

PANORAMA DEL MARCO JURÍDICO QUE HA REGLAMENTADO A LA PERSONA DEL CONCEBIDO (*NASCITURUS*) DESDE EL DERECHO ROMANO AL DERECHO POSITIVO MEXICANO

SARA BIALOSTOSKY
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PREÁMBULO

Como se indica en el índice y siguiendo la pauta de este Congreso sobre “El Derecho de Familia del Derecho Romano al Derecho Actual”, hemos tratado en la presente comunicación de revisar los textos romanos y su recepción en México, en el caso concreto del *nasciturus* a través de su historia jurídica, para finalizar con un tema interdisciplinario candente en la actualidad como lo es el científico.

Desde el encabezado de la presente Comunicación, al identificar al “nasciturus” como persona, hemos asentado nuestra postura respecto a su condición jurídica, es decir a la paridad ontológica del concebido-nacido. Tema de interés no sólo para los romanistas y civilistas: hoy en día es materia de estudio para otras ramas del derecho como el constitucional y el internacional; y tema de reflexión y preocupación en los ámbitos éticos, religiosos y médicos.

Incluimos fuera de este texto un anexo con los artículos que se mencionan referentes al “nasciturus”, que esperamos les sean de utilidad a los congresistas en sus trabajos de Derecho Comparado.

I. DERECHO ROMANO-DIGESTO

Con la Constitución “Deo auctore”¹ del 15 de diciembre de 530, Justiniano encarga a Triboniano la formación del Digesto, con el fin como es *vox populi*, de elaborar un Código de vigencia práctica y no una investigación histórica; dándole por lo tanto a la comisión codificadora plenos poderes, para que alteraran los textos compilados en todo aquello que fuera necesario para adaptar las obras

¹ Dicha Constitución figura al frente del *Corpus Iuris*, obra legislativa de Justiniano que consagra el Derecho Justiniano.

Ver FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano en Bullet. Dell Istituto di Diritto Romano* 1900 ps. 101. y GUARINO, A. *L' esegesi delle forti dil diritto romano Edit. Jovene Milano* 1968 Tomo I pp.512 y siguientes.

clásicas de los juristas, el *jus*, a las necesidades vigentes de su administración, *propter utilitatem verum*²

Con dicha fuente formal se inicia el trabajo de recopilación, mismo que se concluye y adquiere fuerza de ley a partir del 16 de diciembre de 533 con la Constitución *Tanta Circa*, en la que se reconoce como es sabido, la intervención de la divinidad para reducir el plazo previsto para su elaboración de diez años a sólo tres, a esta reducción y a la autorización dada por el mismo Justiniano, en la mencionada Constitución *Deo acture*, se deben probablemente entre otras cosas la presencia de las interpolaciones, las repeticiones y contradicciones entre unas y otras citas³. Lo que pone sobre el tapete de la duda el grave problema de cómo fue redactado el Digesto. La historiografía moderna ha aceptado que la Comisión Plenaria se dividió en varias comisiones y la Teoría de Bluhme respecto a las tres masas en que se divide el Digesto, la sabiniana, la edictal y la papiniana, es hoy día incuestionable.

Nos hemos permitido hacer las referencias anteriores a un auditorio que por demás esta decir, conocedor de ellas, por considerar que pueden servirnos como una de las causas, que no la única, para explicarnos la presencia de las dos corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico romano, que se abocan a diferenciar conceptualmente la condición jurídica del *nasciturus*: la justinianeana basada en conceptos concretos y de derecho natural, frente a la de los conceptos abstractos y positivistas emanados de la pandectística alemana⁴. Si bien ambas corrientes se basan en citas del Digesto; la pandectística las utiliza, según opinión de Pierangelo Catalano⁵, en el plano normativo para desvirtuar el principio de la igualdad ontológica concebido-nacido negando así dicha igualdad.

