Idem*, pp. 98-102.

Otros autores identifican las expresiones "persona" y "personalidad". Jellinek, citado por Fernández, estima que ambos vocablos significan la capacidad de ser sujeto de derechos. Kelsen también identificaría ambos términos.

En cuanto a los vocablos "personalidad" y "capacidad", la mayoría de los autores identifica ambos términos. La sinonimia resulta de considerar que si "personalidad es la aptitud", "capacidad significa precisamente lo mismo". Personalidad y capacidad, para estos autores, sería la aptitud de tener derechos. Sin embargo, agrega, los civilistas distinguen dos grados de capacidad, la de goce y ejercicio.<sup>35</sup>

Los autores españoles Díez Picazo y Guillón dicen que los ordenamientos jurídicos se han preocupado en todos los tiempos por señalar el momento que marca el comienzo de la personalidad, por saber en qué momento un nuevo ser puede ser sujeto de derechos, heredarlos y a su vez transmitirlos.<sup>36</sup>

Hay quienes consideran que mientras el concebido no tenga semejanza humana, no puede considerársele como humano.

Esta opinión no es compartida por muchos autores que consideran que el ser humano se forma en el momento en que comienza el proceso de fertilización, o sea, desde el instante mismo en que se inicia el proceso vital del nuevo ser.<sup>37</sup>

El hecho de que en los primeros tres meses de gestación el embrión sea sólo un minúsculo conjunto de células, no significa que no se trate de un ser humano, pues desde el instante mismo de la concepción aparece como un individuo bien definido, que comienza en ese preciso instante a recorrer su propia curva vital, la que prosigue en el tiempo en forma continua hasta adquirir la forma y semejanza características del individuo.<sup>38</sup>

Opina Angelo Serra que el concebido no es un potencial de individuo humano, sino por el contrario, es totalmente humano, quien en forma continua va creando de momento a momento su propia forma,

<sup>35</sup> *Idem*, p. 102. En la p. 103 el autor citado dice que entre los numerosos autores que identifican "personalidad" y "capacidad", cabe mencionar a Di Semo, Aubry et Rau, Ruggiero Maroi, Trabucchi, Ennecerus, D'Avanzo, De Cupis, Coviello y Barassi.

En la p. 104 dice: "Dusi observa que 'personalidad' es la aptitud para ser sujeto de derechos y 'capacidad' es la mayor o menor medida en que se adquiere tal 'personalidad'. La personalidad no admitiría grados, la 'capacidad' sí."

<sup>36</sup> Díez Picazo, Luis y Guillón, Antonio, *op. cit.*, vol. I, p. 263.

<sup>37</sup> Serra, Angelo, *op. cit.*, p. 344.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 357.

siguiendo un diseño biológico estrictamente programado con extraordinaria precisión.

Sin embargo, no hay nada más incierto que el hecho de la concepción, y por ello la legislación debe recurrir a presunciones que acogen en forma muy leve la realidad.<sup>39</sup>

La capacidad de nacer vivo al salir de la vida intrauterina es variable. Un grupo de expertos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), dice Bompiani, han llegado a la conclusión que entre la semana 20 y la 28 es posible la pervivencia. Sin embargo, consideran que es más útil considerar la semana 28, porque el grado de desarrollo alcanzado a esa edad por el feto, le da grandes posibilidades de pervivencia. Hacen una distinción entre feto viable y no viable y definen el aborto como la interrupción del embarazo antes de la semana 28.<sup>40</sup>

El legislador, en la mayoría de los países, ante la dificultad de determinar con absoluta precisión la fecha en que se produce la fecundación, ha debido recurrir a presunciones, señalando generalmente una época que fluctúa entre 180 y 300 días contados hacia atrás, desde el día en que comienza el nacimiento.

Si el recién nacido es hijo de matrimonio se presume que tiene como padre al marido.

Esta presunción tiene importancia en materia de filiación legítima, pero no señala fechas precisas sino aproximadas, pues se trata de una presunción, la cual puede ser desvirtuada. Lo importante para este comentario es que el legislador piensa que el concebido puede vivir fuera del seno materno después de 180 días contados desde la concepción.

En casi todas las legislaciones se encuentra esta presunción.

Reynoso Cervantes, citando a Mommsen, dice que en Roma dominaba la idea de que el feto era parte del vientre de la madre (*portio viscerum matris*) y que era propiedad privada del esposo; pero los escritores cristianos de los primeros siglos no compartieron esta opinión y afirmaron que el feto no era parte del vientre de la madre sino un ser dotado de alma; para algunos el alma preexistía a la vida del embrión; para otros era creada en el mismo momento de ser engendrado. El embrión se reputaba siempre animado, sólo se discutía el momento de la adquisición del alma. En las Decretales, para que el semen llegado al útero se formase como un cuerpo para recibir el alma, convirtiéndose

<sup>39</sup> Sebag, Louis, *op. cit.*, p. 54; Manresa y Navarro, José María, p. 267.

