

**CURA VENTRIS**  
**ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL**  
**DERECHO MEXICANO**

MERCEDES GAYOSO Y NAVARRETE

*Prólogo*

A partir de 1985, en que me interesé en la problemática que las técnicas de concepción artificial comenzaron a generar en las postrimerías del presente siglo, presenté ante el V Congreso Latinoamericano de Derecho Romano (Lima, Perú) una propuesta para determinar la filiación de quienes son concebidos a través de tales medios.

Afortunadamente las investigaciones jurídicas con miras a encontrar soluciones a la compleja problemática que la revolución en la esfera de la "Biocracia" han generado, son cada vez más frecuentes y mejor planteadas.

Las instituciones gubernamentales no pueden continuar soslayando un hecho, cuyos resultados son el nacimiento de seres humanos, que durante la gestación están desprotegidos, y que una vez nacidos pueden carecer hasta de parentesco civil; independientemente de otras cuestiones como: tráfico o alteración genética o aspectos comerciales que puedan resultar.

Asimismo se alza la voz de los filósofos, teólogos, demógrafos, etc. La meta común es pasar del discurso y la teorización a la reglamentación jurídica.

En esta línea he realizado el presente trabajo, que tiene como premisa mayor, la condición del *nasciturus* y la protección que le corresponde, analizada tal situación a través de

los principios, conceptos y términos en el Derecho Romano Clásico y Justiniano y su posterior bifurcación en las tradiciones Justiniana-Ibérica y Pandectista-Germánica; realizando el análisis de la influencia que ambas teorías ejercen, en la codificación, primero de Europa y después de América Latina.

En el siguiente punto presenté, descriptivamente, el panorama de lo que podría constituir la problemática en torno a los concebidos por medios artificiales, procurando señalar los diversos momentos y circunstancias que en el proceso inciden.

Finalmente llegué a la propuesta específica de que *qui in utero sunt* deben ser reconocidos por el Estado como lo que son: hombres, en completa paridad con los nacidos y gozando no de la misma protección que ellos, sino de una mejor protección en atención a su estado de mayor indefensión, que se agrava o presenta mayor vulnerabilidad cuando su concepción es *sui generis*.

Una consecuencia, dentro del Sistema Romanista, es la designación de un curador para el *nasciturus*, cuando padece la falta de potestad paterna; curador que desempeña un cargo civil personal, respondiendo del cuidado de la salud y bienes del *nasciturus*.

Si tal cura encontraba en el Derecho Romano justificación para el concebido, ya “que nace no solamente para el padre, de quien se dice que es, sino también para la república” (Ulp. D. 37.9.1.15), mayor justificación encuentra la *cura ventris* e los casos de concepción por medios artificiales.

### 1. *Posición jurídica de qui in ventre est. Reflexión histórica a partir del Derecho Romano en la doctrina y legislación europeas.*

A. Deseo abrir la argumentación sobre la añeja controversia respecto a la posición jurídica de *qui in ventre est*, con la afirmación, obvia, de que tal discusión es el resultado de la diferente interpretación que los romanistas, canonistas, civi-

listas y legisladores, han dado a las opiniones de los juriscultos clásicos, y no a una auténtica discrepancia; mucho menos a una contradicción entre tales opiniones contenidas en las Fuentes.

Me permito transcribir algunas de las citas más polémicas para tratar de iniciar la demostración de mi afirmación.

De Paulo D.5.4.3.:

Los antiguos miraron de tal suerte por el hijo libre que aun está en el vientre, que le reservaban integros todos los derechos hasta el tiempo de nacer, según aparece en el derecho de las herencias, en las cuales no son admitidos los que están después de este grado de agnación en que se halla lo que está en el claustro materno... (*quo et venter*).

De Juliano D.1.5.26.:

Los que están en el utero *qui in utero sunt* se reputa encasi todo el derecho civil que son como nacidos. Porque a éstos se restituyen también las herencias legítimas, y si una mujer embarazada hubiese sido hecha prisionera por os enemigos, o que hubiera nacido tiene el derecho de *postliminio*, y sigue también la condición del padre o de la madre...

De Ulpiano D.28.3.6.:

...porque al nacer rompe ciertamente el testamento aquel a quien nadie le precedía al tiempo de la muerte, pero sucede *abintestato* aquél a quien antes que a él no le fue diferida à otro la herencia; pero aparece que la herencia no le fue diferida al hijo, cuando hubiera fallecido estando deliberando él instituido. Más esto es así, (*si mortis aui tempore in utero nepos fuit*) si el nieto estaba en el vientre al tiempo de la muerte del abuelo.

En estos pasaje del Digesto, resulta, evidente la paridad en el tratamiento entre el *nasciturus* y el *natus*. El juriscónsulto Paulo, destaca tal paridad recurriendo al “derecho de las herencias” y haciendo valer el parentesco de agnación de “*quo et venter*”.

Por su parte, Juliano, y justo en lo tocante a herencias, afirma que los “*qui in utero sunt*”, “se reputa en casi todo el derecho civil, que son como nacidos”, aquí la expresión “casi todo” está referida al principio del *commodum* y no a una exclusión del *nasciturus*, para su desventaja, o por que no alcance paridad con los nacidos.

Ulpiano reconoce la misma paridad *nasciturus natus* aun para el nieto, bajo la única condición, propia del *ius civile*, que estuviera en el vientre al tiempo de la muerte del abuelo, pues “rompe ciertamente el testamento” quien está *in rerum natura* y por tanto tiene derechos sucesorios o hereditarios iguales a los del que está *in rebus humanis*, es decir el que ya ha nacido.

El mismo Ulpiano, ahora respecto a la vía legítima y apoyándose en las XII Tablas, vuelve congruentemente a la interpretación de paridad entre *nasciturus* — *natus*.

#### D.38.16.3.9.:

Ciertamente que también por la ley de las Doce Tablas es admitido a la herencia legítima (*qui in utero fuit*) el que estaba en el claustro materno, si hubiera sido dado a luz. De aquí también se hace parte con los que están en igual grado, por ejemplo hay un solo hermano y el que est en el claustro materno, o un solo hijo nacido del tío paterno, (*et qui in utero est*) y el que está en el claustro materno.

No deseo dejar sin comentario la condición que dice “si hubiera sido dado a luz”. Ella es perfectamente lógica dentro del sistema sucesorio romano ya que concurren a la herencia legítima los *qui in utero fuit*, a la muerte del *de cuius*, de igual

forma que los que ya habían nacido en el mismo momento, no los que habían muerto, aunque hubieran sido parientes.

El mismo principio de paridad en sucesión *ab intestato* encuentro en Ulpiano D.37.9.7. pr. que se refiere a la admisión de “alguno” (nacido), cuando señala “es admitido también *“qui in utero est.”*”

Voy ahora al análisis de la cita de Modestino en D.27.1.26.:

Pero el que está en el vientre, (*Qui autem in ventre est*) aunque en muchas partes de las leyes se les compara con los ya nacidos, sin embargo, ni en el presente caso, ni para los demás cargos civiles, le aprovecha al padre; y esto se dijo en la Constitución del Divino Severo.

La primera observación es en el sentido de que la falta de ventaja es para el padre y no para *qui autem in ventre est* y esto, porque Modestino le niega al padre que se encuentra en tal hipótesis, la posibilidad de excusarse para desempeñar el cargo de tutela o curatela; a ello se refiere cuando expresa en “el presente caso” y agrega “ni para los demás cargos civiles, porque un hijo por nacer no le representa al padre los mismos cuidados que el ya nacido”.

La cita corresponde al Libro Vigésimo Séptimo, Título Uno *De excusationibus*.<sup>1</sup>

El segundo aspecto de la discusión se encuentra en la distinción entre quienes están *in rebus humanis* o *in rerum natura*.

Veamos Paulo D.1.5.7.:

*Qui in utero est* es atendido lo mismo que si ya estuviera *in rebus humanis*, siempre que se trate de las convenien-

---

<sup>1</sup> Para mayor abundamiento sobre estos aspectos v. A. GUZMAN BRITTO, “*Cura minorum y excusationes* en Dig. 4.4.11.2” en *Studi in onore di Cesare Santilipo*, Vol. II, pp. 193 y ss., Giuffrè, Milano, 1982.

cias de su propio parto, aunque antes de nacer, en manera ninguna favorezca a un tercero.

Es esta una cita riquísima, pues hace referencia al principio del *commodum*, explica la posición jurídica del *nasciturus* frente a terceros y con gran claridad, presenta la paridad de *qui in utero est* y *el natus* ya que el nascituro “es atendido lo mismo que si estuviera” *in rebus humanis*.

