

"LA PERSONA EN EL DERECHO ROMANO Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO DE LA AMÉRICA LATINA"

Joaquín Rafael Alvarado Chacón
Docente de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Carabobo
Colaboración Especial

SEGUNDA PARTE

Esta segunda parte corresponde a la continuación del Trabajo publicado en el ANUARIO Vol. 25 del Instituto de Derecho Comparado.

SEGUNDA PARTE

CAPITULO III

EL NASCITURUS

A) Consideraciones Generales

B) Término

C) De las Protecciones del Nasciturus

a. Curator Ventrís

b. Caso de la mujer embarazada condenada a muerte

c. Caso del Aborto

D) Influencia en los Sistema Jurídicos Hispano-Galo-halo-Latinoamericanos.

a. Código Civil Argentino

b. Código Civil Brasileño

c. Código Civil Chileno

d. Código Civil Colombiano

e. Código Civil Español

f. Código Civil Francés

g. Código Civil Italiano

h. Código Civil Nicaragüense

i. Código Civil Peruano

j. Código Civil Venezolano

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

CAPITULO III

EL NASCITURUS

A) Consideraciones Generales:

Con respecto a la situación jurídica del que está por nacer, vale decir, el conceptus, se puede afirmar que la Doctrina Civilista Moderna se debate entre dos posiciones: la primera, que evidencia una sólida inspiración en el pensamiento de Justiniano, la que se observa en una gran

parte de los ordenamientos jurídicos inspirados en el Derecho Ibérico y la segunda, de inspiración Pandectística germánico, que se observa sin lugar a dudas en el Código Civil Italiano de 1942. Ha sido posible el señalamiento de estas dos tesis a través de estudio confrontativo fundado en dos campos disímiles en su interrelación, el de las palabras y de los conceptos, lo cierto es que el término Persona ha sido usado en la legislación latinoamericana no sólo como el que ya ha nacido sino desde que está concebido, lo cual refleja una influencia romana a través de lo que se lee en Las Siete Partidas 5.12.3.

B) Término:

En esta materia la doctrina y la legislación utiliza como sinónimo *conceptus* y *nasciturus*, antes de entrar en la materia debemos acudir a la etimología de uno y otro concepto: En efecto, *conceptus*, que viene del *conceptus*, a, um y a su vez del pasivo *concepi*: formarse, es definido por Suetonio y Scribonio como "el producto de la concepción, el fruto, el feto" y *nasciturus* es el participio de futuro del verbo *nascor*, *natus sum*, nacer, lo que significa "el que habrá de nacer".

En este sentido podríamos señalar que desde la época republicana romana hasta el siglo XVIII se usó *qui in utero sunt*, expresiones como *conceptus*, *liberi nondum nati*, *qui nasci speratur*: concebido, se usan en Códigos Civiles como el español, Artículo 29 que reza: "El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que les sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente".

En cambio, en el Código Civil Brasileño derogado, en su artículo 4 habla de *nasciturus*: "A personalidades civil do homem cometa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nasciturus"; que al decir del eminente Prof. Pierangelo Catalano expresan la paridad entre concebido y nacido, y acude a Pothier cuando afirma: "Ceux qui sont dans le sein de leur mère sont censés déjà nés aux yeux de la loi.." (Pothier, Pandectes de Justinien. Tome 1. Tit. V. Section I), así igualmente podemos señalar el Artículo 725 del Código de Napoleón (Code Civil Français), donde se infiere que el concebido existe: "Pour succéder il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Aussi sont incapables de succéder: 1) Ce lui qui n'est pas encore conçu", lo cual repiten en el Artículo 906 ejusdem: "Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation, pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur". El Artículo 1081 ejusdem en su párrafo único prevé la donación a los hijos por nacer del matrimonio, en efecto dice: "Elle ne pourra avoir lieu au profit des enfants à naître, si ce n'est dans les cas énoncés au chapitre VI du présent titre".

El concepto vetusto de persona esencialmente concreto, fue utilizado por Justiniano para indicar al concebido en materia sucesoral, veamos Código 3.28.30.1 (del Testamento Inoficioso): "Más si se hubieren preferido a algunas personas de estas, nacida ya o concebida ciertamente antes del testamento, aunque todavía contenida en el vientre, o si nada absolutamente le hubieren dejado habiendo hecho su desheredación u otra mención de las mismas, mandamos que entonces tengan su lugar las antiguas leyes, sin que haya de administrarse apoyándose en la presente ley ninguna innovación o alteración". Anteriormente Gayo en sus Instituciones había hablado del Póstumo alieno como persona incierta, que por ser tal no podía ser instituida ni heredera ni legataria: "Póstumo alienus es aquel que una vez nacido no figurará entre los suyos herederos del testador". "Un postumo alienus no puede ni aun ser instituido heredero, en efecto es una persona incierta" (Gayo 1.2.241-242), a diferencia del postumo suis. Esto supone la existencia de quien está en el útero (D.50.16.183).

El delimitar los conceptos antiguos implica un examen de los significados de las oraciones *in rerum natura esse*, *in rebus humanis esse*, los cuales para algunos no son exactamente equivalentes, así como el uso técnico de los términos *postumus*, *partu*, *ventri*. Es asimismo importante, el uso diario a propósito del concebido, del término *puer* que se lee en Plauto "*Truculentus*", acto I, escena 2, 201 ¿Quién es el padre del niño que está en el vientre?; *liberi*, hijos dice Cicerón en "*Cluento*" 44.125; *Homines* expresa Juvenal en "*Satiras*" 6,596. En la edad Justiniana la posición de Papiniano con respecto al parto de la esclava D.35 2.9.1 y su similar el C.7.4.14 deben comprobarse con lo que trata el Título V del Libro 1 del Digesto (*De Status Hominum*) y la ubicación del aborto como se lee en Ulpiano D.48.8.8.

Es igualmente importante señalar que en la edad moderna se ha pretendido por algunos de establecer diferencias desde el punto de vista del derecho entre hombre y persona sobre todo en el siglo XIX al punto de que algún jurista afirmaba que "toda persona es hombre pero no todo hombre es persona" o para expresarlo con Savigny "el concepto natural de persona idéntico a aquel de hombre, recibe del derecho positivo modificaciones, sean limitativas, sean extensivas, pudiendo incluso extenderse la capacidad a cualquier otro ente" (Savigny, C. (1847). "*Sistema del Derecho Romano actual*", T.II Pág 4). Esto evidentemente nos lleva a una positivización del concepto a la superposición de términos abstractos sujeto de derecho, personalidad, capacidad jurídica, persona ficta. Aquí cabría una pregunta ¿el niño concebido existe como persona?. En la Pandectística Alemana se nota la contradicción entre la ficción de Savigny basada en D1.5.26; 50.16.231 a la configuración del concebido como persona jurídica hasta de Teoría de Derecho sin Sujeto, elaborada por Windscheid. De las obras de estos dos gigantes de la Pandectística se puede profundizar la fractura conceptual entre concebidos y nacidos, allá donde los alemanes escriben *kind*, las contraposiciones entre, feto y persona o feto y niño. Es necesario advertir que en la antigua terminología romana *fetus* se refería usualmente a las bestias (*fetus* viene de *fetare*: fecundar hablando de un macho como dice San Agustín. Columela dice poner huevos las aves, preñada. Sila: que ha parido recientemente, parto, camada, ventregada según Cicerón), sin embargo, posteriormente fue utilizado para el ser que estaba en el vientre materno, así leemos en Ulpiano D.37.1.19 "La mujer que fue puesta en posición debe tomar de los bienes solamente aquello sin lo que el feto no se podría mantener y ser llevado hacia el parto...", llegaron a tal los romanos que cuando hablaban del *partus ancillae*: parto de la esclava, lo usan para tanto el concebido como el nacido, tal como afirma en *De Lingua Latina*, Varrón, así pues la doctrina italiana adopta el término *naseiturus* con un sentido general impropio, es decir, no como similar a *conceptus* y que encierra por el contrario, sobre una base legal. También a los *non conceptus*. Francesco Carnelutti en un artículo publicado en el Foro Italiano, intitulado "*Logica e Metafisica nello studio del Diritto*", afirma: "La equiparación práctica del concebido y del nacido dispuesta por efectos limitados en el Código Civil Italiano de 1942, no puede disimular la diferencia lógica entre el nacido y el por nacer, y por otra parte, la identidad del por nacer, sea o no sea concebido. El por nacer a diferencia del nacido puede no nacer, esto es como el hombre no tener existencia. El concebido existe como feto no como hombre".

