

Consideraciones actuales sobre el inicio y fin de la personalidad jurídica: aborto y estado vegetativo

Current consiretations on the start and end of legal personality: abortion and vegetative state

José Antonio Sánchez Barroso*

RDP

Cuarta Época,
Año 1, Núm. 2,
Julio-Diciembre
de 2012

RESUMEN

El inicio y el fin de la personalidad jurídica a primera vista puede parecer un tema de poca trascendencia para la doctrina jurídica contemporánea, pues tanto los tratadistas como la legislación han dejado claro que inicia con el nacimiento y termina con la muerte de la persona. No obstante, ante los nuevos conocimientos y avances generados principalmente en el campo de las ciencias biomédicas que, por un lado, han demostrado que la vida humana comienza con la concepción y, por otro, que han permitido sustituir la mayoría de las funciones vitales y controlar muchos de los procesos que solían conducir a la muerte es necesario considerar algunas situaciones particulares del tema y, por tanto, reformular ciertas premisas de antaño. Para dar una respuesta acorde con las exigencias actuales la problemática debe ser abordada desde dos enfoques: el científico-médico y el jurídico. En este sentido, el presente trabajo pretende hacer una reflexión jurídica del tema desde su génesis en el antiguo derecho romano hasta la doctrina y legislación mexicana actual para evidenciar algunas incongruencias del sistema jurídico y manifestar la importancia de incorporar los avances de la ciencia al razonamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: personalidad jurídica, aborto, estado vegetativo, capacidad jurídica, *nasciturus*.

* Doctor en derecho por la UNAM; catedrático por oposición de Derecho civil en la misma universidad y profesor-investigador en la Universidad Panamericana.

ABSTRACT

The beginning and the end of legal personality at first may seem a matter of little concern to the contemporary legal doctrine, as both writers and legislation have made it clear that begins with birth and ends with the death of the person. However, in the new knowledge and advances generated mainly in the field of biomedical sciences, have shown that human life begins at conception and, secondly, that allowed to replace most of vital functions and control many processes that lead to death usually is necessary to consider some particular situations of the subject and, therefore, reformulate certain assumptions of the past. To give a response according with current requirements the problem must be approached from two perspectives: the medical- science and legal. In this sense, this paper attempts to make a legal analysis from its origins in ancient Roman law to the current Mexican law and doctrine to demonstrate some inconsistencies in the legal system and express the importance of incorporating the advances of science to legal reasoning.

KEY WORDS: legal personality, abortion, vegetative state, capacity, *nasciturus*.

Sumario

1. Introducción
2. La personalidad y la capacidad jurídicas en el derecho romano
3. Naturaleza, definición y características de la personalidad jurídica
4. Inicio y fin de la personalidad jurídica
 - A. *Inicio de la personalidad jurídica*
 - B. *Fin de la personalidad jurídica*
5. Conclusiones

1. Introducción

Como lo señala Diego Gracia,¹ durante la vida humana hay dos momentos en los que especialmente se presentan cuestionamientos éticos y jurídicos capitales debido a la imprecisión científica o, mejor dicho, al

¹ Gracia, Diego, *Ética de los confines de la vida*, Colombia, El Búho, colección Ética y Vida, 2004, núm. 3, pp. 289 y 291.

inacabado conocimiento científico en torno a ellos, me refiero al inicio y al final de la vida humana. Ningún otro momento en la vida presenta tal complejidad que estos dos.

La vida humana tiene comienzo y tiene fin y, por tanto, es una clase de la que se entra y se sale. La entrada es el comienzo de la vida y la salida su final, la muerte. La claridad que existe en el centro de este círculo imaginario se va perdiendo poco a poco según se acerca uno a la periferia. Ahí las cosas son más oscuras, los límites resultan más borrosos, hasta el punto de que en ciertos momentos puede dudarse si se está dentro o fuera del círculo, es decir, de la clase. De hecho, la muerte ha tenido que redefinirse no hace más de treinta años. En los confines las evidencias se atenúan y las dudas aumentan. Si en algún punto es necesario extremar cuidado es sin duda el de los confines de la vida, porque ahí se concentran la mayor parte de los problemas morales. Esto obedece a una profunda lógica que hunde sus raíces en la particular condición de la realidad humana.

De este modo, el presente trabajo tiene como objetivo hacer un estudio jurídico de la personalidad, principalmente en lo relativo al principio y fin de la misma, a partir de analizar algunos tópicos particulares en el antiguo derecho romano para después contrastarlos con los postulados doctrinales y legales contemporáneos, y posteriormente hacer un análisis de los mismos a la luz de los nuevos escenarios científicos y legislativos. Para cumplir con este objetivo y con el propósito de evidenciar la necesidad de repensar la protección jurídica del ser humano al inicio y al final de su vida y, en especial, lo referente a la personalidad jurídica se examinarán dos situaciones concretas: el aborto y el estado vegetativo. Los métodos que se utilizarán son: histórico, sistemático, deductivo y analítico.

Antes de iniciar formalmente este estudio es preciso aclarar dos cosas. En primer lugar, en los mismos términos que lo hace Barbero,² el concepto “personalidad jurídica” es conexo pero no sinónimo al de “capacidad”. La “capacidad jurídica” denota la medida de la idoneidad del sujeto para ser titular de las relaciones jurídicas; en tanto que la “capacidad de actuar”, denota la medida de la idoneidad para determinar

² Barbero, Domenico, *Sistema del derecho privado*, t. I, trad. Santiago Sentir Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América 1967, pp. 190 y 191.

por acto propio modificaciones activas o pasivas en la propia esfera de relaciones jurídicas, es decir, para adquirir, modificar o perder la titularidad de las relaciones. La distinción entre esas dos capacidades es clara; sin embargo, no siempre se advierte con esa facilidad la diferencia entre personalidad y capacidad jurídica. Mientras que la personalidad es un *quid* simple, la capacidad es un *quantum* y, por tanto, susceptible de medición en grados. Se puede ser más o menos capaz en tanto que se es persona, pero no se puede ser más o menos persona. Y, en segundo lugar, con fines metodológicos en materia civil solamente haré referencia Código Civil al Distrito Federal (CCDF). Hechas estas aclaraciones hay que comenzar.

2. La personalidad y la capacidad jurídicas en el derecho romano

En la antigua Roma, tal como se evidencia en las Instituciones³ de Justiniano, los hombres se dividían en dos categorías: en libres (*homines liberi*) y en esclavos (*servi*).⁴

Los hombres libres, a su vez, en ciudadanos y no ciudadanos. Entre los primeros, se distinguen los que no dependían de la potestad de otro, es decir, los que son dueños de sí mismos (*homines sui iuris*),⁵ y los hijos

³ Justiniano, *Instituciones*, trad. Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas, Argentina, Omeba, 1964. Recuérdese que el *Corpus Iuris Civile* está compuesto por: las Instituciones, el Digesto, las Novelas y el Código. Cuando en este trabajo se haga referencia a alguna de dichas partes solamente aparecerá la letra inicial correspondiente.

⁴ Cfr. I. 1, 3. D. 1, 5, 3.

⁵ La personalidad jurídica requería, además de ser ciudadano romano libre, ser *sui iuris* y no *alieni iuris*. Sólo el *paterfamilias* era *sui iuris*, es decir, independiente de alguna patria potestad. Los demás miembros de la *domus* estaban sometidos a su poder y participaban de la vida jurídica romana sólo a través del *paterfamilias*. Los romanos *alieni iuris* podían realizar actos jurídicos, pero su capacidad respectiva no era más que un reflejo de la capacidad del *paterfamilias* bajo cuyo régimen se encontraban; por tanto, lo que adquirirían, lo adquirirían para él. La mayoría de los ciudadanos libres son, al mismo tiempo, *alieni iuris* y en el derecho privado no gozan de plena capacidad de obrar. Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano*, 8a. ed., México, Esfinge, 1978, pp. 132 y 133.

u otras personas de la familia sujetos a la potestad paterna.⁶ En cuanto a la condición de esclavos no hay diferencia.⁷

En este sentido, tal como lo hace ver Wolfgang Kungel,⁸ son tres los estados de las personalidad jurídica establecida por el derecho de las personas romano: libertad (*status libertatis*), ciudadanía (*status civitatis*) y pertenencia a una familia (*status familiae*). Y, como se aprecia en las *Instituciones*⁹ de Gayo, a cada una le corresponden tres grados de pérdida o limitación de la capacidad (*capitis dominutio*): máximo, medio o mínimo.¹⁰

La *capitis dominutio maxima* comportaba la pérdida de la libertad, la ciudadanía y de la familia; como lo expresa el autor en comentario, era la aniquilación completa de la personalidad jurídica. La *capitis dominutio media* originaba la pérdida de la ciudadanía y de la familia, pero no de la libertad. Finalmente, la *capitis dominutio minima* se daba por salir de la familia ya sea por dejación pura y simple del vínculo familiar o por el ingreso a otra familia, más que la pérdida del *status familiae*, era una modificación del mismo.