En los comentarios a la ley *Iulia et Papia*, Libro XI, Terencio Clemente 50.16.153. dice:

Se ha de entender que existió al tiempo de la muerte *qui in utero* fue dejado.

Y Celso D.38.16.7.:

...ó si viviendo éste fue concebido, porque se estima que el concebido existe en cierto modo. (*Conceptus quodam in rerum natura esse*).

De estos pasajes, me importa destacar no sólo la constante en el Derecho Romano de favorecer al que está en el utero (*commodum*), sino, lo que sin duda puede más fácil y falsamente concluirse; me refiero a la “ficción jurídica” de *qui in ventre est*.

Quiero puntualizar que esta ficción, puede originarse en frases como: “*qui in utero est* es atendido lo mismo que si ya estuviera”; se ha de entender que existió el tiempo de la muerte” o de aquella que dice “se estima que el concebido existe en cierto modo”, pertenecientes, respectivamente a las citas de Paulo, Terencio y Celso. Pero debe advertirse que en todas ellas falta “la nota de imperatividad característica de la ficción”.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> M. GARCIA GARRIDO, “Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho Romano”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*. 1957-58 pp. 339 y ss.

Falta atraer la atención sobre otras dos cuestiones que están ausentes en todas las citas hasta aquí trabajadas; me refiero a los términos: feto y persona. El primero de ellos, el Derecho Romano Clásico y Justiniano, lo empleé para referirse a los animales. Valgan como ejemplo las siguientes citas:

Pomponio D.30.24. pr.:

Fué constante, que se pueda legar lo que no existe todavía, por ejemplo: lo que hubiese parido aquella esclava, ó así: del vino que se haya producido en mi fundo ó de tantos fetos.

E. Inst. 2.1.37. pr.:

Como fruto de los ganados se considera el feto, del mismo modo que la leche, el pelo y la lana...

En cuanto al término persona, no está utilizado como sinónimo de hombre. Elocuente es la cita de Gai.1.9.: Referente al derecho de las personas, la división mas amplia es ésta:

Todos los hombre o son libres o son esclavos.

Vemos así, como el concepto es el hombre, y los *status* son: *libertatis, civitatis y familiae*, que en conjunto constituyen el concepto de persona.<sup>3</sup> En apoyo a este criterio, ofrezco la siguiente cita de Heinecio:

75: la palabra *hombre* y la palabra *persona* son sinónimos hablando gramaticalmente; pero se diferencian en el

---

<sup>3</sup> Sobre otro empleo del término persona v. R. ORESTANO, *II Problema delle persone giuridiche in Diritto Romano I*, G. Giappichelli, Torino, 1968, que en las pp. 7 y ss., dice: "persona comprendia también el valor de parte, rol, función, cualidades y el que *ab antiquo* había facilitado esporadicamente el empleo para situaciones diverssas del hombre. Asi, ya Cicon había podido decir, por ejemplo, que el *magistratus gerit personam civitatis*. La traducción es mía.

sentido jurídico. Toda persona es hombre, pero no todo hombre es persona.

Hombre es cualquiera que tiene mente racional en cuerpo humano. La persona es el hombre considerado en su estado...<sup>4</sup>

Con el afán de llegar a una conclusión de fondo, por lo que a este punto se refiere, me permito valerme de la opinión de P. Catalano para quien “Según el derecho romano, por lo menos en el periodo justiniano, el concepto de la ‘existencia’ del nascituro (v. *supra*; par.2) se explica como afirmación de un principio general de paridad, por lo cual deben considerarse excepcionales, siguiendo el criterio del *commodum*, las partes del derecho (o causas o cuestiones) en las cuales no se aplica dicho principio”.<sup>5</sup>

B. Permítaseme decir que son éstas, en líneas generales, las bases de la denominada tradición Justiniana-Ibérica, que había de ser modificada por la “creación” de los conceptos de “derecho objetivo-derecho subjetivo”.

Por considerar a R. Orestano como uno de los más profundos críticos del desarrollo del fenómeno, me permito transcribir su opinión. El afirma que “las cosas comenzaron a cambiar en el curso del Siglo XVIII, cuando bajo el impulso ideológico del individualismo iusnaturalista se pretendieron hacer coincidir el *status hominis naturalis* y el *status hominis civilis*, esto es, la noción de un hombre como referencia natural y la noción de persona como referencia jurídica, sosteniéndose que todo hombre sería de por sí — en cuanto tal — portador de ‘derechos subjetivos’, todos recayendo en su ‘potestad de querer’, elevada a identificación natural de su personalidad

<sup>4</sup> J. HEINECIO, *Recitaciones del Derecho Cícil Romano I*, Trad. Luis de Collantes y Bustamante, Librería de Pascual Aguilar, Valencia, 1879. p. 108.

<sup>5</sup> P. CATALANO, *Diritto e persone. Studio su origine e attualita del sistema romano I*, G. Giapichelli Editore, Torino, 1990, pp. 208 y ss.



y a elemento motor de las relaciones jurídicas de las que él era la cabeza".<sup>6</sup>

Continúa su reflexión, haciendo alusión a que esta fusión y confusión de conceptos dió lugar a la hipótesis de que el hombre, en cuanto que ser jurídico, depende de la preexistencia de normas sociales y no de su condición natural de hombre. Y agrega "Este paso de una concepción esencialmente objetivista del derecho a una concepción eminentemente subjetivista, se realizó sobretodo en la construcción de la Pandectística Alemana desde fines del Siglo XVIII y el XIX, en el marco de una elaboración sistemática de la doctrina general del derecho privado".<sup>7</sup>

La Corriente Pandectística-Germánica fue generando, através de sus representantes,<sup>8</sup> verdaderas ficciones, como la de Savigny que equipara hombre con persona o sujeto de derecho, utilizando además, indistintamente, para referirse a la persona, las nociones de capacidad, personalidad y representación, como puede desprenderse de su propia explicación "... Todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente al ser racional, y por esto la idea de persona ó sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre, pudiéndose formular la identidad primitiva de ambas ideas en estos términos: Todo individuo y sólo el individuo, tiene capacidad de derecho".<sup>9</sup>

Las terribles consecuencias de que la noción de hombre sea reducida a conceptos abstractos, manejados por los órganos estatales, pueden deducirse de la siguiente cita: "Verdaderamente que el derecho positivo... puede modificar la idea primitiva de la persona, restringiéndola ó ampliándola, de

---

<sup>6</sup> R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 16 y ss.

<sup>7</sup> IBIDEM.

<sup>8</sup> Como otro ejemplo, tenemos la creación del concepto de persona moral de PUFENDORF, elaborado o desprendido según su visión de las *universitates*, tratados por canonistas y civilistas del medioevo como *personae fictae*, las cuales opuso a las *personae simplices*. v. R. ORESTANO, *Op. cit.* pp. 14 y ss.

<sup>9</sup> M.F.C. De SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, t. I, Tra. Jacinto Mesia y Manuel Poley, F. Gongora y Cía., Madrid, 1878, pp. 272-273.

igual modo que negar a ciertos individuos la capacidad de derecho en totalidad o en parte, y además arrancando, por decirlo así dicha capacidad del individuo, crear, artificialmente una personalidad jurídica...”<sup>10</sup>

Tanto es así, que él mismo, pretende hacer depender la capacidad, y evidentemente la existencia real de la persona (hombre) de la cita de Ulpiano n D. 24.4.1.1. de la que hace derivar el siguiente concepto: “La capacidad natural comienza en el momento mismo del nacimiento, esto es, desde que el individuo se ha separado completamente de su madre”.<sup>11</sup>

Negando por tanto, la capacidad a *qui in ventre est* y reduciendo su existencia intrauterina a una verdadera ficción jurídica — sólo existe la madre —, principio que desgraciadamente recogen más tarde algunos códigos civiles; por ejemplo el italiano vigente, en el Libro Primero Título I, “De las personas físicas”, artículo Primero.

1. *Capacidad jurídica.* — La capacidad jurídica se adquiere en el momento del nacimiento.

Los derechos que la ley reconoce a favor del concebido están subordinados al evento del nacimiento.

2. *Posición jurídica de qui in ventre est. Reflexión histórica apartir del Derecho Romano en la doctrina y Legislación Colonial e Independentista.*

En un primer intento, pensé que esta reflexión podía expresarse generalizándola y nombrándola como: doctrina y legislación Latinoamericana; pero más tarde, comprendí que era necesario referirse a ella como fenómeno político-jurídico, o proceso de aculturación, sin aceptar-la pretensión simplista de que el coloniaje español y los movimientos para alcanzar la independencia, obedecieron a un modelo único, ni que su evo-

---

<sup>10</sup> IBIDEM.