Modernamente algunas posiciones pandectísticas y civilistas de Europa han extinguido el carácter concreto del vínculo natural entre quien está en el útero y el hombre, por lo que ha generado la negación en el campo legal de la paridad ontica. En América Latina los grandes codificadores como Bello, Velez y Teixeira han considerado a los que están por nacer como personas ya existentes, así el Código Civil Brasileño vigente en su Artículo 4 concuerda con los Artículos 1 y 2 del Código Civil Venezolano de 1862.

- Origen de la paridad entre concebido y el nacido:

En la obra Justiniana la igualdad de contenido entre el conceptus y el natus, es una norma de carácter general, salvo algunas excepciones tal como en D.27.1.2.6. La regla general es absolutamente expresada en el título del Libro 1º del Digesto que trata del Status Hominum y encuentra afinidad conceptual en el libro 50, título 16 de la significación de las palabras en sus fragmentos 153, 164 y 231, así como en Digesto 1.5.26.

Esta regla fue encontrando forma en base a la Ley de las XII Tablas, con una teleología jurídica religiosa la concepción determina, el surgir de un nuevo lugar de seius en la familia a punto que como afirma el Maestro Venerable Giorgio La Pira acerca de la tutela referente al derecho del concebido a la vida, tal como puede observarse en la provisión de la Ley Regia que prohíbe inhumar a una mujer fallecida en estado de gravedad antes de ser extraído el partus tal como se lee en Marcelo D.11.8.2 y también en la disposición normativa que ordena diferir la ejecución de una mujer grávida para después del alumbramiento, transcribimos al respecto opinión de Ulpiano en D.1.5.18; 48.19.3 y Paulo, Sentencias 1, 12,4. En tal sentido, se desarrolló la interpretación de los Juristas, para la edad clásica debemos a Masuro Sabino, que en D.38.16.3,9.en materia de herencia señala que "por la Ley de las XII Tablas también es admitido a la herencia legítima el que estaba en el vientre, si nace, y hereda la parte que le corresponde con los que están en igualdad de grado; v.g.: hay un hermano y el póstumo, o un hijo del tío y el póstumo", lo cual siempre fue de primera importancia. Posteriormente como prueba de ese desarrollo sistemático podemos cotejar Gayo Instituciones 1.147: "n cumplirimus afis causis postumi pro iam natus habentur" y 2,242 "un póstumo ajeno no puede ni aún ser instituido heredero; en efecto, es una persona incierta", con la amplísima afirmación de Modestino D.27.1.26 sobre el perfeccionamiento, evidentemente han influido los Senadoconsulta y la interpretación que de ellos han hecho los Jurisconsultos Pomponio D.38.4.13.1 y Ulpiano D.38.4.1, referente al Senadoconsultum Ostoriano y Ulpiano D.38.8.1.9 sobre el Senadoconsultum Orficiano y sobre todo Ulpiano en el Edicto del Pretor D.3.7.9.1 "Así como el Pretor cuidó de los descendientes que ya habían nacido, no descuidó tampoco, por la esperanza de que nacieran a los que todavía no habían nacido: "Quia iam in rebus humani sunt, curam Praetor habent, ita etiam eos qui nondum nati sunt propter spem nascendi no neglexit..." y agrega " nam et hac parte edicti eos tuitis est, dum ventrem mitti in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionem: porque también los amparó en esta parte del Edicto, poniendo al que está en el claustro materno en posesión en lugar de darle la posesión de los bienes contra el testamento". En el Fragmento 2 Parágrafo 2 se lee, ".. y lo que hubiere en el claustro materno habrá de ser considerado entre los herederos suyos: Quod in utero erit, inter suos heredem futurum erit". En el Parágrafo 15 Ulpiano afirma 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 claustro materno, con tanta más razón cuanto es más digna de favor la causa del feto, que la del impúbero, porque al feto se le favorece para esto, para que sea dado a luz y al impúbero a la familia, pues ha de ser alimentado este feto, que nace no solamente para el padre, de quien se dice que es, sino también por la República". Es necesario advertir que para Ulpiano, fetus y partus son sinónimos. Este mismo jurista afirma D.37.9.7 "Cuando el que está en el claustro materno es puesto en posesión, se deduce como deuda lo que se gastó para alimentos del que está en el claustro materno". Paulo D.37.9.10 ".... qui tamen testatoris morte conceptus erit: que hubiese sido ya concebido a la muerte del testador". Juliano en D.38.16.6 asienta si "post mortem avi su; conceptur, is neque legitimam hereditatem euis tanquam suis heres neque bonorum

possessionen tanquam cognatus accipitest, quia ex lex duodeciom tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo de cuius bonis quaeritur in rerum natura fuerit: es el que es concebido después de la muerte de su abuelo no puede obtener la herencia legítima de este como heredero suyo ni la posesión de los bienes como cognado, porque la Ley de las XII Tablas llama a la herencia al que existiere (in rerum natura fuerit) al morir aquél de cuyos bienes se trata" y Celso en D.38.16.7: "Vel si vivo o Conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur" o "si viviendo este fue concebido porque se estima que el concebido existe en cierto modo". El Emperador Justiniano en su Digesto 50.16.153 hace la precisión terminológica y conceptual a través de Terencio Clemente: "Intelligendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est: se ha de entender, que existir al tiempo de la muerte el que fue dejado en el claustro materno".

Otro punto de analizar dado por cierto la paridad a la luz de los Jurisprudencia y Legislación romana entre concebido y naseiturus, cabe plantearse que se entiende por connoda conceptus, esto es ventajas del concebido, el planteamiento general nos viene con Paulo D.1.57, ya transcrito, los romanos establecieron algunas disposiciones que establece el límite del término commodam; así lo tenemos en Paulo 50.16.231, que coincide con el D.1.5.7. Modestino señala que en el caso de excusa para ejercer la tutela, el ser concebido no influye para nada, oigámoslo: "Más el que está en el vientre, aunque en muchas partes de las Leyes se les compara con los 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" lo mismo ocurre en materia de Status, vid Las Sentencias de Paulo, 1124.1.3.

C) De las Protecciones del Nasciturus:

Para los romanos por la importancia que representaba el que está por nacer o concebido, fue objeto de protección, en consecuencia se estableció lo siguiente:

a) Curator Ventris:

Es necesario señalar que los clásicos distinguían entre Curator ventris y Curator bonis datis y antes de entrar en materia, definamos uno y otro:

1) Curator Ventris: Tiene por oficio vigilar por que no se produzcan suposiciones de estado y para que venga suministrado a la madre el necesario mantenimiento (Beato Ferrini, Contardo (1956). N° 777, Manuale delle Pandettel.

2) Curator Bonorum: Tiene por oficio administrar el patrimonio del nascituro y esto explica porque en su nombramiento intervienen los acreedores hereditarios en cuales donde no venga constituido, pueden pretender la custodia del patrimonio. (Beato Ferrini, C. op. cita.