<sup>40</sup> Bompiani, Adriano, "Concetto, estensione e limiti del così detto 'aborto terapeutico'", *JUS. Rivista de Scienze Giuridiche*, año XXII, Milán, fasc. 3-4, julio-diciembre de 1975, p. 329.

en feto animado, era preciso cierto tiempo, aproximadamente 40 días después de la concepción para los varones y ochenta para las mujeres. En la doctrina de la Iglesia se tenía muy presente la distinción entre feto animado e inanimado.<sup>41</sup>

Los institutos de Investigaciones Jurídicas y de Investigaciones Bio-médicas, de la UNAM, elaboraron con distinguidos maestros y profesionales un exhaustivo y serio estudio multidisciplinario sobre el aborto, razón por la cual, nos abstendremos de analizar esta materia en nuestros comentarios.<sup>42</sup>

La mayoría de las legislaciones de origen romanista han incorporado a sus textos legales el aforismo latino "*nasciturus pro iam nato habetur, si de eius commodo agitur*", esto es, "al que se encuentra en el seno materno se le tiene por nacido para la protección de sus intereses".<sup>43</sup> Algunos comentaristas consideran que ésta sería una especie de capacidad condicionada. Únicamente se protegen los intereses del feto, pero no se le reconoce como sujeto de derechos. Pueden adoptarse medidas anticipadas para proteger estos intereses, que de no hacerlo, podrían resultar ilusorios, pero los efectos mismos de esta ficción quedan supeditados al nacimiento.<sup>44</sup>

Teresa Estévez la denomina capacidad imperfecta. Según ella la vida del feto se encuentra íntimamente ligada a la de su madre, y si nace muerto no adquiere derecho alguno.<sup>45</sup>

La fórmula romana de la ficción constituiría una anticipación de la capacidad del concebido en todo aquello que le fuere favorable. Para estos efectos, el inicio de la vida se remontaría a la concepción, condicionando la atribución de los derechos patrimoniales al nacimiento con vida.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> Reynoso Cervantes, Luis, "El aborto y la Iglesia católica", *El aborto, un enfoque multidisciplinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Biomédicas e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, pp. 84-85.

"Según algunos, la creación del alma espiritual tenía lugar de seis a diez semanas después de la concepción. Cuando el aborto tenía lugar en ese tiempo debía castigarse con la muerte, porque el delito conducía al limbo a una alma", p. 86.

<sup>42</sup> Barbabosa Kubli, Agustín *et al.*, *El aborto, un enfoque multidisciplinario*, *cit.*

<sup>43</sup> Para la mayoría de los autores este aforismo no se encontraría incorporado a ningún texto legal. Sin embargo, Pierangelo Catalano, en su obra ya citada, dice que ha sido extraída del primero y del último libro del Digesto, *op. cit.*, p. 234.

<sup>44</sup> Ventura Silva, Sabino, *op. cit.*, p. 59.

<sup>45</sup> Estévez Brasa, Teresa M., *Derecho civil musulmán*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981, p. 203.

<sup>46</sup> Rescigno, Pietro, "Comentarios al libro...", *cit.*, p. 240.

No puede atribuirse al hijo la capacidad jurídica en toda su extensión, dice Sebago,

Opina Diego Espín Cánovas que al concebido lo protege el derecho privado al atribuirle cierta capacidad, pero no se trata de una atribución definitiva de capacidad, mediante la ficción de personalidad, pues el fundamento de la tutela legal es la posibilidad de nacimiento y el objeto de la misma, derechos eventuales, no actuales. La atribución de capacidad al concebido sería meramente condicional.<sup>47</sup>

Sobre la condición social del nacido, había que distinguir en Roma que si el alumbramiento se efectuaba dentro del matrimonio, el hijo seguía la condición del padre a contar desde la concepción; si nacía fuera de matrimonio, el hijo seguía la condición de la madre que se determinaba sólo desde el parto o nacimiento.<sup>48</sup>

Bonfanti cita la ley 18.L.26 D. de st. hom 1.5, según la cual, si la madre después de la concepción, pero antes del parto, perdía la libertad o la ciudadanía, a pesar de esto, el hijo nacía libre y ciudadano y determinados privilegios del padre pasaban al hijo, si los conservaba durante el periodo de la concepción, aunque después los hubiera perdido (L.7.L.D.S.sen.1.9).<sup>49</sup>

El *nasciturus* ha sido objeto de protección legal en diversas épocas y lugares: producto de ello es la prohibición del aborto; la postergación hasta después del parto, de la ejecución de la pena capital impuesta a la mujer encinta; la suspensión del procedimiento de divorcio hasta el nacimiento del hijo de la esposa grávida; las normas laborales y de

pues la máxima romana comprende dos ideas. De un lado se le considera como nacido y de otra se limita esta ficción sólo a sus intereses. *Op. cit.*, p. 29.

Santos Briz, Jaime, opina que en este aspecto se ha adoptado una posición ecléctica, al considerar al feto susceptible de derechos desde la concepción, condicionando esta capacidad al nacimiento. *Op. cit.*, p. 369.

<sup>47</sup> Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, t. I, p. 118.

<sup>48</sup> Artiles, Sebastián, *op. cit.*, dice: "Se toma la concepción como punto de referencia en el matrimonio porque es el momento en que el padre ha concluido su obra respecto al nuevo ser y fuera del matrimonio el instante del nacimiento o del parto porque es el momento en que la madre concluye su obra. Los hijos de matrimonio se consideraban libres si su padre al momento de la concepción lo era, aunque hubiere cambiado esa situación al nacer el hijo. En cambio era el parto el que señalaba la condición del hijo nacido fuera de matrimonio. Sería libre o esclavo, según lo fuese su madre en el momento del nacimiento, regla que sufrió modificaciones, admitiéndose que el hijo de una esclava que durante el embarazo hubiere sido libre aunque fuere por breves instantes, el hijo nacía libre, p. 24.