<sup>11</sup> *Op. cit.* p. 274.

lución y consecuencias más que sus fine hayan sido las mismas.

Sin embargo, a todos nuestros pueblos les es común el Derecho Romano, primero impuesto por el conquistador, más tarde asimilado y después anhelado como paradigma; de ahí que consideré indispensable y útil convertir en marco teórico referencial, la experiencia unificadora.

Todavía en torno al concepto de legislación colonial, deseo aclarar, que por tal, entiendo la que los historiadores del derecho denominan también, Derecho Indiano o Novohispano — yo agregaría Ibérico. — Mirando a la etimología, del último término resulta más ilustrativo, pues cierto es que en las Indias coexistieron, originando del mestizaje, el derecho de Castilla y Portugal para peninsulares e indígenas y los derechos indígenas propiamente dichos.<sup>12</sup>

En esta primera etapa, la legislación Ibérica estuvo representada fundamentalmente por las Partidas de Don Alfonso X El Sabio, gracias a las cuales el Derecho Romano tuvo su primera recepción en América. A ellas dedico un particular análisis, en lo que a mi argumento se refiere, en un punto posterior.

Evidentemente, insisto, no es el objetivo de este trabajo la condición jurídica del *nasciturus* y el instituto de la *cura* en región; y mucho menos, en la complejísima estratificación legislativa que en cada una se presentó.

A partir del movimiento codificador Sudamericano, se encuentra un grupo de proyectos y de códigos que resultan: por una parte, herederos de la tradición Justiniana-Ibérica; y por otra, modelos legislativos. Me refiero obviamente al “Esboço de Teixeira de Freitas” y a la “Consolidação das Leis Civis” (Brasil),

---

<sup>12</sup> V. Sobre el argumento, M. GAYOSSO Y NAVARRETE, “Instituciones Familiares entre los Derechos Indigenas y el Derecho Romano en el Sistema Jurídico Mexicano” en *Istituzioni Familiare Indigene e Diritto Romano*. CNR-ASSLA, Progetto Italia-America Latina Ricerche Giuridiche e Politiche, Rendiconti II, Roma, s/f.

al "Código Civil de Dalmacio Velez Sarsfield" (Argentina) y al "Anteproyecto de Código Civil de Gasperi" (Paraguay).

A. En la parte general, Libro Primero "De los elementos de los derechos", Sección I "De las personas" Teixeira expresa, en el artículo 16:

Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos.

Y en la nota a este artículo, casi como justificando el empleo de los términos "ente" y "persona" en vez de *homo* explica:

... Sin remontarse a la idea de ente, nadie podría traducir la síntesis de la existencia de las personas. En la observación del primer análisis se halla el hombre, en su manifestación visible, como único sujeto que adquiere derechos y contrae obligaciones...

Después y en virtud de que como jurista, se encuentra obligado por la realidad social, a aceptar e incluir a las llamadas "personas morales". Establece la siguiente clasificación respecto a ellas: las de "existencia visible o de existencia tan sólo ideal" (art. 17) y se ocupa en el Cap. I "De los modos de la existencia visible de las personas"; ante todo "De las personas por nacer":

Art. 53. Son personas por nacer, las que no habiendo aun nacido están concebidas ya en el seno materno.

En un alarde de conocimiento del Derecho Romano y de la, doctrina civilística europea, dentro de la nota a este artículo, establece la diferencia entre "Personas por nacer" y "personas futuras". Veamos:

Compárese este artículo con los artículos 33 y 34 y con las disposiciones del Cap. 3º, § 1º, de este Tit., donde se trata

de la existencia antes del nacimiento. Cuando las personas de existencia visible son consideradas como no existiendo aún (personas futuras), podría decirse que son personas por nacer. No es ésta la expresión técnica del actual art. 53 *personas futuras* no son aún personas, no existen. *Personas por nacer* existen, porque, a pesar de que no hayan nacido aún, viven ya en el seno materno *in utero sunt*. Es solamente respecto de estas que puede tener lugar la representación dada por la Ley, en lo que no hay ficción alguna, como por otra parte nos lo dice la tradición. Cuanto a las personas futuras, es evidente que nada hay que representar *nihili nullae sunt proprietates*. Para indicar personas que aún no existen, ni nacidas ni concebidas, algunos escritores como Furgole, Trat. de los *Testam.*, dicen — *enfants à naître*; — y llaman póstumos a las personas por nacer de nuestro artículo. Póstumo es el hijo que nace después de la muerte del padre. Si vive el padre, puede haber representación de “persona por nacer”. Esto fué lo que supuso el art. 44, núm. 1., otorgando esa representación también al padre.

Permitáseme la transcripción de dos preceptos mas para dejar esclarecido el pensamiento de Teixeira, respecto a estas cuestiones:

Art. 221. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia visible de las personas, y antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido.

En consecuencia establece en el artículo 44: La representación de los incapaces incumbe: 1º. La de las personas por nacer, a sus padres; y a falta o por incapacidad de ellos, a los curadores.

El análisis adicional resulta para nuestro interés de poca significación. La intención es resaltar que, en su concepción to-

talizadora, no hay dudas. *Qui in ventre est*, desde la concepción es persona (hombre), “no hay ficción”, ni tampoco confusión en cuanto a la profunda diferencia entre las “personas futuras” y los concebidos “que ya están *in rerum natura*, en el seno materno (art. 53) y ello en total paridad con el *nato*, porque para él existen: nacidos o concebidos; y por lo cual se les puede proteger “dándoseles curador, que se ha denominado *curador al vientre*, es forzoso concluir que existen ya, y que son personas, pues la nada no se representa”, (nota al art. 221 *in fine*). Argumentación hecha para manifestar su desacuerdo con Savigny.

B. El segundo proyecto de código sudamericano, fue el de Vélez: “Un decreto fechado el 10 de enero de 1871 dió por consumada en los propios cuatro tomos que en el transcurso de los años 1865, 1866-67, 1868 y 1869 respectivamente, el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield había presentado como Anteproyecto y el Poder Ejecutivo enviado al Congreso como Proyecto durante el último de los años dichos...”<sup>13</sup>

En el Libro Primero “De las personas” Sección Primera “De las personas en general”, Tit. I. “De las personas jurídicas”, coloca Vélez la primera de sus famosas notas, ya que como Teixeira, tiene que incluir el concepto de “persona moral”. Al respecto, la primera crítica la endereza al adjetivo ‘moral’ que considera “denominación impropia, porque nada tiene de común

---

<sup>13</sup> v. La “Advertencia” al Código Civil de la República Argentina, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1965. p. XI. Me permito mencionar el comentario de A. LEVAGGI respecto al proyecto de Vélez: “Antes de abocarse a la redacción del proyecto de *Código Civil*, había tenido oportunidad de analizar algunos aspectos del derecho de las personas. Con motivo de la publicación, en 1834, de las *Instituciones del Derecho Real de España* de José Ma. Alvarez...” en “Fuentes de la sección de las personas en general” del Proyecto de Código civil argentino de Vélez Sarsfield. Influencia de ellas en el código civil uruguayo”, en *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto Latinoamericano, Atti del Congresso Internazionale, Roma, 17/19 marzo, 1986*, Roma e America collana di studi giuridici Latinoamericani a cura di Sandro Schipani, Cedam-Padova 1991, p. 234, III.

con las relaciones morales". En el art. 30 establece el concepto de persona:

Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones.

Con respecto al concepto de Teixeira, artículo 16, antes citado, agrega, lamentablemente, la frase "o contraer obligaciones", lo que ya toca la esfera de la capacidad, con lo que se excluye a *qui in ventre sunt*; de ahí que para él, resulte más necesaria, casi urgente, la clasificación de las personas, del artículo 31 pr.:

Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible...

Y a estas últimas dedica el Título segundo del mismo Libro, en el que dentro del artículo 52, hace referencia expresa a la capacidad:

Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces.

A los cuales menciona en el artículo 54:

Tienen capacidad absoluta:

1º Las personas por nacer;

A ellas les otorga plena protección en el Título tercero, en el que las conceptúa en primer lugar:

Art. 63. Son personas por nacer las que no habiendo nacido, están, concebidas en el seno materno.

Para enfatizar la existencia de la persona y no dejar duda sobre su rechazo a la teoría de la ficción jurídica de *qui in*

ventre est, agrega un Título cuarto denominado "De la existencia de las personas antes del nacimiento".

