



**LA TRADICIÓN JURÍDICA
SOBRE EL COMIENZO
DE LA VIDA HUMANA**
(Del Derecho justiniano
a los Códigos civiles)

LECCIÓN INAUGURAL DEL CURSO ACADÉMICO 1994-95
POR

JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ

PROFESOR DE DERECHO CIVIL
Y ACADÉMICO
DE LA REAL DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

16 DE SEPTIEMBRE DE 1994

universidad san pablo ceu

En las ocasiones en que, hace ya algunos años, estuve presente entre el público, como padre de un alumno, en actos de apertura de curso del CEU de Madrid, no pude sospechar que llegase un día en que recayera sobre mí la honrosa misión de impartir la lección de apertura y no ya en nuestro querido Colegio Universitario, sino en la nueva Universidad San Pablo CEU.

- Debo ciertamente agradecer a la Divina Providencia el haberme incorporado, al cabo del tiempo y de diversos avatares, a esta joven y esperanzadora Universidad, a la que quisiera servir ilusionadamente durante el tiempo que Dios mediante me quede de trabajo profesoral. También he de extender mi gratitud a las autoridades académicas a las que humanamente debo aquella incorporación e incluso esta intervención. Y quisiera, por último, dar testimonio de mi recuerdo entrañable hacia figuras amigas que estuvieron tan ligadas a la Fundación San Pablo y no están ya entre nosotros, como Alfonso Ibáñez de Aldecoa e Isidoro Martín.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El tema que para la lección escogí se refiere a la determinación jurídica del momento de comienzo de la vida humana. Al abordarlo partiré de las ideas romanas sobre la cuestión -tal como han sido precisadas en trabajos recientes de la romanística-, para señalar en seguida su recepción en el Derecho histórico español e indagar su ulterior transmisión a

las Codificaciones del XIX -especialmente las iberoamericanas por su interés en este punto-, cotejándola luego con las precisiones científicas que médicos y genetistas contemporáneos nos ofrecen hoy. Terminaré mis breves reflexiones con alguna sugerencia con el papel que a los juristas puede incumbir, a la luz de la tradición jurídica y en línea con el Derecho natural.

Siento que la escasez de tiempo y autoridad me impidan afrontar con la extensión y profundidad que fueran deseables un tema que posee actualidad e importancia obvias. En libro reciente sobre la protección jurídica de la persona, el civilista peruano Fernández Sessarego -que hace pocos meses pronunció una conferencia en nuestra Universidad- ha puesto de relieve el creciente interés en torno al concebido y no nacido (1). Tal interés se ha acrecentado por días de cara al Congreso Mundial de la Población. Creo que puede ser útil toda aportación, por modesta que sea, desde el campo del Derecho privado al tema de la vida humana.

II. LA TRADICION ROMANA E HISPANICA SOBRE EL COMIENZO DE LA EXISTENCIA HUMANA Y LA PROTECCION DEL CONCEBIDO.

1. La protección al "nasciturus" en el Derecho romano.-

No nos ha legado el Derecho romano definiciones categóricas sobre el concebido o sobre la persona humana. Ello no puede sorprender si se recuerda que los juristas romanos se resistían en general a definir, conscientes de los peligros que implica omnes definitio in iure civili y formularon pocas definiciones. Un texto famoso de Javoleno expresa bien aquella resistencia; cierto es que este texto ha atraído en nuestro tiempo una particular atención de varios romanistas, que discrepan en orden a sus posibles interpretaciones y a su alcance -el profesor Iglesias Redondo ha resumido bien la polémica (2)-, pero, en todo caso, la ausencia de definiciones terminantes se advierte en la regulación que las fuentes dan a numerosas instituciones.

En el concreto tema del nasciturus no podría afirmarse que el Derecho romano haya ignorado la realidad de la vida intrauterina ni que haya negado al concebido algunos derechos. Por el contrario, las fuentes nos ofrecen diversos textos que parten de aquella realidad y afrontan, al menos en parte, la problemática jurídica que de ella se deriva.

Texto significativo y bien conocido es, en primer lugar, aquel de Juliano en el Digesto a cuyo tenor "los que están en

el vientre, en casi todo el Derecho civil se tienen por nacidos" (3). Aparte de ese texto, los que integran el Título 4º del libro 25 tratan, con cierta prolijidad, "del reconocimiento de la mujer que dice que está preñada y cómo se ha de guardar lo que pare" (4), incluyendo un pasaje que dice que "lo que está en el vientre, antes de que nazca es parte de la madre, o de sus entrañas" (5). Por otro lado, un pasaje de Papiniano incluido entre normas de Derecho hereditario en el libro 35 del Digesto, afirma : "En cuanto a lo que está en el vientre de las siervas, no se admite ninguna distinción de tiempo ; y con razón ; porque lo que aún no ha nacido, no se dice que ya es hombre" (6). Y otro importante texto, éste incluido entre las reglas que el Digesto ofrece en el Título 16 de su último Libro para aclarar las significaciones de las palabras dudosas, expresa que "se ha de entender que existía al tiempo de la muerte el que estaba en el vientre de la madre" (7).