Bonfanti, Pedro, *op. cit.*, p. 40.

Sebag, Louis, *op. cit.* "En un matrimonio el concebido seguía la condición del padre y fuera del matrimonio la de la madre", p. 31.

<sup>49</sup> Bonfanti, Pedro, *op. cit.*, p. 40.

seguridad social dictadas en beneficio de la madre trabajadora (Unión Soviética), etcétera.<sup>60</sup>

Dentro de estas medidas de protección, la legislación autorizaba para designar un curador a la criatura que se encontraba en el seno materno, el cual recibía la denominación de curador de vientre (*curator ventris*). Estaba obligado a tutelar los intereses y la existencia misma del que estaba por nacer. En especial, esta designación era procedente cuando la viuda del *de cuius* quedaba encinta.<sup>61</sup>

En materia sucesoria la legislación cautelaba los intereses del *nasciturus*, equiparándolo al nacido, bajo la condición de que naciera con vida. De lo contrario se consideraba que jamás había existido.

Con el fin de preservar en forma positiva y eficaz la vida del feto, el derecho sucesorio reconoce a la viuda encinta el derecho a obtener alimentos de la masa hereditaria. Gayo, en el comentario al edicto provincial del libro XIV, justificaba esta facultad al opinar que debían darse alimentos a la madre "para que el hijo no muera, pues él será, en definitiva, el dueño de los bienes y lo que se da a ésta, es lo mismo que dárselo al que está en el vientre".

Como la personalidad condicional que se otorga al *nasciturus* constituye una excepción al principio de que el sucesor debe sobrevivir al autor de la herencia, las legislaciones, en forma unánime, sólo conceden eficacia legal a esta anticipación de capacidad, cuando nace viable el concebido. En caso contrario se le considera como si jamás hubiere existido. La ficción desaparece.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Artiles, Sebastián, *op. cit.* "En Roma se ordenaba que la mujer que moría en estado de gestación, se le hiciera la operación cesárea con el objeto de extraer con vida al hijo", p. 241.

Hernández Tejero, Jorge Francisco, *op. cit.* "Se protegían no sólo los derechos del *nasciturus*, sino también su existencia", p. 65.

<sup>61</sup> Bonfanti, Pedro, *op. cit.*, pp. 39 y 584. "La *bonorum possessio ventris nomine*, se concedía a la madre cuando se creía estaba encinta y en favor del que estaba por nacer, la cual cesa, cuando el que está por nacer no llega a ver la luz", p. 584.

Artiles, Sebastián, *op. cit.* "Cuando el padre moría dejando a su mujer grávida se le nombraba un curador llamado *curator ventris*, para salvaguardar los derechos del *nasciturus* en la herencia paterna", p. 24.

Meira, Silvio, *Instituições de direito romano*, São Paulo, 1971, dice: "Al *nasciturus* se le podía designar un curador (*curator ventris*) con el fin de defender sus posibles intereses que tuviera al nacer (D.26.5.20 y 50.16.101)", p. 62.

Iglesias, Juan, *Derecho romano*, 4a. ed., Barcelona, 1958, dice: "Se autoriza al magistrado para nombrar al *nasciturus* un curador de vientre", p. 102.

<sup>62</sup> Mayns, Charles, *op. cit.* "Para que una sucesión pueda ser deferida es necesario que el heredero sobreviva al *cuius*. Esta regla es derogada, porque sólo basta la concepción, de acuerdo con el adagio *Nasciturus pro iam nato Habetur, quando de eius commodo agitur*", p. 295.



Se considera póstumo al hijo que nace después de la muerte de su padre.

Sebag opina que en términos generales puede también serlo de cualquiera persona en relación con su nacimiento. Puede ser póstumo en relación a su abuelo, hermano, tío, etcétera.<sup>53</sup>

La vitalidad fetal, dice Bompiani, es la capacidad del concebido de nacer vivo al salir de la vida intrauterina.<sup>54</sup>

La personalidad jurídica del hijo concebido queda sometida a una condición suspensiva: debe nacer vivo y viable, o sea, capaz de vivir una existencia separada de su madre, opina Edith Deleure.<sup>55</sup>

## V. DAÑOS PRENATALES

El feto puede sufrir daños por la acción ejercida imprudentemente sobre la madre, por el personal médico que la asiste, por atentados de terceros o por accidentes. El hijo al nacer puede presentar graves anomalías ocasionadas culpable o negligentemente por terceros y en casos extremos morir a causa de ello.

¿Puede una vez nacido ejercitar directamente las acciones de reparación en contra de quienes le han ocasionado el daño?, y ¿pueden los padres exigir a su vez la reparación del daño material y moral por la pérdida del hijo que esperaban?

La jurisprudencia ha sido vacilante. En un principio rechazaban estas demandas, pero hoy, en varios países, las acogen.

El profesor Jaime Santos Briz opina que el afectado, al nacer, puede en forma condicional dirigir directamente la acción para ser indemnizado de los daños ocasionados por terceros mientras permanecía en el seno materno. Reconoce también este mismo derecho a los padres en caso de muerte de la criatura en gestación.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Sebag, Louis, *op. cit.*, p. 31.