Artículo 70. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Me parece que a Vélez le significó un gran esfuerzo, plasmar en su Anteproyecto, los principios y conceptos de su concepción romana ya que, como en Teixeira, se contraponían con los de la Pandectística Alemana. Por eso, en el artículo 70 declara de manera concluyente la existencia de la persona (ombre) "en el seno materno", ya declarada en el art. 63; corrobora sus derechos, aunque haciendo la observación de que sólo "algunos derechos". Esto, seguramente en relación a los patrimoniales, sobre todo para generar la sucesión a los herederos legítimos del *nasciturus*, los que lógicamente están sujetos a la condición resolutoria de que los concebidos nazcan con vida.

En consecuencia, admite la representación de las personas por nacer cuando "hubieren de adquirir bienes por donación o herencia" (artículo 64).

Pero independientemente de estos comentarios, el principio de paridad nascituro-nato queda plasmado en el artículo 63: "el concebido es persona".<sup>14</sup>

C. Las Siete Partidas, puestas en vigor por el Rey Don Alfonso X el Sabio, si bien elaboradas en Castilla, con la finalidad de ayudar a poner orden en el caos legislativo de los reinos de

<sup>14</sup> En relación al Anteproyecto de Código Civil de L. DE GASPERI, para la República de Paraguay me remito a la opinión de P. CATALANO, *op. cit.*, p. 6 y especialmente a L. MARTINEZ MILTOS, "El nuevo Código Civil Paraguayo y el Código de Vélez" en actas del Congreso Internacional Dalmacio Vélez Sarsfield e il Diritto Latinoamericano, cit. p. 585 y ss.



España, rebasan no sólo dicha función, sino el ámbito territorial en el que serían aplicadas, como consecuencia de la conquista española, hecho de todos conocido. De ahí que podamos colocarlas en la historia de cualquier región de las Indias. He preferido ocuparme de ellas, en relación a la situación mexicana, porque tanto en la Colonia como en los albores de la Independencia, aunque no siempre de manera formal, juegan un papel protagónico, inspirador de la legislación y la doctrina de aquellos períodos, como fuente de la herencia directa del Derecho Romano.<sup>15</sup>

*En que estado, e de que condicion, es la criatura, mientras que se en el vientre de su madre.* L. III. Tit. XXIII, P. IV.

Del enunciado mismo de esta ley podemos desprender la filosofía en que inspira la obra. La criatura *es y está* en el vientre de su madre, no requiere de la ficción legal para existir. La expresión *Demientras que estouire la criatura en el vientre de su madre*, esclarece la circunstancia temporal de un ser individual.

Continua, pronunciándose por el principio del *commodum toda cosa que se fasaga, o se diga, a pro della, aprovechase ende, bien assi como si fuesse nascida*; incluyendo el principio de paridad entre el *nasciturus* y el *natus*.

En consecuencia, *el nasciturus* está protegido, aun por medios procesales, que pueden interponerse, no en favor de la madre,<sup>16</sup> sino del que está en su vientre y que llegan a generar juicios sumarísimos para casos especiales, como el de quien por su *status* resulta más indefenso que el nacido.

---

<sup>15</sup> Refiriéndose a "las primeras décadas de vida nacional" mexicana M. DEL R. GONZALEZ, *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX*, Inst. de Inv. Jur. de la UNAM, serie C., Estudios Históricos 12, Ed. UNAM, México, 1981 pp. 41-42 expresa "...de la consulta de cualquiera de los textos: Sala, Febrero, Alvarez, se desprende la importancia que habían llegado a adquirir las Partidas como texto básico para el conocimiento del derecho privado. Por ejemplo, cada capítulo del Sala señala que Partida se está siguiendo".

<sup>16</sup> Pero sí, por ella, como tutora, excepción que como en el derecho Justiniano, se hace con la madre o la abuela. v. L. IV, tit. XVI, P. VI.

L. VIII, Tit. XXII, P. III: *Quales Pleytos deue librar el Judgador por Sentencia llanamente, maguer non sepa de rayz la verdad deilos.*

...*E esto mismo, dezimos, que deue ser guardado, quando alguna muger finca preñada de su marido, que sino e demandada al Judgador, en nome de aquella criatura que tiene en el vientre, quel le entreguen de los biénes que fueron de su marido; e los tenedores dellos dizen, que no fue su muger legitima, o que non ficara preñada del, maguer las pruebas fuessen dudosas, e no lo dixessen claramente, deue ser apoderada, por juyzio, de aquellos bienes que damanda en nome de aquella criatura, de que es preñada, e puede biuir, e mantenerse en ellos.*

La determinación de una sentencia que ponga a la madre en posibilidad de detentar y usufructuar los bienes, del que ella asegura fue su marido y del cual quedó preñada, a pesar de la debilidad de las pruebas y hasta del riesgo de la falsedad de lo dicho por la mujer, es a mi juicio una demostración contundente de que la protección de la salud y vida de *qui in utero est*, resulta prioritaria.

Los intereses tutelados en la sentencia a su favor, aún que el juzgador *non sepa de rayz la verdad deilos*, no se basan en la protección que debe darse al poseedor o al propietario, ello es secundario o por lo menos posterior; lo que interesa es que la madre pueda alimentar al hijo.

A continuación, la misma ley VII de la cual nos venimos ocupando, ordena similar solución para la petición de alimentos de un hijo cuya paternidad niega el señalado como padre. Anotación que me permite robustecer el principio de *paridad nasciturus-natus*, como consta en la introducción al título XXIII de la P. IV *Del estado de los omes*.

*El estado de los omes, e la condicion de ellos, e departe entres maneras... o son nacidos, o por nascer...*

Y la Ley I, aclara: *Que quiere dezir, el estado de los omes. e quantas maneras son del, e aque tiene pro.*

*Status hominum, tanto quiere dezir en romance, como el estado, o la condición, o la manera, en que los omes bien, o estan...*

En la L. I, tit. XVI, P. VI, el lenguaje castizo, le da una característica cálida a la obra, al establecer el concepto de Tutela:

*Tutela, tanto quiere dezir, en latin, como guarda, en romance, que es dada, e otorgada al huerfano libre menor de catorce años, e a la huerfana menor de doze años, que non se puede, nin sabe amparar. E tal guarda como esta otorgada el derecho a los Guardadores sobre las cabeças de los menores, maguer non quieran, o non lo demanden ellos. Pero si pleyto fuasse mouido, de seruidumbre; alguna moco desta edad, bien le puede el juez dar un Guardador, que le ampare la libertad, e lo suyo. Otrosi dezimos, que el Guardador deue ser dado para guardar la persona del moco, e sus bienes, e non deue ser puesto por una cosa, o un pleyto señalado, tansolamente.*

Así pues, la tutela tiene como finalidad el cuidado de los menores de catorce años y las menores de doce. En la L. XIII, tit. XVI, P. VI, se establece la diferencia con la Curatela:

*Curatores son llamados, en latin, aquellos que dan por Guardadores a los mayores de catorze años, e monres de veynte e cinco años, seyendo en suacuerdo.*

*E aun a los que fuessen mayores, seyendo locos, o desmemoriados...*<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Gracias al artículo 211 del Decreto Constitucional de 1814, las Partidas permanecieron "en todo su vigor... El espíritu de esta disposición fué el

D. Titulada por su autor "Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias", la obra legislativa de J.M. Álvarez es, después de las Partidas, la más romanizada y difundida.<sup>18</sup> Para México, adquiere una importancia singular porque estuvo considerada como derecho supletorio.<sup>19</sup> Las fuentes de que se valió Álvarez, fueron las provenientes de los órganos legislativos castellanos y naturalmente procedentes del Derecho Romano Justiniano.<sup>20</sup>

Por lo que hace al concepto de "hombre", transcribe el de J. Heinecio, en sus *Recitaciones*; y agrega, que "por naturaleza, los hombres se dividen en nacidos y por nacer" (p. 67).

Los principios del *commodum* y el de la paridad *nasciturus-natus*, están presentes cuando se refiere a los póstumos, "porque siempre que se trate de la comodidad de los póstumos, se tienen por ya nacidos", fundando su afirmación en el L. III, tit. XXIII, P. IV. Método de la época, ya mencionado en la nota n. 15. Respecto de la tutela, toma también el concepto de las Partidas y la cataloga como "cargo público",<sup>21</sup> argumento sobre el que volveremos después.

E. Las "Pandectas Hispano-Megicanas, ó sea Código General",<sup>22</sup> elaboradas por J.M. Rodríguez de San Miguel (1839

---

que privó en el Siglo XIX hasta la promulgación de los Códigos en el último tercio del Siglo XIX", afirma R. GONZALEZ, *op. cit.* p. 28.