En efecto Ulpiano en D.37.9.1.17 "Más siempre que el está en el claustro materno es puesto en posesión suele pedir la mujer un curador para él (curator ventris) y también para los bienes (curator bonis), pero si el curador hubiera sido dado ciertamente sólo para el que está en el claustro materno, se les ha de permitir a los acreedores que custodien los bienes, más si el curador fue nombrado no solamente para el que está en el claustro materno, sino también para los bienes, pueden estar seguros los acreedores porque la responsabilidad le corresponde al curador. Por lo tanto es conveniente que cuiden los acreedores u otro cualquiera que espere la sucesión no habiendo sido dado luz al parto, de que se de en virtud de información de curador, por supuesto,

abonado para los bienes". Sin embargo, se afirma que los compiladores unificaron las dos especies, tal como parece evidenciarse del comentario del propio Ulpiano en los Parágrafos 18 al 22 del mismo fragmento 1: Parágrafo 18: "Más observamos este derecho, que se dé al curador así para los bienes como para el que está en el claustro materno", más en otros fragmentos de Juristas clásicos se establece la unificación, en efecto en D.23.2.67,4 T)rifonino escribe "et si quis curator ventri bonisque: y también si alguno hubiera sido nombrado curador del que está en el vientre y de los bienes" y el propio Úlpiano en su comentario al Edicto Carboniano en D.26.10.3.11 "si curator ventri bonisque datus fraudulenter versatus sit: si el curador nombrado para el que está en el vientre y para los bienes hubiera procedido con fraude ...", o quienes sostienen la existencia de interpolación lo hacen por el hecho de que en algunos pasos bonisque se haya sustituido por bonisve, tal como se lee en D.26.10.3.3. "sed et si quis curam ventris bonorumve administrat... pero si alguno administra la Curatela del que está en el vientre o de sus bienes...". Lingüísticamente en Latín la partícula "que" al final de una palabra significa la presencia de la conjunción copulativa "y" y el término "ve" o "vel" significa la presencia de la conjunción disyuntiva "o". De igual forma quienes sostienen la no pureza del fragmento afirman que Ulpiano no habría podido enunciar la distinción expuesta en el parágrafo 17 si hubiese sido un precepto legal vigente en su tiempo que idem curator et bonis et ventris datur.

Los parágrafos 19 y 20 se refieren, sin duda alguna al Curator Ventris, las atribuciones que le son asignadas a favor de la mujer, ponen en claro el carácter de este Curador: suministrarle comida, bebida, techo y habitación digna, lo cual se repite con Hermogeniano en D.50.1.4.4: "El Curador del vientre debe suministrar a la mujer comida, bebida, vestidos, habitación y otras cosas similares". El parágrafo 21 de ese fragmento no hay duda alguna que se refiere al Curator Bonorum, de idéntica manera la posibilidad de que ambas funciones recayesen en la misma persona, lo encontramos en Gayo D.37.9.5: "El Curador del que está en el claustro materno debe fijar alimentos para la mujer y no hace al caso que tenga dote con la que ella pueda sustentarse, porque se considera que los que en este caso se le prestan al mismo que está en el claustro materno. 1) El Curador nombrado para el que está en el claustro materno debe tener cuidado de pagar las deudas, especialmente aquella que se debe bajo pena o mediante prendas de precio". Ahora bien, a nuestro entender si en el fragmento se hubiese hablado del mismo Curador, del cual habla el parágrafo no hubiera sido necesario repetir el nombre Curator Ventris, Curator Ventris Datus, sino podría bastar un pronombre. Esto se hace más verosímil que como el parágrafo discurre sobre actos que competen indudablemente al Curator Ventris, el primero se ocupase de Curator Bonis Datus; y 2) Hermogeniano en D.26.7.48 expresa: "Hay una gran diferencia entre el Curador de los bienes y del vientre: Inter bonorum Ventrisque Curatorem y el Curador del furioso y del pródigo o del pupilo, porque a éstos ciertamente se les encomienda la administración de los bienes, pero a los dos primeros solamente la custodia y la venta de los bienes que se han de deteriorar", este fragmento es altamente interesante por cuanto se observa:

- a) Habla del curador del vientre y de los bienes como si fuese uno solo.
- b) En la parte final del fragmento al establecer diferencias explica que el curador del vientre y de los bienes son distintos.

Por otra parte el Edicto solo contemplaba la nominación del Curator Ventris, en efecto se lee en D.26.5.20: Modestino: "No puede darse por los Magistrados del pueblo romano tutor al que está en el vientre, pero puede dársele curador porque en el Edicto se comprendió el nombramiento del curador".

Otra situación en el caso del Curator Ventris y del Curator Bonorum es lo referente a la satisfactio ¿Era obligatoria para ambos o no? En las fuentes hay divergencias, por ejemplo Venuleyo D.44.3.15.4 va por la afirmativa; Ulpiano D.37.9.13,19, 20 y 25; Paulo D.39.10.53; aunque cosa rara y contradictoria Ulpiano D.27.12.8 solo menciona el curador de los bienes.

En cuanto a la excusatio está admitida para el Curator Ventris D.27.1.45.2 (1Yriferonino). En cuanto al iudicium contrarium se le otorga al Curator Ventris D.27.4.1.2 (Ulpiano) y 3.8 del mismo fragmento. El nacido que hubiera tenido Curator Ventris tiene el privilegio en el concurso sobre los bienes del curador Ulpiano D.42.5.24 Pr. y Paulo 45.2.23. Designación del Curator Ventris:

- Existían dos métodos:

El Primero consistía como dice Uría, en su Obra "Derecho Romano", Tomo II, Pág. 622 en que "el Pretor antes de proceder al nombramiento del Curator Ventris, averiguara con escrúpulo sus dotes y capacidad para el oficio en referencia: de arte que el Curator así nombrado no tuviera obligación jurídica alguna de prestar fianza y seguridad sobre la buena administración de la Cura Ventris.

El Segundo no importaba la inquisitio mencionada y entonces si era menester que el curador se comprometiera bajo fianza a realizar una buena administración D.27.10.8".

b) Caso de la mujer embarazada condenada a muerte:

1) En D.1.5.18 señala Ulpiano: "El Emperador Adriano respondió a Publicio Marcelo: que la mujer libre, que estando preñada fue condenada a muerte, paría el hijo o hija que daba a luz; y que se acostumbraba a esperar a que pariese; y que si la que concebió de legítimo matrimonio fue después desterrada, pare ciudadana y en la potestad de su padre". Esta última parte de este fragmento, claramente nos remite al principio de que el hijo nacido de justo matrimonio sigue las condiciones del padre para el momento de la concepción y desde ese mismo momento se le están determinando su Status Libertatis, Civitatis y Familias. Igualmente a la mujer embarazada no se le aplicaban torturas o tormentos.

2) En D.48.19.3 expresa Sabino: "La mujer preñada que fuera considerada a ser quemada se suspende la ejecución de la sentencia hasta que para aquella mujer en estado se le permita dar a luz y una vez parida se condenaba a muerte", lo que evidencia la protección de los romanos a quien se encuentra en el vientre, en el sentido, que aquella mujer libre que estando preñada fuese condenada a muerte paría libre al hijo, debiéndose esperar el parto, al igual de no aplicársele torturas durante la gestación.

c) Caso del Aborto:

1) Mujer que aborta: En lo que se refiere al aborto no era considerado como parto, vale decir, se consideraba como la interrupción de la gestación. Los romanos, sin embargo, establecieron penas para la mujer que abortaba, así en D.47.11.4 nos dice Marciano: "Los Emperadores Severo y Antonino respondieron, que a la mujer que abortó, habiendo procurado el aborto, la ha de condenar el Presidente a destierro temporal, porque pudo parecer indigno que prive a su marido de que tenga hijos". En igual sentido se expresa Ulpiano en D.48.8.8 cuando señala: "Si la mujer

se diese golpes violentos en el vientre para abortar, el Presidente de la Provincia le impondrá pena de destierro".

2) Caso del que practica el aborto: se condena a quienes procuran el aborto a través de la ingerencia de bebidas. He aquí lo que dice Paulo: "Los que dan bebida para abortar, aunque no lo hagan con dolo, son, sin embargo, porque la cosa es de mal ejemplo, condenados a las minas los de baja clase y relegados a una isla con pérdida de parte de sus bienes, los de otras más elevadas; pero si por ella hubiere muerto la mujer, son condenados al último suplicio". De aquí se observa que el condenado a las minas salvo por concesión graciosa del Emperador no puede ser redimido de la esclavitud, puesto que son esclavos de la pena; y los relegados a una isla, a menos que sea temporal, solo pueden regresar con la anuencia del Emperador, si abandonaren la isla serán deportados a otra y si insistieren en dicha conducta serán condenados a muerte. Como puede verse el aborto no estaba permitido en Roma.