<sup>54</sup> Bompiani, Adriano, *op. cit.* "El feto puede ser viable y no viable. El aborto consistiría en la interrupción del embarazo antes que sea viable, las estadísticas internacionales determinan el límite entre el aborto y el parto antes de término", p. 329.

<sup>55</sup> Deleure, Edith, *op. cit. infra*, p. 65.

Margadant, Guillermo Floris, *op. cit.*, opina: "que el concebido pero no nacido puede llegar a ser heredero si nace vivo y viable. No se trataría de una personalidad otorgada con la condición resolutoria de que el niño nazca muerto o no viable, sino al contrario de una personalidad con la condición suspensiva de que nazca vivo y viable. Cumplida esta condición se considera al niño como persona, con efecto retroactivo desde la concepción, pero en caso de fallar la condición dicha personalidad nunca ha existido", p. 119.

<sup>56</sup> Santos Briz, Jaime, *op. cit.*, p. 369.

Edith Deleure considera que la existencia civil se mide, según los códigos tradicionales, entre el nacimiento y la muerte; pero no siempre el nacimiento señala el comienzo de la personalidad porque el concebido puede ser sujeto de derechos. La ley lo supone nacido cuando se trata de sus intereses. Las normas que regulan este aspecto de la personalidad aparentemente son limitativas, pero en realidad son generales.

Refiriéndose a la doctrina y a la jurisprudencia canadiense, dice que han reconocido la universalidad de este principio que arranca sus orígenes del derecho romano.

Los tribunales canadienses han reconocido al hijo el derecho a ejercitar directamente estas acciones y han resuelto que deben ser indemnizados los perjuicios ocasionados por terceros antes de su nacimiento. La Corte Superior de Montreal condenó al conductor de un automóvil que derribó a una mujer embarazada ocasionándole la pérdida de la criatura en su séptimo mes de gestación. El Tribunal condenó al culpable a indemnizar, en conjunto, al padre y a la madre. Consideró que la pérdida del producto de la concepción en el séptimo mes de embarazo constituía un grave daño para los padres que esperaban con anhelo y alegría el nacimiento del hijo. La demanda se defendió afirmando que el feto no era legalmente persona, excepción que fue rechazada por el Tribunal.

Dentro del dominio de la responsabilidad ha quedado resuelto, dice, que por el concebido, cuyo desarrollo fuere tan avanzado, que estuviera ya en condiciones de vivir fuera del seno materno y muriese por la obra delictuosa de un tercero, sus padres pueden exigir el pago de indemnizaciones. Actuarían en calidad de herederos del hijo.

Sin embargo, hay quienes opinan que el pago de la indemnización es procedente aun cuando la criatura no se encuentre en condiciones biológicas de vivir fuera del seno materno.<sup>57</sup>

Felicita Pérez de Torres, en un novedoso trabajo sobre "Las acciones por daños prenatales", opina que esta clase de daños son aquellos producidos al feto que generan un derecho de éste, al nacer, para reclamar directamente la indemnización. Se trata, dice, de un ser humano que viene al mundo con limitaciones por la acción u omisión de un tercero. De no indemnizársele, se le condenaría a vivir arrastrando el

<sup>57</sup> Deleure, Edith, "Rapport sur le corp humain, personnalité juridique et famille en droit canadien", *Travaux de l'Association Henri Capitant: Le corps humain et le droit*, París, Dalloz, 1975, t. XXVI, pp. 64 y 65.

daño, cuando carece de medios para procurar su rehabilitación. Tendrían también derecho a exigir el pago los padres del concebido cuando los daños le ocasionen la muerte.

En un principio, agrega, los Tribunales rechazan estas demandas por la dificultad de la prueba. Estimaban además los jueces, que el feto era parte integrante de la madre, sin existencia legal separada, razón por la cual no podía considerársele como persona; y que, en el supuesto de reconocérsele derechos, habría que sancionar en primer lugar a la madre por su negligencia durante la preñez.

Dice que la opinión actual consiste en reconocer estos derechos. La nueva tendencia se fundamenta en que los adelantos de la ciencia facilitan la prueba, y que "negar la existencia separada del feto, es negar la existencia de un hecho demostrable". "El feto vive dentro del vientre de la madre donde recibe albergue hasta que nace, sin formar parte de su cuerpo."

Enumera diversas situaciones que pueden causar daños al feto, como accidentes, exposición de la mujer embarazada a la acción de rayos X; uso de mercurio, etcétera.

Cita a continuación en apoyo de su tesis, varias sentencias de tribunales canadienses.

En el caso *Libby vs. Conway*, se condenó a un médico que ocasionó daños al cerebro de un niño por ejercer presión sobre el abdomen de la madre para facilitar el nacimiento.

En el juicio *Transways vs. Leville*, la Corte de Montreal sancionó al conductor de un vehículo que atropelló a la madre cuando tenía siete meses de embarazo y el niño nació con deformidades en los pies.

Por último, en el caso *William vs. Marion Rapid Transit Inc.*, se presentó la situación de que habiendo muerto la madre en un accidente, por imprudencia del conductor de un vehículo, el concebido de más de siete meses de embarazo, nació vivo pero lesionado; el Tribunal, al acoger la demanda, resolvió que si el hijo podía vivir independientemente de su madre, era legalmente un persona y tenía, por lo tanto, el derecho a la protección constitucional contra todo aquel que le ocasionare un daño.<sup>58</sup>

<sup>58</sup> Pérez de Torres, Felicita, "Las acciones por daños prenatales", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. VIII, núm. 1, 1973, pp. 57-63.