Los dos pasajes en que se fundamenta dicha excepción son, uno atribuido a Papiniano D 35, 2,9,1 que al tratar de la *Lex Falcidia* afirma que: “Respecto al hijo que espera una esclava no se admite distinción de momentos, y no sin razón pues en tanto aquél no ha nacido no se dice que existía un esclavo” y el otro pasaje de Ulpiano en D 25,4,1,1 a propósito del edicto pretorio de los *senatusconsulta de liberis agnoscendis*, que se refiere al interés de la mujer divorciada (y del mismo concebido) con relación al marido, “Resulta muy claramente de este rescripto que no tenían lugar los senadoconsultos sobre reconocimiento de los hijos al disimular o negar la mujer su embarazo, y no sin razón, pues el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus viseras”.

² Estas alteraciones reciben el nombre de interpolaciones o imblimata triboniana. Ver Joers. Voz “digesta” en *Pauly-Wissowa en Realenzyklopädie* (R.E)

³ Ver LENEL O *Zeitschrift der Savigny* (Z.S.S) 1913 y *Le méthode de la compilation des Digesta Justiniani*. R.I. DA. 1957

⁴ Así F. CLÜCK. *Commentario alle pandette*. Traducido y anotado por E. Ferrinu, Milan 1888. R. Sohm. *Instituciones del Derecho Privado Romano* 17ª Ed. Madrid 1928 Traducido por W. Roces.

⁵ Catalano Pierangelo. Observaciones sobre el “*nasciturus*” a la luz del Derecho Romano. Presentado en la Publicación del estrato sobre la persona en el Sistema Jurídico latinoamericano. Universidad Externado de Colombia. 1995.

Coincidimos plenamente con la opinión de Catalano, mencionado en líneas anteriores.

Citas ambas que deben considerarse sólo como excepciones de los principios generales que contienen los libros primero y último del Digesto, que nos sirven para sostener el principio de paridad concebido-nacido, autoría uno de Juliano D.1,5,26,50 a cuyo tenor “Los hijos ya concebidos son considerados en casi todo el derecho civil como nacidos y el otro de Paulo D. 50,16,153 y 154 “Debe considerarse existente en el momento de morir su madre el que ésta dejaba vivo en su vientre”.

Esta dos últimas citas que se nos presentan como principios de carácter general, parecen ser herederas, de una tradición no sustentada, que se menciona en una *Lex Regia*⁶, atribuida a Numa Pompilio en la que dispone que si la mujer embarazada muere, debe extraérsele el producto de la concepción ante la posibilidad de que viva. En este mismo sentido puede entenderse que por motivos jurídico-religiosos en las XII Tablas se considera la concepción como el surgimiento de un nuevo *suus* en la familia⁷.

Del análisis de las 4 citas mencionadas podemos afirmar que del Digesto se desprende el principio general de paridad concebido-nacido, por consiguiente deben considerarse excepciones los casos contrarios a dicho principio.

II. DERECHO NOVOHISPANO.

LAS SIETE PARTIDAS.

Bajo la denominación de Derecho Novohispano entendemos, al Derecho Indiano que es el derecho expedido por las autoridades españolas para ser aplicado en los territorios conquistados de ultramar, complementado por normas de derecho indígena no contradictorias a la corona y al ambiente cristiano⁸, y por el derecho Castellano cuyo orden de prelación para su aplicación fue:

- 1) Leyes del Toro
- 2) Ordenamiento del Alcalá.
- 3) Fueros municipales de Castilla.
- 4) Fuero Real.
- 5) Las Siete Partidas.

La médula del Derecho Civil del virreinato fueron sin duda Las Siete Partidas, obra cumbre del Derecho Castellano y del Occidente europeo que encontró en las Indias Occidentales en general y en especial en el virreinato de la

⁶ Hoy en día se admite que entre el siglo III y el II a.C. un pontífice, Papirio debió compilar una colección de leyes regias, que se refieren a instituciones más antiguas que tienen su base en la organización social primitiva.

