

2ej. 386



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**EL CONCEPTUS PRO NATO
HABETUR Y SU EVOLUCION
HISTORICA**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

**CLAUDIA ROJAS
VILLARREAL.**

MEXICO, D. F.

1982



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

	Pag.
INTRODUCCION	14

CAPITULO PRIMERO

EL APOTEGMA ROMANO "CONCEPTUS PRO NATO HABETUR"

I.1. CONCEPTO	15
I.2. ASPECTOS MEDICOS	16
I.2.1. NASCITURUS O FETO	17
I.2.2. ¿Como se inicia la vida Humana?	17
I.2.2.1. La Menstruación	17
I.2.2.2. La Ovulación	18
I.2.2.3. La Concepción	19
I.2.2.4. La Gestación	20

CAPITULO SEGUNDO

DESARROLLO SOCIO - JURIDICO DE LAS IDEAS

II.1. DERECHO ROMANO	23
II.1.1. EPOCA CLASICA	23
II.1.1.1. Disposiciones Preliminares	23

	Pag.
II.1.1.2. Status Civitatis	32
II.1.1.3. Status Libertatis	34
II.1.1.4. Status Familiae	34
II.1.1.5. La tutela	38
II.1.1.6. La Curatela	38
II.1.1.7. La Sucesión	39
II.1.2. EPOCA JUSTINIANEA	42
II.1.2.1. De los Ingenuos	44
II.1.2.2. De que manera se disuelve el <u>dere</u> cho de Potestad	45
II.1.2.3. De las Tutelas	45
II.1.2.4. De las Usucapiones y de las Pose- siones de Largo Tiempo	46
II.1.2.5. De la Desheredación de los hijos.	47
II.1.2.6. De la Institución de Herederos ..	50
II.1.2.7. De la Sustitución Pupilar	50
II.1.2.8. Del Testamento Inoficioso	51
II.1.2.9. De la Cualidad y Diferencia de - los Herederos	52
II.1.2.10. De los Legados	52
II.1.2.11. De las Herencias Diferidas Abin-- testato	53
II.1.2.12. De la Sucesión Legítima de los - Agnados	54
II.1.2.13. De las Posesiones de Bienes	54
II.2. SU INFLUENCIA EN EL MEDIOEVO Y EN EL DERECHO PRIVADO MODERNO.	-
II.2.1. FILOSOFIA PATRISTICA	55
II.2.1.1. San Justino	55
II.2.1.2. Trifón	55

	Pag.
II.2.1.3. Atenágoras	56
II.2.1.4. San Ireneo	57
II.2.1.5. Tertuliano	57
II.2.1.6. Orígenes	59
II.2.1.7. San Gregorio Niseno	59
II.2.1.8. San Agustín	60
II.2.2. FUERO JUZGO	62
II.2.3. EL FUERO REAL DE ESPAÑA	64
II.2.4. LAS SIETE PARTIDAS	67
II.2.5. DERECHO NATURAL PROTESTANTE	71
II.2.5.1. La Filiación Legítima	71
II.2.5.2. Presunción de la Paternidad	73
II.2.5.3. Del Reconocimiento de Hijos	76
II.2.5.4. La Legitimación	76
II.2.5.5. Tutela	78
II.2.5.6. La Curatela	78
II.2.6. ENCICLICAS PAPALES DEL SIGLO VEINTE	80
II.2.6.1. Los Atentados contra la vida	87

CAPITULO TERCERO

EL ABORTO EN EL SISTEMA SOVIETICO Y EN REGIMENES CAPITALISTAS.

III.1. EL ABORTO EN UN SISTEMA SOCIALISTA	90
III.2. EL ABORTO EN REGIMENES CAPITALISTAS	96
III.2.1. LA TASA DE NATALIDAD EN LA SOCIEDAD OCCIDENTAL	96

	Pag.
III.2.2. FRANCIA	97
III.2.3. SUECIA	98
III.2.4. OTROS PAISES EUROPEOS	99
III.2.5. INDIA	101
III.2.6. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA	101

CAPITULO CUARTO

ANALISIS DEL CODIGO CIVIL DE 1928 Y REFORMAS AL ARTICULO CUARTO CONSTITUCIONAL.

IV.1. ANALISIS DEL CODIGO CIVIL DE 1928	104
IV.1.1. DE LAS PERSONAS	104
IV.1.2. DEL MATRIMONIO	105
IV.1.3. DE LA PATERNIDAD Y DE LA FILIACION	105
IV.1.4. DE LA TUTELA Y DE LA CURATELA	107
IV.1.5. DE LAS SUCESIONES	107
IV.2. REFORMAS AL ARTICULO CUARTO CONSTITUCIONAL	109
CONCLUSIONES	116
BIBLIOGRAFIA	123

INTRODUCCION.

El tema principal del presente trabajo es el que - suscita el "Conceptus pro nato habetur" desde su origen hasta nuestros días, viéndolo a través de las principales legislaciones y de diversas corrientes filosóficas y que algunas de - ellas han servido de fuente jurídica a la legislación Mexicana. Concretándome a examinar la parte correspondiente de cada legislación y de cada corriente que a éste se refiere.

El aborto lo trato sin hacer de él un estudio profundo, ya que únicamente examino las tendencias que siguen alumnos de los países que pertenecen al bloque comunistas y al sistema capitalista, hacia la aceptación o no aceptación del aborto dentro de sus sistemas legislativos.

Por último hago un estudio del No nato dentro de la legislación en nuestro país y que el Código Civil para el Distrito Federal contempla ampliamente.

También se trata el Artículo Cuarto Constitucional, con sus Reformas actuales, así como los proyectos de Reforma que se encuentran actualmente en estudio para su aprobación en la Cámara de Senadores.

Con la elaboración de la presente tesis aumentó mi interés hacia el estudio del nasciturus dentro del Derecho, aunque lamentablemente no logré todo lo que esperaba por razones de mi limitada capacidad, ya que es imposible acotar totalmente el tema por su extensa amplitud pero deseo que lo poco que aquí se trata sirva de utilidad y despierte algún interés en aquellas personas que se interesen en la materia.

CAPITULO PRIMERO.

CONCEPTO JURIDICO Y BIOLOGICO DEL "CONCEPTUS PRO NATO HABETUR"

I.1. CONCEPTO.

La palabra apotegma proviene del Latín apophthegma, y ésta a su vez del griego ἀπόφθεγμα. Esta palabra tiene varios significados, entre los que se encuentran: "Dicho breve y sentencioso; dicho feliz. Llámase así generalmente al que tiene celebridad por haberlo proferido o escrito algún hombre ilustre o por cualquier otro concepto".¹

Concepto viene de la palabra latina conceptus. Significa "idea que concibe o forma el entendimiento".² También antiguamente se le denominaba feto.

Concebir, proviene del Latín concipere. Significa "Quedar preñada la hembra. Formar idea, hacer concepto de una cosa, comprenderla".³

Nasciturus, es el ser humano meramente concebido, mientras permanece en el claustro materno.⁴

Nato, nata, proviene del Latín natus. "Es un participio pasivo irregular de nacer".⁵

1.- Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Décima Sexta Ed. Publicaciones Herrería, S. A. México 1942 Paq. 103.

2.- Idem. Paq. 327.

3.- Idem. Paq. 327.

4.- D. 25. 4. 1. D. 35. 2. 9.

5.- Diccionario de la Lengua Española. Ob. Cit. Paq. 882

Nacer, de nascer, "Salir el animal del vientre mater
no".⁶

Nacimiento, es el momento a partir del cual el ser humano deja de ser considerado como parte de las entrañas y que el derecho toma en consideración para los efectos de determinar el comienzo de su capacidad jurídica.⁷

Vistas todas las acepciones que he citado, ya se tiene una idea general de lo que podrían significar las palabras "CONCEPTUS PRO NATO HABETUR", que literalmente podríamos traducir de la siguiente manera: "EL CONCEBIDO SE TENDRA COMO NACIDO".

Otra acepción sería Nasciturus pro iam nato habetur⁸ (quotiens de commodo eius agitur). "Expresión con la cual se quiere afirmar, no que el concebido - nasciturus - se tenga ya por nacido; es decir, goce de capacidad jurídica, sino que en ciertas condiciones la capacidad jurídica del nacido vivo - -natus- se retrotrae en sus efectos al tiempo de la concepción".⁹

I.2. ASPECTOS MEDICOS.¹⁰

- 6.- Diccionario de la Lengua Española. Ob. Cit. Pag. 879.
- 7.- D. I. 5. 7. D. 25. 4. 1.
- 8.- Gayo, I, 147, Paulo, D. 50. 16. 231.
- 9.- Gutiérrez Alviz, Faustino. Diccionario de Derecho Romano. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S. A. Madrid. 1948. Pags. 420. (quien nos remite - al D. 25. 4. 1. D. 35. 2. 9.).
- 10.- Respecto al tema, fueron consultados los siguientes autores: Hale Curtis, Arthur Huffman, John William, "Ginecología". 3ed., Salvat Editores, S. A. México 1953, Pags. 99 y siguientes; Monto Bho Conill, "Tratado de Ginecología" y Rábago, José, "Manual de Obstetricia", Ed. E.C.T.A.L. - Distribuidor Porrúa Hermanos y Cía., México 1945. Pags. 17 y siguientes.

I.2.1. NASCITURUS O FETO.

El feto o Nasciturus puede llegar a conocerse desde diversos puntos de vista y mediante diferentes ciencias. En el presente estudio se pretende principalmente conocer al nasciturus desde el punto de vista jurídico; pero, es necesario considerar diversos aspectos biofisiológicos del nasciturus.

Como se dijo anteriormente el nasciturus es el ser concebido, mientras permanece en el útero de la madre y que por lo tanto aún no nace.

I.2.2. ¿COMO SE INICIA LA VIDA HUMANA?

1.2.2.1. LA MENSTRUACION.

La menstruación, junto con el útero, el ovario, la hipófisis, y en general todo el cuerpo de la mujer, forman parte de una serie de fenómenos que se denominan ciclo menstrual. El objetivo fundamental de este ciclo menstrual es el de posibilitar a la mujer para que pueda quedar embarazada.