## VI. CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.

En el título primero del libro primero del Código Civil (CC) del Distrito Federal se dispone, en su artículo 22, que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; "pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

Se refiere este artículo a la capacidad y no a la personalidad o existencia misma de la persona física, expresiones que a veces confunden los comentaristas.

¿Qué debe entenderse por nacimiento? Existe un concepto médico y otro legal sobre esta materia. Desde el punto de vista médico se considera que la criatura nace cuando en forma natural o artificial se desprende totalmente del vientre materno. En el aspecto legal, suelen las legislaciones exigir determinados requisitos.

En la legislación civil mexicana, en el artículo 337 se dispone que para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca nadie podrá entablar demanda sobre la maternidad.

El legislador sólo considera nacido el feto cuando se encuentra totalmente separado del seno materno, una vez cortado el cordón umbilical y siempre que sobreviva al nacimiento durante veinticuatro horas o haya sido presentado vivo al Registro Civil.

El artículo 337 precisa el concepto legal del nacimiento y es sabido que cuando el legislador define una palabra o un concepto el intérprete debe darle el significado legal.

El ser debe nacer viable y debe sobrevivir por lo menos durante veinticuatro horas o ser presentado vivo dentro de ese lapso en el Registro Civil.

En el derecho romano la exigencia de la viabilidad provocó una controversia entre los proculeyanos y los sabinianos. Los primeros exigían como prueba de vida el llanto de la criatura, los otros cualquier prueba.

El Fuero Juzgo exigía que la criatura viviera por lo menos diez días y fuera bautizado. Las Partidas adoptaron el sistema romano y las Leyes de Toro disponían que debía vivir veinticuatro horas y ser bautizado.

La legislación española, al igual que la mexicana, exige viabilidad de veinticuatro horas, con el agregado de que la criatura debe tener forma humana.<sup>59</sup>

El Código Napoleón exige la viabilidad, pero no especifica en qué consiste.<sup>60</sup>

Otras legislaciones sustentan criterios diferentes, como ocurre en el Código Civil chileno, redactado por don Andrés Bello, que no exige plazos de viabilidad. La criatura debe haber sobrevivido a la separación de la madre "un momento siquiera".<sup>61</sup>

"Una de las cuestiones más discutidas por los tratadistas, dice José María Manresa, es si debe fijarse o no algún plazo de existencia para considerar al recién nacido como persona. Para muchos códigos civiles basta que el feto viva un momento fuera del claustro materno para reputarle persona."<sup>62</sup>

Para el legislador mexicano no basta que se produzca el alumbramiento para considerarle nacido, es necesario además que se cumplan en forma estricta los supuestos que el artículo 337 señala.

### 1. *Ficción legal*

El artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal, después de disponer que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, hace el siguiente agregado: "pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

Dispone el artículo 22 que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y el artículo 337 define este fenómeno biológico desde el punto de vista legal, apartándose del concepto médico.

<sup>59</sup> Artículo 30 del Código Civil español: "Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno."

<sup>60</sup> Artículo 725 del Código Civil francés: "Para suceder es necesario existir en el momento en que se abre la sesión. Son incapaces de suceder: 1. El que aún no ha sido concebido; 2. El hijo que no ha nacido viable."

<sup>61</sup> Artículo 74 del Código Civil chileno: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás."

<sup>62</sup> Manresa y Navarro, José María, *op. cit.*, t. I, p. 273.

A pesar que en el artículo 337 se dispone "que para los efectos legales sólo se considera nacido el feto" en los supuestos que esa misma disposición señala, en el artículo 22 se le tiene ficticiamente por nacido desde el momento mismo de la concepción, situación que es contraria a la realidad.

Los legisladores recurren a la ficción cuando otorgan determinado sentido legal a situaciones que ostensiblemente son distintas de la realidad o suponen hechos que, a veces, son contrarios a las leyes de la naturaleza física.

El artículo 22, en forma expresa e ilimitada, le ha dado categoría legal a un hecho ficticio, que en el antiguo derecho era considerado como un simple aforismo no escrito, sin otro alcance que el interés del concebido.

¿Cuál es la eficacia jurídica de esta ficción? Mientras la criatura se encuentra en el seno materno se le considera "como nacido". Producido el alumbramiento ¿se transforma el proceso legal?, ¿deja de tener aplicación la ficción del artículo 22 y viene a sustituirle el artículo 337 que define el nacimiento?

Al nacer la criatura pueden presentarse dos situaciones: a) que nazca viva y viable; b) que nazca muerta o viva pero no viable.

Si la criatura nace viable no habrá duda alguna sobre "la personalidad y capacidad" que adquiere al nacer; pero cabe preguntarse, ¿se extiende ella retroactivamente a contar desde la concepción?

Al parecer ésta debiera ser la respuesta lógica, ya que la ley la considera como nacida y porque los artículos 1314 y 2357 convalidan hechos y situaciones acaecidas antes del nacimiento. De igual manera los hijos, que de acuerdo con los artículos 359 y 364 se reconozcan antes del alumbramiento, tendrán esa calidad jurídica, retroactivamente, desde antes de nacer. Sin embargo, preciso es reconocerlo, existen situaciones jurídicas que no articulan con este criterio, como ocurre con la edad, que se cuenta desde el nacimiento, al igual que la nacionalidad.