En este orden de ideas, es conveniente señalar, por un lado, que el esclavo carecía por completo de personalidad jurídica, incluso todas las normas del derecho de las cosas le eran aplicables y, por otro, que aun el hombre libre no era, según la concepción de la antigüedad, sujeto de derechos y obligaciones sino únicamente miembro de una comunidad.¹¹

En cuanto a la capacidad de obrar, sólo se consideran como sujetos de derecho a aquellos en situación de expresar una voluntad independiente y con seriedad, y de disponer conscientemente sobre sus relaciones jurí-

⁶ "...Son hijos e hijas de familia, los que están en ajena potestad. Porque el que nace de mí y de mi mujer, está en mi potestad; también el que nace de mi hijo y de su mujer, esto es, mi nieto y mi nieta, están igualmente en mi potestad; y lo mismo mi biznieto y mi biznieta, y sucesivamente los demás". D. 1, 6, 4.

⁷ Cfr. I. 1, 3, 5. "... los esclavos están bajo la potestad de los señores...". D. 1, 6, 1 § 1.

⁸ Kunkel, Wolfgang, *Derecho privado romano*, trad. L. Prieto Castro, España, Labor, 1937, pp. 103 y 104.

⁹ Gayo, *Instituciones*, trads. Manuel Abellán Velasco, Juan Antonio Arias Bonet, Juan Iglesias-Redondo y Jaime Roset Esteve, Madrid, Civitas, 1985.

¹⁰ Cfr. G. 159-162.

¹¹ Kunkel, Wolfgang, *op. cit.*, p. 88.

dicas. Así, el derecho romano negó, total o parcialmente, la capacidad de obrar a determinadas personas con capacidad jurídica.¹²

La *pubertas* o la madurez sexual natural marcaba el inicio de la capacidad de obrar, aunque se necesitaba de un *curator* hasta cumplir los veinticinco años.¹³ Como lo afirma D´Ors,¹⁴ la aptitud natural para el matrimonio suponía, para los varones, adquirir la capacidad de obrar en los negocios privados y la de actuar como ciudadanos; en tanto que las mujeres, estaban sujetas a la tutela en razón de su sexo. El tránsito a la pubertad dependía en cada individuo del propio desarrollo físico; sin embargo, se fijó una edad legal: catorce años para los varones y doce para las mujeres.¹⁵

En cuanto a los que no han alcanzado la pubertad es necesario distinguir a los *infantes* (niños menores de siete años) y los *infantes maiores* (niños mayores de siete años, pero menores de doce y catorce, respectivamente). Los primeros no tenían capacidad para intervenir en actos de derecho, ni tenían responsabilidad delictual, y los segundos respondían de sus delitos, podían realizar de manera independiente aquellos negocios por los cuales se enriquecieran —por ejemplo, aceptación de una herencia—;¹⁶ pero los que implicaran una disminución o carga patrimonial —por ejemplo, pago de una deuda—¹⁷

¹² *Ibidem*, p. 125.

¹³ “Los hombre y las mujeres desde la pubertad hasta los veinticinco años cumplidos reciben curadores, porque aunque sean púberos, todavía por su edad no pueden defender sus intereses” l. 1, 23. “Aparece que promete auxilio a los menores de veinticinco años; porque después de este tiempo es sabido que se completa el vigor viril”. “Y por esto hoy se gobiernan hasta esa edad los adolescentes con el auxilio de curadores; y antes no deberá confiárseles la administración de sus bienes, aunque manejen bien su hacienda”. D. 4, 4, 1 § 2 y § 3. También C. 5, 31, 1.

¹⁴ D´Ors, *Derecho privado romano*, 10a. ed., Pampona, Eunsa, 2004, p. 378.

¹⁵ “Los pupilos y las pupilas, cuando entran a la pubertad, salen de la tutela. Mas los antiguos graduaban la pubertad en los valores, no sólo por la edad, sino aún por el desarrollo del cuerpo... por una santa constitución que hemos promulgado, se establece que la pubertad en los varones debe principiar a los catorce años cumplidos; dejando sin alteración la regla establecida por la antigüedad, de que las hembras pueden ser reputadas núbiles después de cumplidos los doce años”. l. 1, 1, 22.

¹⁶ Cfr. D. 26, 5, 9; D. 26, 5, 25; D. 26, 6, 1.

¹⁷ Cfr. D. 26, 8, 9 § 1-6.

y los que les impusieran alguna obligación debían realizarse con la intervención del tutor.¹⁸

También resulta necesario referirse a la incapacidad del demente o *furiosi*, y del pródigo o *prodigus*. El loco permanecía en un estado de incapacidad de obrar permanente mientras durase su trastorno mental; sin embargo, los negocios realizados en intervalos de lucidez eran totalmente válidos. El *curator* actuaba siempre en lugar del incapaz y de manera continua. Por lo que hace a la persona que dilapidaba sus bienes poniendo en peligro de indigencia a su familia (en un primer momento histórico solamente se protegía la fortuna heredada del padre, pero después se amplió a todos los bienes),¹⁹ continuando con la explicación de Wolfgang Kunkel,²⁰ podía ser privado de la administración de su patrimonio. En este caso, la incapacidad de obrar solamente consistía en celebrar negocios por los cuales se disminuyera su patrimonio o lo gravara pudiendo, en consecuencia, realizar todos los que le produjeran enriquecimiento sin necesidad de la intervención del *curator*.²¹

Por último, hay que destacar que en el Edicto²² se prevé el nombramiento de un *curator* para patrimonios privados que necesitan un administrador por diversas causas como, por ejemplo, para conservar los

¹⁸ “La autoridad del tutor en ciertos actos es necesaria a los pupilos, y en otros no... Se ha establecido que pueden sin la autorización del tutor mejorar su condición, aunque necesitan de aquélla para hacerla peor...”. I. 1, 1, 21. “Le está permitido al pupilo hacer cuanto mejore su condición, incluso sin el consentimiento del tutor”. D. 2, 14, 28. También D. 45, 1, 141 § 2; D. 44, 7, 43; D. 45, 1, 101; C. 6, 30, 12.

¹⁹ Cfr. D. 26, 5, 12 § 2.

²⁰ Kunkel, Wolfgang, *op. cit.*, p. 127.

²¹ “Los furiosos y los pródigos, aunque sean mayores de veinticinco años, se hallaban por la ley de las Doce Tablas bajo la curatela de sus agnados. Mas comúnmente en Roma el prefecto de la ciudad o el pretor, y en las provincias los presidentes, les dan curadores en vista de la averiguación practicada”. I. 1, 1, 23, 3. También C. 5, 70, 1.

²² En tiempos de Adriano, cuando en gran parte la legislación ya se había concentrado en manos del emperador, éste ya no quería que otras fuentes del derecho funcionaran con independencia a su lado. Por eso encargó a Salvio Juliano que hiciera una codificación de manos del emperador, éste ya no quería que otras fuentes del derecho funcionaran con independencia a su lado. Por eso encargó a Salvio Juliano que hiciera una codificación de las disposiciones más acertadas de los edictos anuales. El resultado fue el *Edicto de Adriano* o *Edicto Perpetuum*. La fecha es incierta, pero probablemente lo ratificó entre 134 y 138 d. C. Floris Margadant S., Guillermo, *op. cit.*, p. 71. También véase D’Ors, *op. cit.*, pp. 75-78.

bienes que puedan corresponder a una persona que va a nacer (*curator ventris*),²³ o la administración de los bienes de un enfermo.²⁴

De acuerdo con lo que se ha dicho es posible deducir: a) un ser humano, de nacionalidad romana y *sui iuris* tiene personalidad jurídica²⁵ y, por tanto, tiene plena capacidad de goce y de obrar en relación con su propio patrimonio; b) sólo el *paterfamilias* tenía las anteriores condiciones; c) la capacidad de obrar, o bien la capacidad de ejercicio, normalmente comienza con la pubertad; d) los *infantes*, aunque son personas, no tienen capacidad de obrar; e) mujeres, impúberes, *furiosi* y pródigos tienen una limitada capacidad de ejercicio que no afecta su calidad de persona, siempre y cuando sean ciudadanos romanos libres y miembros de una *domus*, y f) las personas carentes de la capacidad de ejercicio o que no gozan de ella en plenitud necesitan de un tutor o un curador, según sea el caso, para ejercitar sus derechos.²⁶

En lo relativo a la pérdida de la personalidad, como lo señala Floris Margadant,²⁷ se extinguía por: a) muerte; b) esclavitud; c) pérdida de la ciudadanía, y d) pérdida de la calidad de ser *sui iuris*.