D) Influencia en los Sistemas Jurídicos Hispano-Galo-Italo-Latinoamericano:

La influencia de los romanos en las Legislaciones Hispana-Galo-ItaloLatinoamericanas, es indudable que todo lo referente al conceptus o al nasciturus o al feto ha tenido relevancia en nuestras legislaciones, vehículo importante, sin duda alguna, a muchas de nuestras legislaciones los principios romanos continúan influyendo por cuanto es imposible negar la sabia española que nos viene desde la colonia y ello nos permite evocar Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio; por ejemplo: »El que está en el vientre se tiene por nacido en todo lo que le aprovecha, pero no le daña lo que en su contra se hiciere (P4, Tit. 23, L.3) y en el caso de la bonorum possessio del que está por nacer (P3, Tit. 22, L.7). En las Legislaciones Latinoamericanas, por otra parte, se observan la confrontación entre la influencia de la tradición romana justiniana y la interpretación germánica del Derecho Romano, cuyos máximos exponentes son: Frederick Karl Von Savigny y Bernard Windscheid.

La máxima que construida por los glosadores en base a lo prescrito en los Libros 1 y 50 de las Pandectas y que reza "Infans conceptus pro iam nato habetur quoties de commodis si eius agitur", sigue incuestionable y variadamente presente en el derecho hispánico y en las distintas concepciones doctrinales que se observan en el Sistema Jurídico de América Latina. Es importante igualmente señalar que el Código Napoleónico de 1804 también ha tenido su área de influencia y de inspiración en la legislación y doctrina latinoamericana sin entrar en contradicción con la base justiniana y española sin ir muy lejos, el principio del "infans conceptus" no está previsto en el Código Civil Uruguayo, sin embargo, en una Sentencia de un Tribunal del año 82, ratificada por el máximo Tribunal en el año 82, fundándose en el Código Civil Francés Artículo 725, supra transcrito determinó "que el niño concebido, siempre que nazca viable es sujeto de derecho" y según el Artículo 216 Ord. 3 del Código Civil Uruguayo, viable es el que nace con vida y vive al menos 24 horas, es de señalar que el Artículo 835 del Código Civil de este país es igual al 725 del Código Civil Francés.

En el Código Civil Paraguay de 1985, después del Título que contiene las disposiciones generales sobre las personas físicas se lee en su Artículo 28: "la persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado, la irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno", aunque en el Artículo 31, aduce a la persona por nacer.

El Código Civil Mexicano en su Artículo 22 expresa que "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código". El Artículo 337 cuando las condiciones para que el feto se considere nacido: a) Que se desprenda enteramente del seno materno, lo cual significa a nuestro juicio, que antes del corte del cordón umbilical es considerado portio mulieris, tal como afirmaba el Jurisconsulto Paulo y b) Que viva 24 horas o presentado vivo al Registro Civil y el 1314 establece que son incapaces de adquirir por testamento o por intestado a causa de falta de personalidad, los que no están concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia o concebidos cuando no sean viables conforme a lo dispuesto en el Artículo 337".

Uno de los efectos del Artículo 22 del Código Civil Mexicano es darle al concebido capacidad para heredar, desde que está concebido se le reconoce capacidad hereditaria de goce sujeto a una condición resolutoria: que nazca viable. El concebido adquiere por herencia interpretando a contrario sensus el Artículo 1314 que reza "son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, causa de falta de personalidad los que no están concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia o de los concebidos cuando no sean viables, conforme al Artículo 337", y por el Artículo 2357 "pueden adquirir por donación los nacidos con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el Artículo 337". La condición es determinante para determinar el status de hijo legítimo (Artículo 324) o de hijo natural Artículo 384.

a) Código Civil Argentino:

Redactado por un insigne Profesor de Derecho Romano y Civil Dr. Dalmacio Vélez Sansfield, tiene como es lógico, una evidente influencia del Derecho Romano, concretamente del Jus Romanus Iustinianus. Independientemente que el Código al hablar de persona natural la designe como persona de existencia visible (Art. 51) expresa que son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones (Art. 52) establece que son incapaces de adquirir las personas por nacer (Ord. 1º, Art. 54), no se aparta como está dicho anteriormente a la doctrina romana y así lo observamos en Título 111 de las personas por nacer, Art. 63 cuando al definirla dice que son "los que no habiendo nacido están concebidos en el seno materno". Esto significa que las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre, si fuesen futuras no habría sujeto que representar. El Art. 64 se refiere a la representación de las personas por nacer cuando se trate de adquisición de bienes por herencia o donación. Este Artículo evidentemente trata solamente del feto que puede tener bienes que adquirir por herencia o donación y que necesita una representación protectora.

En el Título IV "De la existencia de las personas antes del nacimiento", el Legislador Argentino en su Artículo 70 expresa que "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 hubieran nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida aunque fuera por un instante después de estar separados de su madre»" Más claro el apoyo a las disposiciones romanas, imposible.

En el Artículo 73, el Código acoge tanto las tesis de los proculeyanos como la de los sabinianos e incluso la de Justiniano, cuando se afirma que "Repítase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieren al parto hubiesen oído la respiración o la voz de los nacidos o hubiesen observado otros signos de vida".

En el Artículo 74 se establece que si la persona muriese antes de estar separado completamente del claustro materno, serán considerados como que si nunca hubiesen existido. Así mismo el Artículo 3290 del Código Civil Argentino establece que "el hijo concebido es capaz de suceder al que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle". Esta disposición tiene evidentemente fundamento en el principio que el hijo en el seno de la madre, tiene una sola vida común con ella: *portio mulieris*; el nacimiento puede darle únicamente una vida individual. El derecho, sin embargo, lo considera hábil para suceder. Esta excepción es debida a las Leyes romanas que consideraban al *fœtus* como ya nacido cuando se trataba de su interés D.2.57 (de *Statu Homines*) "*Qui in utero est, proinde ac si rebus humanis esset*", así también, un testador no podría instituir por heredero a una persona que no estuviere concebida al tiempo de su muerte, ni aún subordinando la institución a la condición suspensiva si naciere, Artículo 3733 del Código Civil Argentino. La sucesión correspondería a los sucesores abintestato, porque el derecho no difiere jamás la sucesión sino pura y simplemente, de una manera irrevocable.

b) Código Civil Brasileño:

El Código Civil Brasileño vigente sigue la tesis de la personalidad y ello se demuestra de la lectura del Artículo 62, ord. 1: "A personalidade civil do homem comença do nascimento completo com vida", y ord. 2: "Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento".

En este Código en el Artículo 462 concuerda con el 458 siguiendo la tradición romanística se establece la Curatela del nascituro, en otras palabras curator ventris bonisque, en efecto transcribimos el Artículo 458: "A autoridade do curador estende-se a pessoa e bens dos filhos do curatelado nascidos ou nascituros" y el 462 (Secao III da curatelado nascituro) "Darse a curador ao nascituro, se o pai falecer, estando a mulher grávida e não tendo o patrio poder. Paraguayo único se a mulher estiver interdita, sen curador sira o do nascituros"; igualmente pueden los nascituros recibir en donación, siempre que sea aceptado por los padres Artículo 1169, "a doacao feita ao nascituro valera, sendo aceita pelos pais» y el Artículo 1718 establece que "Sao absolutamente incapazes de adquirir por testamento os individuos não concebidos ate a morte do testador salvo se a desposicao dêste se referir a prole eventual de pessoas por ête designadas e existentes ao abrirse a sucessao".

Con referencia al Artículo 4 del Código Civil anterior, el nuevo elimina la frase "desde a concepção", olvidándose de lo dispuesto en los Artículos 1987 y siguientes que admiten la posibilidad de suceder a os filhos não concebidos, esto es prole eventual, se ha introducido un concepto del nasciturus que comprende la prole eventual (concebidos). Esta situación en cuanto al nuevo concepto de nasciturus varia con respecto al anterior, en virtud de que el segundo no vendría definido en base a la naturaleza de la concepción sino a un simple decreto estatal, suprimiendo la distancia entre la persona no existente y el nasciturus por la otra, que es persona por nacer.