A la vista de los textos -y de las interpretaciones dadas a ellos a lo largo del tiempo- surgen dudas acerca de la consideración jurídica otorgada al nasciturus y acerca de su igualdad con la persona ya nacida. El problema ha sido objeto de un reciente y luminoso estudio del profesor Pierangelo Catalano (8), que estimo esclarecedor e intentaré resumir. El ilustre romanista entiende que "según los Digesta de Justiniano, la igualdad del concebido y del nacido es un principio de carácter general, salvadas las excepciones de algunas 'partes' del ius". A su juicio, este principio general, que está "claramente afirmado" en el texto de D.1,5,26, antes recogido aquí, encuentra su correspondencia terminológica en

el último libro con el texto de D.50,16,153, también recogido más arriba. El principio se fue formando sobre la base de las XII Tablas : "Por motivos jurídico-religiosos 'la concepción determina el surgimiento de un nuevo puesto de suus en la familia' (G. La Pira). En tal sentido opera la interpretatio de los juristas...en materia justamente de herencia, materia de primera importancia según la más antigua sistemática". Es oportuno aclarar, a juicio del profesor de la Universidad de Roma, que el principio de igualdad no es consecuencia de una ficción, esto es, de una construcción imperativa, sino, más bien, de la constatación de una realidad por parte del intérprete" (9).

Tal constatación parece comprender el reconocimiento de la existencia del que está en el vientre materno, o, como dicen las fuentes, del qui in utero est. A este respecto Catalano observa también que "según el Derecho romano, al menos en la edad justiniana, el concepto de la 'existencia' del concebido se explica como afirmación de un principio general de igualdad ontológica, por lo cual hay que considerar como excepcionales, siguiendo también el criterio del commodum, las 'partes del derecho' (o 'causas' o 'cuestiones') en las cuales no se aplique dicho principio" (10). Estas observaciones revisten obvia importancia.

¿Por qué, entonces, se ha llegado a negar en algún sector doctrinal que el Derecho romano reconozca la "existencia" del nasciturus y lo equipare al ya nacido? También a este hecho da explicación el profesor Catalano : "las modernas abstracciones conceptuales -señala- son utilizadas

en el plano normativo para trastocar el principio de la igualdad claramente afirmado en el Derecho romano justiniano"; frecuentemente, "la introducción de los conceptos abstractos de 'persona', 'personalidad', 'sujeto de derecho', 'capacidad jurídica' ha conducido al trastocamiento de los principios y normas : se ha pasado, por así decirlo, de la igualdad ontológica a la excepcional igualación. El itinerario jurisprudencial se presenta claramente el la teoría de la ficción de Savigny : la regla Nasciturus habetur pro nato sería una simple ficción y , en consecuencia, sólo aplicable a algunas limitadas relaciones jurídicas". Los pasajes fundamentales, para quiénes eso acepten, serían el de Papiniano antes reproducido y el de Ulpiano en D.25,4,4,1, recogido también más arriba, que parecen negar la consideración de persona al concebido. pero estos pasajes, según Catalano señala, contienen una precisiones que "hay que considerarlas únicamente como excepciones, convenientemente motivadas, respecto a los principios fijados en el primero y en el último libro de los Digesta". En la misma línea y en un artículo publicado este año en "L'osservatore romano", Catalano expone el "puesto de los concebidos" en la familia romana" (11).

Hay, pues, como vemos, dos posibles interpretaciones de las fuentes romanas, y partiendo de ellas se han producido sendas corrientes de pensamiento jurídico, detectadas asimismo por Catalano : "la primera, con una fuerte inspiración justiniana, que caracteriza gran parte del área ibérica (y se mantiene, también, en la interpretación sistemática del Código

civil brasileño); la segunda, de origen pandectístico-germánico, que encuentra su expresión también en el Código civil italiano" (12). Por mi parte, aceptando como punto de partida esa dualidad, me limitaré aquí y ahora a contemplar la primera de aquellas corrientes.

2. El comienzo de la existencia humana en la corriente ibérica del pensamiento jurídico: La romanización de España fue hecho de obvia trascendencia histórica, que había de afectar muy positivamente, en primer lugar, a la propia Roma - ya que, como observan Tovar y Blázquez, "para la romanización tuvo que inventar el pueblo dominador procedimientos políticos nuevos" y "los ensayos primeros los hizo Roma sobre todo en Hispania" (13); en segundo lugar afectó por supuesto, a Hispania, que recibiría de Roma el cristianismo, el derecho, la cultura griega, subsistentes, y, en tercer lugar, afectó también positivamente -e inesperablemente- al inmenso continente americano que, siglos más tarde, a partir del Descubrimiento, habría de recibir a través de España el tesoro espiritual occidental que España había recibido a su vez de Roma, porque, como ha podido escribir Torcuato Luca de Tena, "lo que la España descubrió no fue un continente sino un Camino, por el que la Flecha de la Evolución Cultural llegó a América desde la cuna del Mediterráneo, siguiendo la trayectoria que cruza Israel, Fenicia, la Hélade, Roma y España" (14).