<sup>18</sup> Todas mis referencias a la obra, están tomadas de la edición facsimilar de la reimpresión mexicana de 1826, estudio preliminar, fuentes y bibliografía por J.M. García Laguardia y R. González, *Inst. de Inv. Jur. de la UNAM*, serie A. Fuentes b) textos y estudios legislativos, N.º 30, UNAM, México, 1982. En la cual se mencionan además, las ediciones de: Arriola, 1854; Filadelfia, 1826; Lanuza, Nueva York, 1827; El Manual de Practica, 1828 (adiciones a la obra); e *Instituta Mexicana o Álvarez Amplificado*, 1843.

<sup>19</sup> v. R. GONZALEZ, "Historia del Derecho Mexicano", en *Introducción al Derecho Mexicano Tomo I*, Ed. *Inst. de Invest. Jur. UNAM*, México, 1981 p. 48 y 55.

<sup>20</sup> v. J.M. GARCIA LAGUARDIA y R. GONZALEZ, *op. cit.* en nota nn. 19, p. 103.

<sup>21</sup> v. *op. cit.* en nota N.º 19, p. 103.

<sup>22</sup> La edición consultada en esta investigación es *Pandectas Hispano-Mexicanas*, T. I y II. *Introd. de M. del R. González, Inst. de Inv. Jur. de la*

y 1852), son una obra legislativa que, lo mismo que las Partidas en España y las Instituciones de Alvarez en Guatemala, se proponen establecer un mínimo de orden en el caos legislativo imperante en los primeros años de la independencia.

Según Ma. del Refugio González, "A pesar del año de su publicación, corresponden más al derecho colonial o a la época colonial a la independiente";<sup>23</sup> aun cuando no alcanzan, como la obra de Alvarez, la categoría de fuente supletoria, oficial, son consultadas e invocadas por abogados y jueces.

En la sistematización de la obra, según el propio dicho de Rodríguez de San Miguel en el "Discurso preliminar", se acogió a la Novísima Recopilación ya las Partidas. Por tanto, resulta superfluo tocar las citas de las Partidas que ya fueron transcritas y analizadas.

El valor más alto que para mí tiene esta obra sistematizadora, radica en el empeño de su autor por preservar la tradición Justineana-Ibérica; es por ello que parece hecha en la Colonia. Estaba en el umbral del movimiento codificador. El mismo Rodríguez de San Miguel — de filiación conservadora —, fue nombrado por el gobierno en 1855, miembro de una comisión que prepararía el Código Civil de la Nación.<sup>24</sup>

F. Referirse al movimiento codificador mexicano — consecuente reacción de la Independencia — es, infortunadamente para México, sinónimo de pérdida de la tradición Justineana-Ibérica; cambio que se produjo como reacción, más que elección o vocación. Había que modificar el estado de cosas y se creyó poder lograrlo mediante actos legislativos, como lo muestra los múltiples decretos que fueron expedidos.

Y desde el 6 de octubre de 1821 de la "Soberana Junta

---

UNAM, serie A. Fuentes b) Textos y Estudios Legislativos, N.º 21, UNAM, México, 1980.

<sup>23</sup> *Estudios sobre la historia del derecho civil mexicano durante el Siglo XX*, cit. p. 33.

<sup>24</sup> v. para estos datos, la edición cit en nota N.º 23 p. XI y ss.

Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano”, se pronunció en el primer párrafo del ACTA DE INDEPENDENCIA, sobre cual sería su actitud al respecto:

La nación mexicana, que por trescientos años ni ha tenido voluntad propia, ni libre el uso de la voz, sale hoy de la opresión en que ha vivido.

Pero como ya lo hemos comentado anteriormente, el corpus de Derecho Colonial siguió vigente, sobretodo en materia de derecho privado. Lo urgente era consolidar constitucional y políticamente a la Nación, por lo que la codificación civil tuvo que esperar casi cincuenta años.

La facción liberal, preponderante desde 1867 hasta 1880 — abarcando el Régimen Juarista —, se inclinó hacia las nuevas doctrinas que dejan su huella a partir del primer Código Civil de 1870.

El Código Civil del Distrito Federal y de la Baja California de 1870,<sup>25</sup> en un Título Preliminar “De las leyes y sus efectos, con las leyes generales de su aplicación” en el art. 12 que se refiere a la capacidad jurídica, dice:

...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.

En este momento, el Derecho Mexicano se adhería estatalmente a la corriente Pandectística-Germánica.

En el libro primero, Título Primero “De las personas”, se ocupa “De los mexicanos y extranjeros”. Omite el concepto

---

<sup>25</sup> Nos permitimos aclarar que en la República Mexicana existe un Código civil para cada Entidad Federativa (Estados) y otro para el Distrito Federal, y hasta los años setentas, este último se aplicaba a los territorios que aun no alcanzaban la categoría de Estados.

de persona, y es hasta el Título Tercero que se refiere a las "morales".

Sin embargo en doctrina encontramos conceptuada a la persona como:

...un sér susceptible de derechos y obligaciones, ye sea un hombre, ya une entidad á la que la ley le dá la consideración de persona en la sociedad.<sup>26</sup>

Es decir, que a pesar del silencio del legislador, permanecía clara la distinción entre hombre y persona; y esta última noción continuaba entendida como la verdadera ficción.

Después del concepto de persona, establece Mateos el *status* y por tanto la capacidad, invocando todavía las Partidas y creando una clasificación bipartita; es decir, el *status* lo otorga: la naturaleza o la ley. De ahí que "por el estado natural se dividen las personas en nacidos y por nacer..."<sup>27</sup>

Volviendo a la legislación, encontramos que sobre la tutela se trata en el artículo 430 en el cual se señala el objeto" de ella, que es:

...la guarda de la persona y bienes de las que no estando sujetas á la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, ó solo la segunda para gobernarse por sí mismos.

En el precepto siguiente, el Código del 70 menciona a los incapaces, entre los cuales no se encuentran incluídos los *nasciturus*.

La curatela sufre un gran cambio, adquiere un "objeto" totalmente alejado de la tradición romanista. El curador se

---

<sup>26</sup> Hemos elegido a M. MATEOS ALARCON, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal, Promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884, T. I Tratado de Personas*, Ed. Librería de Valdes y Cueva, México, 1885.

<sup>27</sup> *op. cit.* pp. 28 y ss.

vuelve un vigilante del tutor, sea este del tipo que fuere; es decir, designado por testamento, vía legítima u otorgado por el juez.

El esquema del segundo Código Civil (1884) es el mismo. Las únicas variantes, por lo que hace a nuestro interés, son:

- En cuanto a la tutela, se agrega la posibilidad de tutores interinos “en los casos especiales que señala la ley” (art. 403);
- y sobre la curatela, excluye el nombramiento para los casos en que “la tutela sea interina y no haya que administrar bienes”.

A principios del presente siglo, la inquietud por poner al día la legislación, está nuevamente presente. El Congreso Constituyente de Querétaro de 1917 estaba preocupado por que se expidieran diversas leyes, y particularmente, las que protegieran de mejor manera los intereses de la familia “sobre bases más racionales y justas”, según el primer párrafo de los “Considerandos” del Decreto que Venustiano Carranza, primer Jefe del Ejército Constitucionalista, emitió.

En dichos “Considerandos”, es abierto el anhelo de aceptar las ideas modernas” para poder lograr alejarse del “rigorismo de las viejas ideas romanas conservadas por el derecho canónico”; así continúa en el texto, la pretensión de validar el rechazo a la tradición romano-canónica. Cabe señalar que el Congreso Constituyente del 17, está preocupado fundamentalmente por reivindicar los derechos sociales vulnerados por los treinta años de Dictadura Porfirista, durante los cuales, las instituciones, la legislación y la judicatura fueron corrompidas para mantener la aparente paz porfiriana. Por tanto, el resentimiento social acumulado, ante toda forma de tradición ligada al pasado inmediato, era más un impulso que una reflexión.

Por eso, aun cuando se cumplió formalmente con lo solicitado por el Constituyente, cuando se decreta la “Ley sobre relaciones familiares”, cuya pretensión era modificar de inme-



diato el *status quo*, en tanto se expedía un nuevo código, los conceptos de persona, tutela y curatela no sufren modificación alguna.

Una década más tarde, García Tellez, miembro de la Comisión Redactora del Código Civil de 1928, sección de Legislación Civil,<sup>28</sup> dirigía su crítica a la codificación anterior argumentando que después de la Constitución de 1917 “se conceptuaba indispensable llamar a revisión los postulados del individualismo romanista y napoleónico...” “es inegable que el Código aún en vigor, no cumple ya su misión, porque una nueva filosofía jurídica ha substituído a la antigua, vitalizando, ampliando, socializando, es decir, modernizando los conceptos de libertad, de propiedad, de responsabilidad, para modificar su estructura de preeminentes derechos individuales, que deben quedar subordinados a los derechos sociales”.<sup>29</sup> No obstante, un poco después, cuando explica el método para la elaboración del Código, dice que se efectuó un estudio comparativo “de la legislación común latina, hispanoamericana, europea”.<sup>30</sup>

¿Qué resultó e neste nuevo Código? El Libro Primero “De las personas”, Título Primero “De las personas físicas”, carece, como los anteriores, de un concepto sobre ellas y entra directamente a la capacidad. En lugar de la expresión “desde el momento en que un individuo es procreado”, utilizada en los Códigos anteriores, adopta el concepto de “concebido”. Continúa con el principio de ficción jurídica, aplicando el del *commodum*, bajo la expresión “los efectos declarados en el presente Código”.