²³ Para los romanos era de suma importancia la protección de quien está por nacer o *conceptus*, por ello se estableció: a) el *curator ventris*, que tiene por oficio vigilar que el suministro necesario para el mantenimiento de la madre, y b) el *curator bonorum*, que tiene por oficio administrar el patrimonio del *nasciturus*. Véase Alvarado Chacón, Joaquín Rafael, “La persona en el derecho romano y su influencia en el sistema jurídico de América Latina”, *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado*, núm. 25, 2002. Cfr. D. 37, 9, 1 § 17. Al respecto, Mirta N. Keegan y Andrés E. Guillén en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en septiembre de 2004 sostienen que sin necesidad de acudir a fuentes de Derecho romano cristiano, sino solamente a juristas paganos de épocas anteriores, es evidente la constante preocupación de los romanos de proteger al concebido no sólo en cuanto a su patrimonio, sino también en su vida. Así, por ejemplo, el padre del rey Polidecto, que muere no teniendo hijos que lo sucedan, asume el cargo; pero cuando se entera de que su nuera está embarazada aclara que sólo reina como tutor, pues si su futuro nieto nace vivo él será el verdadero rey a quien habría que nombrarle un curador. Cfr. Guillén, Andrés E. y Keegan, Mirta N., *Protección al concebido y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea*, en <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Ponencias/Prof.%20Mirta%20Keegan%20y%20Andres%20Guillen.doc>. Consultada el 18 de marzo de 2011.

²⁴ D’Ors, *op. cit.*, p. 386.

²⁵ El término “personalidad jurídica” no existía como tal en el derecho romano, aquí solamente se utiliza con fines explicativos.

²⁶ Floris Margadant S., Guillermo, *op. cit.*, pp. 133 y 134.

²⁷ *Ibidem*, p. 136.

Antes de concluir este apartado en el que se ha expuesto brevemente el tratamiento jurídico de la personalidad y de la capacidad en el derecho romano como preámbulo para su estudio en la legislación civil vigente a la luz de los problemas actuales, resulta oportuno mostrar un caso particular afín al tema central de este trabajo, el concerniente a los concebidos no nacidos.

Conforme al principio: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*,²⁸ el *nasciturus*:²⁹ a) Es considerado como “persona” para ciertos asuntos expresamente regulados,³⁰ b) tiene derecho a las herencias legítimas,³¹ —incluso puede dar lugar al testamento inoficioso—³²; c) tiene derecho a que le sea custodiada su herencia;³³ d) puede ser instituido heredero;³⁴ e) tiene derecho a que se le nombre un curador,³⁵ y f) tiene el *ius postliminii*.³⁶ Además, el aborto era sancionado.³⁷

²⁸ “Los que están en el útero, se reputan en casi todo el derecho civil que son como nacidos...”. D. 1, 5, 26.

²⁹ Un amplio y muy bien documentado estudio relativo al *nasciturus* puede verse en: Cruz Ponce, Lisandro, “El *nasciturus*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXIII, núm. 67, enero-abril de 1990, pp. 33-63.

³⁰ “El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las personas humanas, siempre que se trata de las conveniencias de su propio parto, aunque, antes de nacer, es manera ninguna favorezca a un tercero”. D. 1, 5, 7.

³¹ Cfr. D. 1, 5, 26; D. 5, 4, 1 § 5; D. 5, 4, 3; D. 5, 4, 5; D. 25, 4, 1 § 12; D. 38, 16, 3 § 11.

³² Cfr. C. 3. 28. 30 § 1.

³³ Cfr. D. 25, 5, 1; D. 25, 6, 1 § 1; D. 37.9. 1. 17.

³⁴ Cfr. D. 28, 2, 4-6; D. 28, 2, 10; D. 28, 2, 22.

³⁵ Cfr. D. 26, 5, 20.

³⁶ El ciudadano romano que es hecho prisionero pero que logra su libertad por convenio o fuga goza del *ius postliminii*, es decir, del derecho a recuperar todos sus derechos, con efectos retroactivos, que había perdido por encontrarse cautivo. Véase Floris Margadant S., Guillermo, *op. cit.*, p. 125. E Iglesias-Robledo, Juan, *Diccionario de definiciones y reglas de derecho romano*, 2a. ed., España, Ariel, 2005, p. 85. Conforme al principio: “...la calamidad de la madre no debe perjudicar al que está en el vientre”, el que nace de mujer prisionera, y lo fue estando embarazada, tiene el *ius postliminii*. D. 1, 5, 2 *in fine*. También D. 1, 4, 26; D. 49, 15, 19.

³⁷ Cfr. D. 47, 11, 4; D. 48, 8, 8. Desde la época del emperador Septimio Severo, por aplicación analógica de la Lex Cornelia del año 81 a.C. que sancionaba el homicidio por envenenamiento con la pena capital, aplicó la norma a la figura del aborto castigando este delito con las penas de confiscación y destierro y, en el caso de producirse el fallecimiento de la madre, con la pena de muerte. Guillén, Andrés E. y Keegan, Mirta N., *op. cit.*

Con lo anterior se develan algunas premisas epistemológicas necesarias para el estudio del principio y fin de la personalidad jurídica en el derecho contemporáneo. De este modo, se pueden formular las siguientes conclusiones preliminares:

En primer lugar, no todos los seres humanos se consideraban personas, es decir, la categoría de ser humano no era correlativa con la de persona en sentido jurídico —razón por la cual se justificaba la esclavitud, por ejemplo—; en segundo lugar, aquellas personas —a quienes se les confería personalidad jurídica— debían cumplir una serie de cualidades o requisitos para que, además, se les otorgara capacidad de obrar o de ejercicio; en tercer lugar, sólo las personas con capacidad de ejercicio gozaban de plena autonomía e independencia para conducir sus relaciones jurídicas; en cuarto lugar, el *ius civile* se caracteriza por el ánimo proteccionista del patrimonio —ello justifica la existencia del curador y del tutor, por ejemplo—; en quinto lugar, el derecho aplicable a las personas sin capacidad de ejercicio se regía bajo la máxima de que todos los actos debían realizarse con la intervención del curador, tutor o *paterfamilias* y, sólo excepcionalmente, podían ejecutarse ciertos actos expresamente previstos sin la participación de aquellos siempre y cuando fueren a favor y no en contra del patrimonio del incapaz; en sexto lugar, es el *ius civile* quien establece los supuestos para adquirir la personalidad jurídica, asimismo determina aquellos para perderla y, en séptimo lugar, al *nasciturus* se le tiene por nacido en aquellos casos expresamente previstos que le fueren favorables patrimonialmente.

3. Naturaleza, definición y características de la personalidad jurídica

Prima facie la personalidad jurídica es una cualidad cuyo origen está en el ordenamiento legal. En otras palabras, la atribución de personalidad jurídica es una materia reservada a la autoridad estatal.³⁸ Esto lo

³⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 4a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 135. El exhaustivo estudio que ha hecho ese autor ha servido como guía para el desarrollo de este apartado.

explica Ferrara³⁹ del siguiente modo: el hombre es persona no por naturaleza, sino por obra del derecho. Lo anterior en virtud de que el hombre como ente racional y capaz de voluntad —base ética— requiere un reconocimiento positivo. Por ello, antes de la organización estatal el hombre no es persona y, aun organizado el Estado, han existido hombres a quienes se les ha negado la cualidad de personas, los esclavos.