Al cambiar la consideración del nasciturus, la posibilidad de proteger a éste vía de la creación Jurisprudencial queda excluida en virtud de la disposición legal supra transcrita.

c) Código Civil Chileno:

Como quiera que este Código fue elaborado por Andrés Bello, cuya formación romanística es innegable, el Derecho de Roma está presente en dicho texto legal. En efecto el Artículo 74 comienza por afirmar que la existencia legal de la persona física comienza con el nacimiento y se entiende que éste se produce cuando se separa completamente el feto del claustro materno, mientras esto no ocurra se entiende como *portio mulieris* Artículo 74 párrafo único. El Artículo 75 se refiere al *nasciturus* y a su protección, el párrafo único de ese Artículo está sin duda alguna influenciado por el Derecho Romano, ya que cualquier castigo que se deba aplicar a la madre encinta y que pudiera poner en peligro la vida o salud de la criatura debe diferirse hasta después del nacimiento. En cuanto a la época de la concepción, se habla de 180 días cabales y no más de 300, lo cual sigue la tradición romana y el Artículo 77 consagra el Principio de *infans conceptus pro iam natus habetur*. La influencia es tal en el caso de los hijos póstumos, se establecen las mismas reglas romanas: participar a quienes pudieran heredar en caso de que no naciera la criatura (Art. 168); el derecho de la madre a que si le suministre recursos derivados de los bienes que han de corresponder al póstumo, caso de que nazca vivo, para subsistir (Art. 199) se acoge la curadora de bienes Arts. 343, 483. En caso de sucesión es necesario existir el tiempo de abrirse la sucesión Art. 962. Lo mismo ocurre en el caso de la donación Art. 1390.

d) Código Civil Colombiano:

El Código Civil Colombiano es copia fiel del Código Civil Chileno. En efecto los Artículos 90, 91, 92 y 93 de este Código son idénticos al 74, 75, 76 y 77 del Código Civil Chileno. El interdicto de *liberis agnoscendi*, se encuentra justificado en el Artículo 225 del Código Civil Colombiano, el Artículo 573 habla de los derechos del póstumo que para que se le consoliden es necesario que nazca vivo. Todo lo referente a la concepción está establecido en los Artículos 214, 220 y 237.

e) Código Civil Español:

El Código Civil del Reino de España sigue indudablemente la tradición romana filtrada a través de las leyes romano bárbaras y de los VII Partidas del Rey Sabio Alfonso X. En efecto el Artículo 29 prescribe que "el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre y cuando nazca con las condiciones que expresa el Artículo siguiente" dicho Artículo 30 prescribe que "para todos los efectos civiles solo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y viviera 24 horas enteramente desprendido del seno materno". Este Artículo reproduce, sin lugar a dudas, las condiciones para la existencia de la persona física que establecieron los romanos y en cuanto a *partus maturus* o *plenus temporis pariat* se puede inferir de los Artículos 108 al 118 que tratan de la filiación o del 927 en el caso de la mujer que encinta quede viuda, el Código Civil Español, adopta no solo el *curator ventris*, sino que consagra el denominado *Interdictum de Partu Agnoscendi*.

f) Código Civil Francés:

La Legislación Francesa no tiene una norma expresa con referencia al *infans conceptus*, sin embargo como afirman los hermanos Mazeaud "los redactores indicaron que tan solo la criatura simplemente concebida puede recibir una sucesión (Artículo 725 del Código Civil) o una donación (Artículo 906)" cuando se leen ambos Artículos supra transcritos para que se consolide cualquier derecho es necesario que el ser nazca vivo y viable y retornando a los hermanos Mazeaud en relación al *Infans Conceptus*, afirman: "por eso se le ha planteado a la Jurisprudencia la cuestión de saber si convenía aplicar ese adagio fuera de esos dos ámbitos (sucesión y donación), la Corte de Casación lo ha resuelto afirmativamente, en ocasión de la renta a que tenía derecho el hijo de un obrero víctima de un accidente de trabajo". El 24 de abril de 1929 (Crf infra lecturas): considerando que... el concebido se considera como ya nacido en todo lo que su interés exija (Crf igualmente 8 de marzo de 1939 D. H. 1939, 193; e infra lección XLV Lecturas 111). La fórmula empleada por la Corte de Casación muestra que alcance general atribuye la Jurisprudencia al principio ha sido recogida en el Artículo 148 del Anteproyecto del Código Civil elaborado por la Comisión de Reforma del Código Civil: el simplemente concebido se tiene por nacido siempre que su interés lo exija, con tal que nazca vivo y viable, por lo tanto la criatura humana tiene, desde su concepción una personalidad condicional, condicional puesto que no existe más que si el concebido nace vivo y viable. Pero es bastante para que sea necesario, desde la concepción de la criatura, velar por sus intereses si tiene a sus padres la cuestión no se plantea. Pero si su padre ha muerto, los intereses que el concebido tiene en la sucesión que se abre, han incitado al legislador a adoptar precauciones; el Artículo 393 del Código Civil prevé que a la muerte del marido, si la mujer está encinta "se nombrará un curador del vientre" (Mazeud, H. (1956) "Sistema del Derecho Romano actual", T.11 Pág. 4. "Lecciones de Derecho Civil" Parte 1, Volumen 11, Lección XXII págs. 9-10). Es necesario advertir que la Jurisprudencia Civil Francesa a despecho de la Ley escrita, en este caso el Código Civil, reiteradamente desde 1929 ha hecho suya el Principio del *Infans Conceptus* y aún cuando se han producido reformas al Código Civil, en esta materia se ha mantenido la vigencia de los Artículos 725 y 906 y fue derogado el Artículo 393 (*Curator Ventris*), por lo que desde el punto de vista de la Ley, sigue vigente el principio de la personalidad.

g) Código Civil Italiano:

El Profesor Francesco Messineo cuando analiza los presupuestos del derecho subjetivo señala que son la existencia de un sujeto y su capacidad jurídica.

El autor citado igualmente expresa que pudiera ser que hubieran derechos subjetivos sin sujeto, lo cual constituye problema, cuya solución está en distinguir el caso del sujeto determinado pero es determinable (aquí en rigor existe el sujeto aunque de momento esté por determinar y el derecho se dará en el momento que le es atribuido al sujeto, aún cuando la identificación del mismo se produzca en un momento posterior) de los casos en que el sujeto, o no existía aún o existía, pero ha llegado a faltar casos de sujetos determinados o determinables lo encontramos en el Artículo 462 cuando se permite que el *nasciturus*, el no concebido podrán ser instituidos herederos, en caso de la herencia yacente Artículo 643 y donaciones Artículo 320. Es necesario advertir que la existencia legal de la persona física comienza con el nacimiento: vale decir que el hombre es sujeto de derecho cuando nace y vivo, pero siguiendo al derecho romano, se separa

del claustro materno. Mientras no nazca, vivo y separado del claustro materno no es sujeto de derecho, es inexistente.

Artículo 1 "La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento. Los derechos que la ley reconoce a favor del concebido se subordinan a los efectos del nacimiento". De acuerdo a este Artículo, que excede a la tradición romanística, vale decir, se aparta del principio *Infans Conceptus*, mientras no se nazca y vivo, no es sujeto de derecho y por lo tanto no adquiere personalidad. No obstante esta afirmación del Código Civil se ocupa del *nasciturus* pero lo considera esperanza de hombre dado que pudiera llegar a ser titular de derechos patrimoniales y hereditarios, Artículo 320, 1er Apartado; 462 Ord. 1 y 3; 643, 687 y 784 Ord. 1º: en cuanto al período de gestación evidentemente sigue el criterio romano, no en meses sino en días, tal como se establece en el Artículo 232 que establece una presunción absoluta, en cambio que la establece en el 462 Ord. 2 es *Iuris tantum*.

El Artículo 462 en su Ord. 1º respecto a la capacidad testamentaria pasiva del concebido o *nasciturus*, a la cual los romanos llamaron *Ius Testamenti Facti* pasiva, admite que es capaz, lógicamente debe para consolidar el derecho, nacer vivo, igual régimen se aplica en el caso de la donación Artículo 784.