Si la criatura muere en el vientre materno o no se le reputa viable, ¿se considera que nunca ha tenido personalidad o capacidad?

No lo dice la ley en forma expresa. El artículo 337 sólo limita las consecuencias legales en su parte final, a las demandas sobre la paternidad al decir: "faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

Reafirma este mismo concepto el artículo 328 cuando en su fracción IV dispone que el marido no podrá desconocer que es padre del hijo

nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si el hijo no nació capaz de vivir.

Puede agregarse que el Código Civil sólo en tres oportunidades (artículos 1314, 2357 y 2359) invoca el concepto que describe el artículo 337 sobre el nacimiento, pudiendo deducirse de ello que esa norma es de aplicación restringida.

Con los artículos 22 y 337 se resuelve la duda. Dispone el primero que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento; el segundo describe o define el nacimiento "para los efectos legales", concepto que, por la amplitud de su redacción debe considerarse de aplicación general. Si al nacer la criatura no reúne los supuestos que el artículo 337 señala para considerarla nacida, no podrá tener la calidad jurídica de persona.

Si no se le considera persona, ¿desaparecerán con efecto retroactivo los aspectos jurídicos de la ficción que considera el artículo 22? La respuesta es dudosa.

En la legislación española la ficción legal queda subordinada al nacimiento, presentando características semejantes a las romanas. Se dispone en el artículo 29 del Código Civil español: "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"; además dispone que sólo se tendrá por nacido el que viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno y tuviere figura humana.

En casi todas las legislaciones existen criterios similares sobre estas materias. Hay, no obstante, pareceres diferentes que se caracterizan por su originalidad o por su complejidad. Por ejemplo, en el artículo 70 del Código Civil argentino se dispone que la existencia de la persona se produce en el momento mismo de la concepción. Dice al respecto la norma citada: "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. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida y aunque fuere por instantes después de estar separados de su madre." Se enagrega el artículo 74: "Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido."

Algunos comentaristas argentinos opinan que no puede negarse la calidad de personas a los concebidos, desde el momento que el propio Código admite que pueden adquirir ciertos derechos aun cuando lo

hagan a través de la representación, porque sólo las personas pueden ser representadas ya que la nada no es susceptible de representación.

Si los que deben nacer, agregan, no fuesen personas, no se justificaría el castigo del aborto ni que se suspenda la ejecución de la pena capital a la mujer embarazada y que puedan reconocerse los hijos no nacidos.<sup>63</sup>

## 2. Efectos jurídicos especiales

### A. Derecho sucesorio

En el artículo 1314, al otorgarse la misma capacidad jurídica del nacido al concebido que naciere viable, se ha reafirmado una vez más el principio establecido en el artículo 22. Son disposiciones concordantes entre sí, pues ambas consideran como nacido al simplemente concebido.

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

Esta disposición condiciona la capacidad a que la criatura sea viable; si no lo es, no existirá relación sucesoria de ninguna naturaleza, ni podrá transmitir derecho alguno (artículo 1336).

Surge aquí una duda: ¿cómo puede determinarse si el pretendido heredero se encontraba concebido a la fecha en que falleció el *de cujus*? La ley no lo especifica. ¿Habrá que aplicar por analogía las presunciones que señalan los artículos 324, 334, 383 y otros del Código Civil?

La indeterminación del momento en que se produce la concepción ofrece dificultades de orden práctico.<sup>64</sup>

Refiriéndose a quienes pretenden fijar en la concepción el principio de la personalidad jurídica, José María Manresa y Navarro dice que "no hay nada más oculto, más misterioso ni más difícil de señalar que ese momento. El nacimiento, por el contrario es el único, evidente y notorio".<sup>65</sup>

<sup>63</sup> *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omeba, t. XX, p. 16.

*Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Scix, 1978, t. XVI, pp. 789-790.

<sup>64</sup> *Nueva Enciclopedia Jurídica*, *op. cit.*, pp. 789 y 790.

<sup>65</sup> Manresa y Navarro, José María, *op. cit.*, t. I, p. 25.



En especial esta legislación de excepción que estamos examinando, tiende a proteger los derechos eventuales del hijo póstumo. Sin embargo, puede resultar distinta la condición legal de los hijos de matrimonio de los que no lo son, o cuando se trata de herencias testadas o intestadas.

Con respecto a los hijos de matrimonio la concepción la determina en forma aproximada el legislador mediante el sistema legal de presunciones.

En los códigos civiles de Argentina y Chile estas presunciones no admiten prueba en contrario.<sup>66</sup>

En el Código Civil del Distrito Federal las presunciones sobre la filiación de los hijos de matrimonio involucran tácitamente la determinación de la época de la concepción.

Establece el artículo 324 que se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio;

II. Los hijos nacidos dentro de los 300 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.<sup>67</sup>

La filiación de los hijos habidos en concubinato se presume al igual que los habidos en el matrimonio, por disponerlo así el artículo 383 en el que se dice: "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I. Los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato; II. Los nacidos dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida entre el concubinario y la concubina."

Se desprende de esta norma que la concepción ha debido efectuarse al inicio de estos plazos.