Sin embargo, como lo refiere el mismo autor, el hombre es siempre el punto central del derecho el cual sólo existe para ordenar las relaciones humanas, su fin consiste en la realización de intereses humanos. Así, la personalidad no puede ser más que la forma para llegar más adecuadamente a la realización de los fines sociales. Es decir, el hombre es sujeto en tanto que es hombre, es sujeto de derecho en cuanto es considerado como fin en sí mismo. De este modo, no es justificable la discrecionalidad de la autoridad estatal en el reconocimiento de la personalidad en los seres humanos.⁴⁰

En suma, la personalidad no es algo que el ordenamiento jurídico atribuya de manera arbitraria, es una exigencia de la naturaleza y de la dignidad del hombre a la cual al derecho solamente le queda reconocer.⁴¹

En cuanto a la definición la doctrina ha sido bastante nutrida.⁴² Para Domínguez Martínez,⁴³ por ejemplo, persona es todo ser —refiriéndose a los humanos—, o ente —aludiendo a las personas morales— sujeto de derechos y obligaciones. La personalidad jurídica es, en consecuencia, la *aptitud* para ser sujeto de derechos y obligaciones, la cual tiene,

³⁹ Ferrara, Franceso, *Teoría de las personas jurídicas*, vol. 4, México, Jurídica Universitaria, 2002, colección Grandes Maestros de Derecho Civil, pp. 130-132.

⁴⁰ El sujeto es un *príus* del ordenamiento jurídico. No porque existe el ordenamiento jurídico vienen a existir los sujetos, sino porque existen esos sujetos viene a existir y existe el ordenamiento jurídico. En este sentido, la personalidad jurídica no es más que una calificación formal, necesaria o libre (necesaria para el hombre, libre para los demás casos), por efecto de la cual un ente se considerará sujeto de derecho. De este modo, se fundamenta la negativa de que sea el ordenamiento jurídico el árbitro de atribuir o negar la personalidad jurídica al hombre. La personalidad jurídica del hombre no puede ser menos que reconocida. *Cfr.* Barbero, Domenico, *op. cit.*, pp. 191-193.

⁴¹ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1978, vol. 1, p. 259.

⁴² Véase Lucas, Javier de, *Introducción a la teoría del derecho*, 3a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 198-201. Pereznieta Castro, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Oxford, 2005, pp. 167-169.

⁴³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

además, las siguientes características: *i)* es única e inmutable, ya que su significado ha sido siempre el mismo independientemente de la época y del lugar en que se le considere; *ii)* no admite alteración alguna en cuanto a su naturaleza, alcances y contenido, es decir, la sustancia, los alcances y el contenido en sí de la personalidad jurídica son idénticos en todos y cada uno de los sujetos; *iii)* en todos los sujetos, trátase de personas físicas o morales, la personalidad es la misma; *iv)* no admite graduación, no se puede tener más o menos personalidad comparativamente con otras personas, así como no se puede ser más o menos persona; *v)* ser persona —en sentido jurídico— está condicionado a tener personalidad jurídica, se es persona porque se tiene esa cualidad; *vi)* el origen y fundamento de la personalidad jurídica está en la ley, pues el Estado por medio de la ley atribuye la personalidad que, en el caso de las personas físicas, es un mero reconocimiento y, en consecuencia, no queda a la mera discrecionalidad de la autoridad estatal, y *vii)* tiene un principio y un fin.

Dicho autor añade que si bien la personalidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de situaciones y relaciones jurídicas que, en el caso de las personas físicas se tiene por el mero hecho de tratarse de un ser humano con su desplazamiento desde su concepción hasta su muerte, ello no comprende la sustancia misma de la personalidad. Esta se compone de sus atributos que son un conjunto de caracteres a ella inherentes y cuya razón de ser es precisamente alcanzar con ellos realidad, funcionalidad y eficacia jurídicas en la personalidad de los sujetos.

4. Inicio y fin de la personalidad jurídica

De acuerdo con el tema central que nos ocupa y en relación con la última característica señalada es obligado formular la siguiente pregunta: ¿en qué momento inicia y termina la personalidad jurídica? La respuesta parece bastante obvia, con el nacimiento y con la muerte de la persona; sobre todo, cuando los textos legales equiparan la personalidad con la capacidad jurídica o de goce.⁴⁴ Sin embargo, hemos de conside-

⁴⁴ Artículo 22, CCDF. “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte...”.

rar aquí algunos de los principales problemas doctrinales y legales que, a partir de los acontecimientos científicos, políticos y sociales verificados después de la Segunda Guerra Mundial, han puesto en tela de duda algunos aspectos relativos al principio y fin de la personalidad, en particular, *i*) si en verdad inicia con el nacimiento, y *ii*) la precisión para determinar el momento en que ocurre la muerte de una persona. En esos puntos se dividirá este apartado.

A. Inicio de la personalidad jurídica

Pacheco Escobedo⁴⁵ sostiene que debemos tener en cuenta antes que nada el dato biológico para poder determinar con precisión el inicio de la persona ya que la existencia del ser humano es un dato biológico. Del mismo modo, es necesario tener en cuenta los datos de la ciencia médica para establecer cuándo termina la persona humana, es decir, cuándo esta muerta.

En este sentido, existe suficiente evidencia científica que demuestra que la vida humana inicia desde el momento de la concepción o fecundación y no desde la implantación en el endometrio ni desde cualquier otra etapa del desarrollo intrauterino.⁴⁶

La doctrina jurídica, por su parte, ha elaborado diversas explicaciones que pretenden demostrar diversos momentos en que inicia la personalidad. Así, Castán Tobeñas⁴⁷ refiere cinco teorías: de la concepción, del nacimiento, ecléctica, de la viabilidad, y psicológica o de la conciencia o sentimiento de la personalidad.

Ese autor considera que tanto en el terreno de la doctrina como en el legislativo, la teoría del nacimiento es la que está más acorde, ya que el concebido es considerado como *spes hominis* y los derechos que se

⁴⁵ Pacheco Escobedo, Alberto, *La persona en el derecho civil mexicano*, México, Panorama Editorial, 1985, p. 30.

⁴⁶ Al respecto, véase Moore, K. y Persaud, T., *Before We Are Born. Essentials of Embryology and Birth Defects*, Philadelphia, Saunders, 2003; López Moratalla, N. y Iraburu Elizalde, M., *Los quince primeros días de una vida humana*, Pamplona, EUNSA, 2004, y Sadler T. Langman, *Embriología médica*, Buenos Aires, Médica Panamericana, 2004.

⁴⁷ Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, 11a. ed., Madrid, Reus, 1971, t. 1, vol. 2, pp. 100 y ss.

le atribuyen no suponen un reconocimiento de su existencia jurídica ni implican ficción alguna, pues solamente son un caso de protección de intereses expectantes y futuros que sólo por nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos.⁴⁸

A pesar de que esa ha sido la idea imperante en el pensamiento jurídico estimo que en la actualidad en razón de la evolución de las ciencias médicas, de los derechos humanos y de la filosofía del derecho no es la solución más favorable. Por tanto, al principio citado por Mazeaud⁴⁹ y establecido por el Código Civil español⁵⁰ que, a su vez, retoman del Derecho romano conforme a lo dicho en el primer apartado de este trabajo: *el concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable*,⁵¹ hay que darle una interpretación y aplicación mucho más amplia; es decir, que la protección jurídica para el *nasciturus* no sea solamente patrimonial, sino también personal u ontológica. Consecuencia de esto sería que la personalidad se adquiere con el nacimiento o, incluso, en ciertos casos —sin recurrir a una ficción jurídica—, desde la concepción; en este caso, con la condición de nacer vivo y viable toda vez que se trata de derechos existentes pero condicionales. Veamos qué dice la legislación al respecto.⁵²

El artículo 22 del CCDF establece dos supuestos normativos a modo de una regla general y una regla particular. El primero, señala expresamente que la capacidad jurídica —y con ella la personalidad— inicia

⁴⁸ En este mismo orden de ideas, Galindo Garfias considera que el derecho objetivo no puede desatender ciertas medidas cautelares o precautorias de carácter conservatorio de los derechos que pueda adquirir el concebido si llega a nacer y, por ende, a tener personalidad jurídica. El derecho conserva a su favor los derechos que eventualmente adquirirá si se cumple la condición suspensiva establecida por la ley. *Cfr.* Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso, parte general, personas y familia*, 2a. ed., México, Porrúa, 1976, pp. 310-312.

⁴⁹ Mazeaud Henri y León, y Mazeaud, Jean, *Lecciones de derecho civil. Primera parte*, vol. II, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 9.

⁵⁰ Artículo 29, CCE. “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”.

⁵¹ También hay quien acepta dicha premisa pero bajo el esquema de la ficción jurídica. A propósito, véase Maldonado y Fernández del Torco, José, *op. cit.*, pp. 214-217.