Muy importante, resulta destacar que en los artículos 359, 364 y 2357, se mencionan a los “hijos no nacidos” para reconocerles sus derechos. Así, el 359 dentro del capítulo III “De la legitimación”, expresa: “Pueden gozar también de ese derecho (la

---

<sup>28</sup> v. I. GARCIA TELLEZ, *Motivos, colaboración y concordancia del Nuevo Código Civil Mexicano*, Porrúa, S.A., México, 1965.

<sup>29</sup> *op. cit.* pp. 2 y 55.

<sup>30</sup> *IBIDEM*.

legitimación) los hijos no nacidos”; el 364 establece que: “Puede reconocerse al hijo que no nacido...” Y el 2357 que dice:

“Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme al art. 337.<sup>31</sup>”

Así como las disposiciones que le conceden la posibilidad al *nasciturus* de ser instituido heredero (arts. 1314 y 11638) o legatario (art. 1391). Como puede observarse, de alguna manera, estos códigos continuaron manteniéndose cerca de la tradición Jutiniana-Ibérica.

En general, la doctrina civilística mexicana contemporánea, salvo contadas excepciones, que bien puede representar el maestro Galindo Garfias,<sup>32</sup> seña mucho que desear.<sup>33</sup>

### 3. *Protección Jurídica para qui in ventre est. La Curatela.*

Pretendemos haber logrado probar, que el Derecho Romano de las fases clásicas y justiniana reconoció en el *nasciturus* paridad ontológica con el *natus*, incluso otorgándole mayor protección; y no sólo para sus bienes, como más adelante veremos.

La vía mediante la cual, dicha protección quedaba garantizada, a pesar de la opinión en contrario de los pandectistas, era la designación de un *curator*, como lo demuestra el título noveno del Libro Trigésimo Séptimo del Digesto que trata

---

<sup>31</sup> Similares artículos se encuentran en los dos Códigos anteriores.

<sup>32</sup> I. GALINDO GARFIAS, *Derecho Civil. Primer Curso Parte General. Personas, Familia.*, Ed. Porrúa, México, 1985.

<sup>33</sup> v. Respecto a la misma opinión, el comentario de J.A. SANCHEZ CORDERO D. en el prólogo al *Libro del Cincuentenario del Código Civil. Comunicaciones Extranjeras*. Inst. de Inv. Juríd. UNAM, Serie G: Estudios doctrinales 36, Ed. UNAM, México, 1980 pp. 8 y ss.

“De la posesión que se ha de dar al que está en el claustro materno y su curador”.

Ulpiano explica en el principio del primer fragmento D.37.9.1.

Así como el pretor cuidó de los descendientes que ya habían nacido, no descuidó tampoco, por la esperanza de que nacieran, á los que todavía no habían nacido...

En Modestino D.26.5.20 encontramos la especificación de que a *qui in utero est* se le designa *curator*.

No puede darse por los magistrados del pueblo romano tutor al que está en el vientre, pero puede darsele curador porque en el Edicto se comprendió el nombramiento de curador.

Una cita adicional de Ulpiano D.50.16.161 confirma lo dicho respecto al *curator* del que habla el Edicto:

No es pupilo el que está en el claustro materno por tanto no le corresponde la tutela.<sup>34</sup>

Otro aspecto, que provoca gran disparidad de criterios, es el relativo a la naturaleza jurídica de *la cura*.

Me remito al título “De los cargos y honores” del libro quincuagésimo del Digesto y en particular a Hermogeniano D.50.4.1.2.pr.

1. Algunos de los cargos civiles correspondem a los patrimonios y otros a las personas.

---

<sup>34</sup> En este famoso y manipulado pasaje del Digesto apoya Savigny su teoría de la ficción jurídica, y de la falta de capacidad del no nacido: afirma “... no tiene capacidad alguna, porque ni puede regir relaciones de propiedad, contraer deudas ni tener créditos; no es persona cuya representación sea necesaria ó posible; no necesita tutor ni se llama pupilo...” *op. cit.* p. 279.

2. pr. Son cargos personales civiles: la defensa de la ciudad, esto es que uno sea nombrado síndico, la legación para percibir los censos,...

y al D.50.4.1.4., del mismo Hermogeniano:

Es igualmente cargo personal la tutela, la curatela del adulto o del furioso, asimismo del pródigo, del mudo y también del que está en claustro materno.

Me parece que esta última referencia no deja duda, por lo menos de mi posición, a pesar de que quienes sostienen lo contrario, invoquen a Modestino en D.27.1.26:

Más el que está en el vientre, aunque en muchas partes de las leyes se les compara con los ya nacidos, sin embargo, ni en el presente caso, ni para los demás cargos civiles, le aprovecha el padre: y esto se dijo en la Constitución del Divino Severo.

Pasaje que ya fue analizado (*supra* p. 6) y cuyo argumento central, es que no le sirve de excusa al padre para desempeñar el cargo de tutela o curatela.

Hasta donde mi investigación ha llegado, me parece que estos principios no fueron recogidos, ni por las Partidas de Alfonso el Sabio, ni por las Instituciones de Álvarez.

En el Esboço de Teixeira artículo 44 se expresa:

Corresponde la representación de los incapaces:

1º De las personas por nacer, a sus padres y a falta o por incapacidad de ellos, a los curadores.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> La traducción es mía.

4. Por lo que toca a otros derechos de *qui in ventre est* me parecen fundamentales los siguientes párrafos:

Gaio D. 37.9.5. El curador del que está en el claustro materno debe fijar los alimentos para la mujer, y no hace el caso que tenga dote con la que ella pueda sustentarse, porque se considera que los que en este caso se prestan, se prestan al mismo *qui in utero est*.

Y Marciano D.11.8.2 Prohíbe la ley Regia, que la mujer que haya muerto embarazada, sea enterrada antes que se le extraiga el parto; y el que hiciere lo contrario, se considerará que con la embarazada mató la esperanza de que viviese aquél.

Es ésta, la forma como el Derecho Romano Clásico protegió los derechos del *nasciturus*. Le garantizó alimentos a través de su curador, marcando la autonomía de su existencia; no importa que la madre “pueda sustentarse”, pues los alimentos que en este caso se prestan, “se le prestan al mismo, *qui in utero est*”.<sup>36</sup>

Y la vida está protegida por la ley Regia bajo los mismos principios.

#### 5. *Problemática respecto a los concebidos a través de técnicas artificiales.*

Los preceptos jurídicos — obra humana — han podido llegar a la posición absurda, por parte de los pandectistas germánicos, de considerar al hombre *qui in utero est*, una ficción jurídica. A pesar de ello, mantienen como realidad su existencia por ciertos intereses, pues la más radical posición pragmática, desea conservar, precisamente por su pragmatismo, derechos como el de la sucesión patrimonial *mortis causa*, que no podrían darse si ese hombre que está en el vientre no existiera

---

<sup>36</sup> Principio recogido en las Partidas. v. *supra* p. 25.

En función de ello, regulan la posibilidad de que los concebidos puedan ser instituidos herederos o legatarios, o de que sea legitimado y hasta adoptado;<sup>37</sup> todo ello, en razón y beneficio de los únicos que gozan de tal posibilidad de suceder; es decir, los nacidos, porque conforme a esta teoría, ellos son personas y de ahí que tienen capacidad y personalidad.

De tal suerte que, a voluntad de los órganos estatales, en las leyes se conceptúa a la persona y se le otorga mayor o menor protección concediéndole más o menos derechos y deberes.

Por otra parte, la ciencia avanza. Hoy la concepción puede obtenerse a través de medios artificiales, hecho que por notorio no necesita prueba.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> v. La interpretación que sobre este tema hace F. HINESTROSA, "La adopción en Colombia: el sistema del Código y las reformas más recientes" en *Studi Sassaressi*, Serie III, (1979-80), Napoli, 1982 pp. 436 y ss.