<sup>66</sup> Dice el artículo 75 del Código Civil argentino: "La época de la concepción de los que nacieren vivos queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y el mínimo de la duración del embarazo."

Agrega el artículo 77: "El máximo de tiempo del embarazo se presume que es de 300 días y el mínimo de 180 días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción no admite prueba en contrario."

Dispone el artículo 76 del Código Civil chileno: "De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente. Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento, no menos de 180 días cabales, y no más de 300 contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento."

<sup>67</sup> Al parecer, la fracción II del artículo 334, constituiría una excepción a esta regla.

Respecto a los demás hijos habidos fuera del matrimonio habrá que estar a lo que disponen los artículos 60, 360, 364 y 370.

### B. *Hijo póstumo*

Al hijo póstumo se refieren, entre otros, los artículos 470, 1377, 1480, 1638 al 1648 y 2359.

En los casos que se señalan en los artículos 1377 y 1648 la partición de los bienes hereditarios deberá suspenderse en espera del nacimiento del hijo.

Del artículo 1377 se desprende que el *de cuius* puede, en su testamento, privar de la herencia al póstumo cuando establece: "No obstante lo dispuesto en el artículo 1375 el hijo póstumo tendrá derecho a recibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa."

Póstumo es el que nace después de muerto el padre. Según algunos comentaristas, tendrían también esta calidad jurídica el nieto y sobrino, que en representación de su padre, hereda al abuelo o al tío (artículos 1609 y 1632 del CC).

### C. *Donaciones*

Se dispone en el artículo 2357 que "los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 377".

Dos son las condiciones que se señalan en este artículo para considerar la validez de estas donaciones.

a) Que el donatario se encuentre concebido al tiempo en que se hizo la donación, y

b) Que el donatario sea viable conforme a lo dispuesto en el artículo 377.

Surge una duda: en el artículo 2338 se dispone que las donaciones sólo pueden tener lugar entre vivos, ¿es este un caso de excepción a este principio?, ¿pueden hacerse donaciones a quien físicamente no ha nacido?

No creemos que sea una excepción, ya que en este caso, adquiere especial relevancia la ficción que considera el artículo 22 y en conse-

cuencia, habrá que tener por nacido al donatario que aún se encuentra en el seno materno.

“¿Habrá que esperar el nacimiento del concebido para que cobre eficacia jurídica la donación o ella se puede convenir y perfeccionar antes del nacimiento?”

“En el primer caso se trataría de una simple oferta que quedaría sujeta a la condición suspensiva de que el beneficiario de ella nazca vivo, sea viable y viva el donante (artículo 2338).”

En el segundo, de acuerdo a lo establecido en los artículos 1796, 2014 y 2015 la transferencia de dominio de la cosa donada se haría de inmediato, bajo la condición resolutoria negativa de que la criatura no nazca viva, o no sea viable. Al parecer esta segunda opinión se encuentra más de acuerdo con el tenor literal del artículo que se comenta, el cual al decir “...con tal de que hayan estado concebidos al tiempo en que ella se hizo...” hace suponer que la donación fue hecha cuando aún la criatura no había nacido.<sup>68</sup>

En el artículo 2340 se dispone que la donación sólo es perfecta cuando el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador.

¿Quién puede aceptar la donación en nombre y representación del no nacido? Algunos autores consideran que pueden aceptarla sus progenitores, pero no dan razón alguna para llegar a esa conclusión.

En nuestro concepto, pueden hacerlo invocando la ficción del artículo 22. De acuerdo con ella, la patria potestad se extendería también sobre el hijo que se encuentra en el vientre materno. Si según el artículo 22 se le considera “como nacido” la patria potestad puede ejercerse sobre él.

En la legislación española con el artículo 627 del CC se resuelve expresamente este caso, pues establece: “las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían si se hubiere verificado ya su nacimiento”.<sup>69</sup>

En la legislación mexicana, si el hijo nace viable queda consolidada la donación. Si nace muerto o no viable, queda sin efecto porque en el

<sup>68</sup> *Código Civil comentado*, libro IV, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Miguel Ángel Porrúa, 1988, t. V, comentario al artículo 2357.

<sup>69</sup> En otras legislaciones el concebido es representado por un curador de vientre. Así lo disponen los artículos 485 y siguientes del Código Civil chileno, el cual en su artículo 240 dispone que la patria potestad se ejercitará también respecto de los derechos eventuales del hijo que está en el vientre y que, si naciere vivo, se presumiría legítimo.

artículo 2357 se condiciona la eficacia jurídica de la donación a los supuestos que se señalan en el artículo 337.

Si los progenitores no son casados, tendrían que reconocer al hijo aún no nacido en la forma que se señala en el artículo 364, lo que les habilitaría para ejercer sobre él la patria potestad y proceder en consecuencia.

Estas soluciones se encuentran en consonancia con el sistema legal que considera el Código Civil del Distrito Federal.

Si hubiera que esperar el nacimiento del hijo, carecería de lógica el artículo 2357, porque ya no se estaría haciendo la donación a una criatura no nacida, sino a una persona efectiva y no ficticiamente capaz.

En materia de donaciones, en el artículo 2359 se dispone que las legalmente hechas por una persona que al tiempo de otorgarlas no tenía hijos, pueden ser revocadas por el donante cuando le hayan sobrevivido hijos que han nacido con todas las condiciones que sobre viabilidad se exigen en el artículo 337.