En el plano jurídico, monumento legislativo cumbre de

la España medieval fue, según es notorio, la obra de Alfonso X el Sabio : las VII Partidas. Y esa obra supone una solemne y extensa recepción del Derecho romano justinianeo, cuyos textos latinos son traducidos a la lengua romance de Castilla. En las Partidas, pues, hay que buscar la concreta recepción de las normas romanas referentes al nasciturus. Y podemos hallarla entre las leyes de la Partida 4ª sobre todo.

Como quiera que cada una de las siete Partidas posee algunas características propias, conviene acaso recordar las que la 4ª presenta. Dicha 4ª Partida "habla de los desposorios, e de los casamientos" y a través de sus veintisiete Títulos regula no sólo el derecho matrimonial sino la filiación, la adopción, la patria potestad y algunas materias ya ajenas al Derecho de familia, entre ellas la Libertad y la Amistad. Pues bien : toda esta Partida, como las dos siguientes, que tratan también de instituciones de Derecho privado, está construida sobre los textos del Derecho romano y, como observa el profesor García Garrido, se sigue a los glosadores, se cita indiscriminadamente los textos jurídicos del Digesto y las constituciones del Código, predominando la tendencia a destacar las reglas y a generalizar los casos (15).

Es de notar que esta gran fidelidad de la 4ª Partida al Derecho romano le ha valido algunos reproches en la doctrina española del siglo pasado. Así, don Pedro Gómez de la Serna, jurisconsulto de pro del XIX, en su Introducción histórica a una edición de las Partidas, recordaba que Marina calificó a dicha Partida como "la más imperfecta de todas, excepto la

primera", que produjo un confuso caos de legislación", y el propio Gómez de la Serna parecía aceptar esa opinión, matizándola algo, al afirmar por su parte que la 4ª Partida "olvidándose en ella el legislador con frecuencia del espíritu de la antigua legislación nacional, siguió más de lo que debiera al Derecho romano y al canónico" (16); don Pedro, sin embargo, no dirigió en concreto su censura a las leyes relacionadas con el nasciturus. Por otra parte, frente a esas censuras dirigidas a la 4ª Partida, podríamos recordar también que dicha Partida ha tenido especial proyección sobre el Derecho civil de Colombia, ya que, según observa el jurista colombiano Uribe Misas, "La cuarta Partida equivale al libro Primero del Código Civil Colombiano, que trata de 'Las Personas' y reglamenta el Derecho familiar. Buena parte de los principios que informan nuestro Código sobre las relaciones jurídicas entre esposos, entre padres e hijos, entre adoptantes y adoptados, entre tutores, curadores y pupilos y entre parientes consanguíneos o afines, está inspirada en las admirables concepciones del Rey Sabio" (17).

Los textos que en la Partida 4ª se refieren al nasciturus están contenidos en las leyes 3ª, 4ª, y 5ª del Título 23. Especial interés ofrece para nuestro tema, entre esas leyes, la 3ª, que trata de "en que estado, e de que condicion, es la criatura, mientras que sea en el vientre de su madre", y comienza con esta afirmación : "Demientras que estoviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della aprouechase ende, bien assi como si fuesse nascida; mas lo que fuesse dicho, o fecho a daño de su

persona, o de sus cosas, non le empesce" (18). El texto recoge, pues, la doctrina romana y examinada sobre qui in utero est. La ley 5ª, por su parte, trata "de la criatura que nasce de la muger preñada, non aviendo forma de ome", y preceptúa que "non deven ser contados por fijos, los que nascen de la muger, e non son figurados como omes, asi como si ouiessen cabeça, o otros miembros de bestia" (19).

Por otro lado, la Partida 6ª regula "que guarda deuen poner los parientes del finado, quando su muger dize que es preñada del" (20), y después de establecer minuciosamente las precauciones que deben adoptarse hasta el parto, dispone que "seyendo guardadas estas cosas en la muger, de que fuere dubda si era preñada, o non, heredara el fijo que nasciere della, despues de la muerte de su marido, los bienes del" (21). Este precepto de las Partidas, con las medidas que ordena y los efectos hereditarios que reconoce a favor del póstumo, es también, como se advierte, de origen romano (22).

La recepción en las Partidas de los textos romanos sobre el nasciturus tenía que ser trascendental para la difusión y perpetuación del principio de igualdad entre el concebido y el nacido. Las Partidas, en efecto, si en España al consagrar la romanización habían constituido, en frase de Prieto-Castro, "el primer monumento de la unificación jurídica del país" (23), en América fueron uno de los cauces del trasplante o implantación del Derecho castellano (24). Alcanzaron las Partidas mayor vigencia y difusión en los territorios americanos que en la propia España (donde el Derecho castellano hubo de coexistir

con los Derechos forales), y a través de ellas el Derecho romano justinianeo fue recibido en la América española, dejando en ella su huella para siempre. Por otra parte, en las Partidas se apoyó esencialmente durante siglos (hasta bien entrado el XIX) la literatura jurídica española. Y esa literatura, difundida también por América a lo largo de mucho tiempo - desde el Descubrimiento hasta la Emancipación y aun después de ésta (25)- sería otro importante vehículo para la consolidación romana en el subcontinente americano. En orden concretamente a la acogida del principio romano sobre el concebido, veamos sin pretensiones de exhaustividad algunas muestras de ella en algunos libros jurídicos españoles que gozaron de extensa difusión en América.