"La sucesión aproximada de los hechos es la siguiente: después de una menstruación cualquiera, la hipófisis o glándula pituitaria, situada en la base del cerebro, segrega unas hormonas estimulantes del ovario, que reciben el nombre de gonadotropinas. Una de estas hormonas la gonadotropina A, estimula la maduración de un folículo ovárico, en el interior del cual reside el óvulo. El folículo en maduración produce a su vez una hormona llamada Folliculina o estrógeno, como consecuencia de la acción mancomunada de la Gonadotropina A y Gonadotropina B, el folículo finalmente se rompe, soltando el óvulo (ovulación). El folículo vacío se convierte en el cuerpo lúteo, que además de estrógenos, segrega una nueva hormona llamada -

progesterona".¹¹

"Los estrógenos, durante la fase de maduración folicular, actúan sobre la mucosa que recubre el interior de la matriz, posibilitando su reconstrucción posmenstrual, mediante la proliferación de la misma. Una vez que tiene lugar la ovulación, aquella mucosa, gracias a la acción de la progesterona producida por el incipiente cuerpo lúteo, se transforma velozmente para estar en condiciones de recibir un posible óvulo fecundado. Esta preparación implica una secreción adecuada de sus glándulas. Si la fecundación no tiene lugar, toda esta preparación resulta inútil, razón por la cual unos días después - la mucosa endometrial se desprende (menstruación).

Después de este acontecimiento, la hipófisis reinicia el ciclo poniendo nuevamente en circulación gonadotropina A, que estimulará un nuevo folículo ovárico".¹²

I.2.2.2. LA OVULACION.

"En el momento de la ovulación se rompe la cubierta del ovario para dar salida a un óvulo. Este óvulo se perdería dentro del vientre si no fuera porque en el mismo instante la trompa de Falopio, se comporta de forma semejante a la trompa de un elefante.

Efectivamente, poco antes de que tenga lugar la explosión ovulatoria, el pabellón de la trompa se adapta a la superficie del ovario, en especial sobre la zona donde va a romperse de forma que al tener lugar la liberación del óvulo, la trompa lo envuelve por completo mediante un movimiento de

11 - El Nacimiento de un niño, Barcelona, España: Salvat Editores; G I 4, 1973. Pág. 21.

12.- Idem. Págs. 21 y 22.

succión".¹³

"Una vez en la trompa, el destino del óvulo depende de si, coincidiendo con la ovulación, la mujer ha tenido o no relaciones sexuales.

Si no las ha tenido, el óvulo se desintegra pura y simplemente. Se calcula que el óvulo es especialmente apto para ser fecundado dentro de las 12 horas siguientes a su salida del ovario. Una vez que ha transcurrido este tiempo, pierde progresivamente vitalidad muriendo dentro de las 48 horas siguientes.

Por el contrario, si la relación sexual se produce alrededor de la fecha de la ovulación, es posible que éste óvulo sea alcanzado y fecundado por un espermatozoide, teniendo lugar entonces la fecundación".¹⁴

I.2.2.3. LA CONCEPCION.

Los espermatozoides buscan un lugar por donde perforar la membrana del óvulo. En el momento que la cabeza del espermatozoide penetra, la membrana protectora del óvulo sufre tales modificaciones que ningún otro espermatozoide puede penetrar.

"Inmediatamente después de la penetración de la cabeza del espermatozoide en el óvulo, tiene lugar la fusión de ambos núcleos".¹⁵ Este es precisamente el momento de la concepción, la cual desde el punto de vista obstétrico, significa la unión de los elementos reproductivos masculino y femenino de -

13.- El Nacimiento de un Niño. Ob. Cit. Pág. 25.

14.- Idem. Págs. 25 y 26.

15.- Idem. Pág. 31.

la que resulta el desarrollo del nuevo ser. A esta etapa de la concepción también se le denomina fecundación, impregnación y fertilización.

En otras palabras, la concepción es la cópula de un óvulo y un espermatozoide ya que unidos ambos en el útero femenino, se conjugan los elementos indispensables para el surgimiento de un nuevo ser humano.

Es necesario distinguir entre los términos cópula y concepción. Aquella es la simple unión sexual de un varón y una hembra, que no necesariamente produce la concepción. En el momento en que, durante la cópula, un espermatozoide se une a un óvulo, se produce la concepción. Además, no es absolutamente necesaria la cópula para que se realice la fecundación, ya que actualmente ésta puede producirse por medios artificiales.

Es importante poder determinar el momento en que empieza el embarazo y el momento preciso de la concepción; desgraciadamente, hasta la hora presente, solo es posible hacer conjeturas.

Consideramos útil el servicio de la medicina, para establecer, sumariamente, las diversas etapas de la vida intrauterina e inferir la viabilidad o posibilidad de la vida del feto en los diversos momentos, desde la concepción hasta la separación del seno materno, para luego reflejarlos a la teoría y disposiciones jurídicas sobre el tema que estudiamos.

I.2.2.4. LA GESTACION.

Encontramos tres grandes y principales períodos en la vida intrauterina:

a) El período ovular.- Dura aproximadamente 2 semanas, y es

cuando el óvulo fecundado se encamina del ovario hacia el útero donde permanecerá durante los nueve meses que dura el embarazo.

- b) El período embrionario.- Una vez depositado el óvulo en el útero, se irá transformando poco a poco hasta ser un embrión perfectamente individualizado. Este período abarca la tercera, cuarta y quinta semanas.
- c) El período fetal.- Comprende desde el fin del período embrionario hasta el momento del parto.

Dentro del lapso de nueve meses que dura la gestación, encontramos que es casi imposible determinar la edad de los pequeños óvulos humanos en los primeros días del embarazo. Sin embargo, se ha demostrado que al final del primer mes, el óvulo mide aproximadamente 4 milímetros de largo y existe ya una boca y mandíbulas primitivas. Durante el segundo mes se va formando la nariz, las orejas y los ojos.

Es curioso el hecho de que durante el tercer mes el óvulo pesa apenas cinco gramos y mide nueve centímetros de largo, ya para el fin de dicho tercer mes el óvulo llega a pesar 20 gramos y no ha llegado una diferenciación genital. Es en la onceava semana en donde es posible diferenciar el sexo. Aquí el cuerpo es ya semejante al de un ser humano, aunque la cabeza es, proporcionalmente, muy grande.

Al terminar el cuarto mes, el feto tiene 18 centímetros de largo y pesa aproximadamente 120 gramos; ya para terminar dicho período los músculos son activos y de vez en cuando la madre siente los movimientos fetales, el latido cardíaco es fuerte y audible y se pueden distinguir perfectamente los órganos genitales externos.

En el transcurso del sexto mes el cuerpo es más proporcionado y la piel está arrugada; este feto si nace puede respirar siquiera superficialmente y, en circunstancias favorables, vivir unas cuantas horas.

Ya para el séptimo mes la criatura llora con un débil llanto a manera de quejidos, más, puesto que no están totalmente desarrollados los pulmones, rara vez se puede conservar la vida.

Ya durante el octavo mes al niño se le puede criar con leche materna con los debidos cuidados y con la ayuda de una incubadora; es en el noveno mes en donde se hallan bien desarrollados los órganos de la respiración y de la digestión.

Finalmente, llegamos al momento del parto; es la función del organismo femenino en virtud de la cual el producto de la concepción es expulsado del útero por conducto de la vagina al exterior y después comienzan las mutaciones regresivas de los órganos genitales. Los puntos esenciales de la anterior definición excluyen por entero la extracción del feto por cualquier otra vía, tal como la operación cesárea, sin que con ello se pretenda que por tales otros medios, diferentes al natural parto, no se lleque a un verdadero "Alumbramiento" y posible nacimiento de una nueva vida.

Hasta ahora, por lo que respecta a este inciso hemos hablado del feto desde el punto de vista médico: biológica y fisiológicamente.

En lo que se refiere al aspecto jurídico del nasciturus, éste será tratado en los temas subsecuentes.

CAPITULO SEGUNDO

DESARROLLO SOCIO-JURIDICO DE LAS IDEAS.

II.1. DERECHO ROMANO.

II.1.1. EPOCA CLASICA.

II.1.1.1. DISPOSICIONES PRELIMINARES.

Este período empieza en el régimen de Augusto y termina con la muerte de Alejandro Severo en el año 235 D. de J.

Es en ésta época donde aparece la ficción del "Nasciturus pro iam nato habetur"¹; donde se consideraba al hijo concebido como si ya hubiera nacido, únicamente para los efectos de garantizarle la adquisición de derechos que se establecían en el momento de su nacimiento. Sin embargo, para ciertos efectos jurídicos, se retrocede a una etapa antes del nacimiento, y también se toma en cuenta a la persona, no nacida, aunque si concebida.

José Arias nos señala que "Si bien antes del parto - el concebido es una portio mulieris, sin embargo, lo que decimos, que el que se espera que nazca (nasciturus) es tenido por nacido siempre que se trate de su Derecho, no aprovecha a - - otros sino después de haber nacido".^{2 y 3.}

Peña Guzmán nos cita que "El Derecho Romano no reconoce personalidad jurídica a la persona por nacer, pero le -

1.- Gajo, I. 147, Paulo, D. 50. 16. 231.

2 - Arias, José. Manual de Derecho Romano. Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires. 2a. Edición. Pág. 122.

3.- D. L. 16. 231.

otorga cierta protección para garantizarle la adquisición de algunos derechos que recién quedarían fijados con su nacimiento. Para lo que se creó la ficción donde se consideraba al hijo concebido como si ya hubiera nacido (*nasciturus qui in utero est*), sujeto a la condición de que naciera con vida".⁴ y 5.

A la anterior cita le agregaría que la personalidad del *nasciturus* no solo estaba condicionada a que naciera con vida, sino que estaba sujeta a la condición suspensiva de que naciera vivo y viable; si faltara esta condición, se consideraría que dicha personalidad nunca existió; en cambio si se cumple la condición, se considera al niño como persona, y se retrotraen sus efectos desde el momento de la concepción.

Pedro Bonfante dice "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".⁶

Ahora bien, él mismo agrega: "Si el que está por nacer no es persona, por la misma razón que no puede actualmente adquirir derechos, tampoco los hace adquirir a quien pudiese conseguirlos por su nacimiento".⁷

Para que un hombre sea considerado como persona y -

4.- Peña Guzmán, Luis Alberto y Luis Rodolfo Arquello. Derecho Romano. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires 1966. 2a. Edición. Pág. 392.

5.- Paulo. D. I. 5. 7.

6.- Bonfante, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A. Madrid 1959. 2a. Edición. Pág. 39.

7.- Idem. Pág. 39.

por lo tanto sujeto de derecho, es necesario que cumpla con los siguientes requisitos.

- a) Que exista.
- b) Que esté totalmente separado del seno materno.⁸
- c) Que nazca vivo.⁹
- d) Que nazca viable, ya que sin éste requisito se considera niño muerto.¹⁰ El nacido muerto no puede tener ni transmitir derecho alguno.¹¹ Por viabilidad no debemos entender la posibilidad física del recién nacido para seguir viviendo, puesto que esto no lo exigía el Derecho Romano; sino, más bien, se limita a excluir los abortos o nacimientos antes del tiempo normal; es decir, después de seis meses de la concepción.¹²
- e) Que el parto sea perfecto; es decir, que aquel que nace no sea en un aborto, aunque el aborto también puede ser vivo. El tiempo mínimo para el parto perfecto es de seis meses cumplidos.
- f) Que tenga forma humana; es decir, que no sea ni un "monstrum", ni un "prodigium".¹³

Si nace un "monstrum", éste no tiene los efectos

8.- Papiniano, l. 9, 1.