<sup>38</sup> En torno al tema, pueden consultarse entre otros: G. ASCONE e L. ROSSI CARLEO, "La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro Paese", in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, (Ati del Convegno di Verona), Dott Antonio Milani, Badova, 1987; F. BUSNELLI, "II diritto e le nuove frontiere della vita umana", *relazione* al XXXVIII Convegno Nazionale di studi dell'Union Giuristi Cattolici Italiana, Roma, 1987; S. CIFUENTES, "El nasciturus", en *Revista Juridica El Derecho T. XV*, Buenos Aires, 1966; G. CRISCUOLI, "II problema del risarcimento del danno da procreazione non programata: le risposte della giurisprudenza di *common law*", in *Ressegna di diritto civile*, N.º 2, Napoli, 1987; C. LA BRUSSE-RIOU "La filiation et la medicine moderne" en *Revue Internationale de droit compare*, Paris, XXXVIII, N.º 2, abril-junio, 1986; C. GARCIA MENDIETA, "Fertilización extra corporea: aspectos legales", en *Ciencia y Desarrollo*, año XI, N.º 165, nov-dic., México, 1985; F. PAOLO SISTO, "*Mater semper certa est*: La gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) Legislazione", in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, Milan, año XVI, N.º 304, jul-dic., 1987; J. ROBERT, "La revolution biologique et génétique face aux exigences du droit", en *Revue de droit public et de la science politique en France et o l'étranger* N.º 5, Paris, 1984; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Giuffrè, Milano, 1984; R. SILVA-RUIZ, "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, N.º 1.447, Madrid, 1959; R. SPARPAGLIONE, *et. al.* "A proposito de ingeniería genetica: osservazioni giuridiche e psicologiche sull'inseminazione artificiale eterologa," in *Il Diritto di*

Esto si modifica en la realidad, el inveterado principio biológico y jurídico de que *mater semper cerat est* y agrava la determinación de paternidad, que ya de suyo constituía un problema no siempre factible de prueba, y nos coloca frente a la necesidad de buscar otras soluciones que en el campo socio-jurídico causan reacciones que, en pro o en contra, tienen un común denominador: el asombro.

Referirse a la problemática que en el campo del derecho producen las nuevas técnicas de inseminación artificial humana, es plantearse por lo menos los siguientes problemas:

El de las características genéticas, psíquicas, económicas de los o el solicitante(s) ,ya que habrá que resolver si tales medios deban ser permitidos sólo a parejas en matrimonio o en concubinato (matrimonio de hecho) o a personas solteras;<sup>39</sup> y al requisito de la edad de los presuntos padres, en base a su promedio de esperanza de vida.

En cuanto a las técnicas, decidir si se legaliza el empleo de todas, incluyendo las que pudieran sobrevenir, o seleccionarlas, tal como parece ser hoy la tendencia.

Otro problema, de fundamental trascendencia, es el de regular, respetando la esencia de nuestras culturas, la naturaleza del acto jurídico mediante el cual se habrán de aportar los óvulos y/o espermatozoides; las características personales de los aportantes, como en el caso de los solicitantes o beneficiarios; y la reserva de la identidad de tales aportantes frente al o los solicitantes.

---

*famiglia e delle persone*, Milano, 3-4, ano XVI, jul-dic., 87 y A. TRABUCCHI, "Procreazione artificiale e genética umana nella prospettiva del giurista, en *Revista di diritto civile*, Padova, anno XXXII, N. 5, sep-oct., 1986.

<sup>39</sup> v. E. PEREZ DUARTE, "La maternidad ¿es siempre cierta? (La modernización del derecho frente a los avances científicos)" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXII, N.º 65 mayo-agosto, Inst. de Inv. Jur., UNAM, México, 1980 p. 524 propone la atención de situaciones más singulares expresando que "Una mayor dificultad en el ámbito jurídico encontramos en la aceptación de la familia bipersonal en donde los miembros adultos sean dos mujeres o dos hombres. Recordemos que es un fenómeno sociológico presente en nuestro mundo..."

Y así, el de las mujeres portadoras, cuando este sea el caso, lo que aparentemente es uno de los aspectos que mayor problemática ha causado en los países que se rigen por el Sistema Anglosajón; ya porque la mujer portadora atente contra la salud o la vida del concebido, o porque no quiera entregarlo una vez nacido. Otra cuestión no menos importante, es la determinación del grado de parentesco entre el concebido y la mujer portadora, etc.

Y así llegamos al punto central de este trabajo: el argumento del nascituro o concebido y la pluralidad de situaciones que le deben ser custodiadas. El establecimiento de los medios técnicos en concordancia con el sistema jurídico latinoamericano, para establecer su filiación, sobre todo en el empleo de algunas de las técnicas, es quizá uno de los prioritarios, ya que de ello se deriva la posibilidad de conocer sobre cual o en cuales personas recaen los deberes.<sup>40</sup>

Lo relativo a la cuestión patrimonial sucesoria del concebido, como ya lo mencionamos, se encuentra regulado en la legislación mexicana; pero no así el aspecto patrimonial que se ocupa de su derecho a ser alimentado, en tanto está en el vientre materno, tal como lo hizo el derecho romano clásico y las Siete Partidas (VI *supra* p. 25) y que infortunadamente se perdió en las codificaciones mexicanas, lo cual también se ha puesto en evidencia en el presente trabajo.

Muy cerca de este derecho, está el de la salud, mismo que debe también recuperarse en la legislación civil; independientemente de que tal derecho pueda estar presente en las constituciones, códigos penales, o en otros ordenamientos de carácter supra nacional.<sup>41</sup> Y en el mismo plano, la vida, máximo derecho de todo hombre.

---

<sup>40</sup> v. al respecto M. GAYOSSO Y NAVARRETE, "El problema de la filiación en caso de inseminación artificial. Propuesta para México a la luz del derecho clásico y justinianeo" en *Publicación conmemorativa del XII aniversario de la fundación del Seminario de Derecho Romano*, Universidad Veracruzana, Xalapa, México, 1985, pp. 52-90 y C. LARRUSE-RIOU, "La filiation et la Médecine moderne", *cit.*

<sup>41</sup> v. al respecto sobre todo el trabajo de C.E. TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, Giuffrè, Milano, 1977.



El hecho de que la concepción humana pueda obtenerse a través de medios artificiales, por una parte científicamente viable y por otra, ya de práctica común en la realidad, suberficientemente hecha, requiere urgentemente de una regulación estatal, en los países que no la han elaborado, o lo han hecho asistematicamente, e imitando soluciones del Derecho Anglosajón. Este es un reto ante el que los juristas y legisladores no han respondido oportuna y eficazmente; y ante el cual no debemos permanecer ajenos, indolentes, o peor aún, tímidos.<sup>42</sup>

Nuestras investigaciones deben estar concretamente encaminadas a la presentación de propuestas que, en conjunto y casuísticamente, impidan la entrada en vigor de preceptos o instituciones jurídicas extrañas a nuestro sistema, es decir a incrustaciones.

Los principios y conceptos, así como el empleo de la técnica de los jurisprudencia clásicos romanos, común a los pueblos que pertenecemos al sistema romanista, son la base para una solución legislativa que regule esta nueva problemática, respete las instituciones jurídicas de origen, tome en cuenta el fenómeno de mestizaje (físico y cultural) y se adapte lógicamente a los avances científicos.

## 6. *Esta es mi propuesta:*

**PRIMERO.** Que al nascituro o concebido se le devuelva, en los códigos civiles que lo han suprimido, su concepto de hombre;<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> v. Respecto al peligro que el silencio implica a J. ROBERTI, "La révolution biologique et génétique face dux exigences du droit", *op. cit.*; G. ASCONE e L. ROSSI CARLEO, "La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro Paese", *op. cit.* y A. TRABUCCHI, "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *op. cit.*

<sup>43</sup> Siguiendo en ello el ejemplo del Código Civil del Perú de 1984 proyectado por C. FERNANDEZ SESSAREGO. En torno a sus características, v. los trabajos de: P. RESCIGNO, "Comentarios al libro de Derecho de las personas del nuevo Código Civil peruano de 1984.;" C.F. SESSAREGO, "Tratamiento del

**SEGUNDO.** Que de ello resulte la paridad nascituro o concebido y nacido;

**TERCERO.** Que al nascituro o concebido, a través de las técnicas de concepción artificial, se le designe, desde el momento en que se autorice el empleo de la técnica artificial, un curador; y

**QUARTO.** Que a esta *cura ventris* se le otorgue su naturaleza original y fundamental de "cargo civil" y por tanto de interés público que la caracterizó en el Derecho Romano (Heremogeniano D.50.4.1.2. pr.; 50.4.1.4. y Modestino 27.1.26) y que se mantuvo en la tradición romanística<sup>44</sup> del siglo pasado y que conserva nuestra legislación, en el artículo 452 del Código Civil del Distrito Federal y en la doctrina mexicana.

