

# SPES ANIMANTIS. LA PROTECCIÓN DEL FETO EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

FRANCISCO SAMPER POLO  
*Universidad Andrés Bello*

## RESUMEN

Los derechos que se le podían reconocer al nonato en el derecho romano clásico no tenían por fin la defensa del feto considerado por sí mismo en el vientre materno, sino que más bien se referían a otras esferas, como la defensa de la patria potestad del padre o los legítimos intereses hereditarios. Dicha situación cambió en el derecho justiniano, y mediando la progresiva y creciente influencia del cristianismo en el ámbito del derecho, se llega a concebir como defensa del *nasciturus*.

Palabras clave: *nasciturus* - aborto - protección - patria potestad - testamentifactio - derecho justiniano.

## ABSTRACT

The rights that could be recognized to the unborn child in the classical Roman law were intended not to defend the fetus considered itself in the womb, but rather they were related to other areas, like defense of parental authority of the father or the legitimate hereditary interests. This situation changed in the Justinian law, and mediating the progressive and growing influence of Christianity in the field of law, is thought as a defense of the unborn child.

Key words: *nasciturus* - abortion - protection - patria potestad - testamentifactio - justinian law.

No pretende este breve trabajo una indagación sobre los orígenes romanos de la protección a la vida de los niños no nacidos, ni tampoco describir, aunque sea de manera elemental, la forma como se reprimió el aborto en el mundo clásico, materia en la que, por lo demás, poco o nada se puede añadir al exhaustivo trabajo de Nardi. Nuestro propósito es más elemental, e incide en una materia que viene a ser como el sustrato moral sobre que descansa dicha protección jurídica: se refiere simplemente al reconocimiento de una vida intrauterina independiente, con entidad propia diferenciada de la madre, porque una vez reconocida esa realidad, la protección a la existencia y a las facultades de ese ser, derivará como una pura consecuencia lógica. Podrá discutirse, tal como ha sucedido hoy a propósito de prácticamente todas las legislaciones abortistas si la vida del *nasciturus* merece tanta consideración como la vida o la salud fisiológica y mental de la madre, o la posición económica de su familia, o las expectativas de desarrollo de aquella sociedad donde le tocaría en suerte vivir.

La teoría romana de que el niño no nacido es una parte del cuerpo materno, una *portio matris*, según se expresa en D. 25.4.1.1 (2), negaba de plano, también para la vida jurídica

práctica, aquella independencia que hoy, a los iusnaturalistas en general, no parece por sí misma evidente; por eso vemos un real progreso cualitativo en el momento que la jurisprudencia, aunque sea para aspectos limitados, comienza a considerar al *nasciturus* como un ser distinto, una *spes animantis* a pesar e que no se le llegue a reconocer personalidad.

El problema de la personalidad ha de ser separado como diferente del que hoy nos ocupa, porque en la vía del derecho es el distintivo o carta de presentación de quien la ostenta, para todos aquello que se refiere a la vida en sociedad: metafóricamente cumple la función directa que llena la máscara respecto de los actores, en las relaciones de éstos con los demás comediantes y con los espectadores que siguen las vicisitudes de la obra. La personalidad se confiere con el nombre, que se convierte así con su *signum* o *argumentum*: en Roma, con el *nomen* propiamente tal, o electo central y principal de los *trianomina*. Los esclavos, aunque designados por un *praenomen*, carecen de nombre en sentido propio, y en cuanto a los impúberes y las mujeres ciudadanos, su personalidad es incompleta por la consustancial y relativa capacidad de obrar, pero no por imperfecta deja de ser real, y aunque en el triple elemento del nombre romano falta para ellos el *praenomen* no carecen de *nomen* ni de *cognomen*. La relación entre nombre y personalidad está presente hasta hoy en el *Codex Iuris Canonici*, cuyo canon 96 dispone que “*Bautismo homo Ecclesiae hristi incorpoatur, et in eadem constituitur persona*”.