Ver P. DE FANCISCI. *Síntesis Histórica del Derecho Romano* Edit. *Revista de Derecho Privado*. Madrid 1954.

⁷ Ver G. *La sucecione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*. Florencia 1930, p. 87 y Así: *Interpretatio clasica de las XII Tablas: Sabino*.

⁸ Recopilación de leyes de los reinos de las Indias en 1680. L.I. 6,8, 21.

Ver J.M. OTS CAPDEQUÍ. *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y el derecho propiamente indiano*. Buenos Aires 1943 p.92

Nueva España una difusión extraordinaria, base sin lugar a dudas de la codificación latinoamericana conforme al derecho Romano-justiniano y castellano.

Este monumento legislativo, cumbre de la España Medieval, de Alfonso X el Sabio, como seguramente se mencionará recurrentemente en este evento, tiene entre otros méritos el haber sido el conducto para la recepción del Derecho Romano-justiniano en el mundo latinoamericano, y es en ella precisamente donde se encuentra la recepción de las citas referentes al *nasciturus* del Digesto.

Es el texto de la 4ª Partida la que “habla de los desposorios, e de los casamientos”, se refieren al *nasciturus* las leyes 3ª, 4ª y 5ª.

El título 23 dice: *Demientra que estouiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della aprouechase, ende, bien asi como si fuese nacido, ma lo que fuese, dicho o fecho a daño de su persona o sus cosas non le empesce*; este texto recoge plenamente la tesis romana *qui in utero est*, misma que fue fundamental para la difusión del principio de igualdad concebido- nacido, romanización que entre otros aspectos colaboró a la unificación jurídica del país, así como a su recepción en el Derecho Castellano, lo que significa la plataforma jurídica común supranacional en Latinoamérica con base en el Derecho Justiniano.

Cabe mencionar que en las otras fuentes que conforman el Derecho Novohispánico no encontramos referencia al *nasciturus*.

La Partida 5ª habla de la criatura que nace de la mujer preñada, que no tuviera forma de hombre y apoya que *no deven ser contados por fijos, los que nascen de la muger, e non son figurados como omes, así como si ouiesen cabeza, u otros miembros de bestia*.

En la Partida 6ª al hablar de los derechos del hijo póstumo se advierte a todas luces su origen romano.

Debemos concluir este apartado parafraseando a Pietro de Castro⁹ quien considera a las Partidas como el monumento de unificación jurídica de España y, agregamos nosotros igualmente, de Latinoamérica.

No cabe la menor duda que parte de los Códigos latinoamericanos son producto de su recepción.

III. MÉXICO INDEPENDIENTE

A partir de la culminación de la Independencia en 1821 el orden de prelación por lo que al Derecho Privado corresponde varió, siendo el siguiente:

- 1) Fuero Juzgo
- 2) Las Siete Partidas.
- 3) El Derecho Canónico.
- 4) El Derecho Romano

⁹ CASTRO FERNÁNDEZ, PIETRO *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Edit. Aranzadi. Pamplona 1982 T1 pág. 121.

En sentido opuesto, críticas a esta obra se registran en: P. GÓMEZ DE LA SERRA. *Introducción histórica a la edición del Código de las Siete Partidas en la Colonia. Los Códigos españoles comentados y anotados*. 2ª Edición. Madrid, 1871. T 1. Págs. 30 y 31

Las Siete Partidas fueron la base del Derecho Civil primigenio del México Independiente.

La línea de origen romano respecto a la condición del *nasciturus* no se perdió en las codificaciones del México Independiente.

La obligación de legislar a los Estados emanada del artículo 161 de la Constitución Federal del los Estados Unidos Mexicanos de 1824, se tradujo en el Código Civil Oaxaqueño de 1827 que fue el primero que tuvo vigencia en ésta época, dicho Código reconoce como fuente inspiradora principal al Código Napoleón¹⁰, lo que marca el punto de partida del Derecho Civil Francés como orientador del Mexicano.

