

EL ABORTO EN EL DERECHO ROMANO

Alfredo Islas Colín*

La primer familia del derecho contemporáneo es la familia romano germánica. Los antecedentes se encuentran en Roma. La mayor aportación del mundo romano a las ciencias sociales es el Derecho. El derecho romano germánico es la continuidad del derecho romano, no es una copia pero si tiene su fundamento en el derecho romano.

La difusión del derecho romano se realiza en principio por la colonización y por la importancia de la recepción de una técnica jurídica de la codificación, adoptada por los romanistas en el siglo XIX. Este sistema jurídico se formo en Europa continental y se expandió a diversas partes del mundo, a toda América latina, una amplia parte de África, los Países del Próximo Oriente, Japón e Indonesia.¹

Antes de exponer las presentes notas, es importante distinguir y analizar, las instituciones romanas y las relaciones entre el nasciturus y el natus.

El primero, el nasciturus, se refiere al “que ha de nacer; aplícase a la persona por nacer”, esto es, al concebido; el segundo, el natus es el “nacido; persona ya nacida”.²

Existen opiniones encontradas respecto la titularidad de derechos del nasciturus y el natus. Las interpretaciones son las dos siguientes sobre los derechos del concebido:

1) Por una parte se considera que en Roma para

que el hombre sea considerado como que existente y capaz de derechos, es preciso que sea totalmente separado del claustro materno, en el mismo sentido, el embrión no es considerado todavía persona, sino parte de la entraña materna³; y que el que nace no sea un aborto⁴. El tiempo mínimo para el parto perfecto es dado desde los seis meses cumplidos.⁵

En los mismos términos, afirma el profesor Romano Bonfante, que el verdadero principio es el siguiente: el concebido no es actualmente persona; siendo, empero, siempre una persona eventual, *in fieri*, se le reservan y se tutelan aquellos derechos que desde el momento del nacimiento se le habrían transmitido, y además, su capacidad jurídica se calcula, en cuanto sea preciso, desde el momento de la concepción, no desde el momento del nacimiento.

Pablo, dice: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaertur, quamquam alii antequam nascatur nequáquam prosit.*⁶ Se afirma, que “el que esta por nacer no es persona”, por la misma razón que no puede actualmente adquirir a quien pudiese conseguirlos por su nacimiento. Si su existencia lo hiciese sujeto a un tutor, no se procede al nombramiento de éste hasta que el que está para nacer no venga a la luz.

En cuanto a la reserva de los derechos que le serían transmitidos, desde el momento de la concepción,

*Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de París. Profesor de la UNAM y del ITESM, Campo Estado de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

¹ David, René, Jauffret-Spinozi, Camille. Les Grands Systèmes de Droit contemporains, DALLOZ, 11 edición. 553 pp. París. Pp. 25 y siguientes.

² Soberanes, José Luís, Lézé, Florence e Islas Colín, Alfredo. Locuciones Latinas Jurídicas. Porrúa, 1ª. Edición, 2008, 160 pp. México.

³ Papiniano, L.9,&1 D.. Ad leg. Falc, 35, 2; *Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*; y Ulpiano, más enérgicamente, L. 1,& 1 D. De insp. V 25, 4: *Partus enim, antequam edatur, mulieris portio estvel viscerum*. En *Instituciones de Derecho Romano*, Pietro Bonfante, 1925. pp. 38-39; y Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema., Rudolph Sohm, Edición facsimilar. México, 2006, pp. 90-91.

⁴ Paulus, Rec Sent. 4,9,6. El aborto puede ser también vivo. Bonfante, Pietro. *Instituciones de Derecho Romano*, 1925. pp. 38-39.

⁵ Idem.

⁶ L. 7 D. De st. Hom. 1,5. Cfr., también L. 231 D. De v. s. 50. 16.

esto tiene importancia sobre todo, para las sucesiones a causa de muerte, las cuáles son suspendidas, nombrando mientras tanto para tutelar los intereses del que está por nacer, un curador.