Se agrega en este artículo que si transcurrieren cinco años desde que se hizo la donación y el donante no ha tenido hijos o habiéndolos tenido no ha revocado la donación, ésta se volverá irrevocable. Lo mismo sucede si el donante muere dentro de ese plazo de cinco años sin haber revocado la donación; pero si dentro del mencionado plazo naciere un hijo póstumo del donante la donación se tendrá por revocada en su totalidad.

### 3. *Otras consecuencias jurídicas*

#### A. *Tutela testamentaria*

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

Como el hijo póstumo es el que nace después de muerto su padre, se cumple con ello uno de los supuestos que se considera en el artículo 470, pero cabe preguntarse, ¿está la madre ejerciendo la patria potestad sobre el hijo no nacido, que es el segundo supuesto que se señala en el artículo citado?

Estas dudas se aclaran con la ficción legal del artículo 22 que supone nacida a la criatura en gestación. Estaría la madre facultada para hacer

la designación de tutor testamentario, por encontrarse ejerciendo la patria potestad sobre el concebido y no nacido.

### B. *Divorcio administrativo*

En el artículo 272 se asienta que pueden divorciarse los cónyuges ante el propio juez del Registro Civil, cuando son mayores de edad, no tienen hijos y han liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

¿Puede negarse el juez del Registro Civil a tramitar el divorcio si la esposa se encontrare encinta? No lo dice la ley, pero por aplicación de lo dispuesto en el artículo 22, que considera nacida a la criatura que se encuentra en el seno materno, podría negarse el juez a acoger la solicitud de divorcio. Sería una solución lógica que estaría en consonancia con algunas legislaciones modernas que no permiten el divorcio cuando la esposa se encuentra grávida (Códigos de la Familia de las Quince Repúblicas de la Unión Soviética).

En el Código Civil existen otras normas íntimamente relacionadas con el tema.

En efecto, en el artículo 267, en su fracción II, se dispone que es causal de divorcio el hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse este contrato y que sea judicialmente declarado ilegítimo. Por el artículo 328 se limita esta facultad al disponerse en su fracción IV que el marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio si el hijo no nació capaz de vivir.

Puede ser legitimada la criatura que se encuentra en el seno materno, por disponerse así en el artículo 359, cuando el padre al casarse "reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquella estuviere encinta". En estos casos los hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres, según el artículo 357.

Los artículos 1638 al 1648 se refieren a las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta, disposiciones que son también aplicables a los casos de nulidad de matrimonio y de divorcio por establecerse así en los artículos 263 y 282, fracción V, del CC.

#### 4. Conclusiones sobre la interpretación del artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal

1. En el artículo 22 se dispone que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento.

2. Para el legislador, el concepto jurídico del nacimiento es distinto del biológico, como puede comprobarse de la simple lectura del artículo 337, en que se dice: "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 ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad."

Se considera nacido el feto, jurídicamente, sólo cuando puede sobrevivir fuera del seno materno el tiempo que se señala en el artículo 337, lapso que es denominado "de viabilidad" por la doctrina y por los artículos 1314, 2357 y 2359.

3. No obstante, en el artículo 22 se agrega que "desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y 'se le tiene por nacido' para los efectos declarados en el presente Código".

El legislador, mediante una ficción, considera nacida a una criatura en gestación.

4. ¿El artículo 337 es de aplicación restrictiva o general? Por su ubicación dentro del capítulo destinado a los hijos de matrimonio, por la referencia que hace a la paternidad en su frase final, por su concordancia con el artículo 328, fracción IV, y por los llamados que en forma limitativa hacen a esta norma los artículos 1314, 2357 y 2359, pareciera que fuera lo primero. Sin embargo, por el empleo de la frase "para los efectos legales" que figura en el encabezamiento de la norma, puede sostenerse fundadamente que los supuestos que ella considera son de aplicación general y éste es nuestro parecer.

5. Habría que concluir que el artículo 22 debe aplicarse mientras la criatura se encuentra en el seno materno y el 337 al producirse el alumbramiento.

6. La ficción del artículo 22 permite al intérprete aclarar conceptos oscuros del Código; pueden citarse, entre otros, los artículos 470 y 2357.

7. En el artículo 470 se autoriza al ascendiente que sobreviva de los dos que ejercían la patria potestad, para designar tutor testamentario a aquellos sobre quienes la tenían, con inclusión del hijo póstumo. Esta referencia al hijo póstumo carecería de sentido si no fuere por lo dis-

puesto en el artículo 22, en que se considera al feto como nacido. Esto permite a la madre que sobrevive ejercer sobre él la patria potestad desde antes del nacimiento y, si puede hacerlo, podrá también designarle tutor testamentario.

8. Aclara también el artículo 22 las dudas legales que surgen del artículo 2357 que dice: "Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337."

Las donaciones sólo pueden tener lugar entre vivos, según el artículo 2338, y deben ser aceptadas por el donatario por disponerse así en el artículo 2340.

El artículo 22, en que se considera como nacido al feto, le da a la donación el carácter de contrato entre vivos y permite a los progenitores aceptarla, cuando pueden ejercer sobre él la patria potestad; quedando reafirmado el acto con efecto retroactivo, si el concebido nace viable; o resuelto, en caso contrario.

Lisandro CRUZ PONCE