9.- Paulo, D. 1. 5. 7.

10.- D. 28. 2. 12. 1.

11.- D. L. 16. 129.

12.- Paulo, Sententiae, IV. 9. 1. y 6; y C. VI. 29. 3: "perfecte natus"

13 - C. VI. 29. 1, in fine. Pablo, l. 14. D. De st. hom., 1.5.

jurídicos de un nacimiento humano, aunque naciera vivo y viable.¹⁴

La capacidad de goce la podían tener muy pocos seres humanos, ya que para ser considerados como personas deberían de cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Tener el Status Libertatis (ser libre, no esclavos).
- b) Tener el Status Civitatis (ser romano, no extranjero).
- c) Tener el Status Familiae (ser independiente de la patria - potestad).

Estos tres requisitos forman la personalidad, la cual podía comenzar antes de la existencia física independiente.

Existen pasajes en algunas de nuestras fuentes legales en donde aparece que los concebidos son puestos a la par con los nacidos. Juliano dice "Qui in utero sunt in toto paene iure civile intelliguntur in rerum natura esse", lo que podríamos traducir como "Lo que está en el útero cae dentro del Derecho Civil y en consecuencia cae dentro de la naturaleza".

"Los hijos ya concebidos son considerados en casi todo el derecho civil como nacidos; pues se les restituyen también las herencias legítimas, y si una mujer encinta hubiera sido apresada por los enemigos, el hijo nacido tiene (el derecho de recuperar su condición libre por el) postliminio, y sigue a su vez la condición del padre o de la madre (según sea legítimo o no). Además, si una esclava encinta hubiere sido

14.- D. I. 5. 14.

sustraída, aunque hubiere parido en poder de un comprador de buena fe, su hijo ya nacido, en cuanto ha sido hurtado, no se podrá adquirir por usucapión. Es consecuente con esto que también el liberto, mientras pueda nacer un hijo del patrono, se halla en la situación de los que tienen patronos. (Iul. 69 - dig.)".¹⁵

Estas máximas se deben entender con cuidado y admitirlas con muchas restricciones; ya que si se toman al pie de la letra son falsas y estarían en contradicción con otras máximas romanas que niegan la personalidad del que va a nacer.

"En tiempos de los hermanos de consagrada memoria - (Marco Aurelio y Vero) como hubiese ocurrido que un marido denunciara que su mujer se hallara encinta y ella lo negara, respondieron así en un rescripto a la consulta del pretor urbano, Valerio Prisciano: "(Cosa nueva parece solicitar Rutilio Severo, la de poner un guardián a su mujer, que se divorció de él y dice no hallarse encinta, y por ello nadie se admirará de nuestra sugerencia de aconsejar un nuevo remedio. Así, pues: si persiste en su petición, es lo más práctico el elegir la casa de una señora de conocida honradez a la que venga Domicia para que allí la inspeccionen tres comadronas de probado conocimiento y veracidad que tú elijas; y si todas, o al menos dos de ellas, declarasen que parecía hallarse encinta, entonces habrá que persuadir a la mujer para que acepte el guardián como si ella misma lo hubiese solicitado, y si no llegase a dar a luz, sepa el marido que esto irá en perjuicio de su reputación, de modo que no sin motivo pueda decirse que tramó este engaño para injuriar a su mujer: pero si todas o la mayoría de las comadronas declarasen que ella no estaba embarazada, no -

15.- L. 26, D. De st. hom., l. 5. El Digesto de Justiniano por A. Oros, F. Hernández - Tejero, P. Fuenteseca, M. García Garrido y J. Burillo. Editorial Arcozadi. Pamplona 1968. Tomo I, Pág. 61. *En virtud de la importancia de la cita ésta fué transcrita literalmente.

habrá razón para poner guardián alguno)). (1) Resulta muy claramente este rescripto que no tenían lugar los senadoconsultos sobre reconocimiento de hijos al disimular o negar la mujer su embarazo, y no sin razón, pues el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras. Claro que, una vez que ha nacido de su madre, puede ya el marido pedir de propio derecho, mediante un interdicto, que le sea exhibido el hijo o que se le permita llevárselo. De esta manera el príncipe, en caso de necesidad, lo remedia por vía extraordinaria. (2) Conforme al cual rescripto se podrá citar a la mujer para que acuda al pretor y se le podrá obligar a responder a la pregunta que allí se le haga de si cree hallarse encinta. (3) ¿Que ocurre entonces si no responde o no acude ante el pretor? ¿Acaso aplicaremos la pena del senadoconsulto (Planciano), es decir, de que pueda él marido no reconocer el hijo? Pero imagina el caso de que el marido no se contente con ello porque desee ser padre y no desconocer al hijo. Deberá ser obligada por la fuerza de los remedios pretorios a acudir ante el pretor y, una vez allí, a responder, y se le deben tomar y vender prendas, si desobedece, o ser castigada con multa. (4) ¿Que, pues, si, al ser interrogada, hubiera declarado hallarse encinta? Se aplica entonces el trámite expuesto en los senadoconsultos. Y si lo negara, entonces el pretor deberá nombrar las comadronas conforme a este rescripto. (5) Y debe observarse que no se permite que ni el marido ni la mujer elijan la comadrona, sino que debe hacerlo siempre el pretor. (6) Asimismo debe el pretor elegir la casa de una honrada matrona a la que venga la mujer para poder inspeccionarla. (7) ¿Que, pues, si no se deja inspeccionar o no viene a aquella casa? Intervendrá de la misma manera la autoridad del pretor. (8) ¿Puede la mujer demandar al marido con la acción de lesiones, si todas las comadronas, o la mayoría de ellas, hubieran declarado que no se hallaba encinta? Yo creo que si, si es que lo solicitó el marido por injuriar a su mujer; pero si no fue en absoluto con la intención sino porque lo creía justamente, sea llevado por su

gran deseo de tener descendencia, sea por que ella misma le -
llevó a creerlo al haberlo fingido antes de divorciarse, será -
lo más justo absolver al marido. (9) Conviene recordar que el -
rescripto no fijó plazo, aunque los senadoconsultos sobre el -
reconocimiento de descendencia fijan el de treinta días para -
(la notificación de) la mujer. ¿Diremos que el marido puede en
todo momento citar a la mujer ante el pretor o fijaremos esos -
mismos treinta días? Diría que el pretor, previa cognición de
causa debe atender al marido incluso después de los treinta -
días. (10) El pretor dice así acerca de la inspección del emba -
razo y guarda del hijo: ((Si una mujer, al morir su marido, -
dice que se halla encinta, cuide de notificarlo, a quienes in -
teresa o a su procurador, dos veces en el mes, a fin de que en -
vfen, si quieren, quienes inspeccionen el embarazo. Deben en -
viarse cinco mujeres libres y deben éstas hacer la inspección -
a la vez, sin que ninguna de ellas, al hacer la inspección, -
toque el vientre de la mujer contra la voluntad de ésta. La mu -
jer deberá tener el parto en la casa de una señora de conocida
honradez que yo determine. Treinta días antes del momento en -
que la mujer crea va a parir, avise a quienes interese o a sus
procuradores a fin de que, si quieren, envfen quien guarde el
embarazo. En la habitación en que la mujer vaya a parir no de -
be haber más de una entrada, y, si hay más, deben atrancarlas -
con tablas por una y otra parte. Ante la puerta de la habita -
ción hagan guardia tres hombres libres y otras tres mujeres -
libres con dos acompañantes cada uno; cada vez que la mujer -
entre en aquella habitación o en otra, o en la sala de baño, -
pueden los guardianes, si quieren, examinarlas antes y expul -
sar a los que se hubieran introducido en ellas; los guardianes
que se hayan colocado ante la habitación pueden, si quieren, -
expulsar a todos los que se hubieran introducido en la habita -
ción o en la casa. La mujer, al empezar el parto, avise a los
que interese o a sus procuradores a fin de que envfen las per -
sonas en cuya presencia tenga el parto. Deben enviarse tan só -
lo cinco mujeres libres, de modo que, además de dos comadronas

no haya en aquella habitación más de diez mujeres libres y seis esclavas. Expúlsense a todas las demás que hubiere en aquella habitación. para que no haya allí ninguna otra mujer encinta. Que haya allí por lo menos tres luces))-porque la oscuridad es más propicia para suplantaciones-((y enséñense lo que nazca a quienes interese o sus procuradores, por si quieren inspeccionarlo. Llévose a la casa de quien hubiera dispuesto su padre, y, si nada hubiere dispuesto, o no quiere recibir lo quien él quería, yo determinaré, previa cognición de causa, a casa de quien debe llevarse. Quien lo tenga en su casa a su cuidado debe mostrar dondequiera lo que nació dos veces al mes hasta que tenga tres meses, una vez al mes, desde los tres a los seis meses, un mes sí y otro no, desde los seis meses al año, una vez cada seis meses desde el año hasta que pueda hablar. Si no se hubiese permitido la inspección y guarda del hijo o se hubiese hecho algo en contra de lo que queda ordenado, no daré, previa cognición de causa, la posesión (de los bienes hereditarios) al hijo, y si no se hubiese permitido la inspección del hijo como queda dispuesto, no le daré las acciones que ofrezco dar a aquellos a los que se concede la posesión de los bienes hereditarios, si me parece justificado el no dárselas)). (11) Aunque el edicto del pretor es muy claro, no sobra su interpretación. (12) La mujer debe avisar a los que pudiera interesar que no naciera el hijo, porque entonces tendrían entera la herencia o parte de ella, sea abintestato, sea por testamento. (13) Escribe Aristón que en caso de haber sido instituido heredero un esclavo bajo la condición de que no llegara a nacer el hijo, debe extenderse a este esclavo, aunque no todo, parte de lo dispuesto para la guarda del hijo; opinión ésta que me parece cierta, pues hay un interés público que no se cometa suposición de parto, para salvaguardar la dignidad de las clases y de las familias; por lo que incluso tal esclavo, puesto que tiene esperanza de ser el sucesor, sea el quien sea, debe ser atendido como quien defiende, no sólo su interés particular, sino también el interés público. (14) Debe

hacerse la notificación a los que corresponde la expectativa - de heredar, como al heredero instituido en primer lugar, no al sustituto, y si el difunto no hizo testamento, al que ocupa el primer lugar en la sucesión abintestato; y si hay varios que - deben suceder conjuntamente, se debe hacer la notificación a - todos ellos. (15) Lo que dice el pretor de que no dará la posesión (de los bienes hereditarios) o denegará las acciones - - ((previa cognición de causa)), es para evitar perjuicios al - hijo en caso en que hubiera dejado de hacerse por rusticidad - algo de lo que quiso el pretor que se observara, porque es (du ro) denegar la posesión de los bienes por no haberse cumplido algún extremo menos importante de los que ordena el pretor en su edicto; antes bien, ha de tenerse en cuenta la costumbre de la región, y debe observarse en lo que toca a (la inspección - del) embarazo y (la guarda del) parto y el niño. (Ulp. 24 - - Ed.)".* 16

Como se puede notar en éstas máximas romanas, la situación del nasciturus cambia notablemente; en virtud de los - intereses que puede haber en torno a él. Así vemos que si no - hay interés del padre hacia su hijo, al feto únicamente se le considera como una víscera de la mujer y no como un ser humano. Por otro lado, si el padre tiene interés en su hijo, se tomarán toda clase de medidas aún las extremas para la guarda de - su hijo.