Ciertamente, el *nasciturus* no tiene nombre, ya que no actúa en la vida social, y sus relaciones intersubjetivas se limitan a una existencia parasitaria respecto de su madre, aunque propia de sí misma, con su exclusiva configuración en cuanto entidad: un ente, que aunque sin relaciones sociales, existe por sí, podría tener una denominación que en el lenguaje proveniente de la Academia designaba dicha sub-sistencia, precisamente, y que ha hecho fortuna en la Teología como próxima y distinta a la de persona: tal vez valga la pena recurrir con provecho, también para la ciencia jurídica, a la distancia entre hipóstasis y persona; así podemos decir que el niño no nacido, todavía carente de nombre, no lleva sobre sí la máscara de la personalidad, pero es una sustancia de naturaleza racional que existe o subsiste por sí misma.

No debemos dejar sin recorrer el camino de la penalización del aborto en nuestra búsqueda, dentro del Derecho Romano, de su reconocimiento al carácter hipostático del *nasciturus*, aunque sea sólo para convencernos que semejante vía nos conduce a un punto muerto. Para los antiguos, la madre tiene sobre el hijo nonato las mismas facultades de disposición que una persona puede ejercer sobre su propio cuerpo, ya que según hemos advertido, el feto es considerado *partio matris*. Desde la *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, promulgada en tiempos de Sila, será reputada criminal la intervención de un tercero sobre el feto, como quien atenta contra un miembro de una persona libre, y por eso el aborto provocado se asimila al envenenamiento: así en PS. 5, 23, 14 se nos dice que hay pena de relegación y confiscación contra los que administran filtros de amor o pócimas abortivas, aunque se haya obrado sin dolo, sólo por razón del mal precedente, y hay pena capital si del crimen se sigue la muerte de la víctima. Un paso importante, debido muy probablemente a Papiniano, significa la innovación contenida en un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Caracalla, por el que se aprueba la deportación de una mujer que se provoca el aborto a sí misma, “pues puede parecer indignante que haya defraudado impunemente en los hijos a su marido” (D. 47, 11, 5. Marc. 1 reg), y tres siglos más tarde, Justiniano, “con fundamento en las razones de los antiguos” (*ex veteribus sumentes*) autoriza el repudio de la mujer que por medio del aborto contrista al marido y le priva de la esperanza de los hijos (*abortum faciat virumque contristet et privet spe filiorum*: Nov. 22. 12.1).

Pero ciertamente que en estos ejemplos no hay un rastro de reconocimiento a la condición hipostática del *nasciturus*, y mucho menos, en consecuencia, se pretende definir o defender su posición jurídica, ya que el crimen *de veneficiis* castiga a quien atenta contra la vida o la salud de la mujer embarazada, y el rescripto de Severo y Antonio protege la patria potestad

en cuanto ventaja y beneficio del paterfamilias. Habrá que esperara hasta los tiempos del Derecho tardío avanzado –particularmente la época de la compilación– para que, permeables a la influencia cristiana, los autores del Corpus Iuris enderecen la pena por el aborto provocado directamente a proteger la vida del niño no nacido: así D. 48.8.8 (Ulp. 33 ed.) muestra en su redacción compilatoria, claramente interpolada, que el castigo se dirige contra la mujer abortista –no contra un tercer– y en consideración al propio hecho del aborto –no en defensa de la patria potestad de su marido. Se ha comentado repetidamente el influjo de autores como Tertuliano, Lactancia, Minucia Felix o S. Jerónimo obre la omisión triboniana en lo que se refiere a esta nueva orientación doctrinaria; la verdad es, en todo caso, que el citado texto entrega un contenido sustancialmente idéntico al de sus precedentes cristianos.

El progresivo reconocimiento de la *testimentifactio* pasa a favor de los póstumos es otra vía relacionada con el tema que hoy abordamos, y acaso nos conduzca a resultados más fecundos. Son póstumos los que adquieren la calidad de herederos *sui* (o de propio derecho) después de ordenado el testamento, esto es, los que con posterioridad al momento de testar, se colocan directamente bajo la potestad paterna o marital del testador. Ellos crean, efectivamente, un gran problema para la validez del testamento, pues lo rompen si han sido preteridos, y si el causante los instituye o deshereda, la disposición será nula si no tienen calidad de persona cierta, lo que acontece inevitablemente respecto del póstumo nonato. Si se observa lo que acabamos de decir, habrá de concluirse que el movimiento jurisprudencial que se desarrolla desde los tiempos de la República hasta las últimas innovaciones en la materia debidas a Salvio Juliano, y que tienden a posibilitar la inclusión de los póstumos en las cláusulas testamentarias de institución y desheredación, no se fundamenta sobre la condición hipostática del *nasciturus*, sino que responde clarísimamente a la aplicación del principio '*favor testamenti*', por el que se procura salvar la *heredis institutio* en particular y el propio testamento en general, a fin de evitar, en lo posible, la apertura de la sucesión intestada.