En cuanto al Curator Ventris, éste estaba contemplado en el Artículo 339 pero fue derogado por la reforma del Código Civil ocurrida en 1975 (Ley del 19 de Mayo de 1975).

h) Código Civil Nicaragüense:

El Código Civil vigente en Nicaragua tiene una profunda inspiración de los Códigos Civiles de Chile y Argentina. Este Código en su título tiene tres capítulos destinados a las personas naturales: el capítulo II "de la existencia de las personas naturales", el Artículo 5 señala que "la existencia legal de toda persona principia al nacer" (esta disposición está copiada del principio del Artículo 74 del Código Civil Chileno) y se compagina con el Artículo 20 que dispone "si murieran (los concebidos) antes de estar completamente separados del seno materno, se reputarán no haber existido jamás" (véase Artículo 74 del Código Civil Argentino).

En el Artículo 6 habla de las personas de existencia visibles, es decir, de las personas físicas, este Artículo está inspirado en el Artículo 52 Inciso 1º y 53 del Código Civil Argentino, el Artículo 7 que establece las incapacidades absolutas entre ellos: 1) Las personas por nacer. El Capítulo 111, se refiere a las personas por nacer, el Artículo 11 inspirado en el 63 del Código Civil Argentino, expresa que "son personas por nacer los que están concebidos en el seno materno". El Artículo 13 establece que "la Ley protege la vida del que está por nacer y consagra una acción popular", para que cualquiera en caso de que sea para proteger al que está por nacer siempre que crea que de algún modo peligra, acuda a la autoridad a esos efectos. Este Artículo se relaciona con el Capítulo IV de la existencia de las personas antes del nacimiento, Artículo 14 "desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia natural de las personas; y antes de su nacimiento deben ser protegidos en cuanto a los derechos que por su existencia legal puedan obtener. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida", la inspiración en el Artículo 70 del Código Civil Argentino es absolutamente clara. Este Artículo 19 se relaciona con el Artículo 12 que establece al Curator ventris dice: "al que está por nacer puede nombrársele guardador de sus derechos eventuales", su inspiración en el Artículo 487 del Código Civil Chileno. El Artículo 20 copia del 74 del Código Civil Argentino, establece que "si murieran antes de estar completamente separados del seno

materno, se reputarán no haber existido jamás". El derecho del nasciturus a suceder se encuentra indirectamente establecido en el Artículo 982.

i) Código Civil Peruano:

El Artículo 1 del Código Civil Peruano se vincula a la tradición romano - hispánica, no obstante utilizar el término abstracto de sujeto de derecho; en efecto dice el citado Artículo: "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". Este Artículo es indudablemente novedoso por cuanto de una vez le confiere reconocimiento legal de sujeto de derecho al concebido, dejando de lado a la teoría de la ficción que informaba al Artículo 1 del Código Civil de 1936. Es igualmente señalable que habla de la vida humana que se inicia con la concepción. Existen otros Artículos que tienen importancia por cuanto ratifican lo anteriormente asentado, así tenemos el Artículo 306 que establece que "el marido no puede desconocer al hijo por nacer", y de acuerdo al Artículo 299 "el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución tiene por padre al marido, el Artículo 356 al establecer el secreto de revelar el progenitor o progenitora que no hubiera reconocido al hijo ilegítimo, ordena que este Artículo no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido"; el Artículo 591 afirma que: "los bienes que han de corresponder al que está por nacer serán encargados a un curador si el padre falleciere estando la madre privada de la patria potestad", como se ve, estamos en presencia del Curator Bonorum; el Artículo 613 "la Curatela de los derechos eventuales del que está por nacer, cesa con el alumbramiento"; Artículo 789, "si en la partición deben comprenderse los derechos de un heredero no nacido, se suspenderá hasta el nacimiento"; el Artículo 752 "caduca la institución de heredero 1: Si el testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento".

j) Código Civil Venezolano:

Venezuela por ser país colonizado por España, necesariamente su legislación tuvo que estar influenciada por el Derecho de Roma. En efecto, al producirse la emancipación de España, Venezuela adopta con carácter transitorio la Legislación Española, al punto que eran aplicables las VII Partidas, la Nueva Recopilación de Leyes, las Filípicas y el Derecho justiniano, lo cual rigió hasta 1862, año en el cual fue aprobado el le` Código Civil Patrio, haciendo historia este Código en su Ley I del Principio de la Existencia de las Personas, en su Artículo 1° señalaba que "la existencia de las personas principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre, etc.". Este Artículo y los siguientes 2 y 3 son copias textuales del Código Civil Chileno (véase los Artículos 74, 75 y 76), la influencia de Andrés Bello, es innegable. En el Código de 1867, en su Artículo 115, se establece el período de gestación, a los efectos de determinar la filiación legítima, la cual está enmarcada dentro de los 180 días contados a partir de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días después de disuelto. Contra esa presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido, tener acceso a su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento, todos los demás hijos son ilegítimos. El Artículo 122 de este Código en cuanto a la consideración del concebido o nasciturus solo dice "Para los efectos legales solo se reputa nacido el feto, que desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive veinticuatro horas naturales". En

el Artículo 561 se expresa que "son incapaces para adquirir por testamento las criaturas abortivas, entendiéndose por tales, los que no reúnan las circunstancias previstas en el Artículo 122". Como se podía evidenciar, el feto no se encontraba protegido; en el Código de 1873, Artículo 14 aparece protección del nasciturus, en efecto dicho Artículo establece que: "el feto se tendría como nacido, cuando se trate de su bien, pero si no hubiese nacido viable, se reputará como que si no hubiese existido", esta disposición aparece igual en los Códigos de 1880 (Art. 14), 1896 (Art. 14) y 1904 (Art. 14).

El Código de 1873 trae aportes en el tratamiento del nasciturus o concebido, por ejemplo en el Artículo 682, al tipificar quienes son incapaces de suceder ab-intestato establece: 1º: Los que en la época de apertura de la sucesión no están todavía concebidos; 2º Los que no hayan nacido viables, en la duda se presumen viables quienes hayan nacido vivos; y cuando trata de incapaces para recibir por testamento señala en su Artículo 709 que quien que no puede suceder ab-intestato no puede recibir por testamento, salvo "que pueden recibir por testamento los descendientes inmediatos, es decir, los hijos de una persona determinada que viva en el momento de la muerte del testador, aunque no estén concebidos todavía". En la reforma de 1904, se mantiene el mismo texto del Artículo 14 del Código Civil anterior y en general todo lo relacionado como la capacidad para suceder ab-intestato o por testamento.

En la reforma de 1916, este Artículo 14 sufre modificación no solo de número sino de contenido, pues a solicitud del Dr. Emilio Constantino Guerrero, la Comisión Revisora de la Reforma acordó proponer al soberano congreso la reforma de dicho Artículo 14 de la siguiente manera: "La personalidad empieza con el nacimiento, es un principio tanto del derecho antiguo como del moderno, más tiene una excepción, cual es el caso del feto cuando se trata de algo que aprovecha a este *quoties de commodis ipsius agitur* como dijo Paulo". Alegaba así mismo que la teoría de la viabilidad estaba descartada y que lo fundamental era que naciera y vivo y que en consecuencia, debía quedar redactado así: "el feto se tendrá como nacido para todo lo que se trata de su bien y para que sea reputado como persona basta que haya nacido vivo". La ficción de la ley consiste primero en que como para adquirir derechos es necesario ser persona, y el feto de por sí no tiene vida civil, entretanto pasa de la vida intrauterina a la vida extrauterina, la Ley le da por existente, le considera persona aún cuando no haya nacido; más esos derechos adquiridos en virtud de la ficción no se confirman sino cuando viene a la vida en condiciones de aptitud para vivir, con aptitudes para soportar la vida extrauterina, pues sucede en muchos casos que a pesar de haber nacido y de haber dado manifestaciones externas, que pudieran traducirse como signos de vida intrauterina. Es decir que el feto que por el sólo hecho de aquel movimiento puede ser considerado vivo, y por tanto, capaz de adquirir derechos, no fue nunca persona jurídica.