Claramente se ve que en ésta época nos encontramos - en un sistema paternalista (se sigue únicamente lo que el pa- ter familias ordena), y en un sistema patrimonialista (el naci- miento del hijo afecta el sistema patrimonial inclusive de un esclavo).

"Se admite para la Ley Falcidia que los frutos perci

* En virtud de la importancia de la cita, ésta fué transcrita literalmente.

16.- I. I. D. De insp., V. 25. 4.

bidos por el heredero que ya estaban maduros en el momento de la muerte aumenten la estimación de la herencia por entenderse que el fundo ya tenía más valor en aquel momento. (1) Respecto al hijo que espera una esclava no se admite distinción de momentos, y no sin razón, pues en tanto aquel no ha nacido no se dice que exista un esclavo. (Pag. 19 quaest.)".*¹⁷

También aquí se nota que se sigue un criterio netamente patrimonialista, ya que el hijo de un esclavo no es fruto, sino hasta el momento en que se desprende del vientre de la madre, es decir, hasta el momento en que nace.

II.1.1.2. STATUS CIVITATIS.

En la Epoca Clásica, la ciudadanía se adquiría por nacimiento, siempre y cuando los padres estuvieran unidos en *Justae Nuptiae* (Matrimonio), ya que esta clase de matrimonios únicamente (salvo excepciones) lo podían realizar los ciudadanos romanos. Fuera del matrimonio, era regla general que el hijo siguiera la condición de la madre.

En cuanto al nacimiento se seguía el sistema del *jus sanguinis*; no era el lugar del nacimiento el que daba el *status civitatis*, sino que era la nacionalidad de los padres la que confería la ciudadanía romana al hijo; por lo tanto, para nacer ciudadano romano, era necesario nacer de padres ciudadanos romanos.

"Hasta Adriano, en otras clases de uniones, por resolución de la Ley Minicia el hijo que naciera de ella, no adquiría la ciudadanía romana ni aún cuando la madre la detentara".

* En virtud de la importancia de la cita, ésta fué transcrita literalmente.

En la época del mismo Emperador Adriano. "un senadoconsulto - resolvió que el hijo de latino y de una ciudadana romana sería *civis romanus*".^{18 y 19.}

La "separación de frutos" era un medio de adquisi---ción en esa época, el propietario de una esclava tenía derecho de propiedad sobre el hijo que ella diera a luz. Si la esclava, durante cualquier etapa de la concepción, incluso en el momento del alumbramiento, fuera libre, el niño nacía libre,²⁰ y ciudadano romano;²¹ por el contrario, nacía esclavo cuando la madre, libre en el momento de la concepción o en el período - siguiente, se volvía esclava en la época del parto.²²

"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 la luz libre y ciudadano".^{23 y 24.}

La capacidad jurídica, solamente en lo que le sea - útil al nasciturus, se debe calcular desde la concepción. (benigna interpretario). "El motivo inicial de esta benigna interpretario fue, sin duda alguna, el favor libertatis (cfr 14); pero, según está ejemplificado en el texto, esto fue extendido a cualquier otro status favorable".²⁵

18.- Arias, José. Ob. Cit. pag. 156.

19.- Gayo, l. 80.

20.- Paulo II. 24. 1.

21.- L. 18; L. 26, D. De st. Hom., l. 5.

22.- Foignot, René. Manual Elemental de Derecho Romano. Edit. - José M. Cajica, Jr., S. A. Puebla, Pue. México 1956. Págs. 35 y 36. (Gayo, l. 82; Ulpiano, Reglas, V. 10.).

23.- Bonfante, Pedro. Ob. Cit. Pag. 39.

24.- L. 18; L. 26, D. De st. Hom., l. 5.

25.- Arias, José. Ob. Cit. Pag. 177.

II.1.1.1.3. STATUS LIBERTATIS.

Fuera del matrimonio *Justae Nuptiae*, el niño seguía la condición de la madre.

Ingenuo, era aquel ser humano que nacía de personas libres, *ingenuas* o *libertas*.

Se aplicaba el favor *libertatis*, de que el hijo era libre en cualquier momento que la madre hubiese sido libre, ya fuera en el momento del nacimiento o durante la época de concepción o en cualquier momento intermedio entre la concepción y el nacimiento.

"Como consecuencia del favor *libertatis*, o sea, por el hecho de que la libertad es una causa *favorabilis*, de manera que toda duda debe ser resuelta a favor de ella, encontramos que el niño nace libre,²⁶ si en algún momento de la gestación la madre ha sido libre".²⁷

II.1.1.1.4. STATUS FAMILIAE.

Agnatio, era la autoridad del padre, sin importar el vínculo de sangre.

Agnados, eran aquellos que estaban sometidos a la autoridad de un mismo *pater-familias*, ya fueran hijos legítimos u otros descendientes, así como los que hubieran caído bajo su potestad, de aún haber vivido el común *pater-familias*, como eran los *póstumos*.

26.- Paulo II. 24. 1.

27.- Floris Marquardt S., Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Editorial Estinge, S. A., Segunda Edición México 7, D.F. 1965. Pág. 123.

Póstumo.- "(Del latín *postūmus*). Que sale a la luz - después de la muerte del padre o tutor".²⁸ y también de los - elogios, honores, etc., que se tributan a un difunto.

Los hijos nacidos después de ciento ochenta y dos - días, contados a partir de la celebración del matrimonio Jus--
tae Nuptiae, o dentro de los trescientos días de la termina---
ción de éste, eran considerados como hijos legítimos del mari--
do de la madre, a menos que el padre probara que no había podi--
do tener contacto sexual con la madre, ya fuera por viaje, en--
fermedad, impotencia, etc. Esta prueba estaba a cargo del mari--
do y se denominaba "*Pater est quem nuptiae demonstrant*"²⁹, que
es la presunción de paternidad que estableció el derecho para
estos casos. Esto es una mera presunción de que el marido, sea
el padre de ese hijo; esta presunción no tiene eficacia si el
marido declara que ese hijo no es suyo y tiene pruebas con que
acreditar su dicho.

"También se consideraba hijo legítimo al nacido des--
pués del sexto mes de celebrado el matrimonio o dentro del dé--
cimo de disuelto por muerte o divorcio".³⁰

Otra postura en cuanto al tiempo para considerar a -
un hijo legítimo es si éste ha nacido por lo menos en el sépti--
mo mes o más, después de los ciento ochenta y dos días de la -
celebración del matrimonio *Justae Nuptiae* y antes de los diez -
meses de su disolución.

"El nacido en el matrimonio, aún concebido antes, es

28.- Diccionario de la Lengua Española. Ob. Cit. Pág. 1020.

29.- D. 38. 16. 3. 11 y 12; D. 11. 4. 5. 6. 1. 2. 6.

30.- D. 1. 5. 12. y D. XXXVIII. 16. 3. 11.

reputado hijo del marido".^{31 y 32.}

En virtud de que la paternidad escapaba a toda demostración directa, se suplía la prueba con una doble presunción:

- 1º El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido: *pater is est quem iuste nuptiae demonstrant.*
- 2º La duración de la gestación más larga es de 300 días y la más corta es de 180 días.

Estas presunciones permitían comprobar si el hijo había sido concebido efectivamente durante el matrimonio.

Tratándose de la nulidad y de la disolución del matrimonio, cambia la situación de la madre que estuviera embarazada.

"Para evitar la suposición del parto el S. C. Plania no exige a la mujer separada, que se crea embarazada, la denuncia de este hecho al marido dentro de los treinta días del divorcio, quien está autorizado a tomar todas clases de precauciones al respecto"^{33 y 34} "También para impedir la supresión de parto se le permite al marido hacer comprobar el embarazo y vigilar el alumbramiento".^{35 y 36}

"Cuando el matrimonio se ha disuelto por muerte del marido la mujer embarazada debe denunciar su preñez a los here

31.- D. I. 5. 12 y D. XXXVIII. 16. 3. 11.

32.- C. V. 27. 11.

33.- Arias, José. Ob. Cit. Pág. 186.

34.- D. XXV. 3. 1.

35.- Arias, José Ob. Cit. Pág. 186.

36.- D. XXV. 4. 1. p.

deros de aquél, quienes pueden tomar medidas (algunas de ellas verdaderamente extraordinarias) para impedir la suposición del parto".^{37 y 38}

"Una vez disuelto el matrimonio por muerte del marido la viuda debía guardarle luto durante un año, con el propósito de impedir la incertidumbre de la descendencia (turbatio sanguinis). Tratándose de un póstumo la madre podía casarse antes de que se cumpliera el plazo de un año citado".^{39 y 40}

En esta época del Derecho Clásico hubo preocupación por parte de los juriconsultos para promover la natalidad y combatir el celibato, para lo cual el Emperador Augusto dictó dos leyes: La Julia de maritandi ordinibus, de 757 o 736, y la Ley Papia Poppaea de 762 u.c..

Se prohibió que senadores y sus descendientes contrajeran nupcias con libertos⁴¹ y comediantas,⁴² también se prohibió a los ingenuos que se casaran con mujeres de mala vida; pero dieron facilidades para que se celebraran matrimonios aunque se opusieran los ascendientes y se nulificó la condición de no casarse.⁴³

Para las personas que no cumplieran con lo estipulado en las leyes antes citadas, se establecieron sanciones, como fué la de exigir que estuvieran casados todos los hombres que

37.- Arias, José Ob. Cit. Pac. 186.

38.- D. XXV, 4, 10.

39.- Arias José. Ob. Cit. Pac. 186.

40.- D. III, 2, 11, 2.

41.- D. XXIII, 2, 23.

42.- D. XXIII, 2, 44.

43.- D. XXXV, 1, 64.

tuvieran entre 25 y 60 años, y las mujeres que tuvieran entre 20 y 50 años, debiendo los hombres ser padres de un descendiente legítimo y, las mujeres si eran inoenuas, madres de tres hijos y de cuatro hijos, si eran libertas, con la pena de que se les afectarían sus derechos hereditarios.