⁵² Un estudio de derecho comparado en cuanto al *status* jurídico del *nasciturus* puede verse en Alvarado Chacón, Joaquín Rafael, *op. cit.*

con el nacimiento y termina con la muerte, y el segundo determina que el concebido —aun cuando no tiene personalidad en virtud de la regla anterior— tiene protección jurídica y se le tiene por nacido en determinados casos —*numerus clausus*—. Las consecuencias de esto son las siguientes: *i)* en el referido ordenamiento —y en todo el sistema jurídico mexicano— se adopta la teoría del nacimiento; *ii)* que el concebido tenga protección jurídica no significa que sea persona —en sentido jurídico—, pues existen otras realidades protegidas legalmente que no lo son,⁵³ y *iii)* los casos en que al concebido se le tiene por nacido están limitados por la ley, de este modo, puede ser: heredero ya sea en sucesión legítima⁵⁴ o testamentaria,⁵⁵ legatario,⁵⁶ acreedor alimentario,⁵⁷ donatario⁵⁸ y, antes de las reformas al código citado publicadas en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal (GODF)* el 25 de mayo de 2000, también podía ser reconocido.⁵⁹

⁵³ Sólo a modo de ejemplo: Artículo 2 de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas. “Es de utilidad pública, la investigación, protección... de los monumentos arqueológicos, artísticos e históricos y de las zonas de monumentos”. Artículo 2 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. “Se consideran de utilidad pública: ...II. El establecimiento, protección y preservación de las áreas naturales protegidas y de las zonas de restauración ecológica...”. Artículo 2 de la Ley de Protección a los Animales del Distrito Federal. “Son objeto de tutela y protección de esta Ley los animales...”.

⁵⁴ Artículo 1377, CCDF. “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”.

⁵⁵ Artículo 1313, CCDF. “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...”. Artículo 1314, CCDF. “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”.

⁵⁶ Artículo 1391, CCDF. “Cuando no haya disposiciones especiales, los legatarios se registrarán por las mismas normas que los herederos”.

⁵⁷ Artículo 1375, CCDF. “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”.

⁵⁸ Artículo 2357, CCDF. “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”.

⁵⁹ Artículo 364, CCDF (Derogado). “Puede reconocerse al hijo que no haya nacido y al

Según Rojina Villegas,⁶⁰ para ser heredero, legatario o donatario se necesita personalidad jurídica, ya que por tales calidades se adquieren derechos patrimoniales; en consecuencia, el concebido sí tiene personalidad jurídica antes de nacer la cual está sujeta a condición resolutoria negativa de que no nazca viable, es decir, que no viva veinticuatro horas o no sea presentado vivo ante el juez del Registro Civil como lo establece el artículo 337 del CCDF.

Recuérdese que la condición es el acontecimiento futuro de realización contingente del cual depende la existencia y resolución de la obligación (artículos 1938 y 1955, CCDF). Es resolutoria cuando permite que la obligación nazca como si fuera pura y simple siendo eficaz desde el primer momento, pero si se verifica aquél acontecimiento, cesa su eficacia y, por ende, se termina o se resuelve la obligación como si nunca se hubiera producido ningún efecto (artículo 1940, CCDF). Y tendrá, además, efectos retroactivos (artículo 1941, CCDF).

En este orden de ideas: *i*) el concebido tiene personalidad —sujeta a condición resolutoria negativa—; *ii*) si nace no viable —es decir, si se cumple la condición— se extingue su personalidad con efecto retroactivo, — *iii*) si nace viable —es decir, si no se cumple la condición— la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento.

Domínguez Martínez,⁶¹ por su parte, suscribe el mismo razonamiento y sostiene que el ser humano tiene personalidad jurídica desde la concepción porque desde entonces existe la vida humana. Todo ataque contra el concebido es un atentado contra la vida humana perpetrado con todas las agravantes, con prepotencia y total abuso de fuerza dada la absoluta indefensión del *nasciturus*.

Considero que la explicación de Rojina Villegas, apoyada por Domínguez Martínez y otros doctrinarios, es la que en verdad proporciona la solución más razonable y convincente al problema del inicio de la personalidad jurídica, pues en definitiva el concebido tiene personalidad jurídica para los casos antes señalados lo cual no supone de ninguna manera una ficción. Incluso, esta afirmación lleva a cuestionar y replantear la situación

que ha muerto si ha dejado descendencia". Cabe decir que dicho artículo está vigente en el Código Civil Federal.

⁶⁰ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, pp. 160-162.

⁶¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

jurídica del *nasciturus* en la actualidad, así como el alcance normativo del principio citado principalmente en dos aspectos fundamentales: el primero, en la posibilidad de ampliar los supuestos en los que se le reconozca personalidad jurídica al concebido más allá de los casos patrimoniales y; el segundo, en el recién despenalizado aborto en el Distrito Federal.⁶²

En cuanto al primero, si, como se ha dicho, la personalidad es la aptitud para ser sujeto de derechos, éstos no tienen por qué ser de índole estrictamente patrimonial. También podría hablarse de una serie de derechos humanos del *nasciturus* como, por ejemplo, el derecho a la vida.⁶³ En este sentido, véase el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁴ ratificada por México el 3 de febrero de 1981.⁶⁵

⁶² Decreto por el que se reforman los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, y se adiciona un párrafo tercero al artículo 16 Bis 6, y se adiciona el artículo 16 Bis 8 a la Ley de Salud del Distrito Federal, publicado en la *GODF* el 26 de abril de 2007.

⁶³ En una sentencia sumamente relevante del Tribunal Constitucional de España se establece que al *nasciturus* no le corresponde propiamente el derecho a la vida pero que sí es un bien jurídico constitucionalmente protegido desde la concepción. Véase Jurisprudencia Constitucional, núm. de referencia: 53/1985, tipo: sentencia, fecha de aprobación: 11/4/1985, publicación *Boletín Oficial del Estado*: 18/5/1985. Para Laura Palazzani, el derecho está llamado a reconocer el cuerpo biológico humano como fuente intrínsecamente normativa incluyendo, entre otros, los que sólo son perceptibles por microscopio en virtud de la común naturaleza humana. Agrega que cada cuerpo es una alteridad jurídica fuerte que exige ser reconocida, tanto cuando *no se es aún* capaz de reivindicar como cuando *no se es ya capaz* de reivindicar sus propios derechos. Cfr. Palazzani, Laura, "Bioética y derechos humanos", en Ballesteros Jesús y Fernández Encarnación (coords.), *Bioteología y posthumanismo*, Navarra, Garrigues Cátedra-Thomson-Aranzadi, 2007, p. 400, The Global Law Collection. Sebag sostiene que un sistema jurídico coherente debe comenzar por otorgar al concebido el primero de sus derechos: el derecho a la vida. Sebag, Louis, *Personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1938. p. 39. En Cruz Ponce, Lisandro, *op. cit.* p. 33. Véase también Guillén, Andrés E. y Keegan, Mirta N., *op. cit. In fine*.

⁶⁴ Artículo 1.2 "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano". Artículo 4.1 "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a *partir del momento de la concepción*. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

⁶⁵ En este punto conviene aludir la iniciativa de reforma constitucional aprobada en lo general por el Senado de la República el 8 de marzo de 2011. Dicha iniciativa pretende, entre otras cosas, proteger y reconocer los derechos humanos incluidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales en los que México haya sido parte. De este modo, aunque el derecho a la vida desde la concepción no está contemplado por la Carta Magna, el Estado Mexicano está obligado a protegerlo y reconocerlo en virtud del reformado texto del artículo 1 constitucional y de la Convención Americana sobre Derechos

Y, en lo relativo al segundo, choca contra la lógica y coherencia jurídica el hecho de que el *nasciturus* tenga personalidad jurídica para ser, entre otros supuestos, heredero; pero, a la vez, no se le reconozca y proteja el derecho a la vida. Esto sin lugar a dudas constituye una aberración jurídica.

Para evidenciar tal incongruencia del sistema jurídico, en particular del Distrito Federal, planteo los siguientes escenarios:

a) Según los artículos 1313, fracción II, y 1316, fracción I, del CCDF por el hecho de haber dado muerte al autor de la sucesión, además de las sanciones penales por homicidio —homicidio en razón de parentesco—, se pierde la capacidad para heredar. Las razones de estas disposiciones son muy claras: *nadie debe aprovecharse de su propio hecho ilícito*.