Uno de ellos fue, como es notorio, la Ilustración del Derecho Real de España del valenciano Juan Sala. Esta obra se basa esencialmente en las Partidas y recoge a través de ella el Derecho romano, que el autor admiraba profundamente (26). Pues bien: al tratar del estado de las personas, Sala afirma que "según el natural estado de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer o concebidos en el vientre de sus madres" (27), y después recoge el texto de Partidas 4,23,3, que responde al concepto romano de la existencia de qui in utero est. Fueron por cierto los continuadores de la obra de Sala quienes, curiosamente, suprimieron en posteriores ediciones la alusión al concebido del principio romano-castellano; así, el Sala Mexicano de 1870 dice simplemente que "atendiendo al estado natural unos son nacidos y otros por nacer" (28).

Otro libro de excepcional difusión en España y en América desde fines del XVIII y durante todo el XIX fue el célebre *Febrero*. Muchas de las opiniones vertidas en la obra fueron cambiando a lo largo de las sucesivas ediciones, revisadas por juristas diversos. Pero en una de las primeras ediciones, todavía del XVIII y redactada exclusivamente por el autor inicial, don José Febrero, se toca el tema del nasciturus a propósito de la institución de heredero y se afirma: "Posthumos son llamados los que nacen después del fallecimiento de sus padres, por cuya razón dice el derecho que el que dexa a su muger en cinta, no muera sin hijos : y siendo sus madres libres, y no siervas, o aun cuando sean siervas al tiempo de su nacimiento, si al de su concepción eran libres, no solo se tendrán por libres, sino que gozarán, y les competirán todos los privilegios que a los nacidos; y lo mismo sucederá, si quando los conciben son siervas, y al tiempo de parirlas están manumitidas, porque el hijo sigue la condicion de su madre, excepto en quanto a los honores civiles, pues sigue la de su padre, si nace después que los obtuvo, y no antes" (29). Febrero se apoya expresamente en la ley de Partidas 6,1,20 y en las Reglas de Derecho romanas (30).

Libro asimismo de gran aceptación fue el famoso *Diccionario jurídico* de don Joaquín Escriche, y también a través de él, como ha observado Catalano, se mantiene en el tema del concebido la tradición conceptual en el área ibérica, afirmándose que "según el estado natural se dividen las personas: 1ª, en nacidas y concebidas o existentes en el vientre de la madre" (31). En la edición de París de 1881,

Escriche, en la voz hijo póstumo señala que "el póstumo que deja concebido el padre cuando fallece, y que existe en el vientre de la madre, se considera nacido para los efectos del derecho siempre que se trata de su bien, qui sunt in utero pro iam natis habentur" (32). Se reitera, pues, la afirmación de que el concebido existe en el vientre materno, en la línea de la mejor corriente de origen romano.

La pérdida de la tradición romana y castellana se advierte en la doctrina española de Derecho civil de la segunda mitad del XIX, en la que cabe encontrar la asunción de teorías alemanas y el empleo de conceptos abstractos. Así, Gómez de la Serna y Montalbán, al tratar del nacimiento y referirse al concebido, se acogen a la teoría de la ficción y niegan que el feto tenga una existencia propia (33). Y, por los mismos años, un discípulo de Montalbán, Benito Gutiérrez, cuya obra de Derecho civil tuvo considerable importancia dentro de la bibliografía anterior al Código, escribe que "el único ser susceptible de derecho es el hombre, cuya aptitud jurídica nace inmediatamente de su personalidad" y que "la legislación romana salvó, mediante una ficción legal, la esperanza de derechos de un individuo antes de venir al mundo" (34).

Un similar alejamiento de la tradición se fue produciendo durante el largo camino que en el XIX hubieron de recorrer los trabajos preparatorios del Código civil español. El Proyecto de 1836 -que tuvo como fuentes principales las "leyes patrias" y los fueros, por un lado, y el Código francés, por otro, con una orientación general conservadora- reflejó en sus

artículos 15 y 16, según observa Lasso, los textos de Partidas 4,23,3 y 7,33,8 en la presunción de nacimiento a favor del concebido, siempre que nazca vivo, tenga figura humana, viva al menos veinticuatro horas y sea bautizado (35). Pero el importante Proyecto de 1851, al definir en su artículo 107 al nacido, omitió cualquier alusión al concebido, limitándose a preceptuar que "para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales". El Proyecto, por otro lado, regulaba en sus artículos 786 a 759 las "precauciones que deben tomarse cuando la viuda queda "encinta". El principal autor del Proyecto, García Goyena, en sus célebres Concordancias, al comentar el artículo 107 trata el tema de la "viabilidad" e intenta aclarar el sentido de las palabras "desprendido enteramente del seno materno", afirmando en ese punto que "hasta que esto suceda, no se tiene, ni puede tenerse por nacido" (36). En otros lugares de su obra, Goyena menciona al "póstumo" y al "vientre", habla de "el derecho de la viuda, o mejor dicho el del vientre" (37) y elude el empleo del término "concebido".