III.1.1.5. LA TUTELA.

Se creó para que el tutor cuidara de infantes, impúberes y mujeres.

Existía la Tutela Testamentaria que era aquella que otorgaba el pater familias para sus descendientes impúberes, a través de un testamento o de un codicilio firmado, acto de última voluntad que no contiene institución de herederos.⁴⁴ Podía nombrar tutor a un hijo que estaba por nacer.⁴⁵ Como la designación de tutor es un acto de la patria potestad que tiene el pater familias, ésta sólo es posible sobre los hijos que se encuentran bajo la potestad del testador o que hubiesen de estar, como sería el caso de los póstumos.⁴⁶

II.1.1.6. LA CURATELA.

Esta se creó con el fin de que el curador cuidara de aquellas personas que tenían situaciones especiales como la locura, prodigalidad, débiles mentales, etc.

Dentro de la Curatela se creó una Curatela especial, que era el Curator ventri datus,⁴⁷ se otorgaba al embrión o nasciturus que había sido llamado a una herencia, con el fin

44.- D. XXVI, 2. 3.

45.- D. XXVI, 2. 16. 5.

46.- Inst. I. 13. 4.

47.- D. XXXVII, 9.

de que se le cuidaran sus intereses eventuales.⁴⁸

II.1.1.7. LA SUCESION.

"La sucesión, es el derecho de perseguir y retener - el patrimonio o la cosa que fué de alguien después de su muerte"⁴⁹ y "la Bonorum Possessio debe entenderse como la posesión de un derecho y no de una cosa".⁵⁰ Derecho que es temporal, - puesto que no tiene la cosa heredada.

La bonorum possessio reguló la posesión de la herencia; y su función era correctiva, o sea, que con la bonorum - possessio el Pretor tenía la costumbre de entregar y de llamar a la herencia, por orden de preferencia, a nuevas categorías - de sucesiones que no estaban contempladas en el Derecho Civil, y también concedía la bonorum possessio a los herederos civiles que la solicitaran.

Existió la bonorum possessio ventris nomine,⁵¹ estaba acordada al nasciturus, se concedía a la madre cuando se creía que estaba encinta, en favor del que estaba por nacer, - la bonorum possessio cesa cuando el que está por nacer no llega a ver la luz.

En la época antigua los póstumos no tienen la testamento factio pasiva o sea la capacidad de heredar, ya que aún no llegan a la vida; puesto que en esa época no había sido creada tal institución.

Es hasta ésta época que se instituyó a los póstumos como herederos, debido a las diversas disposiciones emitidas -

48.- D. 37. 9.

49.- Arias, José. Ob. Cit. Pág. 443.

50.- Idem.

51.- D. XXXVII, 9.

por Aquilio Galo⁵², a la Ley Junia Villaea⁵³, Juliano⁵⁴ y -
Adriano⁵⁵.

El derecho Clásico reconoció como válida la institución de los sui que hubieren nacido después de haberse otorgado el testamento (postumi sui).

Son póstumos sui, todos aquellos que por nacimiento, arrogación, conventio in manum, adquieren la cualidad de sui - después de confeccionado el testamento. La supervivencia del póstumo sui anulaba el testamento, ya que el testador no lo contemplaba.

En un principio, no era posible ni instituir ni - - desheredar al póstumo; puesto que su nacimiento anulaba necesariamente el testamento (testamentum aqnatione postumi ruptum).

Con el tiempo la Ley y la Jurisprudencia a través de diversas disposiciones, permitieron instituir o desheredar las diversas categorías de póstumos que habían recibido los nombres de los Jurisconsultos.

- a) Postumi Legítimi (póstumos legítimos), son los hijos o nietos nacidos de un hijo premuerto, después de la muerte del testador.
- b) Postumi Aquiliani (póstumus Aquilianos), son los nietos nacidos después de la muerte de su padre, quien vivía al hacerse el testamento.

52.- D. XXVIII. 2. 9.

53.- Gayo II. 134

54.- D. XXXIII. 2. 25. 15.

55.- Gayo II. 173.

- c) Postumi Velleiani o Juniani (póstumos Velleyanos), son los nacidos después de la confección del testamento; es decir, son los que nacieron después del testamento, pero antes de la muerte del testador.
- d) Postumi quasi Velleiani (póstumos cuasi Velleyanos), son los descendientes ya nacidos que por premuerte del ascendiente intermedio, serán herederos suyos, es decir, son los que adquieren la condición de sui después de la confección del testamento por la premoriencia de un suus inmediato.
- e) Postumi Juliani o Salviani (póstumos Julianos), son los que han nacido y se han vuelto sui después del testamento por la premuerte de un suus.

"Como el pater no puede desheredar de antemano a personas inciertas, el testamento caerá si después de hecho entra un nuevo heredero en la familia" ⁵⁶ (sería el caso del nacimiento de un hijo póstumo). ⁵⁷

La sustitución, es una modalidad de la institución de heredero, consiste en la designación de un heredero accesorio que será llamado condicionalmente; es decir, a falta de otro.

Tratándose de hijos in potestate o de póstumos, se creó la sustitución pupilar que es una manifestación de la patria potestad, que consiste en que el pater les designa un heredero para el caso en que, premuerto él, muriera también el hijo antes de llegar a la pubertad y, por lo tanto sin poder testar.

56.- Arias, José. Ob. Cit. Paq. 471.

57.- Ulpiano, XXII, 18.

Esta sustitución no la puede hacer el pater, si no - hace su propio testamento, ⁵⁸ pero el padre puede desheredar - al hijo in potestate o al póstumo, pero sin embargo la sustitución subsiste.⁵⁹

El *Ius adcrendi*, consiste en "la desaparición de un obstáculo que originalmente gravaba la ventaja sucesoria - procedente del testamento en cuestión, la repudiación o aceptación original se extendía, automáticamente, a futuras consecuencias del *Ius adcrendi*".⁶⁰

Este *Ius adcrendi* también se presentaba en la sucesión *ab intestato*, cuando en la vía legítima una sucesión se reparte en partes iguales entre la viuda, un hijo nacido y un hijo que está por nacer, si este hijo concebido no nace vivo y viable, lo que le correspondería de la herencia irá a manos de la viuda y del hijo nacido por partes iguales: es decir se benefician con el *Ius adcrendi*.

II.1.2. EPOCA JUSTINIANEA.

Justiniano (año de Roma 1280, de J. C. 527).

Justiniano subió al trono en una época problemática por la cantidad de guerras que existían en toda Europa, por un lado la invasión de los bárbaros en el Mediodía, Africa y - España estaban ocupadas por los Vándalos y los Visigodos, Italia por los Ostrogodos y otras partes del Occidente ocupadas - por diversas bandas de bárbaros. La única región que subsistía era el Imperio de Constantinopla, que aún conservaba el nombre

58.- D. XXVIII, 6, 1, 3

59.- Gayo II, 182.

60 - Floris Marquandant S., Guillermo. Ob. Cit. Pág. 277.

de romano que posteriormente perdería para tomar el de griego; aunque en sus fronteras asiáticas estaban los Persas, enemigos que se habían vuelto temibles. Justiniano con el tiempo logró unir a Oriente y a Occidente, como un intento de resistencia final contra los bárbaros.

Ya para entonces la ciencia había decaído, y las leyes se habían oscurecido multiplicándose y convirtiéndose en un verdadero problema para su comprensión.

Es entonces cuando Justiniano decide hacer una recopilación de leyes, constituciones de príncipes, obras de jurisprudencia, etc., con la finalidad de encontrar a manera de exposición, explicaciones, análisis o comentarios para llevarlos a la práctica.

El Emperador Justiniano, "confió á Triboniano, á Teófilo y á Doroteo, profesores de derecho, el cuidado de reunir los diversos tratados elementales, que los antiguos habían dejado con el título de Instituciones, y el de extraer de ellas un tratado del mismo género y con igual título, destinado á franquear á los estudiantes la entrada en la ciencia, y á darles, de una manera sencilla y comprendida, los principios de las leyes".⁶¹

En dichas Instituciones podemos notar que no se han separado los fragmentos de la obra (como sucede en el Digesto) ni tampoco se señalan las fuentes de procedencia. Toda la obra contiene una mezcla de antecedentes con explicaciones y nuevas teorías, para formar una exposición continua, que no da lugar a muchas confusiones.

61.- M. Ortolán. Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Librería de D. Leopoldo López, Editor, Madrid 1879. Pág. 426.

Durante gran parte de las Instituciones, se toca lo concerniente a nuestro tema en particular, por lo que únicamente me concreto a hacer el estudio sobre los Libros y Títulos que interesen.

II.1.2.1. DE LOS INGENUOS.

"Es ingenuo el que desde el instante de su nacimiento es libre, ya haya nacido del matrimonio de dos ingenuos, de dos libertinos, o de un libertino y un ingenuo. Mas el hijo nacido de una madre libre y de un padre esclavo nace ingenuo, a la manera que aquel cuya madre es libre y que tiene un padre incierto, por que ha sido vulgarmente concebido. Basta, por lo demás, que la madre sea libre en el momento del nacimiento, aunque fuese esclava en el de la concepción. Y si, por el contrario, ha concebido libre y parido esclava, se ha dispuesto que el hijo nazca libre, porque la desgracia de la madre no debe perjudicar al hijo que lleva en su seno. Por lo que se ha hecho esta pregunta: si una esclava embarazada es emancipada, y en seguida vuelve a la esclavitud y pare, ¿su hijo es libre o esclavo? Marcelo prueba que nace libre. Basta, en efecto, al hijo concebido que su madre haya sido libre un momento, aunque no fuese más que durante la gestación, y esto es verdad".⁶²

Como se puede notar es la misma situación que prevaleció en la Epoca Clásica, ya que el hijo nacía libre, si en cualquier momento de la concepción o durante el parto, la madre era libre, aunque después volviera a su condición de esclava.

El nacido ingenuo no pierde su cualidad si en algún momento es reducido a servidumbre, y en seguida emancipado; ya que en múltiples ocasiones se declaró que la manumisión de nin

62.- M. Ortolán. Instituciones de Justiniano. Editorial Atalaya. Buenos Aires. 1947. Pags. 33 y 34.

guna manera puede afectar los derechos que se obtienen con el nacimiento; ni mucho menos quitarlos.

II. 1. 2. 2. DE QUE MANERA SE DISUELVE EL DERECHO DE POTESTAD.

Los que se encuentran bajo el poder de un ascendiente, al morir éste se hacen sui juris. Pero hay que distinguir, ya que si el ascendiente es el padre, si se convierten en sui juris, pero si es el abuelo, los nietos y nietas vuelven al poder de su padre, siempre y cuando éste no haya muerto o haya salido de la familia.