Las expectativas del póstumo nonato se expresan con un principio que enuncia el primer germen de reconocimiento a la subsistencia del *nasciturus*. Celso dice que, en cierto modo, el concebido ya existe aunque no haya nacido (D. 38.16.7), y la misma idea será aplicada al caso del hijo en la sucesión intestada, donde el bien defendido no es ya la validez del testamento. Se ha intentado calificar como ficción el principio enunciado por Juliano en D. 1.5.26, cuando afirma que en casi todo el Derecho Civil, los hijos ya concebidos se consideran como nacidos (*conceptus pro iam nato habetur*), pues se le restituyen las herencias legítimas, y si una mujer preñada cayó en manos del enemigo, el hijo nacido tiene el *ius postliminii*, y si ha sido robada la esclava encinta y después llega a parir en poder de un comprador, se tiene el parto por *res furtiva* y no puede ser usucapido. Pero no se trata de una ficción, a pesar de la referencia ejemplar a la *factio legis Corneliae*, puesto que la consecuencia procede de la reflexión jurisprudencial y no de una imposición legal o edictal. Tampoco alude Juliano a lo que hoy llamaríamos defensa de los derechos del que está por nacer, ni siquiera bajo la consideración de tratarlos como eventuales o condicionados, aunque sí valdría esta afirmación si entendemos '*ius*' no en el sentido moderno de 'derecho subjetivo', sino en el romano de 'justa posición'. Porque si no me equivoco, Juliano pretende significar lo siguiente: el hijo que se halla en el vientre de su madre tiene una justa posición de *suus*; el hijo que la esclava hurtada lleva en el vientre, tiene la justa posición de *res furtiva*, y no podrá ser usucapido aunque nazca estando su madre en poder de un poseedor con causa justa. Pero la justa posición del *nasciturus* no puede tener trascendencia social ni afecta a terceros mientras no sobrevenga el nacimiento, o para mejor decir, mientras la hipóstasis no se cubra con la máscara de la personalidad, y por eso Paulo puede decir que cuando tenemos por ya nacido al que se espera que nazca, ello es verdad siempre que se trata de su propia posición (*cum de ipsius iure quaeritur*), pues para otros efectos sólo cuenta desde que nace (D. 50.16.231). Por cuanto el fragmento proviene de un

comentario al Sc. Tertuliano, creemos que trataba el siguiente caso: habiendo muerto el marido de una mujer encinta casada *sine manu*, el hijo de ésta muere antes de nacer, de manera que aunque el hijo fuera considerado *suus* como si hubiera nacido antes de la muerte de su padre, no transmite a la madre la herencia que ésta correspondería conforme al Sc. Tertuliano.

La *missio in possessionem ventris nomine* es la expresión práctica más clara del reconocimiento ya en el Derecho Romano clásico, a la condición hipostática del *nasciturus*. Esta medida, de la que trata ampliamente el tit. 9 del libro 37 del Digesto, recae sobre el patrimonio que constituye una herencia destinada eventualmente al *nasciturus suus* o *liber*, en virtud de sucesión testada, intestada o forzosa, *iure civili* o *iure praetorio*. El *missus* o destinatario es la madre encinta, aunque a la fecha de la muerte del causante ya se encuentre disuelto el matrimonio. Durante mucho tiempo, la *missio in possessionem ventris nomine* fue tomada como un caso de *bonorum possessio* provisional, semejante a la que se concede *ex Carboniano edicto*, y no ha sido ajena a esta confusión la influencia ejercida en la romanística moderna por el inmenso prestigio de Mommsen, como también los trabajos que sobre la materia publicó Solazzi a partir de 1916. Yo mismo me equivoqué en la 1ª edición de mi Derecho Romano, año 1974, pero rectifiqué a partir de la 3ª edición en concordancia con el trabajo de mi discípulo F. Betancourt. Hoy he de agregar algunas consideraciones que estimo *asaz* pertinentes al argumento de este estudio.