Con respecto a las donaciones entre vivos y a los testamentos el Código Civil Oaxaqueño establecía en su artículo 762 lo siguiente:

“Para ser capaz de recibir por donación entre vivos basta con ser concebido (sic) en el momento de la donación”

“Para ser capaz de recibir por testamento basta con ser concebido (sic) en la época de la muerte del testador”

“No obstante la donación o el testamento sólo tendrán efecto en el caso que el niño haya vivido veinte y cuatro (sic) horas después de su nacimiento”.

De los artículos anteriores se desprende, que para estar en posibilidades de suceder por testamento, era necesario existir (estar concebido) al momento de la muerte del testador, aunque, para que dicho derecho surtiera efecto, era indispensable que el niño viviera por lo menos veinticuatro horas después de su nacimiento. Asimismo, para recibir por donación se necesitaba estar concebido al momento de realizarse aquella, para que surtiera efectos, se exigía que el niño viviera al menos veinticuatro horas.

Aunado a lo anterior, en ambos casos era necesario que el niño naciera con figura humana, ya que si carecía de ella no podía ser titular de derechos civiles ni familiares, según el artículo 16 de dicho Código.

Antes de la expedición del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870, cabe mencionar un proyecto de Código Civil elaborado por don Justo Sierra en 1860 cuyas fuentes principales entre otras, fueron el Código Napoleón y el Proyecto de Código Civil Español de García Goyena.

Este Código inspirado en Derecho Romano, en el Código Napoleón y en el antiguo Derecho Español, a pesar de su evidente autonomía, no pretendió romper con las tradiciones jurídicas en que se habían formado los juristas mexicanos, por el contrario facilitó la transición entre el antiguo derecho, y las necesidades del nuevo México; este Código, fue sin duda el antecedente del de 1884 y del de 1928.

El Código Civil de 1870¹¹ establece en el artículo 12 lo siguiente:

¹⁰ El Código Napoleón no contiene disposiciones referentes a una regla general aplicable al inicio de la personalidad

¹¹ Tiene como antecedente el proyecto de 1859 redactado por Justo Sierra.

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

De este artículo se desprende que “ las personas concebidas o por nacer, o sea las que existían todavía en el seno materno, eran objeto de la protección de la ley, y se les tenía por nacidas cuando se trataba de su utilidad o de su derecho”.

En materia de donaciones , señalaba en su artículo 2749, que:

“Los nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo que se hizo y que sean viables conforme al artículo 327”

Unos años después, a partir de la vigencia del Código Civil de 70 se inició su revisión, ello motivó la elaboración de un nuevo Código Civil, el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California publicado el 31 de marzo de 1884 su vigencia se desplazo hasta el 30 de septiembre de 1932.

Este Código tuvo gran importancia porque fue adoptado por los Estados , de tal manera que unificó la Codificación civil de la República.

El Código Civil de 1884 estableció en su artículo 11, que:

“ 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”.

Asimismo, en su artículo 303 señalaba:

“Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno nace con figura humana y que, vive 24 horas naturales, o es presentado vivo al Registro Civil”

En cuanto a las donaciones el artículo 2631 estipulaba:

“Los nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y que sean viables conforme al artículo 303”

Los Códigos de 1870 y 84 reproducen gran número de preceptos del Código Napoleón, tales como el Proyecto español de García Goyena de 1851, el Código italiano de 1865, y el Código Portugués de 1867, entre otros

Producto sin duda del movimiento liberal revolucionario fue la publicación de la Ley de relaciones familiares que fue promulgada el día nueve de abril de 1917, siendo la primera en autorizar el divorcio vincular e implantar reformas trascendentales en el Régimen del matrimonio y la familia.

Sin embargo, respecto al tema del *nasciturus*, esta ley fue omisa y sólo se refirió a los hijos nacidos, lo que regulaba en el Capítulo VIII.- De la paternidad y filiación de los hijos legítimos.