"Conviene saber que si hallándose tu nuera encinta de tu hijo, has emancipado tú a este último, o los has dado tú en adopción, el hijo que ella da a luz nace siempre bajo tu potestad. Mas si ha sido concebido después de la emancipación o después de la adopción, se haya en poder de su padre emancipado o de su abuelo adoptivo".⁶³

Como se ve, el hijo recién nacido pasará a la potestad del abuelo siempre y cuando haya sido concebido antes de que el padre hubiera sido emancipado o adoptado; pero en cambio si ese recién nacido fué concebido después, seguirá la condición del padre.

II.1.2.3. DE LAS TUTELAS.

La tutela es la fuerza y el poder en una cabeza libre, dada y permitida por el Derecho Civil, para proteger a aquel que por causa de su edad no puede defenderse a sí mismo. (definición según Servio).

63.- M. Ortolán Ob Cit Pág 56.

Son tutores aquellas personas que tienen ese poder y esa autoridad.

Los ascendientes tienen el derecho de designar por testamento, tutores a sus hijos impúberes, y en los casos en que los póstumos son considerados como nacidos, también tienen el derecho de obtener tutores por testamento, siempre y cuando se encuentren en una posición tal, que si hubiesen nacido en vida de sus ascendientes, habrían podido ser herederos suyos y estado bajo su patria potestad.

"Si alguno ha dado tutores a sus hijas o hijos, se juzga haberlos dado a aquellas o aquellos que son póstumos, porque estos últimos están comprendidos en la expresión de hijas o hijos. Pero si se trata de nietos, ¿es preciso extender a ellos el nombramiento de tutor, hecho para los hijos? Sí, si el difunto se ha valido de la palabra descendientes (liberos); pero no, si ha usado la de hijos (filios). Porque hay una diferencia entre hijos y descendientes o nietos. Mas si el tutor fuese dado a los póstumos, esta palabra comprendería a todos los hijos y a todos los demás nietos o póstumos".⁶⁴

Aquí se amplió el derecho de nombrar tutor por testamento a los nietos o demás descendientes, cosa que no sucedió en la Epoca Clásica, donde únicamente se podía nombrar tutor por testamento a los hijos que están bajo la potestad del pater familias o aquellos que fueren a estar bajo su potestad como los póstumos.

II.1.2.4. DE LAS USUCAPIONES Y DE LAS POSESIONES DE LARGO TIEMPO.

La Usucapión es un medio de adquirir el dominio de -

64.- M. Oriolán Ob. Cit. Pág. 59.

bienes muebles e inmuebles, por la posesión, siempre y cuando esté fundada en una causa justa.

"Del mismo modo, si el usufructuario de una esclava, creyendo que adquiere el hijo que da a luz, lo vende o hace donación de él, no comete robo; porque nunca hay robo sin intención de robar".⁶⁵

A este respecto vemos que los usufructuarios de esclavas que estuvieren encinta, podían disponer de ese fruto y no por ello cometían robo, pero hay que hacer notar que no eran dueños de la esclava, pero en su carácter de usufructuarios actuaban como si lo fueran.

11.1.2.5. DE LA DESHEREDACION DE LOS HIJOS.

Para dar validez al testamento, era necesario que el testador que tenía bajo su potestad un hijo, lo instituyera heredero o lo desheredara nominalmente; pues, de otra manera, el testamento era nulo, al grado de que si el heredero muriese antes que el padre, nadie podía heredar en ese testamento.

Los hijos póstumos tienen derecho a ser instituidos herederos o desheredados. Siguen la misma condición del hijo o de la hija o de cualquier otro descendiente no importando su sexo, en el caso de que se les haya omitido, pero en el momento del nacimiento, no por eso deja de ser el testamento menos válido; pero si rompe por la agnación de aquel póstumo y el testamento queda viciado. En consecuencia, si la mujer que va a tener un hijo póstumo llegase a abortar, podrán el resto de los herederos inscriptos, apoderarse de la herencia. En lo que se refiere a los póstumos del sexo femenino, se acostumbraba -

65.- M. Ortolán. Ob. Cit. Pág. 107.

desheredarlos o nominalmente o inter ceteros, en este segundo caso, únicamente se les otorgaba un legado, para que no pareciera que los habían omitido por olvido. En cuanto a los hijos póstumos del sexo masculino, tenían los mismos derechos de los hijos y demás descendientes y normalmente no era posible desheredarlos; a menos, que se hiciera nominalmente y de la siguiente manera: "El Hijo que Nazca que sea Desheredado".

"Deben ser asimilados a los póstumos los que, ocupando el lugar de un heredero suyo, se hacen por esta cuasi agnación herederos suyos de su ascendiente. Así, por ejemplo, cualquiera que tiene bajo su potestad un hijo, y de este hijo un nieto o una nieta, como el hijo es más próximo en grado, él solo tiene los derechos de heredero suyo, aunque sus hijos se hallen con él bajo el mismo jefe. Pero si en vida de este jefe muere el hijo o sale de su potestad de cualquier otro modo, desde entonces el nieto o la nieta ocupa su lugar, y adquiere así por cuasi agnación los derechos de herederos suyos. Es preciso, pues, para que el testamento no sea roto por este suceso que el testador, al mismo tiempo que se halla obligado a instituir o a desheredar a su hijo para la validez del acto, cuida de instituir o de desheredar también a su nieto o nieta, por temor de que, llegando a morir su hijo en vida suya, no rompan los nietos, al ocupar lugar, el testamento por cuasi agnación. A esto provee la ley Junia Veleya, en la que la forma de esta desheredación se indica por asimilación con la de los póstumos".⁶⁶

En esta época cambia considerablemente la situación del hijo póstumo para heredar. Ya que como vemos, se estableció claramente bajo que circunstancias heredaba. Esto no sucedió en la Época Clásica, donde generalmente el nacimiento del

66.- M. Ottolán. Ob. Cit. Páa. 135.

póstumo rompía con el testamento, salvo el caso de las diversas categorías de póstumos que ya quedaron señaladas cuando estudiamos esa época.

Es aquí en las Instituciones donde se habla por primera vez de la igualdad entre el hombre y la mujer dentro del Derecho Civil, y no debe haber ningún tipo de distinciones por la cuestión del sexo, ya que tanto el hombre como la mujer, según naturaleza, contribuyen a la procreación de la especie humana.

Del mismo modo se introdujo en las Instituciones "una legislación sencilla y uniforme, tanto para los hijos cuanto para las hijas y demás descendientes de varón, ya nacidos, ya póstumos, ordenando que todos, tanto suyos cuanto emancipados, sean instituidos herederos o desheredados naturalmente, y que a falta de esto su omisión en cuanto a la invalidación del testamento y a la revocación de la herencia produzca el mismo efecto que la de los hijos herederos suyos emancipados, ora se trate de hijos ya nacidos, ora de hijos solamente concebidos y que nazcan después".⁶⁷

Aquí también se introduce la desheredación tratándose de un testamento hecho por una persona que es militar.

Cuando un militar se encuentra fuera de su hogar, y realiza su testamento, no señalando nominalmente que ha desheredado a sus hijos, ya sean nacidos, ya póstumos, concretándose a no mencionarlos, aunque no ignora la existencia de sus hijos, ésta falta de mención o silencio se equipara a una desheredación nominal.

67.- M. Ortolan. Ob. Cit. Pág. 137.

II.1.2.6. DE LA INSTITUCION DE HEREDEROS.

Pueden ser instituidos herederos tanto los hombres - libres, como los esclavos y en tratándose de esclavos, tanto - los propios como los ajenos; de tal manera que puede ser insti- tuído heredero el esclavo de un niño que aún no ha nacido.

"El esclavo de otro puede ser válidamente instituido heredero aún después de la muerte de su señor, porque la fac- ción de testamento existe con los esclavos de una herencia. En efecto, la herencia de que no se ha hecho adición, representa, no al futuro heredero, sino al difunto; así es que se puede - instituir heredero al esclavo de un niño que se halla en el - seno materno".⁶⁸

II.1.2.7. DE LA SUSTITUCION PUPILAR.

La Sustitución consiste en designar a una persona - heredera, si ésta no fuera, designar a otra y así sucesivamen- te se pueden designar tantos herederos como se quieran.

Tratándose de hijos póstumos se les puede sustituir en el sentido de que si no son herederos, lo sea otro; pero - además se les puede sustituir si nacen y después de haber sido herederos, mueren impúberes; dejando por supuesto otro herede- ro designado.

En la sustitución pupilar se habla de dos testamen- tos: el del padre y el del hijo, como si éste último hubiese - él mismo instituido a su heredero; pero realmente es un solo - testamento, con dos herencias distintas.

"La situación por la cual el jefe de familia designa

68.- M. Octolín Ob. Cit. Pág. 150

a sus hijos, para el caso en que muriesen impúberes, a quien quiere por heredero, puede hacerse no sólo a aquellos que sean sus herederos, sino aún a los que haya desheredado. Y en este caso el sustituto tomará todo lo que el pupilo haya podido adquirir por sucesión, legado o donación de sus parientes o amigos".⁶⁹

El testamento pupilar es parte y continuación del testamento del pater familias, por lo tanto, si el testamento del padre es nulo por cualquier causa, el del hijo también lo es.

La sustitución se puede hacer por cada uno de los hijos que se tengan, hayan o no nacido.

Si no se especifica quien será el que sustituya, acudirán a sustitución del hijo impúber los que hayan sido designados herederos dentro del testamento.

II.1.2.8. DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

La inoficiosidad del testamento es una acción que tienen los hijos respecto de sus ascendientes o los ascendientes respecto de sus hijos y descendientes, porque creen haber sido desheredados u omitidos injustamente.

Los hijos naturales, adoptivos o póstumos, no pueden intentar hacer valer la acción de inoficiosidad del testamento, sino a falta de otro medio legal para llegar a los bienes del de cujus.

Hay que hacer notar que esta acción sólo se puede llevar a cabo, si el testador no les dejó nada en su testamento.

69.- M. Ortolán. Ob. Cit. Pág. 147.

II.1.2.9. DE LA CUALIDAD Y DIFERENCIA DE LOS HEREDEROS.

Hay tres clases de herederos:

- a) Necesarios,
- b) Suyos y necesarios, y;
- c) Extraños.

Los hijos póstumos entran en la categoría de extraños, pues el testador al hacer el testamento no lo conoce.

La regla general para los herederos extraños, es que tengan la facción de testamento, ya sea por que se les instituya a ellos en su persona, ya por que se instituya a los que se encuentren bajo su patria potestad. Así el hijo póstumo tiene facción de testamento; ya que, aunque no puede hacer testamento, tiene derecho a heredar para sí o para otro.

II.1.2.10. DE LOS LEGADOS.