Parece a primera vista la *bonorum possessio*, medida más eficaz que una simple *missio in possessionem*, por cuanto aquella coloca al destinatario en una posición semejante al heredero, como si fuera poseedor civil, o inclusive *in bonis*, respecto de la herencia. Pero cuando del *nasciturus* se trata, la *bonorum possessio*, le significará más un inconveniente que una ventaja, ya que, al carecer de personalidad, la medida ha de decretarse no directamente a su nombre, sino a favor de la madre: quedaría entonces ella en condiciones de usucapir las cosas de la herencia, pese a la provisionalidad de la concesión, y aún cuando el eventual juicio sobre la herencia haya de retrasarse hasta después del parto, ya que siempre cabe pensar en el supuesto de un tutor negligente o inoperante. La *missio in possessionem*, en cambio, a pesar de su denominación, no confiere a la madre la calidad técnica de poseedora, pues ni la habilita para usucapir ni la legitima activamente para el ejercicio de los interdictos posesorios, de manera que la posición del *nasciturus* queda más convenientemente resguardada.

Por esta razón, sin duda, los juristas no concibieron una *bonorum possessio*, encaminada a favorecer a alguien distinto que el propio destinatario; en cambio el caso de la *ventris nomine* no significaba en este sentido una novedad, ya que en el paradigma de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, el patrimonio del ejecutado se pone en posesión del *curator bonorum* o del *magister bonorum* y no directamente de los acreedores interesados.

La *missio in possessionem* procede, efectivamente, a favor del *venter*, es decir, del *nasciturus*, a pesar de que la madre aparece como destinataria directa, y por eso el lenguaje de las fuentes resulta vacilante en este punto, ya que si los juristas clásicos tardíos prefieren muchas veces referirse al destinatario directo, los de la época temprana y clásica alta piensan más bien en el verdadero beneficiario y consideran sin más que está concebida para protección del *nasciturus*, tal como lo indica la propia denominación edictal de la medida, así D. 37.9.1 en numerosos párrafos; 37.9.7; 37.9.9; 10.3.7.8; 28.5.33.3; 36.4.7; 40.4.13.3; 42.4.7.10; 43.4.3.2, aluden al *venter* y no propiamente a la madre, con expresiones tales como “*venter in possessionem mittitur; si venter in possessionem missus sit...*” u otras equivalentes. D. 38.17.2.11 (Ulp. Ad Sap.) más explícito y concreto dice: “*Si quis ex libeeris dum est in utero, in possessionem missus sit...*” pues es verdad que, como declara Paulo (D. 5.4.3) “*Antiqui lebero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent*”. Por fin, en algunos párrafos, procedentes sobre todo de Ulpiano, como D. 37.9.1, pr.; 1.9 y 1.18, se alude ya a una *spes nascendi*, denominación de donde hemos tomado la rúbrica para nuestro estudio.

El reconocimiento de que el verdadero beneficiario no es propiamente la madre *missa in possessionem*, sino el *venter*, o para mejor decir, la *spes animantis*, tiene un significado que trasciende la pura expresión literaria; ante todo, porque se pretende proteger efectivamente esta vida en formación y asegurar el nacimiento viable; Ulpiano (D. 37.9.1.15) propone como regla general lo siguiente: en todos aquellos casos que el pretor ofrece la *bonorum possessio* según el edicto Carboniano a un niño ya nacido, debe concederse la *missio in possessionem ventris nomine* para el supuesto semejante de que el niño todavía se halle en el claustro materno, pues “debe favorecerse más al no nacido que al que ya nació, por cuanto se favorece al no nacido para que llegue a nacer, y al nacido para que sea reconocido en la familia”, y por eso se otorga aún contra la voluntad del testador, esto es, aunque éste haya ejercido su facultad de desheredar al póstumo, en previsión, por ejemplo, de que el testamento o la desheredación pueden decaer en su validez y se abra la sucesión intestada; por eso el mismo Ulpiano dice que el *nasciturus* desheredado debe sin más ser puesto en posesión de la herencia,

“pues podría ocurrir que se convirtiera en heredero de propio derecho, y conviene que el pretor sea condescendiente con este punto, a fin de no matar aquella expectativa de vida” (D. 37.9.1.9. *vid.* también, h. 1.3.4.5).