La promulgación del Código Civil de 1928 contribuyó notablemente a un movimiento renovador. El 1° de octubre de 1932 el Código Civil actual con orientación e ideología distintos a los pilares del Código Civil de 84 entró en vigor, después de una “vacatio legis” y de haber sido publicado el 26 de mayo de 1928.

En su artículo 1° enunciaba que era aplicable en materia común en el Distrito Federal y en toda la República en materia Federal; debido a reformas constitu-

cionales, hoy en día continua vigente únicamente como Código Civil Federal

El Artículo 22 del Código Civil de 1928 es contundente respecto al inicio de la personalidad definiendo que “ La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.

Del artículo 22 se desprenden los siguientes supuestos:

1) El principio general es que la personalidad jurídica se inicia al nacimiento y se extingue con la muerte.

2) Desde la concepción del individuo entra bajo la protección de la ley, de tal manera que para los efectos de la ley conducente, se le tiene por nacido.

3) Tenerlo por nacido, significa que se le reconoce su personalidad como si ya hubiere nacido; inclusive en los términos y alcances indicados en el artículo 33, que establece: “Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas, o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca nadie podrá entablar demanda sobre paternidad”

Los artículos 324, 325, 326, 334 y 383 del mismo ordenamiento, referentes a la paternidad y los artículos 364, 1313, 1314, 1491, y 2357 referentes a ser heredero, legatario y donatario confirma el criterio de la paridad concebido – nacido.

Cabe mencionar respecto de la viabilidad, que algunos autores consideran que al exigirla se establece el principio contrario al concepto de paridad concebido - nacido.

Es importante hacer notar la opinión del ilustre civilista Rojina Villegas¹² quien no considera que el requisito de la viabilidad opere como una condición suspensiva, lo que implicaría que la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable, y por lo tanto agrega, no podría explicarse como puede ser heredero o donatario el ser que sólo está concebido; en cambio si afirmamos que el concebido es persona pero su personalidad está sujeta a la condición resolutoria negativa: de que no nazca viable, quedará perfectamente explicado que fue persona desde el momento de la concepción, extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo, como ocurre en el caso de que se cumpla la condición resolutoria, si se realiza justamente ese hecho futuro e incierto (que nazca no viable) y que funge como condición resolutoria. Si no se realiza dicha condición, será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento.

IV. EL DERECHO Y LA CIENCIA MÉDICA FRENTE A LA SITUACIÓN DEL NASCITURUS

Los mexicanos vivimos actualmente una época de cambio, no sólo políticos y económicos, estamos inmersos también en un verdadero cambio de época

¹² R. ROJINA VILLEGAS. *Introducción al estudio del Derecho Civil Mexicano*. 4ª edición. Edit. Porrúa. México, 1981

que está trasformando los referentes tradicionales de la existencia individual y social motivados en gran parte, por los avances tecnológicos y científicos.

Tenemos que reconocer que ni la ética, ni la religión ni tampoco el juicio o prejuicio público, han sido obstáculo para el desarrollo del conocimiento científico aunque éste afecte en algunos casos, valores sobre el que se sostiene el orden social, representando una amenaza contra alguna de las instituciones consideradas como esenciales, como lo es la de la familia. A pesar de esto, los científicos continuarán con sus programas de investigación, me refiero especialmente a la reproducción asistida¹³ y a la clonación humana.¹⁴

El Derecho no puede estar al margen de estos adelantos científicos pero a la fecha los resultados legislativos no han reflejado la dinámica que requiere la sociedad ni la investigación científica.

Por lo que respecta al tema central de este cuarto apartado trataremos someramente de señalar algunos ordenamientos que lo reglamentan en el ámbito constitucional, en las opiniones emanadas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los Códigos Civil y Penal y en la Ley General de Salud, ordenamientos todos estos, que de una u otra forma reconocen los derechos del no nacido; y nos referiremos a algunas lagunas jurídicas que se presentan y que se deben cubrir en el futuro cercano.