Piénsese en el hijo que al conocer las disposiciones testamentarias de su padre en las cuales es el único beneficiario, es decir, es único y universal heredero, decide matarlo para disfrutar de la herencia. El hijo pierde —a modo de sanción civil por el acto ilícito— sus derechos hereditarios y, por tanto, se verifica el supuesto establecido en la fracción IV del artículo 1599 para abrir la sucesión legítima y así llamar a otras personas a efecto de darle continuidad a las relaciones activas y pasivas del *de cuius*. En este caso, las reglas del derecho sucesorio tienen su fundamento en el principio antes citado.

b) El artículo 145 del Código Penal para el Distrito Federal (CPDF) tipifica como delito al aborto cometido después de la semana doce de gestación. Esto obliga a preguntarse lo siguiente: ¿por qué sólo es delito el aborto cometido después de las doce semanas de gestación? ¿Qué diferencia existe antes y después de las doce semanas de gestación? ¿Por qué no es punible el aborto cometido antes de las doce semanas de gestación cuando hay evidencia científica suficiente que demuestra la existencia de vida humana? ¿El grado de protección jurídica del *nasciturus* depende de la temporalidad del desarrollo fetal?

Humanos ratificada por México, aun la declaración interpretativa hecha en 1982, ratificada en 2002. Finalmente, conviene aclarar que la iniciativa todavía tiene que aprobarse por las legislaturas locales. Véase *Gaceta Parlamentaria*, año XIV, núm. 3162, anexo IV, 15 de diciembre de 2010. También véase <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>, consultada el 11 de marzo de 2011.

Ahora piénsese en el padre que al recibir la noticia de que su mujer está embarazada decide otorgar su testamento nombrando como único y universal heredero a su único hijo el cual no ha nacido. Si el padre muere durante el embarazo de la madre, el hijo recoge para sí la sucesión siempre y cuando no se cumpla la condición antes enunciada. Pero si la mujer por su avaricia y afán de riqueza aborta para ser ella quien suceda en los bienes del marido en sucesión legítima, *podría* perder —a modo de sanción civil por el acto ilícito— sus derechos hereditarios.

Se utiliza el pospretérito “podría” porque en todo caso depende del momento en que se practique el aborto, ya que el artículo 1316, fracción I, del CCDF señala que para que opere el supuesto de incapacidad es necesaria la condena, es decir, la sentencia condenatoria para la madre de haber dado muerte al hijo del autor de la sucesión, y esto sólo es jurídicamente posible si se realiza después de las doce semanas de gestación. En otros términos, si la mujer aborta antes de las doce semanas no hay delito y no hay condena y, en consecuencia, estará llamada a suceder en los bienes de su marido en sucesión legítima aun cuando se aprovecha de su propio hecho ilícito. Sólo si aborta después de la semana doce es posible verificar el supuesto del artículo antes citado.

Lo anterior evidencia una incongruencia en el sistema jurídico a partir del establecimiento arbitrario, sin razón jurídica ni científica, de las doce semanas.

Inclusive es posible hacer la siguiente afirmación: la despenalización del aborto antes de la semana doce de gestación desconoce totalmente la existencia de vida humana aun después de esa semana. Véase el siguiente razonamiento:

En primer lugar, el artículo 123 del CPDF establece que el homicidio es privar de la vida a otro y lo castiga de ocho a veinte años de prisión; en segundo lugar, el artículo 130 del CPDF, en su fracción IV, tipifica las lesiones y las castiga con pena de prisión de dos a cinco años cuando éstas dejen cicatriz permanente y notoria en la cara y, en tercer lugar, el ya citado artículo 145 del CPDF señala como sanción tres a seis meses de prisión o de cien a trescientos días de trabajo a la comunidad. En materia de sanciones el texto constitucional, en el artículo 22 párrafo primero, consagra el siguiente principio: *toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídicamente afectado*; no obstante,

no existe proporcionalidad en los tipos penales citados. ¿Por qué una persona puede ser castigada hasta con veinte años de prisión si mata a otra, y la persona que aborta después de la semana doce sólo hasta seis meses de prisión? Y, por último, ¿por qué es mayor la pena para las lesiones que producen cicatriz que la establecida para el aborto? Con esto se prueba con suficiente holgura la anterior aseveración.

Una vez que se ha analizado lo relativo al inicio de la personalidad jurídica, en especial aquellas cuestiones que merecen mayor estudio jurídico en la actualidad, ahora es preciso abordar lo concerniente al fin de la personalidad jurídica.

B. Fin de la personalidad jurídica

Tal y como se dijo anteriormente, el artículo 22 del CCDF establece dos supuestos normativos. Según el primero, que es el que ahora nos interesa, la capacidad —y con ello la personalidad jurídica— se pierde con la muerte. Esta norma en sí misma no representa conflicto alguno, pues resulta lógico que la personalidad no puede extenderse más allá de la vida de una persona.

El problema radica en determinar el momento en que ocurre la muerte, sobre todo, cuando el desarrollo de las ciencias médicas ha permitido sustituir la mayoría de las funciones vitales y, en consecuencia, controlar algunos de los procesos que solían conducir a la muerte, tales como: la parada cardiaca, insuficiencia respiratoria, fracaso renal, equilibrio metabólico, etcétera. Es hasta nuestros días cuando la medicina ha comenzado a tener un control real y efectivo sobre la muerte.

En este nuevo escenario conceptos como “muerte natural” o “desahucio” se transforman en “muerte intervenida” o “reanimación”. La muerte deja de ser una consecuencia natural de la vida y se convierte en el fracaso de un proceso técnico-científico. Antes la única actitud ante la muerte era dejar que sucediera, una vez que aparecían ciertos síntomas no había otra elección más que morir de la mejor manera posible. Pero con la aparición de las medidas de soporte vital tiene cabida un espectacular intento de reanimación que se caracteriza muchas veces por la instrumentalización del cuerpo y por el abandono del ser humano cuando la medicina ha fracasado.

La posibilidad de mantener con vida a una persona ha aumentado, indudablemente, el cuestionamiento moral de los conocimientos médicos y su aplicación en pacientes concretos, y también ha provocado una revolución conceptual en la medicina, en el derecho y en la bioética.

En este sentido, antes de ser posible la sustitución mecánica o artificial de las funciones vitales, una persona se consideraba muerta cuando su organismo no podía continuar espontáneamente con dichas funciones, el criterio para establecer la muerte era la *parada cardiorrespiratoria*. Sin embargo, en la actualidad el cese de las funciones vitales no siempre es definitivo de muerte por lo que es necesario establecer nuevas reglas científicas y jurídicas que digan cuándo una persona está muerta, de este modo aparece el criterio de *muerte cerebral o muerte encefálica*.⁶⁶

Al respecto, conviene precisar cuatro ideas fundamentales: *i)* el primer criterio permite establecer con bastante exactitud el momento de la muerte, lo que no sucede con el segundo pues la muerte ocurre en un periodo de tiempo ya que es un proceso biológico de degradación estructural que por su complejidad no es posible establecer con exactitud el momento o instante de la muerte;⁶⁷ *ii)* la búsqueda de precisión sintáctica puede ir seguida de una imprecisión semántica, pues el término anglosajón *brain death* ha sido traducido literalmente como muerte cerebral; sin embargo, la traducción correcta es muerte encefálica pues el cerebro solamente es una parte del encéfalo, los hemisferios cerebrales;⁶⁸ *iii)* tanto la muerte cardiorrespiratoria como la muerte encefálica no son dos formas de muerte, sino dos modos o criterios de llegar al diagnóstico

⁶⁶ Véase Echeverría, Carlos *et al.*, Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago, “Diagnóstico de muerte”, *Revista Médica de Chile*, vol. 132, 2004, p. 96. Trueba Gutiérrez, Juan Luis, “La muerte clínica: un diagnóstico y un testimonio”, *Anales de Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 30, núm. 3, 2007, pp. 57-70. *Diccionario médico*, 3a. ed., México, Masson-Salvat, 1995, p. 428. Elorza Martínez, Gustavo de, *Diccionario médico Zamora*, Colombia, Zamora editores, 2006, p. 741.

⁶⁷ Gracia, Diego, *Como arqueros al blanco*, Madrid, Triacastela, 2004, pp. 395-431. Morrison, R. S., “Death: Process or event?” *Science*, núm. 173, 1971; Polaino-Lorente, Aquilino, “Eutanasia y actitudes sociales”, *Persona y Derecho*, núm. 7, 1980, pp. 322 y 323, y Trueba Gutiérrez, Juan Luis, “Cerebro y persona. Reflexiones sobre la suficiencia constitucional”, en Masiá, J. (ed.), *Ser humano, persona y dignidad*, Madrid-Bilbao, Universidad Pontificia de Comillas-Desclée de Brouwer, 2005.