Sin llegar en este breve recorrido histórico al Código civil español, que es posterior a las grandes codificaciones americanas, paso ya a estudiar, brevemente también, la recepción en éstas de la tradición romana y castellana sobre el nasciturus y el comienzo de la existencia humana.

Conviene indagar en primer término la posición del Código civil chileno, tanto por su temprana fecha como por su

trascendencia dentro del contexto de las legislaciones civiles de América e incluso por su vocación de Código único para el continente (38). ¿Qué criterio adopta, frente al problema del concebido, este importante cuerpo legal? Llama la atención que consagra un capítulo, integrado por los artículos 74 a 77, a tratar "del principio de la existencia de las personas". De ellos es el 75 el que afronta directamente el tema del concebido y lo hace con estas palabras : "La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra"; un segundo párrafo de este precepto añade que "todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento". La norma sería recogida en el artículo 91 del Código civil colombiano. Consta por las Notas de Bello que tuvo aquí a la vista las leyes de Partidas 4,23,3 y 7,31,11 (39). El artículo 77, por otro lado, preceptúa: "Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se definieron...".

Acerca del principio de la existencia, el artículo 74 (que sería recogido en el artículo 90 del Código colombiano) señala que "la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto

es, al separarse completamente de su madre"; aquí las Notas de Bello nos descubren que para esta norma consultó, sin seguirla enteramente, la Novísima Recopilación (40) y también por ellas sabemos que tuvo a la vista en este capítulo la obra de García Goyena, al que califica de "sabio jurisconsulto" (41), aunque se separe de él en los textos. Espigando por el Código chileno cabe también encontrar otras normas relacionadas con el concebido : así, el artículo 354 extiende a éste la posibilidad de tutela testamentaria al preceptuar que "el padre legítimo puede nombrar tutor, por testamento, no sólo a los hijos nacidos, sino al que se halla todavía en el vientre materno, para en caso que nazca vivo"; norma que Bello tomó del Proyecto chileno de 1853 y del llamado Proyecto Inédito (42).

Creo, salvo mejor opinión, que las normas aludidas no permiten ver una clara adscripción del Código chileno a la tradición romana de paridad entre el concebido y el nacido. Tal vez es éste uno de los puntos en que Bello, tan conocedor de la legislación romana y de la castellana, se aparta de ellas. Hoy son bien conocidas las fuentes del Código de Chile, estudiadas por los más prestigiosos civilistas chilenos, desde Lira Urquieta hasta Fueyo Laneri, así como por el historiador, también chileno, Alejandro Guzmán, y podemos apreciar la magnitud y disparidad de los materiales que Bello tuvo a la vista. Así se comprende que, aunque por un lado, como observa un civilista colombiano actual, el profesor Franco Suárez, las tendencias tradicionales de la legislación española sirvieran de marco prudencial (43), por otro lado hubiera en

ciertas materias alejamiento de la Tradición. Empero, en punto al concebido, el Código chileno busca en definitiva una protección que, como hemos visto, se extiende hasta la tutela testamentaria y ha permitido que en su área se haya llegado a hablar de la adoptabilidad del nasciturus, tema éste de viva actualidad en Derecho comparado y que el profesor Fernando Hinestrosa trató en la ponencia aportada al encuentro sobre Adopción celebrado no hace mucho en Sassari (Italia).

Otra de las grandes Codificaciones americanas es la brasileña y en ella nos ofrece normas de alto interés para nuestro tema el Proyecto de Código civil -el célebre Esboço- redactado por Augusto Teixeira de Freitas. El valor general de este proyecto para la recepción del Derecho romano en América y la consolidación del Derecho brasileño ha sido bien estudiado en nuestros días por el profesor Sandro Schipani (44). El valor particular para el tema del comienzo de la existencia, es grande.

El Esboço, en efecto, dedica sus artículos 53 a 61 a "las personas por nacer". La primera de estas normas ofrece una clara definición : "Son personas por nacer las que no habiendo aun nacido están concebidas ya en el seno materno". Las restantes normas regulan la representación y protección de tales personas. su existencia desde el momento de la concepción está, así, solemnemente reconocida. Y, por otro lado, el artículo 41-1º del Proyecto las declara "absolutamente incapaces", porque, como explica la Nota de Freitas a este precepto, "son incapaces por imposibilidad física de obrar".