"El legado es una especie de donación dejada por un difunto".⁷⁰

En ésta época, el nasciturus podía ser sujeto de legado, ya que podía legarse una cosa que no existiera, con tal de que fuera a llegar, así por ejemplo tenemos: los frutos que vayan a producirse en un campo, el hijo que vaya a nacer de una esclava, etc.

Anteriormente no se podían dejar legados ni fideicomiso a personas inciertas. Aquí ya se puede legar a un hijo póstumo, pero bajo las siguientes condiciones:

⁷⁰ M. Orotán Ob. cit. Pág. 160.

- a) "Era inútil también legar al póstumo extraño; es decir, al póstumo que a su nacimiento no debe de hallarse en el número de los herederos suyos del testador: tal es, con respecto al abuelo, el nieto concebido de un hijo emancipado".⁷¹
- b) "El póstumo extraño podía en otro tiempo, como puede hoy, ser instituido heredero, a menos que no se halle en el seno de una mujer que no pueda ser esposa nuestra".⁷²

II.1.2.11. DE LAS HERENCIAS DIFERIDAS ABINTESTATO.

Muere intestada aquella persona que no ha hecho ningún testamento, o que ninguno sea válido o cuyo testamento haya sido roto, inútil o no haya producido ningún heredero.

Hereditario suyo es aquel heredero que a la muerte del de cujus se hallaba bajo su patria potestad. Dentro de esta categoría se encuentra el póstumo, pues si hubiera nacido en vida del testador, hubiera estado bajo su potestad.

Los herederos suyos se hacen herederos aún sin saberlo, ya que deben adquirir la herencia del ascendiente de pleno derecho.

Cuando un póstumo haya nacido después de la muerte del abuelo, siempre y cuando haya sido concebido en vida de éste, el nieto, por la muerte de su padre y por que no haya sido nominado heredero en el testamento del abuelo, se hace heredero suyo. Si el póstumo fué concebido posteriormente a la muerte del abuelo, el fallecimiento de su padre y la falta de nominación en el testamento del abuelo, no lo hacen heredero suyo; puesto que en ningún momento el póstumo estuvo ligado con vínculo de parentesco alguno con su abuelo.

71.- M. Ortolán: Ob. Cit. Pág. 170.

72.- Idem. Pág. 170 y 171.

II.1.2.12. DE LA SUCESION LEGITIMA DE LOS AGNADOS.

Si no existe ningún heredero suyo, que tome la herencia, ésta pertenecerá al agnado más próximo.

Son agnados, los cognados unidos por las personas - del sexo masculino. Por ejemplo, son agnados los hijos del mismo padre, sin importar si tienen o no la misma madre. También se les llama consanguíneos.

"Los que nacen después de la muerte de su padre no - tienen menos los derechos de consanguinidad. Mas la ley no da a todos los agnados simultáneamente la herencia, sino sólo a - aquellos que están en el grado más próximo, en el momento en - que resulta como cierto que el difunto ha muerto intestado".⁷³

II.1.2.13. DE LAS POSESIONES DE BIENES.

"El derecho de posesión de bienes ha sido introducido por el pretor para corregir el antiguo derecho, y ha introducido este correctivo, no sólo en las herencias ab intestato, sino también en las de las personas muertas con testamento. - Por ejemplo, si un póstumo extraño hubiese sido instituido heredero, aunque según el derecho civil, no puede hacer adición de la herencia, porque semejante institución era nula; sin embargo, por el derecho honorario se hacía poseedor de bienes - con el auxilio del pretor. Por lo demás, hoy tal póstumo, según nuestra constitución, es válidamente instituido heredero y como reconocido por el derecho civil".⁷⁴

A veces se hacía esto únicamente con el fin de confirmar el derecho antiguo, ya que el pretor promete la posesión de bienes y también da a los herederos instituidos por -

⁷³ - M. Octavian. Op. Cit. Pág. 202.

⁷⁴ - Idem. Pág. 229.

testamento regular dicha posesión.

II.2. SU INFLUENCIA EN EL MEDIOEVO Y EN EL DERECHO - PRIVADO MODERNO.

II.2.1. FILOSOFIA PATRISTICA.

Se hace mención al pensamiento de los más importantes filósofos de la Epoca Medieval, en relación con la creación del ser humano.

II.2.1.1. SAN JUSTINO (160-165).

En su diálogo con Trifón señala, que Dios es propiamente "Lo que siempre se ha del mismo modo e invariablemente y es causa del ser de todo lo demás".⁷⁵

II.2.1.2. TRIFON.

No cree en la respuesta de San Justino y le dice que Dios es el único ser increado y que la verdad se comprende por el siguiente razonamiento:

"El alma, o es vida o tiene vida. Ahora bien, si es vida, tendrá que hacer vivir a otra cosa, no a sí misma, al modo que el movimiento mueve a otra cosa, más bien que a sí mismo. Mas que el alma viva, nadie habrá que lo contradiga. Luego si vive, no vive por ser vida, sino por que participa de la vida. Ahora bien, una cosa es lo que participa y otra aquello de que participa; y si el alma participa de la vida, es porque Dios quiere que viva. Luego de la misma manera dejará de participar un día, cuando Dios quiera que no viva. Porque no es el

75.- Fernández, Clemente S. J. Los Filósofos Medievales. Biblioteca de Autores Cristianos. La Editorial Católica, S. A. Madrid 1979. Tomo I. Pág. 8.

vivir propio de ella como lo es de Dios; como el hombre no subsiste siempre, ni está siempre el alma unida con el cuerpo, - sino que, como venido el momento de deshacerse esta armonía, - el alma abandona al cuerpo, y deja el hombre de existir; de modo semejante, venido el momento de que el alma tenga que dejar de existir, se aparta de ella el espíritu vivificante, y el alma ya no existe, sino que va nuevamente allí de donde fue tomada".⁷⁶

Podremos decir con esto, que cuando el alma abandona el cuerpo, este perece; del mismo modo que cuando el alma entra en el cuerpo, le da vida. Por lo tanto el alma es el inicio de la vida humana.

II.2.1.3. ATENAGORAS.

Cuando habla "Sobre la Resurrección de los muertos", nos dice que universalmente la naturaleza humana está formada de alma inmortal y de un cuerpo que le fué adaptado en el momento de la creación; Dios no destinó la creación al alma sola, ni tampoco separada del cuerpo, sino que la creación, la vida y toda la existencia la destinó a los hombres, integrados de cuerpo y alma, para que en un momento dado los mismos elementos de que se engendran y viven, lleguen, una vez finalizada su vida, a uno solo y común término; necesario es de todo punto que, pues de cuerpo y alma se forma un solo animal que padece cuanto alma y cuerpo padecen, y obra y acaba tanto lo referente a la vida sensible como el juicio racional, todo este conjunto se refiere a un solo fin, y de este modo todo y por todo concurra a una sola armonía y a la misma unión de sentimientos en el hombre; su nacimiento, su naturaleza, su misma vida, sus acciones, sus pasiones, su existencia y el término a su naturaleza conveniente".⁷⁷

⁷⁶ - Fernández, Clemente S. J. Ob. Cit. Pág. 12

⁷⁷ - Idem. Pág. 17

Sin el alma no habría seres humanos, ya que ésta da origen al nacimiento del hombre.

II.2.1.4. SAN IRENEO (140/160-202?).

Dios es el creador del cielo y de la tierra y de todo lo que en ellos pueda haber. Los hizo por su propia decisión, puesto que él es el único Señor, el único Creador, el único Dios. La existencia de las cosas fueron hechas al poder y a la voluntad del Dios universal.

Todo fue producido por Dios y si continúa existiendo es por su voluntad. La vida es un don dado por Dios gratuitamente, que no viene de nosotros, ni tampoco de nuestra propia naturaleza.

El hombre es hecho por las manos del Padre, del Hijo y del Espíritu, a imagen y semejanza de Dios. El alma y el espíritu son partes del hombre. "El hombre perfecto es la mezcla y unión del alma que recibe al espíritu, y que ha sido mezclada con la carne modelada a imagen de Dios".⁷⁸

La carne modelada no hace al hombre perfecto, sino que es sólo su cuerpo y en consecuencia una parte del hombre.

II.2.1.5. TERTULIANO (155/160-220).

Nació en Cartago, combatió a los agnósticos y otros herejes, rompe con lo pagano, irrumpe en el mundo religioso - (del cual se convierte en paladín para la defensa de la causa y propaganda de la doctrina) y literario. Es uno de los creadores del lenguaje latino de la Teología Cristiana.

78.- Ferrández, Clemente. S. J. Ob. Cit. Párr.

El alma hace al hombre "ser racional y capaz en el grado más alto de sentir y de pensar".⁷⁹

Como se observa en este pensamiento el alma constituye la parte más importante del hombre que es el raciocinio. Es el primer filósofo que le da al alma este carácter.

Dios creó al hombre. La mayor imagen y semejanza que el hombre tiene de Dios, es que es libre y dueño de su arbitrio. Es por la sustancia que el alma recibió de Dios, y no por su cuerpo, por lo que el hombre ha sido sellado a imagen de Dios.

"Definimos el alma como nacida del soplo de Dios, inmortal, corpórea, dotada de una forma, substancia simple, inteligente por ella misma, capaz de seguir diversas conductas, dotada de libre arbitrio, expuesta a cambios accidentales, mutable en sus diferentes culturas, racional, dominadora, capaz de adivinación y derivada de una sola y misma alma".⁸⁰

¿Como le ha llegado al hombre?

La doctrina de Platón sostiene que los hijos de Dios a quienes confió la tarea para que crearan a los seres mortales, recibieron de él una semilla de inmortalidad (el alma) y alrededor de ella les modeló un cuerpo mortal.

¿Quiere esto decir que el alma al perecer su cuerpo, buscará otro donde habitar?

Según esta doctrina si.

79.- Fernández Clemente, S. J. Ob. Cit. Pág. 40

80.- Idem. Pág. 55.

II.2.1.6. ORIGENES (185?-253).

En la doctrina de la Iglesia no se encuentra determinado el origen del alma, pero existen tres posturas:

- a) El alma se propaga mediante el semen, por lo tanto su principio es germinal y su sustancia se halla en el semen corpóreo.
- b) Que su origen sea por generación o no.
- c) Que sea infundida en el cuerpo desde fuera o no.

El alma le da el carácter de ser humano al hombre, - sin ésta el ser humano no tendría razón de ser.

Orígenes también nos reitera que Dios es el creador de todas las cosas y que de la nada hizo que existieran todos los seres que el quizo.

Hay diferencia entre "ser conforme a la imagen de - Dios y ser ((imagen de Dios)); pues imagen de Dios es el Primo génito de toda la creación, el Logos en sí, la verdad en sí y la sabiduría en sí, que es imagen de su bondad, y hasta todo - varón, cuya cabeza es Cristo, es imagen y gloria de Dios".⁸¹

Ser imagen de Dios no significa tener la forma humana; sino que se refiere al hombre interior, que se renueva y - es capaz de formarse a imagen del que lo creó.