⁶⁸ Escalante Cobo, José Luis, “La definición de muerte”, en Gafo, Javier (ed.), *Trasplante de órganos: problemas técnicos, éticos y legales*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1996, Dilemas éticos de la medicina actual, núm. 10, p. 60.

de la muerte clínica,⁶⁹ y iv) clínicamente el criterio de muerte encefálica solamente se utiliza cuando la persona está bajo un control asistido de sus funciones cardiovasculares, es decir, cuando está en una unidad de cuidados intensivos (UCI) y conectado a un respirador.⁷⁰

Bajo esta perspectiva, la Ley General de Salud (LGS) en su artículo 343 contempla ambos criterios⁷¹ y, por ende, permite plantear dos situaciones clínicas. En primer lugar, *la persona que muere sin haberse sometido a medidas de soporte vital*⁷² tal es el caso, por ejemplo, del paciente que muere a consecuencia de una enfermedad crónica⁷³ como la diabetes o la hipertensión sin que sus funciones vitales hubiesen sido sustituidas artificialmente. En esta situación tiene vigencia el criterio de parada

⁶⁹ El diagnóstico de muerte se hace al comprobar signos negativos de vida y no signos positivos de muerte toda vez que éstos son más tardíos y, si se espera su aparición para diagnosticar la muerte, se crearían una serie de problemas de orden higiénico y epidemiológico. Echeverría, Carlos, *et al.*, *op. cit.*, p. 97.

⁷⁰ Trueba Gutiérrez, Juan Luis, “La muerte clínica: un diagnóstico y un testimonio”, *op. cit.*, pp. 57-70, y Trueba Gutiérrez, Juan Luis, *Cerebro y persona. Reflexiones sobre la suficiencia constitucional*, *op. cit.*

⁷¹ Artículo 343, LGS. “Para efectos de este Título, la pérdida de la vida ocurre cuando se presentan la muerte encefálica o el paro cardíaco irreversible. La muerte encefálica se determina cuando se verifican los siguientes signos: I. Ausencia completa y permanente de conciencia; II. Ausencia permanente de respiración espontánea, y III. Ausencia de los reflejos del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociocéptivos. Se deberá descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas”.

⁷² Según el *Hastings Center*, el tratamiento de soporte vital consiste en toda intervención médica, técnica, procedimiento o medicación que se administra a un paciente para retrasar el momento de la muerte, esté o no dicho tratamiento dirigido hacia la enfermedad de base o el proceso biológico causal. *Hastings Center*.

Guidelines on the termination of treatment and the care of the dying, Nueva York, Briarcliff Manor, 1987.

En Monzón Marín, J. L. *et al.*, “Recomendaciones de tratamiento al final de la vida en paciente crítico”, *Medicina Intensiva*, vol. 32, núm. 3, 2008, p. 5. Son tratamientos de soporte vital los siguientes: la resucitación o reanimación cardiopulmonar (RCP), la ventilación mecánica, los sistemas de depuración extrarrenal, los fármacos vasoactivos, la nutrición artificial, los hemoderivados, etcétera.

⁷³ La enfermedad crónica es aquella que suele comenzar paulatina y progresivamente y que, por lo general, termina por disolución. La *lisis* de las enfermedades crónicas hace entrar al paciente en lo que hoy se conoce como “etapa o fase terminal”, término utilizado sobre todo en oncología. Una vez diagnosticada la “terminalidad” es necesario iniciar una nueva estrategia en el manejo del paciente, es decir, la atención médica no va dirigida a la curación sino a la paliación de síntomas y la promoción del mayor confort posible.

cardiorrespiratoria para diagnosticar la muerte del paciente y que, en términos jurídicos, no representa problema alguno en cuanto al fin de la personalidad puesto que se puede saber con bastante precisión el momento de la muerte.

Y, en segundo lugar, *la persona que muere tras haberse sometido a medidas de soporte vital* tal es el caso, por ejemplo, del paciente que muere a consecuencia de una enfermedad aguda⁷⁴ como un traumatismo craneoencefálico derivado de un accidente aun con la sustitución artificial de sus funciones vitales. En esta situación, a diferencia de la anterior, tiene vigencia el criterio de muerte encefálica para diagnosticar la muerte del paciente y que es donde en realidad se presentan los principales cuestionamientos relativos al fin de la personalidad jurídica. Veamos un problema concreto.

¿Quiénes se encuentran en estado vegetativo aún son personas, es decir, todavía tienen personalidad jurídica?

El estado vegetativo (EV) es el cuadro clínico caracterizado por inconsciencia completa del enfermo, tanto de sí mismo como del entorno, acompañado de ciclos de vigilia-sueño y con preservación completa o parcial de las funciones autonómicas hipotalámicas y troncoencefálicas.⁷⁵

El llamado *persistent vegetative state* suele traducirse al castellano como “estado vegetativo persistente” (EVP); no obstante, es más correcto usar el adjetivo permanente, ya que todo EV comienza siendo persistente pero puede ser reversible o no serlo. De este modo, existe EV permanente que le es consustancial la irreversibilidad y el EVP que es reversible. El EVP es un diagnóstico, mientras que el EV permanente es un pronóstico.⁷⁶

⁷⁴ La enfermedad aguda es aquella que surge de modo repentino y el tiempo su duración es corto y limitado; además, termina por resolución. La crisis de esta enfermedad conlleva a lo que se denomina “situaciones críticas” cuyo manejo es abordado por la “medicina crítica” o “medicina intensiva” cuya característica básica es el uso masivo de las llamadas medidas, técnicas o tratamientos de soporte vital. La distinción entre enfermedades crónicas y enfermedades agudas tiene como propósito facilitar el análisis del tema. Establecer tal diferencia en la práctica es difícil ya que, por un lado, enfermedades crónicas pueden obligar a ingresar a un paciente en la UCI y, por otro, la atención de los pacientes con enfermedades agudas no se limita exclusivamente a curar o mantener con vida.

⁷⁵ Multi-Society Task Force on PVS, “Medical aspects of the persistent vegetative state”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 331, núm. 20, noviembre de 1994.

⁷⁶ Véase Cal, de la M. A. et al., “Recomendaciones de la 6a. Conferencia de Consenso de la SEMICYUC. Estado vegetativo persistente postanoxia en el adulto”, *Medicina Intensiva*,

Para la medicina, los pacientes en EV permanente no cumplen los criterios de muerte encefálica (tienen reflejos del tronco y respiración espontánea) ni los de muerte cardiorrespiratoria por lo que hay que considerarlos como personas vivas. Aunque también hay quien considera que debería incluirse dentro del criterio de muerte encefálica, pues al perder de modo total e irreversible la conciencia se puede afirmar que están cerebralmente muertos.⁷⁷

¿Quién se atrevería a enterrar a una persona que tiene los ojos abiertos, duerme, despierta, le late el corazón...? ¿Lo anterior significa que están realmente vivos?

Las interrogantes médicas, bioéticas y jurídicas son numerosas, y no es el objetivo de este trabajo tratar de dar respuesta a cada una de ellas; sino solamente evidenciar que el avance de las ciencias médicas lleva consigo la obligación de repensar los supuestos para determinar el fin de la personalidad jurídica, principalmente en lo concerniente a las situaciones en que no con suficiente claridad se puede diagnosticar la muerte y, en todo caso, el tiempo en que ocurre la misma.

5. Conclusiones

Primera. En la antigua Roma no todos los seres humanos eran personas. La categoría de ser humano no era correlativa con la de persona

vol. 27, núm. 8, 2003, p. 545. Campos Romero, J. M., "El estado vegetativo", en Cabré Pericas, Ll. (coord.), *Decisiones terapéuticas al final de la vida*, Barcelona, Edika Med, 2003, p. 128.

⁷⁷ La pérdida irreversible de las funciones corticales superiores, la conciencia y las funciones cognitivas son necesarias y suficientes para diagnosticar la muerte. Véase Veatch, Robert M., "The Definition of Death: Ethical, Philosophical and Policy Confusion", *Annals of the New York Academy Sciences*, vol. 315, noviembre de 1978. Youngner, S. J. y Bartlett E. T., "Human death and high technology: the failure of the whole-brain formulations", *Annals of Internal Medicine*, vol. 99, núm. 2, agosto de 1983, pp. 252-258. Cranford, R. E. y Smith, D. R., "Consciousness: the most critical moral (constitutional) standard for human personhood", *American Journal of Law and Medicine*, vol. 13, 1987. Wikler, D. y Weisbard, A. J., "Appropriate Confusion over «brain death»", *JAMA*, vol. 261, núm. 20, noviembre de 1989, p. 2246. Truog, Robert D. y Flacker, J. C., "Rethinking brain death", *Critical Care Medicine*, vol. 20, núm. 12, diciembre de 1992, pp. 1705-1713. Wikler, Daniel, "Not dead, not dying? Ethical Categories and the Persistent Vegetative State", *The Hastings Center Report*, 1998, pp. 41-47. Green, Michael, B. y Wikler, Daniel, "Brain Death and Personal Identity", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 9, núm. 2, 1980, pp. 105-133.

en sentido jurídico. Para ser persona se debían tener con una serie de cualidades establecidas por el *ius civile*.

