

## NOTAS Y REFLEXIONES HISTÓRICAS EN TORNO AL ARTÍCULO 11 DEL CÓDIGO CIVIL DE 1884

Por José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ  
Instituto de Investigaciones Jurídicas,  
UNAM

### I. PLANTEAMIENTO

Así como los humanistas e intelectuales de los siglos XVI y XVII, al admirarse ante los enormes avances de las ciencias exactas, creyendo que la razón humana era capaz de desentrañar todos los secretos del universo, crearon un verdadero culto a la razón; de igual manera, nosotros, hombres de la segunda mitad del siglo XX, sorprendidos por los grandes avances de la ciencia, parece como si hubiéramos perdido el norte respecto a lo que tiene que ser ésta y para lo que debe servir.

La gran interrogante de nuestros días es el saber si la ciencia es para el hombre o el hombre para la ciencia; si el cultivo de la misma tiene un objetivo o si hace ciencia por la ciencia misma. Parece como si la finalidad de la ciencia no fuera voadyuvar con la naturaleza, sino todo lo contrario.

Como muestra de ello podemos mencionar los desastres ecológicos, la manipulación genética, la proliferación del aborto, las fecundaciones *in vitro* sin control ninguno y, de forma indiscriminada, el desarrollo voraz y criminal de las industrias bélicas; todo lo cual no es otra cosa más que un profundo desprecio por el hombre, es la deshumanización de la ciencia.

Y es ahí precisamente donde debe intervenir el derecho, de tal suerte que todos los avances científicos no sean ajenos al orden jurídico, sino todo lo contrario, ya que el derecho es el instrumento idóneo para encauzar dichos avances, para que éstos no desvirtúen los objetivos de la ciencia, para que la ciencia sirva al hombre y no el hombre a la ciencia, como vil conejillo de Indias en un laboratorio. En fin, trátase de un gran reto del derecho en la época actual.

Para enfrentar los requerimientos de la vida moderna, el derecho no puede ni debe olvidarse de aquellos principios universalmente reconocidos por el orden jurídico, los criterios perennes que han susten-

tado los juristas a través de los siglos, síntesis de los valores de la cultura occidental.

No se trata de que el derecho frene el progreso, todo lo contrario, se trata de que el derecho lo encauce, lo ordene y lo oriente.

Cuando fui invitado por los organizadores de este evento a participar en calidad de ponente, amén de unirme al merecidísimo homenaje que, más que al Código, se hace a sus autores y a todos los que hicieron posible su promulgación, quise comentar algún precepto ejemplar, que nos diera una lección a los juristas de este último cuarto del siglo xx, y así fue como decidí estudiar el significado y alcances del artículo 11 del Código Civil de 1884.

Efectivamente uno de los preceptos más hermosos, profundamente humano y racional del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 31 de marzo de 1884 es precisamente su artículo 11, el cual reza así:

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

## II. ORIGEN DEL PRECEPTO

Lo primero que tenemos que dilucidar es el origen de dicho artículo. Pensamos que no hay ninguna duda en que fue copiado literalmente del artículo 12 del Código Civil de 13 de diciembre de 1870, y a su vez fue el que inspiró la redacción del artículo 22 del Código de 1928, aún vigente.<sup>1</sup>

Pero vayamos más atrás, y encontraremos lo que al respecto nos dice Verdugo<sup>2</sup> y confirma Batiza<sup>3</sup> y es que el mismo fue tomado del artículo 6 del Código Civil portugués, que a la letra dice:

<sup>1</sup> Nuestro artículo 22, vigente, añade, con mejor técnica que tratándose de personas físicas la capacidad jurídica se inicia... y termina con la muerte.

<sup>2</sup> *Cfr.*, *Principios de derecho civil mexicano*; con la cooperación del licenciado José Portillo, México, Tipografía de Gonzalo A. Esteva, 1885; t. I, p. 66, No. 100.

<sup>3</sup> *Cfr.*, *Las fuentes del Código Civil de 1928*, México, Porrúa, 1979, p. 207. Agrega el profesor Batiza que él considera que se tuvo a la vista la traducción que de los primeros 640 artículos hiciera y publicara el escritor español Patricio de la Escosura. (*Cfr.*, *op. cit.*, p. 32, n. 21).

Artículo 6. A capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento; mas o individuo, logo que é procreado, fica debaixo da protecção da lei, e tem-se por nascido para os affeitos declarados ne presente código.