El Artículo de marras fue aprobado bajo el N° 16, así con igual número y contenido aparece en el Código Civil de 1922 y con el N° 17, en el Código Civil de 1942 y en el Código Civil vigente (1982). El Código actual aún cuando ha tenido modificación de redacción por lo que respecta al cálculo de la concepción o si se quiere al tiempo mínimo y máximo de gestación, ha conservado la tradición romana; así mismo como en Roma, ha conservado lo referente a la consideración del concebido o nasciturus, tal como puede evidenciarse del Título 11, Capítulo II, Lección 1 de las sucesiones intestadas Artículo 809 cuando establece que "son incapaces de suceder los que en el momento de la apertura de la sucesión no están concebidos todavía, a los efectos sucesorios la época de la concepción se determinará por las presunciones legales establecidas en los Artículos 201 y siguientes para la determinación de la filiación paterna", lo cual se ratifica en el Artículo 840, cuando afirma el Legislador "son incapaces para recibir por testamento los que son incapaces para suceder ab-intestato". Sin embargo pueden recibir por testamento los

descendientes inmediatos, es decir, los hijos de una persona determinada, que viva en el momento de la muerte del testador, aunque no estén concebidos todavía", como puede observarse este Artículo es igual al 709 del Código Civil de 1873, salvo que no se habla de viabilidad. También es igual al Ordinal 3 del Artículo 462 del Código Civil Italiano de 1942 que viene a su vez del Código Civil Italiano de 1865.

Otro Artículo que refleja la influencia romana es el Artículo 951 que expresa: "Las disposiciones a título universal o particular hechas por quien al tiempo de su testamento no tenía o ignoraba tener hijos o descendientes, aun solamente concebidos, son revocables por la existencia o por la supervivencia de un hijo, descubierta aquella o verificada ésta después de la muerte del testador, salvo que el testador haya previsto en el mismo testamento o en otro posterior o anterior, no revocado ni siquiera tácitamente, el caso de existencia o supervivencia de hijos o descendientes de éstos". Y por último el Artículo 1443 establece que "los hijos por nacer de una persona viva determinada pueden recibir donaciones, aunque todavía no se hayan concebidos. Para la aceptación, los hijos no concebidos serán representados por el padre o por la madre indicados por el donante, según el caso. A menos que el donante disponga otra cosa, la administración de los bienes donados la ejercerá él, y en su defecto, sus herederos, quienes pueden ser obligados a prestar caución", igual tiene, aunque por vía indirecta, como está expresado al inicio del análisis del Código Civil Venezolano influencia del Derecho Romano.

CONCLUSIONES

1.- En lo que se refiere a la influencia del Derecho Romano I en el caso del nasciturus se observa:

- 1) Todos, en mayor o menor grado, establecen sinonimia entre nasciturus y conceptus.
- 2) En su mayoría acogen el denominado Principio de la paridad entre nasciturus y nacido.
- 3) En los Códigos Civiles consultados, tomados como muestra de la universalidad, se observan la aceptación de aquella figura del Curator Ventrisque Bonorum, excepcionalmente ha sido eliminado en escasísimas Legislaciones latinoamericanas, entre ellas, Venezuela.
- 4) Muchas Legislaciones adoptan el Principio de la Ficción de Savigny y otras, el de la Personalidad de Windscheid, en la consideración jurídica del nasciturus.
- 5) Puede ser instituido heredero, sujeto de donaciones, en los casos y condiciones establecidos en la Legislación Civil, tal como se ha señalado en sede materiae.

II.- Conclusiones en cuanto a los requisitos de existencia de la persona física:

- 1) Las Legislaciones adoptan en cuanto al nacimiento, la Teoría de la Vitalidad, divergen en cuanto a la viabilidad, Legislaciones como la venezolana, solo requiere que se nazca y vivo
- 2) En cuanto a que tenga forma humana, todas por supuesto desechan la teoría romana de que no fuera ni monstrum ni prodigio.
- 3) En cuanto al tiempo de la gestación se acoge el principio romano de entre el séptimo (7°) y el décimo (10°) mes contados a partir de la concepción, algunos Jurisconsultos o naturalistas como Pfinio el Viejo hablaban de 181 y 186 días respectivamente.
- 4) No son pocas las Legislaciones como se ha visto en el desarrollo de la investigación, como los Códigos Civiles Chilenos (Art. 74); Nicaragüense (Art. 20); Argentino (Art. 70); Colombiano (Art. 90), consideran nacido cuando el feto se ha separado completamente de la

madre, lógicamente con el corte del cordón umbilical, caso contrario aplican el principio de parto portio mulieris.

III.- Conclusiones en cuanto a la capacidad:

- 1) En este aspecto no hay duda que la influencia del Derecho Romano en las Legislaciones al menos en la Argentina y Chilena y sus áreas de influencia han persistido algunas categorías romanas; por ejemplo incapacidades por el sexo, se adoptan distinciones entre furiosus y mente captus; por la edad, Códigos como el Chileno, el menor de 14 años (impúbbero) no sometido a Patria Potestad, se encuentra bajo Tutela, cumplidos los 14 años estará bajo Curatela.
- 2) Lo importante es que los romanos sin decirlo establecieron usando el argumento a contrarius sensus que la Capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción.
- 3) En este orden de ideas son incapaces todos aquellos que sean declarados como tales por la Ley, las Legislaciones latinoamericanas consultadas acogen Instituciones como la Tutela y la Curatela para suplir las deficiencias de los menores de edad sobre quien nadie ejerza la Patria Potestad; de los locos, los pródigos y débiles de entendimiento así como aquellos declarados incapaces para suceder o recibir por donación.
- 4) Existen Legislaciones que establecen diferencias entre loco y demente, púbero e impúbbero para determinar si se trata de Tutela o Curatela como ocurre en el Código Nicaragüense. Se establecen incapacidades con respecto al ciego de nacimiento, sordomudo o el que hubiera enceguecido durante la niñez y llegado a la mayoría de edad. En nuestro país el Artículo 410 establece estas incapacidades a menos que el Juez los declare capaces, sin embargo el Artículo 837 en sus Ordinales 2, 3 y 4 establece que son incapaces de testar. 2) Los entredichos por defecto intelectual; 3) Los que no están en su sano juicio y 4) Los sordomudos y los mudos que no sepan o no puedan escribir.

IV.- Conclusiones en cuanto el nacimiento:

- 1) Determina el inicio de la personalidad (Art. 17 C.C.Venezolano).
- 2) Concretiza en todas las legislaciones Civiles derechos como el sucesorio, la filiación, etc.
- 3) Puede determinar ineficacia de actos jurídicos de disposición, en los cuales no se ha considerado a quien está en el vientre, una vez producido el nacimiento.

**Cuanta razón tenía LEON IV MAGNO cuando afirmó:
"ROMA TU ES CAPUT MUNDIS"**

BIBLIOGRAFÍA

A. TEXTOS:

1. ABOUHAMAD H., Chibly. (1998). "Lecciones de Derecho Romano". Caracas,Venezuela: Ediciones Jurídicas de la Universidad Central de Venezuela.
2. ALVAREZ S., Ursicino. (1977). "Instituciones de Derecho Romano". Madrid, España: Editoriales de Derechos Humanos, S.A.
3. ARANGIO R., Vicente. (1960). "Istituzioni di Diritto Romano". Napoli, Italia: Editorial Iuvene.