Todo ello acogiéndonos al sentimiento de Ulpiano en D. 37.9.1.15.:

Y en general, no dudamos que por las mismas causas por las que el Pretor solió dar al impúbero la posesión Carboniana de los bienes, debe auxiliar el Pretor al que está en el vientre, con tanta más razón cuanto que es más digna de favor la causa del *partus* que la del *pueri*; porque al *partus* se le favorece para esto, para que sea dado à luz, y al *puero* para que sea introducido en la familia; pues ha de ser alimentado este *partus*, que nace no solamente para el padre, de quien se dice que es, sino también para la república.

## BIBLIOGRAFIA

M. ALBADEJO GARCIA *et al.*, "Libro del Cincuentenario del Código Civil Comunicaciones Extranjeras", Inst. Inv. Jur., Serie G., Estudios Doctrinales 36, UNAM, México, 1980.

---

concebido", a propósito del art. 1 del CC Peruano 1984, en la memoria del Congreso Internacional de Lima, 1985, Cultural Cuzco, S.A., Lima 1986; y P. CATALANO, *op. cit.* pp. 208 y ss.

<sup>44</sup> Instituciones de Alvarez *op. cit.* p. 178 y ss. y M. MATEOS ALARCON, *op. cit.*, p. 297.

- G. ASCONE e L. ROSSI CARLEO, "La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro paese", in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana* (Auti del Convegno de Verona 1986), Dott. Antonio Milani, Badova, 1987.
- F. BUSNELLI, "Il diritto e le nuove frontiere della vita umana", *relazione* al XXXVIII Convegno Nazionale di studi dell'Unione, Giuristi Cattolici Italiani, Roma, 1987.
- P. CATALANO, *Diritto e persone studi su origine e attualità del sistema romano I*, Giappichelli editore, Torino, 1990.
- . "Los concebidos entre el der. romano y el der. Latinoamericano (a propósito del art. 1 del C.C. Peruano de 1984)", *ponencia* Congreso Internacional, Lima, 1985, Cultural Cuzco, S. A., Lima, 1986.
- S. CIFUENTES, "El nasciturus", en *Revista Jurídica El Derecho T. XV*, Buenos Aires, 1966.
- G. CRISCUOLI, "Il problema del risarcimento dell'omo da procreazione non programata: le risposte della giurisprudenzà a di *common law*" in *Rassegna di diritto civile*, N° 2, Napoles, 1987.
- M. GARCIA GARRIDO, "Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho Romano", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, s.l. 1957-58.
- J.M. GARCIA LAGUARDIA y R. GONZALEZ en "Estudio preliminar, fuentes y bibliografía" en la reimpression *Instituciones de Derecho Penal de Castilla y de las Indias*; Inst. de Inv. Jurid., UNAM, serie A. Fuentes b.) textos y estudios legislativos N° 30, UNAM, México, 1982.
- C. GARCIA MENDIETA, "Fertilización extracorporea: aspectos legales" en *Ciencia y Desarrollo*, año XI, N° 165, nov.-dic., México, 1985.
- I. GALINDO GARFIAS, "Derecho Civil. Primer Curso Parte General. Personas Familia", Porrúa, México, 1985.
- I. GARCIA TELLEZ "Motivos colaboración y concordancia del Nuevo Código Civil Mexicano", Porrúa, S.A., México, 1965.
- M. DEL R. GONZALEZ, "Estudios sobre la historia del derecho civil en México en el siglo XIX", Inst. de Inv. Jur. de la

- UNAM, serie C., Estudios Históricos 12, UNAM, México, 1981.
- \_\_\_\_\_. "Historia del Derecho en México" en *Introducción al Derecho Mexicano T. I.*, Inst. de Inv. Jur. UNAM, México, 1981.
- A. GUZMAN BRITO, "Curaminorum y excusationes" en Dig. 4.4.11.2., in *Studi in onore di Cesare San Filippo*, vol. Secondo, Giuffrè, Milano, 1982.
- M. GAYOSSO Y NAVARRETE, "Instituciones familiares entre los Derechos Indigenas y el Derecho Romano en el Sistema Jurídico Mexicano" en *Istituzioni Familiari Indigine e Diritto Romano*. Serie Ricerche Giuridice e Politiche, Rendiconti II, Roma, s/f.
- \_\_\_\_\_. "El problema de la filiación en caso de inseminación artificial. Propuesta para México a la luz del derecho clásico y Justiniano" en *Publicación conmemorativa del XII aniversario de la fundación del seminario de Derecho Romano*, UV. México, 1985.
- J. HEINECIO, "Recitaciones del Derecho Civil Romano I", trad. Luis de Collantes y Bustamante, *Librería de Pascual Aguilar*, Valencia, 1879.
- F. HINESTROSA, "La adopción en Colombia: el sistema del código y las reformas mas recientes", en *Studi Sassaresi*, serie III, (1979-80), Napoli, 1982.
- C. LABRUSSE-RIOU, "La filiation et la Medicine moderne" en *Revue Internationale de droit compare*, XXXVIII, N° 2, abril-junio, Paris, 1986.
- A. LEVAGGI, "Fuentes de la sección de las personas en general del proyecto del Código Civil argentino de Velez Sarsfield. Influencia de ellas en el Código Civil Uruguayo", en *Dalmacio Velez Sarsfield e il diritto latinoamericano, Atti del congresso internazionale, Roma 17/19 marzo 1986*, Roma e America collana di studi giuridici latinoamericani a cura di Sandro Schipani, Cedam-Padova, Padova 1991.
- M. MATEOS ALARCON, "Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal, promulgado en 1870, con anotaciones relativas á las reformas introducidas por el Código de 1884,

- T. I, Tratado de Personas”, Librería de Valdes y Cueva, México, 1885.
- L. MARTINEZ MILTOS, “El nuevo Código Civil Paraguayo y el Código de Velez” en Dalmacio Velez Sarsfield e il diritto latinoamericano, Atti del congresso internazionale, Roma 17/19 marzo 1986, Roma e America collana di studi giuridici latinoamericani a cura di Sandro Schipani, Cedam-Padova, Padova 1991.
- R. ORESTANO, “Il Problema delle persone giuridiche in Diritto Romano, I”, G. Giappichelli, Torino, 1968.
- A.E. PEREZ DUARTE y NOROÑA, “La maternidad ¿es siempre cierta? (La modernización del Derecho frente a los avances científicos) en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXII, núm. 65 marzo-agosto, Inst. de Inv. Juri. UNAM, México, 1989.
- P. RESCIGNO, “Comentarios al libro de Derecho de las personas del nuevo código civil peruano de 1984”, *ponencia*, Congreso Internacional, Lima, 1985, Cultural Cuzco, S. A., Lima, 1986.
- J. ROBERTI, “La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit, en *Revue de droit public et de la science politique en France et o l'étranger* N° 5, Paris, 1984.
- J.A. SANCHEZ CORDERO D. “Prólogo” *Libro del Cincuentenario del Código Civil. Comunicaciones Extranjeras*. Inst. de Inv. Jurid. UNAM, Serie G: Estudios doctrinales 36, UNAM, México, 1980.
- F. SANTOSUOSSO, “La fecondazione artificiale umana”, Giuffrè, Milano, 1984.
- M.F.C. de SAVIGNY, “Sistema del Derecho Romano Actual, I”, trad. Jacinto Mesia y Manuel Poley, F. Gongora y Cía., Madrid, 1878.
- C.F. SESSAREGO, “Tratamiento Jurídico del concebido”, *ponencia*, Congreso Internacional, Lima; 1988, Cultural Cuzco, S. A., Lima, 1986.
- P. SILVA-RUIZ, “El contrato de maternidad sustituto o suplente o subrogado, la maternidad de alquiler”, en *Boletín*

*de información del Ministerio de Justicia*, N<sup>o</sup> 1.447, Madrid, 1959.

- F. PAOLO SISTO, "Mater semper certa est: La gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) Legislazione", in *Il Diritto de famiglia e delle persone*, Milan, año XVI, núm. 304, jul-dic., 1987.
- R. SPARGAGLIONE, *et. al.*, "A proposito di ingegneria genetica: osservazioni giuridiche e psicologiche sull'inseminazione artificiale eterologa", in *Il Diritto di famiglia e delle persona* Milano, 3-4, año XVI, jul-dic., 1987.
- C.E. TRAVERSO, "La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita", Giuffrè, Milano, 1977.
- A. TRABUCHI, "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", in *Revista di diritto civile*, Padova, año XXXII, N<sup>o</sup> 5, sep-oct., 1986.