Esto es:

Artículo 6º La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento; pero desde el momento que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley, y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Por su parte la *Exposición de motivos* del código de 1870, nos indica:<sup>4</sup>

Sanciona (el artículo en cuestión) un principio universalmente reconocido, y que desde el Fuero Juzgo hasta las leyes de Toro, ha venido repitiéndose en la legislación española. Aunque el nacimiento es el que da la capacidad jurídica, la ley protege al hombre desde que es procreado. Ha sido necesario consignar el principio, porque de él dimanar varias disposiciones relativas á legitimación, á reconocimiento de hijos, á tutela y á sucesiones hereditarias, todas de verdadera importancia en el orden social.

Pero vayamos todavía más atrás buscando los antecedentes remotos del mencionado artículo 11 del código de 1884; al respecto tenemos que decir que no encontramos paralelo ni en el *Proyecto* de García Goyena<sup>5</sup> ni en el *Código Napoleón*.<sup>6</sup> Sin embargo, creemos que el verdadero origen de esa disposición se encuentra en las *Siete Partidas*, cuya ley III, del título XXIII, de la cuarta partida, dice:<sup>7</sup>

Demientre que estodiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga ó se diga á prodella, aprovéchase ende, bien asi como si fuese nascida; mas lo que fuese dicho ó fecho á daño de su persona o de sus cosas nol empesce... Et am dixieron que si

<sup>4</sup> Cfr. Verdugo, Agustín, *op. cit.*, t. I, pp. 63-64.

<sup>5</sup> Hemos manejado: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, 4 t., particularmente el t. I.

<sup>6</sup> Hemos revisado: Saint-Joseph, Authoine de, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoleón*, París, Charles Hingray, 1840, p. 148.

<sup>7</sup> Cfr., *Las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia y glosada por el lic. Gregorio López*, París, Rosa Booret, 1851, t. III, p. 191.

alguna muger preñada hobiese fecho cosa por que debiese morir, que la criatura que nasciere della debe seer libre de la pena, et por ende deben guardar la madre fasta que para.

El antecedente de las Partidas lógicamente lo tenemos que encontrar en el *Corpus Iuris*, en donde el Digesto afirma: "Se protege al hijo concebido como si hubiese nacido, siempre que se trate de ventajitas propias, pues antes de nacer no puede favorecer a tercero".<sup>8</sup>

Por otro lado, al revisar los diversos cuerpos legislativos castellanos e indianos, desde el *Fuero Juzgo* hasta la *Novísima Recopilación*, no hemos encontrado paralelo, excepción hecha de la viabilidad a que nos referiremos más adelante. Ahora bien dado el carácter supletorio del código alfonsino, las demás disposiciones del derecho castellano, y por ende el indiano, remiten al mismo.

### III. ALCANCE DEL TEXTO ALFONSINO

Hasta aquí lo que podemos llamar el origen del artículo que comentamos, ahora tenemos que explicarlo, para lo cual habremos de acudir precisamente a la doctrina jurídica, la que lógicamente nos determinará el alcance y significado del pasaje de Partidas antes invocado.

Al revisar los principales textos de doctrina jurídica civil entre 1750 y 1870 hemos encontrado básicamente la siguiente explicación:

Prácticamente todos los autores consultados parten del *Comentario* de Vinnio, el cual comienza explicando lo que es estado de las personas, y dice que "es la condición o cualidad de la persona una virtud de la cual disfruta de estos o aquellos derechos. . . la persona era el hombre mismo revistiendo de cierto estado; esto es, o *natural* o *civil*".<sup>9</sup>

Ahí lo toma Álvarez y continúa:<sup>10</sup>

Estas palabras, *hombre* y *persona*, gramaticalmente son sinónimos;

<sup>8</sup> *Digesto* 1.5.7; Cfr., versión castellana de A. D'ors, et al., Pamplona, Aranzadi, t. I, p. 59.

<sup>9</sup> Cfr., *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto... á los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano, anotada por el jurisconsulto J. Gottlieb Heineccio, y seguido de las cuestiones selectas del mismo autor*; trad. de D. J. P. y B., Barcelona, Oliveres, 1867, t. I, p. 43.