El artículo 9º de la Constitución¹⁵ protege los Derechos Humanos. En lo que respecta a la información privada la reglamenta de manera muy general, y guarda silencio en lo referente a la privacidad de la información genética. Para garantizarla consideramos que debería crearse una comisión protectora de dicha privacidad; y para el caso de que esta se viera amenazada o violada, generar un recurso jurídico similar al Juicio de Amparo¹⁶ mexicano, como ocurre con el Habeas Data europeo y que funciona también en algunos países latinoamericanos como son Argentina, Chile y Brasil.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación considera a los tratados internacionales con jerarquía superior al derecho federal.

¹³ El conjunto de actividades relativas a la reproducción humana artificial así como el de fertilización in vitro: que es la técnica de fertilización asistida que se lleva a cabo en un medio extracorpóreo.

La fertilización mencionada puede ser homóloga, se realiza con células germinales de la pareja y la heteróloga cuando se realiza con células germinales no provenientes de la pareja.

¹⁴ Se trata de una técnica de reproducción asexual y agámica encaminada a producir individuos biológicamente iguales al individuo que proporciona el patrimonio genético.

Es importante distinguir la clonación con fines terapéuticos de la de fines reproductivos.

¹⁵ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

¹⁶ El juicio de amparo constituye un eficaz sistema protector de los derechos consagrados constitucionalmente.

El amparo puede definirse como el medio de que dispone el particular (quejoso o agraviado) ante un juez federal cuando estima que un acto de la autoridad (llamada autoridad responsable) —ya sea legislativa, ejecutiva o judicial, federal, local o municipal— es violatorio de alguna de sus garantías individuales.

En el Preámbulo de la “Convención sobre los Derechos del Niño” establece textualmente lo siguiente: ‘Teniendo presente que, como se indica en la “Declaración de los Derechos del Niño”, “el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’.

Por lo tanto, todos los niños, aún los no nacidos tienen derecho a la vida, y entran bajo la protección del Derecho y gozan de las garantías individuales que consagra nuestra Constitución.

Por lo que, toda ley federal o local que después de la entrada en vigor de estos Tratados Internacionales viole el contenido de esta Convención, y atentaré contra la vida de un niño que aún no ha nacido, será inconstitucional.¹⁷

Por lo que respecta al Código Civil Federal al tratar sobre la reproducción asistida, el artículo 112 reconoce el derecho de los cónyuges a emplearla en los términos que señala la propia ley, lo que implica usar cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia siempre y cuando haya común acuerdo entre ellos.

El artículo 267 del mismo ordenamiento al referirse a las causales de divorcio establece que serán motivos del mismo el empleo de la reproducción asistida sin consentimiento de su cónyuge.

El artículo 324 Fracción I, señala la posibilidad de que el hijo pudiera ser genéticamente conyugal pero ser jurídicamente extramatrimonial, si su nacimiento tiene lugar después de los 300 días posteriores a la muerte.

Los artículos 143, 150 y 151 del Código Penal para el D.F. vigente a partir del 2003, se refieren a la reproducción asistida, estableciendo penas para casos de aborto cuando este sea el resultado de una violación o inseminación artificial hecha sin el conocimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o incapaz de comprender el significado del hecho.

El artículo 154 del mismo ordenamiento señala como sanción para los casos en que se de la manipulación genética, además de la prisión, inhabilitación, suspensión de cargos públicos etc, si se crean seres humanos por clonación.

En la Ley General de Salud publicada en 1984 se reconocen los derechos del embrión, es decir los derechos del no nacido, dicha ley apoya la creación del derecho genético; pero las nuevas realidades surgidas del progreso de la medicina en general y la genética en parte superaron lo previsto por la ley, por lo que el legislador deberá promover la transformación de los conceptos que atañen al Derecho de Familia y su repercusión en otras ramas jurídicas.