En segundo término, esta medida protege la expectativa hereditaria del *nasciturus*, y de la *bonorum possessio sine tabulis* o *contra tabulas* que se decretan exclusivamente a favor de quien ya ha nacido: en otras palabras, la *missio in possessionem ventris nomine* que se concede a la mujer viuda encinta es ni más ni menos que la protección pretoria al *nasciturus*. Si el niño llega a nacer y es viable, entonces podrá su tutor ejercer la *hereditati petitio*, o en calidad de *liber*, procederá la *agnitio bonorum possessionis, sine tabulis* o *contra tabulas*, o hasta inclusive *secundum tabulas*, si ha sido instituido en el testamento.

Queremos añadir una reflexión postrera a este breve trabajo, que incide sobre nuestra anterior afirmación de que el nombre constituye el *signum* o *argumentum* de la personalidad: el recurso pretorio extraordinario objeto del presente estudio recibe la denominación de *missio in possessionem ventris nomine*, siendo así que la *spes animantis* a que en definitiva protege, carece de nombre por no ser todavía persona. Sobre esta materia cabe señalar que, de las cuatro principales *missiones in possessionem* ofrecidas en el Edicto, en dos de ellas se alude a un fin o *gratia* (*missio in possessionem rei servandae gratia* esto es, la *missio in bona* – y *missio in possessionem legatorum servandorum gratia*), y en las otras dos, a un *nomen* (la que estudiamos en la *missio in possessionem damni infecti nomine*). La razón de esta diferencia de denominación, que a primera vista parece contradecir lo que anteriormente afirmábamos respecto de que el *nomen* está ligado a la personalidad, reside en lo siguiente, si no nos equivocamos: con *gratia* se alude ciertamente a un fin (“para que se observe un legado”, “para que se pague la deuda”) pero conectando a una realidad jurídica preexistente que “debe ser observada” (el legado, la sentencia, la *addictio* o, simplemente, la deuda no definida); con la expresión *nomen* menciona el Edicto un momento final sin relación con situaciones previas, la simple previsión de un evento futuro, como lo son el nacimiento del *nasciturus* o el acaecimiento efectivo del daño temido. En este sentido la denominación “*missio in possessione damni infecti nomine*” se podría traducir por “embargo para prevenir las consecuencias de que sobrevenga un daño temido”, y aún más apegado al contexto literal, cabe traducir “*missio in possessione ventris nomine*” por “embargo para cuando el que está por nacer tenga un nombre”.

En conclusión:

- a) La pena por aborto se endereza a proteger, ante todo la vida e integridad de la madre, y más tarde, la patria potestad; sólo el Derecho Justiniano, y por obra del cristianismo, se llega a concebir como defensa del *nasciturus*.

- b) El *nasciturus* carece de personalidad, no es “máscara”, ya que las relaciones intersubjetivas le son imposibles; pero ello no obsta a que se le reconozca su independencia entitiva como *caput* o *spes animantis*.
- c) La extensión de la *testamentifactio* pasiva a favor del póstumo nonato está guiada por el principio *favor testamenti* y favorece por tanto al testamento en cuanto que preserva su validez, y no al *nasciturus*. Este, de caer el testamento, de todas maneras heredaría en calidad de *suus*, conforme al llamamiento legítimo.
- d) El principio *conceptus pro iam natu habetur*, regla práctica aplicada desde antiguo a la herencia legítima, favorece a los póstumos va a significar un germen de reconocimiento a la condición hipostática del *nasciturus*. Incluso se puede entender que éste asume una “posición”, aunque no sea estrictamente “jurídica” (*ius*) por cuanto no afecta a terceros.
- e) La *missio in possessionem ventris nomine* acabará por introducir la idea de que el beneficiario de ella es, en realidad, el *nasciturus*, y que se otorga para proteger su vida –es decir, para facilitar su nacimiento– y para defender sus expectativas sucesorias.