<sup>10</sup> Cfr., *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*; edición facsimilar de la reimpresión mexicana de 1826; estudio preliminar de J. M. García Laguardia y M. R. González, México, UNAM, 1982, t. I, pp. 65-67.

pero jurídicamente se diferencian mucho. La palabra hombre es de mayor extensión que la palabra persona, porque toda persona es hombre, pero no todo hombre es persona. Hombre es todo aquel que tiene alma racional unida al cuerpo humano: y persona es el hombre considerado con algún estado. En este supuesto, el que no tiene estado alguno no es persona.

El estado es de dos maneras; o natural o civil. Estado natural es aquel que dimana de la misma naturaleza: v.g. que unos sean nacidos, otros por nacer, unos varones y otros mugeres, unos mayores de veinte y cinco años y otros menores.

Así podemos entender lo que dicen Jordan de Asso y de Manuel Rodríguez, quienes perfectamente explican el texto de Partidas antes señalado, cuando dicen:<sup>11</sup>

Según el estado natural, los hombres en primer lugar, o están por nacer, o ya actualmente nacidos. De aquellos, por razón de humanidad, está establecido *Que mientras es en favor de ellos lo que se hace, les aproveche como si fuesen ya nacidos, l. 3, tit. 33, part. 4.*

De este principio de derecho se sigue:

I. Que los que están por nacer, retengan todos sus derechos sin lesión alguna hasta el tiempo de su nacimiento. Lara *compendium vitae hominis. CI n. 4*; II. Que esta concesión del Derecho se efectúe sólo, quando el que está para nacer sale del vientre de la madre perfecto y vivo. *L. 2, tit. 8, lib. 5, Recop. III*; III. Que el no nacido se entienda parte de la madre, en lo que le causa provecho: Por lo que; IV, se dilata a la muger preñada el suplicio, tormento, u otra pena hasta que para, *d. 1. 3, tit. 23, part. 4*; V. Que si alguno está interesado en la sucesión del no nacido, puede poner guardas a la preñada, y deba denunciarse el parto al interesado, *L. 17, tit. 6, part. 6*; VI. Que muerto el Rey, quedando preñada la Reyna, se le preste el omenage en nombre del que ha de nacer. Gregorio López á la *Ley 5, tit. 15, part. 2, gl. I*. Ultimamente son muchos los efectos, para los cuales se consideran como nacidos los que aún están en el vientre. . .

De esta forma podemos concluir, como concluyó el *Sala mexicano* cuando apunta:<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Cfr., *Instituciones del derecho civil de Castilla*; reimpresión facsimilar tomada de la quinta edición (Madrid, Ramón Ruiz, 1792), Valladolid, Lex Nova, 1975, pp. 1 y 2.

<sup>12</sup> México. Galván Rivera, 1845, t. I, p. 257.

Pudiera creerse que el hombre no nacido, como que no vive, no puede ser objeto del derecho; pero la ley lo considera como que tiene que nacer, y en esta suposición asegura o establece sus derechos; de manera que, tratándose de su comodidad le tiene por nacido.

En la actualidad manejamos el concepto estado civil y hemos abandonado el de estado natural, al cual se referían constantemente los antiguos, porque para nosotros quizá no tengan tanta importancia las distinciones que proporcionaba la idea de estado natural, estas son: nacido o por nacer; hombre o mujer; e infante, impúberes, púberes, etcétera. En efecto, como señaló el jurista español decimonónico don Benito Gutiérrez Fernández, cuando hablaba del estado natural, como un concepto jurídico ya superado, al apuntar:<sup>13</sup>

Todas las condiciones de un individuo, desde que se presume la posibilidad de su existencia determinan una capacidad, una relación en la vida. . . pero mejor es decir que estas desigualdades no constituyen el estado, sino que son circunstancias que influyen en la condición.

#### IV. EXPLICACIÓN DEL ARTÍCULO

Creemos que ha quedado suficientemente explicado el origen del precepto del código de 1884 que ahora comentamos, por ello regresemos al texto del mismo, el cual es magistralmente explicado por don Agustín Verdugo, en su benemérita obra *Principios de derecho civil mexicano*, editada en 1885, la cual bien se podría considerar la exposición de motivos del código antes mencionado; pues bien, dicho autor señala:<sup>14</sup>

Sin embargo, motivos de justicia y de humanidad, trabajando de consuno por emancipar la ciencia del derecho de las trabas del formulismo, que en la primitiva legislación romana era causa de que, una vez establecido un principio jurídico, se desarrollase hasta sus postreras consecuencias, frecuentemente con agravio de la justicia misma; y sin atender a la diferencia de circunstancias, lograron desde antiguo que, la capacidad jurídica subordinada al prin-

<sup>13</sup> *Cfr.*, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*; 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Librería de Sánchez, 1871, t. I, p. 165.