Pero el Proyecto va más lejos en esta línea de protección a las personas por nacer : les concede los beneficios de la patria potestad desde el momento mismo de la concepción. En efecto, el artículo 1509 dispone que "desde la concepción de las hijos legítimos comienzan los derechos y obligaciones entre ellos y sus padres, en cuanto a sus personas y a sus bienes" (y un derecho de los padres es, en el Proyecto, "la patria potestad o poder paterno"); el mismo precepto, en su segundo apartado, prohíbe "convenir que comiencen en otra época". Esta norma es uno de los puntos originales que el Esboço ofrece en materia de patria potestad, según he señalado en otra ocasión (45), y se inspira, como las otras normas referentes al nasciturus, en un noble deseo de protegerlo, que responde sin duda al modo de pensar de Freitas, quien -como ha puesto de relieve su biógrafo Meira- era fervoroso católico y defensor de la persona y la libertad (46). Y si es de lamentar que esta declaración se hiciera sólo dentro de las normas reguladoras de la filiación "legítima", hay que comprender que la discriminación entre las dos especies de filiación pesaba todavía sobre la generalidad de las legislaciones. En todo caso, el proyecto brasileño se sitúa claramente en la línea de la tradición romana justiniana, como ha advertido recientemente Catalano, quien observa también que Freitas entendió con exactitud el texto de D.1,5,26 (47). El interés de esto crece si se recuerda la influencia que el proyecto brasileño tuvo, en éste como en otros puntos, sobre el Código civil argentino, al que voy a referirme ahora.

Don Dalmacio Vélez Sársfield, autor del Código

argentino, abrió el Título de la patria potestad con la afirmación de que "la patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados" (art.264). El legislador argentino tomó, pues, de Freitas la idea, con el mismo noble propósito y la misma limitación lamentable a los hijos legítimos. Y es de destacar que esta atribución de la patria potestad "desde la concepción" subsiste hoy en el texto de aquella norma, pese a las modificaciones que el mismo ha sufrido : la respetó, en efecto. la ley de reforma n.º.10.903, y la ha respetado también la reciente ley n.º.23.264, sancionada el 25 de septiembre de 1985, que tan importantes reformas ha hecho en el régimen de la patria potestad.

Por otro lado, un Título entero del Libro I se dedica a tratar "de las personas de existencia visible" y otro a tratar de "las personas por nacer", considerando como tales a "las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno" (art.63); en el Título siguiente se trata "de la existencia de las personas antes del nacimiento". A través de estos Títulos hallamos normas referentes a la existencia y derechos de aquellas personas (art.70), a su representación (arts. 64 y 69), a las cuestiones del embarazo (arts.63-68 y 78), a las cuestiones de la viabilidad (arts.71,72,73,74 y 75) y a la época presumible de la concepción (arts. 76 y 77). La declaración del artículo 70 es muy expresiva: "Desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia de las personas...". Clara está

así la idea de Vélez de que el nasciturus es persona desde la concepción (48). Vélez, como Freitas, sigue la tradición romana justiniana.

Una obvia exigencia de brevedad me hace interrumpir esta excursión a través de las Codificaciones americanas del XIX, omitiendo así la referencia a otras que, aunque menos significativas que las tres estudiadas, pueden también ofrecer datos de interés. Eludo asimismo el estudio de los Códigos civiles y Códigos de Familia americanos del siglo XX, pero no puedo dejar de mencionar uno muy reciente que en el tema estudiado ofrece un interés especialísimo: el peruano de 1984. Este cuerpo legal afirma en su artículo 1º: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo". El legislador peruano ha querido así abrir el Código precisamente con la solemne declaración de la existencia de la vida humana a partir de la concepción. Creo que aquella norma -y su ilustre autor, e profesor Fernández Sessarego- merecen aplauso. Con ella -y esto lo ha visto ya también Catalano- parece conectarse el nuevo Código del Perú con la tradición romana, hispánica y americana.

III. CONCLUSION

A través de los párrafos precedentes he pretendido avanzar, siquiera sea escasamente, en la línea de investigación de A.S.S.L.A., indagando cómo la tradición romana acerca del concebido fue recibida en el Derecho histórico español y en las codificaciones americanas. Quisiera, al concluir, observar que existe una coincidencia sustancial entre la tradición romana y la ciencia actual. La realidad de la existencia humana de aquel que in utero est resulta hoy innegable. Ya en 1948 la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial adoptó en Ginebra esta fórmula de juramento: "Mantendré el respeto absoluto de la vida humana desde la concepción..." (49). Y recientemente un prestigioso genetista español, el profesor Lacadena, ha escrito: "En cuanto a la cuestión de cuándo empieza la vida ningún científico dudaría en responder que en el momento de la fecundación, puesto que de dos realidades distintas -el óvulo y el espermatozoide- surge una nueva realidad -el cigoto con los dos pronúcleos- que tiene su propia potencialidad y autonomía genéticas, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético" (50). En esta misma línea se han manifestado también muy recientemente otras personalidades de la Medicina, como el Dr. Alcalá-Santaella (en conferencia pronunciada en esta Universidad dentro del Ciclo sobre la Familia desarrollado el presente curso), o del Derecho (como Soto Nieto y José Luis Alvarez (en artículos del "ABC").