Las siguientes locuciones latinas jurídicas nos ilustran sobre este tipo de interpretación de las fuentes romanas. Dos interpretaciones respecto de los derechos del concebido:

a) Se condicionan los derechos:

<i>Partus enim antequam edatur mulieris portio est vel viscerum</i> ⁷	Antes del parto, el feto es una parte de la mujer o de las vísceras
<i>Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur</i> ⁸	No se llama hombre elevado al que todavía no ha nacido
<i>Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur</i> ⁹	Los que nacen muertos, no se consideran ni nacidos, ni procreados

2) Por otra parte, señala el mismo profesor Bonfante, que en algunos pasajes de nuestras fuentes legales parece que los concebidos son plenamente puestos a la par con los nacidos. Juliano, dice: *Qui in sunt in Toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*, y conforme a esto suena un proverbio vulgar: *Conceptus o nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodo ejus agitur*.¹⁰ Asimismo, se afirma que el *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, esto es, que el hijo simplemente concebido está considerado nacido todas las veces que eso le puede traer ventaja.¹¹

⁷ I.1 & 1 D. de insp. Vent. (25, 4) (Ulpiano). Antes del parto, el feto es aun parte de la mujer o de las vísceras.

⁸ Papiniano, L. 9, & 1 D. Ad leg. Falc. 35, 2; No se llama hombre elevado al que todavía no ha nacido.

⁹ Pablo, L. 129 D. de v. s. 50, 16; Los que nacen muertos, no se consideran ni nacidos ni procreados

¹⁰ El que ha de nacer, se considera, como ya nacido, cuando se trata de su beneficio.

Las siguientes locuciones latinas jurídicas nos ilustran sobre este tipo de interpretación de las fuentes romanas:

b) Derechos del concebido:

<i>Qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset, cusditur, quotiens de commodis ipsius partus quaritur, quamquam alli, antequam nascatur nequáquam prosit.</i> ¹²	Quien esta en el útero se considera como si fuese humano, todas las veces que sea en provecho del feto mismo; y de ninguna manera se puede beneficiar a otro, antes de que nazca.
<i>Missio in possessionem ventris nomine.</i> ¹³	Envió (misión) en posesión en nombre del ser que esta en el vientre.
<i>Qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse.</i> ¹⁴	Los que están en el útero son considerados "existentes", por casi todas las leyes civiles.
<i>Conceptus o nasciturus pro iam nato habetur.</i> ¹⁵	El que ha de nacer se considera como ya nacido.

Se considera, la persona lo es desde la concepción, en lo concerniente a la capacidad jurídica del que está por nacer, si la madre, después de la concepción, pero antes del parto, pierde la libertad o la ciudadanía, el hijo, a pesar de esto, viene a luz libre y ciudadano.¹⁶ Además, los privilegios derivados del orden senatorio, pasan intactos al hijo, aunque

¹¹ Soberanes, José Luís, Lézé, Florence e Islas Colín, Alfredo. Locuciones Latinas Jurídicas. Porrúa, 1ª. Edición, 2008, 160 pp. México.

¹² 1. 7 D. de statu hom. (1, 5) (Paulo): Quien esta en el útero se considera como si fuese humano, todas las veces que sea en provecho del feto mismo; y de ninguna manera se puede beneficiar a otro, antes de que nazca.

¹³ Envió (misión) en posesión en nombre del ser que esta en el vientre.

¹⁴ L. 26 D. De st. Hom. 1,5. Los que están en el útero son considerados "existentes", por casi todas las leyes civiles

¹⁵ El que ha de nacer se considera como ya nacido.

¹⁶ L. 18; L. 26 D. De st. Hom. 1,5.

el padre los haya perdido antes de su nacimiento, siempre y cuando los conserve todavía durante el periodo de la concepción.¹⁷

Por todo lo anterior, podemos afirmar que ya en Roma existían dos posiciones en el Derecho Romano, sobre el momento, en que se es titular de derechos, desde la concepción o desde el nacimiento. Posiciones que a la fecha actual fueron y son todavía objeto de interpretación por los Tribunales Constitucionales, Cortes Supremas, Salas Constitucionales y Tribunales y Organismos internacionales como los de los países siguientes: Alemania, Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos de Norteamérica, Colombia, Argentina y hasta México. Así como, la Corte Europea de Derechos Humanos y la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los argumentos expuestos en el presente artículo se reiteraron en varias ocasiones en los debates de los tribunales citados.

¹⁷L. 7, & 1 D. De sen. 1,9.