<sup>14</sup> *Idem*, pp. 63 y 64.

cipio, a la existencia extrauterina, fuese también adquirida aún por los seres todavía pertenecientes al seno materno supuesto que eran más dignos que los nacidos, de solicitud y cuidado; y en el término fatal de la naturaleza, habrían de ser, como los otros seres, coparticipantes también de la vida civil. Pudiera decirse que en esta materia, como en otras muchas del derecho, la *equidad*, tomada esta palabra en su sentido histórico, ha ganado terreno en el campo de la justicia estricta, dosificando los principios rigurosos de la jurisprudencia primitiva. En la *humanización* del derecho.

No queremos terminar esta parte sin mencionar la obra de don Manuel Mateos Alarcón, la cual, aunque es del mismo año que la de Verdugo, en este punto es pedestre y elemental, pues repite las ideas de los tratadistas de la primera mitad del siglo XIX.<sup>15</sup>

El artículo 11, tantas veces mencionado, hace referencia a los “efectos declarados en el presente Código”. ¿Cuáles eran estos? Por un lado tenemos el capítulo “De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta” (artículos 3637 a 3652) y por otro lado tenemos lo que podemos calificar como derechos civiles de los no nacidos, los cuales son fundamentalmente 5 capacidades: de ser herederos, de revocar las donaciones de su padre, de ser legitimados, de ser reconocidos y de que se les nombre tutor.<sup>16</sup>

La primera la veremos con más detalle más adelante cuando hablemos de la viabilidad.

La segunda está comprendida por el artículo 2634 del código del 84. Este artículo disponía que las donaciones legalmente hechas por una persona que al tiempo de otorgarlas no tenía hijos, podían ser revocadas por el donante cuando le haya sobrevenido un hijo; ahora bien, cuando dicho hijo sea póstumo y legítimo la donación se tenía por revocada en su totalidad.

De acuerdo con el artículo 334, el hijo natural no nacido podía ser legitimado si se casaran sus progenitores y su padre declaraba serlo, e inclusive bajo condición en caso que no se tuviera la seguridad de que la contrayente estuviera encinta.

Por otro lado, el no nacido que fuera hijo natural también podía ser reconocido si el padre no fuera a casarse con la madre, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 351.

<sup>15</sup> Cfr., *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal, promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884*, México, Librería de J. Valdés y Cueva, 1885, t. I, pp. 28-31.

<sup>16</sup> Cfr., Verdugo, *op. cit.*, t. I, pp. 67 y 68.

En quinto lugar, y de igual manera, el artículo 428 autorizaba la designación de tutor testamentario de un no nacido.

## V. LA VIABILIDAD

De las ideas anteriormente apuntadas se desprenden dos conceptos jurídicos muy importantes para el derecho civil, el de hijo póstumo y el de viabilidad, como lo señalaba don Benito Gutiérrez Fernández.<sup>17</sup> Del primer concepto hemos hablado en los párrafos anteriores, tócanos ahora examinar someramente el desarrollo histórico del segundo.

Comencemos con el antiguo derecho romano. Según nos informa Gayo,<sup>18</sup> en aquel entonces al no nacido se le consideraba persona incierta, posteriormente, como ya apuntamos,<sup>19</sup> se le reconocieron los derechos de la personalidad, reconocimiento que no era liso y llano, sino sujeto a la condición de la viabilidad, es decir, que naciera vivo y con forma humana.

Sobre el primer requisito se suscitó la polémica entre proculeyanos y sabinianos, los primeros para determinar la viabilidad pedían algún signo vital y los segundos solamente les bastaba la presunción. Esta polémica fue resuelta por Justiniano en favor de la tesis de los sabinianos.<sup>20</sup>

El Fuero Juzgo agregó dos requisitos más, que viviera diez días y fuera bautizado;<sup>21</sup> sin embargo, parece que dichos requisitos fueron agregados al traducirse al romance, pues los textos latinos del *Liber Judiciarum* no los contienen.