El reconocimiento de la vida humana desde el momento de la concepción tiene obvias consecuencias para la protección jurídica del concebido. Desde el plano del Derecho natural, el profesor Antonio Fernández-Galiano observaba hace pocos años, en dictamen emitido para el Bureau International Catholique de l'Enfance, que el feto es, en lenguaje metafísico, sustancia humana y que ello obliga en pura lógica a atribuirle derechos naturales, en cuanto los mismos proceden de la naturaleza humana, que ya es poseída por ese ser. No es momento de enumerar los múltiples derechos concretos, por otra parte bien conocidos, que las legislaciones civiles positivas deben garantizar -y, en mayor o menor medida, garantizan- al nasciturus.

Me atrevo a pensar que tales legislaciones deben, en términos generales, atenerse a la mejor tradición justiniana, realizando así el entronque con el derecho romano del que nos ha hablado el profesor Iglesias Santos (51), y mantener una línea protectora de la vida humana que coincide con el Derecho natural y con las conclusiones científicas actuales. Muchas gracias.

NOTAS

(1) C. FERNANDEZ SESSAREGO, Protección jurídica de la persona, Universidad de Lima, 1992, pág. 174.

(2) Vid. J. IGLESIAS REDONDO, La técnica de los juristas romanos. Universidad Complutense, Madrid, 1987, ps.63-83.

(3) Qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse (D.1,5,26). Recojo la trad. de R. de Fonseca en El Digesto del Emperador Justiniano, Madrid, 1874, t.I, p.48. La de Hernández-Tejero, más reciente, dice: "los que están en las entrañas de la madre se reputan por el Derecho civil, casi en todo, como si hubiesen nacido" (F. HERNANDEZ-TEJERO, Textos jurídicos latinos, Madrid, 1966, p.24).

(4) De inspiciendo ventre custodiendoque partu; también trad. de R. de Fonseca.

(5) Molieris portio est vel viscerum (D.25,4,1,&1); trad. también de R. de Fonseca, op.cit., t. II, p.185.

(6) Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est ; nec immerito, quia partus nundum editus homo non recte fuisse dicitur (D.35,2,9,&1). La alusión a la "distinción de tiempo" se relaciona con el párrafo anterior del mismo texto, que afirma: "En cuanto a la ley Falcidia se determinó, que los frutos percibidos después que estaban maduros al tiempo de la muerte, aumenten la estimación de la herencia, como parte del fundo, que parece que en aquel tiempo tenía más estimación" (trad. también de R. de Fonseca, op.cit., t. II, p.625).

(7) Intelligendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est (D.50,16,153); también trad. de R. de Fonseca, op.cit., t.III,p.822.

(8) Los concebidos entre el Derecho romano y el Derecho latinoamericano (A propósito del art.1 del Código civil peruano de 1984), en el

vol. colectivo El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano, ed. Cultural Cuzco, Lima, 1986, ps.229-234.

(9) Vid. P. CATALANO, op.cit., p.232.

(10) P. CATALANO, op.cit., ps.230 y 232.

(11) Vid. P. CATALANO, op.cit., p.233, y La famiglia sorgente della storia, en L'Osservatore Romano, 9-6-1994.

(12) P.CATALANO, op.cit., p.231.

(13) A. TOVAR y J.M.BLAZQUEZ, Historia de la Hispania Romana, Alianza Editorial, 2ª ed., Madrid, 1980, p.161.

(14) T.LUCA DE TENA, Los mil y un descubrimientos de América y otros ensayos, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1968, ps.96-97.

(15) Vid. M.J.GARCIA GARRIDO, Tradición legal y tradición jurisprudencial en las codificaciones españolas de inspiración romanista, en el vol. colectivo Cultura ibérica e Diritto romano (A cura di Sandro Schipani), Società Sassarese per le Scienze Giuridiche, Sassari, 1983, p.191.

(16) P.GOMEZ DE LA SERNA, Introducción histórica a la ed. del Código de las Siete Partidas en la col. Los Códigos españoles concordados y anotados, 2ª ed., Madrid, 1872, t.I, ps.XXX-XXXI.

(17) A.URIBE MISAS, Estudio preliminar de la ed. del Código civil de Colombia del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1963, p.11.

(18) Part.4,23,3.

(19) Part.4,23,5. en Part. 7,33,8 se alude también a "los que nascen en figura de bestia, o contra la usada costumbre de la natura".

(20) Part.6,6,17.

(21) Part.6,6,17.

(22) Gregorio López observa en su glosa que no estaba en práctica, al menos en su tiempo, que la mujer participase a los parientes más próximos de su difunto marido que a la muerte de éste había quedado encinta (Vid. nota en la ed. de part.cit., t.III,p.91). Curiosamente, las disposiciones de la 6ª Partida inspiran todavía la regulación que el Código civil español contiene sobre "precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta", aunque la doctrina moderna califique de anacrónicas y elitistas tales precauciones (Vid.M.ALONSO PEREZ, comentario preliminar a los arts. 959 y ss.en la obra Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albadalejo, Edersa,t.XIII,2ªed., Madrid, 1981,p.2).