En su última reforma de junio de 2002, así como en su reglamento, se incluyen la utilización de técnicas para la reproducción asistida, el concepto de preembrión, embrión y feto.

¹⁷ Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente a los días veintinueve y treinta de enero de dos mil dos, sobre la controversia presentada por los diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del D.F.

Por lo que respecta a la investigación, desarrollo, control, etc, del genoma humano se encontraba listo un proyecto de reforma legislativa, sin embargo la fracción panista¹⁸ de la Cámara de Diputados, condicionó su aprobación, rechazando cualquier tipo de clonación por razones morales y sostuvieron que la misma requiere de una legislación específica y se propone la creación de un Instituto Nacional del Genoma Humano.

Las siguientes son algunas de las interrogantes que los legisladores y juristas en general debemos tener presentes para poder cubrir las posibles lagunas del Derecho en la materia.

¿Debe justificarse la inseminación homóloga con semen del marido luego de su fallecimiento, es decir, la llamada inseminación post mortem? ¿Debe quedar abierta la posibilidad de inseminación para las mujeres no casadas (solteras, viudas, divorciadas o concubinas) como una muestra de respeto al derecho de toda mujer a procrear? ¿Debe mantenerse el anonimato del donante o tiene derecho el hijo de conocer su filiación genética? ¿Es legítima alguna remuneración económica para el donante? ¿Debería renunciar éste a la patria potestad en favor de un tercero anónimo? Por lo que respecta a la fecundación in vitro desde el punto de vista del embrión logrado, ¿Cuál debe ser su estatuto ético-antropológico y jurídico? ¿es una cosa? ¿es una persona? ¿puede ser objeto de donación, compraventa o adopción? ¿se justifica su congelamiento? ¿puede ser manipulado para efectos de investigación y experimentación? Pero además, si le fuera imposible a la madre gestar al embrión ¿se justifica éticamente, su implantación en el útero de otra mujer, la llamada maternidad sustituta? ¿qué criterio se debe seguir para determinar la maternidad? ¿el genético? ¿el legal? ¿el afectivo?.

Las respuestas que hasta ahora ha dado la Legislación mexicana, no resuelven todavía la problemática que en materia de técnicas de reproducción se encuentra latente, es por ello que con la finalidad de diseñar el instrumento jurídico idóneo que permita hacer frente a los adelantos científicos en los prolegómenos del siglo XXI, se está revisando la legislación que otros países han seguido en torno a la reproducción asistida.

Para responder a éstas y otras interrogantes que en el futuro seguramente se plantearan, el concepto de “nasciturus” jugará un papel protagónico.

Más de veinte siglos de permanencia del concepto romano de “nasciturus”, en los ámbitos éticos, religiosos, jurídicos y hoy en día los científicos, constatan que el Derecho Romano, no sólo fue, sino que es, su estudio y permanencia en los Programas de nuestras Universidades debe continuar no sólo por su valor histórico, dogmático, dialéctico y sociológico-jurídico¹⁹.

¹⁸ Fracción de diputados pertenecientes al Partido Acción Nacional, uno de los tres partidos políticos de mayor importancia en México, al cual pertenece el actual presidente, Vicente Fox Quezada.

¹⁹ Ver S. BIALOSTOSKY, *Panorama de Derecho Romano*. Editorial. Porrúa México 2002

Actualmente el fenómeno de la globalización que en sus inicios se presentó en México como un acontecimiento de naturaleza económica, ha adquirido una ideología, que reviste ciertas facetas de carácter político, mismas, que pueden afectar la identidad latina- hispana-cristiana, que hemos absorbido del Derecho Romano.

Eventos académicos como el presente son significativos para reforzar la mencionada identidad.

Si esta investigación despertará en los congresistas el afán de fomentar y preservar el estudio de nuestra disciplina con miras no sólo al pasado sino al futuro, los desiderata de mi Comunicación se verán más que satisfechos.