Por otro lado, el Fuero Real<sup>22</sup> señaló que para que un niño fuera viable, aparte de que naciere vivo, fuera bautizado, sin determinar plazo para que el niño permaneciera vivo, como el Fuero Juzgo.

Por su parte varios fueros municipales castellanos empezaron a establecer el plazo de 24 horas y otros siguieron al Fuero Juzgo en los

<sup>17</sup> Cfr., *op. cit.*, t. I, p. 165.

<sup>18</sup> *Instituta* II, 242; Cfr., trad. de Alfredo de Pietro, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1967, p. 166.

<sup>19</sup> *Idem*, *supra*, nota 8.

<sup>20</sup> Codex VI. XXIX. 3; tomado de la edición de Ildefonso García del Comal, Barcelona, 1895, t. 5, p. 81.

<sup>21</sup> Cfr., libro IV, título II, leyes 18 y 19; hemos consultado la edición de la Real Academia, Madrid, 1815, pp. 72 y 73 (segunda parte).

<sup>22</sup> Cfr., libro III, título VI, ley 3; hemos consultado: 2ª ed., Madrid, Antonio de San Martín, 1872, t. I, p. 386.

10 días.<sup>23</sup> Las Partidas, siguiendo la tradición romana, únicamente hablan del nacimiento y no mencionan plazo.<sup>24</sup>

Para finiquitar esta situación definitivamente, las Leyes de Toro de 1505 establecieron:<sup>25</sup>

Ordenamos é mandamos que el tal fijo se diga que naturalmente es nascido, é que no es abortivo cuando nació vivo todo, é que á lo menos despues de nascido vivió veinte é cuatro horas naturales, é fue baptizado antes que muriese, é si de otra manera nascido murió dentro del dicho término, é no fue baptizado, mandamos que el tal fijo sea habido por abortivo, é que non pueda heredar a sus padres.

Don Sancho Llamas y Molina en su *Comentario* <sup>26</sup> nos explica que a partir de ese momento la viabilidad se estableció mediante tres requisitos: que naciera vivo del todo, que viviera al menos 24 horas y recibiera el Sacramento del Bautismo. Criterio que pervivió hasta la reforma liberal en que se suprimió la exigencia del bautizo por razones obvias; sin embargo el criterio de las 24 horas fue recogido por el artículo 303 de nuestro Código Civil de 1884: "sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno nace con figura humana y que, o vive veinticuatro horas naturales, o es presentado vivo al registro civil".

Antes de terminar queremos hacer una breve mención al Código Civil de Oaxaca de 1828, primer código de Iberoamérica, como lo ha puesto de manifiesto Ortiz Urquidi.<sup>27</sup> Pues bien, dicho ordenamiento en su artículo 16 señala que:

Los seres animados nacidos de muger; pero sin forma ni figura humana, no tienen ni derechos de familia ni derechos civiles. Pero mientras que viven estos monstruos, deben ser nutridos y conservados en cuanto sea posible por aquellos que tendrían la obligación de mantenerlos, si hubiesen nacido con figura humana.

<sup>23</sup> Cfr., Muñoz y Romero, Tomás, *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra; Coordinada y anotada*, t. I, ed. facsimilar (tomada de la de Madrid, José Ma. Alonso, 1847), Valladolid, Lex Nova, 1977, 560 p.

<sup>24</sup> Cfr., 6ª partida, título VI, ley 16, *op. cit.*

<sup>25</sup> Numeral 16.

<sup>26</sup> Cfr., 3ª ed. (realizada por José Vicente Cervantes), Madrid, Gaspar y Roig, 1853, t. I, pp. 267-276.

<sup>27</sup> Cfr., *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*; México, Porrúa, 1974, 385 p.

## VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Podemos afirmar que por razones de humanidad, a lo largo de la historia y hasta la época actual, el derecho civil ha protegido y otorgado capacidad jurídica a los no nacidos, desde el momento mismo de la concepción, otorgamiento sujeto a condición suspensiva, cuyo acontecimiento futuro será que nazca vivo y viable, esto último, la viabilidad, ha sido precisado de diferente manera a lo largo de la historia, sin embargo nuestro derecho civil ha recogido la tradición hispánica del plazo de las 24 horas.

Por otro lado, desconocer el carácter de persona a un ser humano concebido y no nacido es una gravísima equivocación y una enorme injusticia que vendría a desordenar todo nuestro sistema jurídico, formado durante más de 25 siglos en Occidente.