(23) L.PRIETO CASTRO FERRANDIZ, Tratado de Derecho procesal civil,ed. Aranzadi, Pamplona, 1982,t.I,p.121.

(24) A.GARCIA-GALLO,Génesis y desarrollo del Derecho indiano, en la rev."Atlántida",julio-agosto 1964,ps.339 ss., especialmente 340 y 347, así como en otras de las obras sobre Derecho indiano de este historiador español del Derecho.

(25) Tal difusión y su ulterior repercusión sobre los Códigos civiles iberoamericanos constituye en tema de mi estudio La influencia de la literatura jurídica española en las Codificaciones americanas,Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,Madrid, 1984.

(26) Vid. Ilustración del Derecho real de España, Valencia, Imp. de Joseph de Orga, MDCCCIII,t.I,p.4(Prefacio).

(27) J.SALA,op.y ed.cit.,t.Ip.8.

(28) Novísimo Sala Mexicano o ilustración al Derecho real de España

con las notas del Sr. Licenciado D.J.M. de Lacunza, ed.corregida por los Srs.D.Manuel Dublan y D. Luis Méndez, t.I,México, 1870,p.39.

(29) J.FEBRERO,Librería de Escribanos, é Instrucción Jurídica Teórico Práctica de Principiantes (Parte Primera), Imp.de D.Pedro Marín, Madrid, MDCCLXXXIX,t.I,p.96.

(30) J.FEBRERO,op.y ed.cit.,t.I,p.96, notas 1 y 2.

(31) Vid.P.CATALANO,op.cit.,p.230, con referencia a la ed. del Escriche de Paris-México de 1888.

(32) J.ESCRICHE,Diccionario razonado de Legislación civil, penal, comercial y forense,Paris,1881,p.266.En esta misma ed., Escriche apunta, a través de la voz persona, una distinción entre "persona" y "hombre" (ibid.,p.502).

(33) "Hasta que el nacimiento se verifica -exponen- no se reputa que el feto tiene una existencia propia, sino por el contrario, que forma parte de la madre; mas por una ficción de derecho se considera a los concebidos como nacidos, siempre que se trate de su utilidad" (P.GOMEZ DE LA SERNA y J.M.MONTALBAN,Elementos de Derecho civil y penal de España precedidos de una reseña histórica, Madrid,1874,t.I.p.325).

(34) "Hemos dicho -añade poco después- que era una ficción, pero mejor sería llamar una presunción fundada, la que considera nacido el póstumo, siempre que se trate de su utilidad. la regla del Derecho romano, que revela una previsión admirable, dice así..." (invoca "fragm.7,Dig.I,5") (B.GUTIERREZ FERNANDEZ, Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, 3ªed.,Madrid,1871,t.Ips.164-166).

(35) Vid.F.LASSO GAITE,Crónica de la Codificación Española,t.IV,vol.2º (Codificación civil), Ministerio de Justicia, Madrid,1978,p.114-115.

(36) F.GARCIA GOYENA, Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, Madrid, 1852, t.I, p.123.

(37) Vid. F.GARCIA GOYENA, op.cit., comentarios a los arts.786 y 789 del Proyecto.

(38) A esa vocación me he referido en mi trabajo El Código civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano, en "Anuario de Derecho Civil", enero-marzo 1982.

(39) Vid. la ed.A.BELLO, Código Civil de la República de Chile (Texto concordado con los distintos proyectos de Bello), Ministerio de Educación de Venezuela, Caracas, 1954, t.I, p.76.

(40) Vid. A.BELLO, op.cit., t.I, p.75.

(41) A.BELLO, op.cit., t.I, p.77.

(42) Vid.A.BELLO, op.cit., p.260.

(43) Vid.R.SUAREZ FRANCO, Derecho de familia, 4ªed., Ed.Temis, Bogotá, 1984, t.I, p.63.

(44) Vid.S.SCHIPANI, Dal Diritto romano alla Codificazioni latinoamericane : l'opera di A.Teixeira de Freitas, en el vol.colect.Diritto romano, Codificazioni e sistema giuridico latinoamericano, Società Sassarese per le Scienze Giuridiche, Giuffré ed., Milano, 1981.

(45) En ponencia sobre La patria potestad en el Proyecto de Teixeira de Freitas aportada al "Congresso Internazionale Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano"(Roma, 1983).

(46) Vid.S.MEIRA, Teixeira de Freitas o jurisconsulto do Impero, José Olympio Ed., Rio de Janeiro, 1979, p.248.

(47) Vid. P.CATALANO, op.cit., ps.232 y 234.

(48) A ello me he referido en la ponencia sobre *La patria potestad en el Código civil de Vélez Sársfield*, defendida en el "Congreso Internazionale Dalmacio Vélez Sársfield e il Diritto latinoamericano" (Roma, 1986).

(49) Texto recogido en la obra colectiva, dirigida por J.GAFO, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986, p.149.

(50) J.R.LACADENA, *Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto*, en la rev. "Jano. Medicina y Humanidades", 17-28 nov.1985, p.1559.

(51) J.IGLESIAS, *Roma: madre del Derecho*, ps.486 y 488.