4. ARIAS R., José. (1963). "Derecho Romano". Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
5. ARTILES, Sebastián. (1983). "Derecho Romano". Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana.
6. AUDINET, J. (1982). "Foliet et Prodigalité en Droit Romann". París, Francia:
7. BELLO, Andrés. (1959). "Derecho Romano". Caracas, Venezuela: Ediciones Biblioteca Nacional.
8. BETTI, Emilio. (1962). "Istituzioni di Diritto Romano". Padova, Italia: Cedam Editori.
9. BIONDI, Biondo. (1954). "Diritto Romano Cristiano". Milano, Italia: Editorial Gaifré.
10. BIONDI, Biondo. (1952). "Diritto Hereditario". Milano, Italia: Editorial Gaifré.
11. BONFANTE, Pedro. (1959) "Instituciones de Derecho Romano". Madrid, España: Editorial Reus.
12. BURDESE, Alberto. (1972). "Manual de Derecho Público Romano". Barcelona, España: Editorial Bosch.
13. CAMUS, E.F. (1951). "Cursos de Derecho Romano". La Habana, Cuba: Universidad de la Habana.
14. CARAMÉS E, José. (1988) "Instituciones de Derecho Privado Romano". Buenos Aires, Argentina: Editorial Perrot.
15. COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henry. (1942) "Curso elemental de Derecho Civil". Madrid: Instituto Editorial Reus.
16. DEMANTES, Pierre. (1900). "Course de Droit Civil Fran9ais". París, Francia: Editorial Dalloz.
17. D'ORS, Álvaro. (1948). "Introducción al Estudio de los Documentos del Egipto Romano". Madrid, España: Editorial Instituto Antonio de Embruja.
18. D'ORS, Álvaro. (1953). "Epigraffía Jurídica de la España Romana". Madrid, España: Ediciones INEJ.
19. **D'ORS, Alvaro. (1976) "Derecho Privado Romano". Navarra, España: Editorial Universidad de Navarra.**
20. DE FRANCISICI, Pietro. (1954). "Síntesis Histórica del Derecho Romano". Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
21. FERRINI, Contardo (Beato). (1956). "Manuale delle Pandecta". Milano, Italia: Societa Editrici Libreria.
22. GARCÍA G., Manuel. (1978). "Casuismo y Jurisprudencia Romana". Madrid, España: Editorial Artigrafía.
23. GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso. (1889). "Corpus Iuris Civilis".. Barcelona, España: Editorial Molina.
24. GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso. (1989). "Cuerpo del Derecho Civil Romano". Reimpresión. Valladolid. España: Editorial Lex Nova, S.A.
25. GARCÍA M., Eduardo. (1958) "Introducción al Estudio del Derecho". México D.F., México: Editorial Porrúa.
26. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y A., Faustino. (1995). "Diccionario de derecho Romano" 4º edición. Madrid, España: Editorial, Reus, S.A.
27. HERNÁNDEZ T., Francisco. (1978). "Lecciones de Derecho Romano". Madrid, España: Editorial Darros.
28. IGLESIAS, Juan. (1999). "Instituciones de Derecho Privado". 12º edición. Barcelona, España: Ediciones Ariel.

29. KASER, Max. (1968). "Derecho Privado Romano" Madrid, España: Instituto Editorial Reus.
30. KELSEN, Hans. (1959). "Teoría General del Estado". México D.F., México: Editorial Nacional.
31. MAZEAUD, Henry, León y Jean. (1956). "Lecciones de Derecho Civil". Buenos Aires, Argentina: Editorial EJE.
32. MEIRA, Silvio. (1972). "A Lei das XII Tábuas". Rio de Janeiro, Brasil: Editorial Forense.
33. MESSINEO, Francesco. (1959) "Derecho Civil y Comercial". Buenos Aires, Argentina: Editorial EJE.
34. MOURLON, Frédéric. (1835) "Commentaires au Code Civil Français". París, Francia: Garniers Frères, Editeurs.
35. MORINEAU, Marta e IGLESIAS, Román. (1994). "Derecho Romano". México D.F., México: Harla, S.A.
36. ORESTANO, Ricardo. (1961) "Introduzioni allo Studio Storico del Diritto Romano". Torino, Italia: A. Giappichelli Editore.
37. ORTOLAN, Manuel. (1947) "Compendio del Derecho Romano". Buenos Aires, Argentina: Editorial Atalaya.
38. PEÑA G. Luis y ARGÜELLO, Luis. (1962). "Derecho Romano". Buenos Aires, Argentina: Tipografía Editora Argentina.
39. PETIT, Eugene. (1990) "Tratado Elemental de Derecho Romano". Caracas, Venezuela: Móvil Libros (Edición Venezolana).
40. POTHIER, René Jean. (1823). "Pandectes de Justinien". París, Francia: Editorial Dondey-Dupré.
41. RECASENS S., Luis. (1959) "Filosofía del Derecho". México D.F., México: Editorial Porrúa.
42. RODRÍGUEZ, Bartolomé. (1874). "Corpus Iuris Civilis". Barcelona, España, España: Editorial Molina.
43. SAXOFERRATUS, Bartolus. (1862). "Glossae Corpus Iuris Civilis". París, Francia: Academicum Parisiense Cotelie Bibliopolam.
44. SAXOFERRATO, Bartolo. (1956). "Glossa ad Digestum Iustineanum". England: Oxford University Press.
45. SAVIGNY, Carlos F. (1847) "Sistema del Derecho Romano Actual". Madrid, España: Editorial Góngora.
46. SCHULTZ, Fritz. (1960). "Derecho Romano Clásico". Barcelona, España: Editorial Bosch.
47. VISO, Luis. (1966). "Introducción al Estudio del Derecho Romano". Maracaibo, Venezuela: Editorial LUZ.
48. VOLTERRA, Edoardo. (1963). "Diritto Privato Romano". Roma, Italia: Editorial Richerche.
49. VOLTERRA, Eduardo. (1991). "Instituciones de Derecho Privado Romano". Reimpresión. Madrid, España: Editorial Civitas.
50. URÍA, José. (1984). "Derecho Romano". San Cristóbal, Venezuela: Editorial Universidad Católica del Táchira.

B.- FUENTES JURÍDICAS:

B-1: ROMANAS:

1. Código Gregoriano. (1926). Edición a cargo de KRUEGER, Paulus. Berlín.

2. Código Hermogeniano. (1926). Edición a cargo de KRUEGER, Paulus. Berlín. 3. Código Teodosiano. (1926). Edición a cargo de KRUEGER, Paulus. Berlín. 4. Corpus Iuris Civilis Iustinianei. Supra citens

5. Institutas de Gayo. (1990). Edición a cargo de ORTIZ M., Julio. Ediciones Universidad Libre de Colombia.

6. Ley de las XII Tabla. Supra citens

7. Papiro Michigan 169. TAUBENSCHLAG, Hans. (1944) "The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the Papyri". Boston: Harvard University press.

8. Papiro Oxyrinco 894. TAUBENSCHLAG, Hans. (1944) "The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the Papyri". Boston: Harvard University press.

9. Reglas de Ulpiano. (1946). Ediciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid.

10. Sentencias de Paulo. (1962). "Fontes Iuris Romani ante Iustinianei". Edit. Giuffré. Milano.

B-2: MEDIEVALES:

1. VII Partidas de Alfonso X (1843). Imprenta de Antonio Bergnes. Barcelona.

B-3: MODERNAS: CÓDIGOS Y LEYES:

1. Código Civil Argentino

2. Código Civil Brasileiro

3. Código Civil Chileno

4. Código Civil Colombiano

5. Código Civil Español

6. Código Civil Francés

7. Código Civil Italiano

8. Código Civil Mexicano

9. Código Civil Nicaragüense

10. Código Civil Paraguayo

11. Código Civil Peruano

12. Código Civil Venezolano

C.- FUENTES LITERARIAS Y FILOSÓFICAS:

C-1: ROMANAS:

1. Agustín, San. "De Civitatis Dei" (1893). Madrid, España: Editorial Hernando. Madrid.

2. Aristóteles. "Obras Completas". (1956). Buenos Aires, Argentina: Editorial Jackson.

3. Aulo Gelio. "Noches Aticas". (1923). Madrid, España: Editorial Perlado.

4. Ciceron. "Operae Omniae". (1890). Madrid, España: Editorial Góngora.

5. Dionisio de Halicarnaso. "Historia antigua de Roma" (1984). Madrid, España: Editorial Gredos.

6. Festo. "De Verborum Significationis". (1848). "Les Gramatiques Latins". París, Francia: Edit. Firmin Didot Frére.

7. Anicio Severino Boecio "De Persona et Duabus Naturis". (1958). Buenos Aires, Argentina: Editorial Espassa-Calpe.
8. Plinio. "Historia Natural". (1964). Roma, Italia:Edit. Rizzoli.
9. Terencio. "Oeuvres Completes". (1848). París, Francia: Edit. Firmin Didot Frère. 10. Varron "Di Lingua Latina". (1848). "Les Gramatiques Latins".París, Francia: Edit. Nissard.

C-2: MODERNAS:

1. "Metaphysica Generalis". Paolo Dezza.(1970). Roma, Italia: Editiones Universitatis Pontificiae Gregoriana.
2. "Summa Theologica". Santo Tomás De Aquino. (1948). Editorial BAC.