Segunda. Conforme al derecho romano ser persona no comportaba tener personalidad jurídica como la comprendemos ahora, sino solamente el hecho de ser miembro de una comunidad.

Tercera. Para el derecho romano el sujeto de derecho por antonomasia era el *paterfamilias* en tanto que era un ser humano libre, ciudadano romano y *sui iuris*. Es decir, aunque el término “personalidad jurídica” como tal no existía en ese derecho; para fines didácticos, cabe decir que sólo el *paterfamilias* tenía personalidad jurídica. Sin embargo, existían otras personas —sin esa “personalidad jurídica”— con la posibilidad de participar de algún modo en la vida jurídica siempre y cuando fuesen seres humanos libres como, por ejemplo, el *infante maior*.

Cuarta. Por lo que hace a la capacidad de obrar, la *pubertas* y la posibilidad de conducirse deliberadamente en las relaciones jurídicas marcaban el inicio de ésta. No obstante, de modo excepcional se permitía la realización de ciertos actos, en primer lugar, a quienes todavía no alcanzaban la madurez sexual y, en segundo lugar, a los que aun siendo maduros no podían conducirse por sí mismos. En ambos casos, solamente bajo la premisa de que el acto fuera para su beneficio patrimonial, es decir, que lo enriquecieran.

Quinta. En el derecho romano el patrimonio es lo esencial en tanto que la persona lo accidental; por tanto, la protección del *nasciturus* conforme al principio consagrado por el Digesto, que reza: “el concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable” debe entenderse como una protección en sentido patrimonial y, “lo que le sea favorable”, como un enriquecimiento patrimonial que le sea legítimo. Ésta es la razón por la que, a partir de entonces, se establecen limitativamente los supuestos en los que se le tiene por nacido.

Sexta. La tendencia del derecho romano es facilitar lo más posible el enriquecimiento patrimonial lícito de la persona y, de igual forma, protegerlo de actos que lo disminuyan. En este sentido, es evidente la flexibilidad de las reglas aplicables a los actos encaminados a incrementar el activo patrimonial, o bien a disminuir su pasivo y, a la vez, la rigidez de las reglas aplicables a los actos que se dirigen a disminuir el activo patrimonial, o bien a incrementar su pasivo.

Séptima. En la actualidad, el sustento material de la personalidad jurídica está en la ley, por ello se dice que es una *atribución* del Estado. Sin embargo, su base formal se fundamenta en la dignidad del ser humano como fin en sí mismo, razón por la cual se afirma que es un mero acto de *reconocimiento* estatal. De cualquier forma, la personalidad jurídica, ya sea en sentido material o formal, no debe ni puede quedar al arbitrio de la autoridad estatal.

Octava. Es común que la legislación y algunos doctrinarios confundan la personalidad jurídica con la capacidad. Ambos son conceptos íntimamente relacionados, pero no sinónimos. La personalidad es la *aptitud* para ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, es la *idoneidad* del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas. Además, la personalidad no es susceptible de medición en grados, no se puede ser más o menos persona. La capacidad, por su parte, es una de las características inherentes a la personalidad que hace posible su funcionalidad en la realidad jurídica. En otras palabras, la capacidad es la *medida de la idoneidad* para determinar por acto propio el contenido de las relaciones jurídicas. La capacidad, a diferencia de la personalidad, si admite gradación; es decir, teniendo personalidad jurídica se puede tener más o menos capacidad.

Novena. Existe suficiente evidencia científica en el campo de la embriología que demuestra que la vida humana inicia desde el momento de la concepción o fecundación, es decir, desde que se fusionan los gametos masculino y femenino.

Décima. En lo relativo al inicio de la personalidad jurídica, el CCDF se caracteriza en: *i*) que adopta la teoría del nacimiento, y *ii*) a consecuencia de lo anterior en razón de la influencia romana, que la protección del *nasciturus* es eminentemente patrimonial.

Décima primera. Aun cuando la protección que ofrece en CCDF al *nasciturus* es eminentemente patrimonial, se justifica plenamente su personalidad jurídica; pues para que se adquieran derechos patrimoniales es requisito *sine qua non* tener personalidad jurídica que, en el caso del *nasciturus*, está sujeta a una condición resolutoria negativa de que no nazca viable.

Décima segunda. En las condiciones jurídicas y sociales actuales que se caracterizan por la evolución de las ciencias médicas, de los derechos humanos y de la filosofía del derecho al principio del Digesto que ha

influido en la legislación civil de occidente ya no se le puede dar una interpretación y aplicación restrictiva al ámbito patrimonial, “lo que le sea favorable” ahora debe entenderse, además —y quizá con mayor importancia—, como una protección ontológica.

Décima tercera. De acuerdo con las reformas constitucionales aprobadas por la Cámara de Senadores en materia de derechos humanos (pendientes de aprobación por las legislaturas locales) el *nasciturus* tiene derecho a la vida desde la concepción. Por tanto, *i*) la protección estatal ya no se limita al aspecto patrimonial; *ii*) su personalidad jurídica rebasa los supuestos de antaño, y *iii*) el aborto, aun cometido antes de las 12 semanas de gestación, es violatorio del derecho a la vida. Esto en virtud de que: *i*) el nuevo texto del artículo 1 constitucional abre la posibilidad garantizar derechos humanos no reconocidos expresamente en la Constitución siempre que estén contenidos en tratados internacionales suscritos por México, y *ii*) la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por México reconoce el derecho a la vida desde la concepción.

Décima cuarta. Las “doce semanas” como criterio para definir la licitud/ilicitud del aborto es a todas luces arbitrario, pues no obedece a ninguna razón jurídica ni científica.

Décima quinta. La muerte como supuesto para la pérdida de la personalidad no es objeto de discusión. La controversia, tanto médica como jurídica, está en determinar el momento en que ocurre la muerte, sobre todo, cuando la ciencia médica de nuestros días permite sustituir la mayoría de las funciones vitales y controlar algunos procesos que antes conducían inevitablemente a la muerte.

Décima sexta. Antes de que aparecieran las medidas de soporte vital el criterio para determinar la muerte de una persona era la parada cardiorrespiratoria. Sin embargo, al ser posible sustituir la mayoría de las funciones vitales ahora el criterio es el de muerte encefálica.

Décima séptima. Tanto el criterio de parada cardiorrespiratoria como el de muerte encefálica están regulados actualmente por la LGS toda vez que no son dos formas distintas de muerte, sino dos modos o criterios para diagnosticar la muerte de una persona de acuerdo con las características clínicas propias de cada caso.

Décima octava. Los pacientes en estado vegetativo persistente plantean una situación desconcertante para la medicina, la bioética y el derecho ya que no cumplen ninguno de los dos criterios para diagnosticar la muerte. Por otro lado, hay que recordar que el diagnóstico de muerte se hace al comprobar signos negativos de vida y no signos positivos de muerte. Por tanto, difícilmente se podría justificar que por el hecho de encontrarse bajo esas condiciones clínicas han dejado de ser personas.

Décima novena. El jurista no con poca frecuencia da por sentado el alcance y operatividad de muchas instituciones jurídicas; no obstante, lo que ya damos por pensado comúnmente resulta lo más difícil de analizar, argumentar y justificar. En este sentido, la personalidad jurídica no debe tener el tratamiento como si se tratara de un tema agotado y ajeno a toda realidad histórica, social o científica; por el contrario, los acontecimientos sociales contemporáneos, la profundidad en la reflexión filosófica que se ha alcanzado, los nuevos descubrimientos de la medicina, la evolución en el reconocimiento y protección de los derechos humanos, las aportaciones que ha hecho la bioética al derecho, etcétera. deben ser ahora más que nunca cartas de navegación que orienten la vigencia y contenido de las instituciones jurídicas sin olvidar el ineludible afán de justicia.