II.2.1.7. SAN GREGORIO NISENO (335?-394).

Al hablar de la Creación del Hombre nos dice: "a la

81.-Fernández, Clemente, S. J. Ob. Cit. Pág. 92.

creación del hombre le precede una deliberación, y el artífice, proyecta cómo va a ser la obra. Así, cómo ha de ser el hombre, a qué ejemplar o modelo debe ser semejante, para qué ha de ser creado, de qué facultades ha de ser dotado y sobre quiénes han de tener poder, todas esas cosas las prevé el Logos, de suerte que el hombre llegue a alcanzar su dignidad propia antes de su nacimiento".⁸²

Es el primer filósofo que habla propiamente del hombre como un verdadero ente físico, y que lo considera como tal aún antes de su nacimiento, ya que le concede todas las facultades como si ya hubiere nacido.

El primer hombre: Adán, y el que de él fué engendrado: Abel, son dos seres distintos porque alcanzaron la existencia de muy distinta manera. El primero fué formado de la tierra; el segundo, por la unión de sus padres.

A partir de entonces todos los seres humanos hemos sido creados, por la unión de nuestros padres, por la unión de un hombre y una mujer.

II.2.1.8. SAN ACUSTIN (354-430).

Nació en Tagaste (Numidia). Representa la incorporación de la religión cristiana a la Filosofía y a la Ciencia. - En diversas etapas de su vida estudió a los griegos y latinos, durante su juventud lo atrajo el maniqueísmo aunque después - evolucionó al neoplatonismo.

No hay ser vivo que no venga de Dios, ya que El es - la Suma vida, la fuente de la vida.

⁸².- Fernández. Clemente. S. J. Ob. Cit. Pae. 117.

Dios antepuso la vida, a los cuerpos; ésta tiende a la nada, tal es la maldad o la corrupción; no porque el cuerpo sea nada, pues también él tiene su cohesión de partes y sin la vida no puede existir.

Dios es el creador del alma y del cuerpo, el cual es fundamento de toda unión. Todo cuerpo tiene forma, sin ésta no existiría. El creador de los cuerpos es el principio de toda armonía y forma increada; pero también es el creador de todos los seres y cosas, y de los bienes naturales, que en él tienen su origen, aunque no sean de su misma naturaleza.

Cualquier cosa que exista en el mundo, debe tener - forzosamente, alguna forma o especie, por insignificante que ésta sea, y aunque sea muy pequeña siempre será bien y procederá de Dios. De tal manera que todo bien es Dios; o precede de Dios. En consecuencia, la más mínima forma proviene de Dios. - Aún lo que ya está formado y aquello que no está formado pero que se puede formar, tiene su inicio, su fundamento en Dios.

En el tratado sobre la Santísima Trinidad, para explicar éste al tocar el punto del nacimiento dice: "al parto - de la mente precede una cierta apetencia, en virtud de la cual, al buscar y encontrar lo que conocer anhelamos, damos a luz un hijo, que es la noticia; y, por consiguiente, el deseo, causa de la concepción y nacimiento de la noticia, no se puede llamar con propiedad parto e hijo; el mismo deseo que impele vivamente a conocer se convierte en amor al objeto conocido y sostiene y abraza a su prole, es decir, a su noticia, y lo une a su principio generador. Es, pues, cierta imagen de la Trinidad la mente, su noticia, hijo y verbo de sí misma, y en tercer lugar, el amor; y estas tres cosas son una sola sustancia. Ni es menor la prole cuando la mente se conoce tal como es, ni menor si se ama cuando se conoce y es".⁸³

83.- Fernández, Clemente, S. J. Ob. Cit. Pág. 419.

11.2.2. FUERO JUZGO.⁸⁴

El Fuero Juzgo es una compilación de Leyes Romanas y Visigodas que se popularizó a partir del siglo VII y estuvo en vigor durante la Edad Media. Estas leyes abarcan todos los caracteres políticos, administrativos, civiles y penales que figuran en la recopilación latina que se denominó Codex Legum.

Este Código legislativo significa el intento fecundo de dos distintas razas: godos y latinos; y el tránsito del Derecho Romano al Moderno.

"El Fuero Juzgo está integrado por un título preliminar y 12 libros, que se subdividen en 54 títulos y contienen - 578 leyes".⁸⁵

En relación a nuestro tema únicamente nos interesa - el estudio de dos libros:

- a) Libro IV. De la Herencia; y,
- b) Libro VI. De la Legislación Penal.

Ya que son los únicos que tratan muy someramente al nasciturus.

En estas Leyes "el hijo para heredar a los padres, -

84.- Para el estudio de este inciso se consultaron los siguientes libros: Los Códigos Españoles concordados y anotados. Madrid 1847; Gothorum, Regum Hispaniae, Olim Liber Ludicum; Hodie Fuero Juzgo Nuncupatus. Madridi, anno 1600; - Enciclopedia Bansa. Editores, Encyclopedia Britannica, Inc. 5a. Edición 1962. Tomo VII. Pág. 189.

85.- Enciclopedia Cultural Oteba. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana México 1957. Tomo VII. Pág. 367.

ha de vivir diez días seguidos después de nacido y ser bautizado".

Como se puede dilucidar de lo anterior, el hijo para tener derecho a heredar debía tener diez días de nacido y además estar bautizado; significa que el nasciturus no tenía ningún derecho a heredar, puesto que aún no había nacido y mucho menos estaba bautizado. Aquí entra un concepto que hasta ahora se trata y es el del bautizo, netamente religioso y donde se nota la influencia de la religión en esta época legislativa, a tal grado que el hijo para poder heredar debe estar bautizado, y por lo tanto supeditado a esta condición.

Ahora bien, el hijo póstumo concurría junto con los hermanos a la herencia del padre; a quien se le prohibía disponer de la totalidad de los bienes en su herencia, pudiendo únicamente disponer en su testamento de la quinta parte de sus bienes en favor de extraños.

Este era un sistema proteccionista en favor de los hijos del de cujus, para evitar que quedaran desamparados.

Si el padre al morir no hubiere dejado más hijos que aquel que se espera que nazca, éste heredará tres cuartas partes de los bienes del padre, quien dejará la otra cuarta parte a quien quisiere.

Si los consortes se heredan bienes antes del nacimiento de los hijos, ésta donación se deshace al nacer algún hijo. Pero si ésta donación se hubiere hecho antes de que contrajeran matrimonio los consortes, el nacimiento de los hijos de ninguna manera la puede deshacer.

Las mujeres encintas estaban muy protegidas por la Ley, ya que se castigaba con azotes, con pérdida de la liber-

tal, con multa y hasta con la pérdida de algún miembro del - -
cuerpo humano, a quien hiciere abortar a una mujer encinta.

II.2.3. EL FUERO REAL DE ESPAÑA.

Este Fuero Real fué realizado por disposición del -
Rey Don Alfonso X el Sabio.

Al llegar al trono de España Don Alfonso X, trató de reducir toda la legislación existente en el reino, suplantando el vicio que había en los fueros municipales y remediando distintas y opuestas leyes, todo esto con ayuda de la corte y con el consejo de los sabios jurisconsultos, logrando así la creación del Fuero Real o Fuero de las Leyes, el cual fué terminado y publicado aproximadamente a finales del año 1254 o principios de 1255. Este Fuero también fué conocido como: Libros de los consejos de Castilla, Fuero del Libro, Fuero de la Corte, Fuero de Castilla, Fuero Castellano, Flores de las Leyes y con el Título general de Flores.

Los nombres de Fuero de Castilla y Fuero Castellano se aplicaron más regularmente al Fuero de Castilla (viejo), y el de Flores de las Leyes también se aplicó a la suma de Jacobo.

"Más a pesar de la excelencia de este cuerpo legal, de su claridad, método y concisión, de comprender las leyes más importantes de los fueros municipales, y de estar acomodado a las costumbres de Castilla y al Fuero Juzgo, cuyas decisiones se hallan en gran parte copladas en él a la letra, no pudo lograr el rey sabio que se arraigase y observase generalmente en todos los pueblos de sus dominios. Fué admitido sin resistencia en los pueblos de León, Galicia, Sevilla, Córdoba, Jaén, Murcia, Badajoz, Baeza y el Alcarve; pero la nobleza de Castilla, conociendo que por este Código se la despojaba de -

sus antiguos fueros y privilegios y se robustecía y ampliaba - la potestad de la corona, formó el empeño más tenaz de echarle abajo, y llegó por conseguir su objeto hasta el exceso de amotinarse y conspirar en cierta manera contra el soberano presentándose armada en la villa de Lerma. No tuvo por conveniente - don Alfonso arrostrar la nueva tormenta que se levantaba en su reino; celebró cortes en Burgos, oyó allí las súplicas de la nobleza y consejos, accedió a sus pretensiones, derogó el Fuero Real el día de San Martín del año 1272 y restableció al - Fuero viejo de Castilla así como los fueros municipales. Hicieronse igualmente con el tiempo varias reclamaciones contra el Fuero Real por parte de otros pueblos de fuera de Castilla, de modo que hubo de consentirse y aún mandarse expresamente, que no sólo en Castilla sino también en los reinos de León, Extremadura, Toledo y Andalucía se administrase la justicia y se - arreglasen los juicios por sus respectivas cartas forales".⁸⁶

Este fuero no habla sobre el nasciturus específicamente, sólo encontramos dos leyes que tienen relación.

"Como deben ser escriptos los bienes del defuncto - quando la muger quedáre preñada, é no hobiere otros fijos del marido".⁸⁷

Si el marido muere dejando a su esposa embarazada, - no habiendo del matrimonio ningún hijo, los parientes del difunto junto con la esposa harán una relación de todo el acervo

36.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Bibliográfica Omeba. Ancafo, S.A., Driskill, S. A. Buenos Aires 1977. Tomo XII. Pags. 895 y 896 (Nos remite a Escriche, J., Diccionario razonado en legislación y jurisprudencia, 2a. Edición, T. 2. - Imprenta del Colegio Nacional de Sordomudos. Madrid, 1839 Pags. 208 y 209).

87.- Códigos Españoles. Concordados y Anotados. Madrid 1847. - Tomo I. Pag. 383. Libro III. Tit. VI. Ley III. (Nos remite Ley 16 Tit. 6. de la 6a. Partida).

hereditario y se presentará ante el Alcalde. La mujer tendrá - los bienes hasta el momento en que nazca la criatura y que sea bautizada. Para evitar que la madre antes del nacimiento de la criatura trate de engañar a los parientes del difunto, éstos y el Alcalde tendrán la facultad de designar a dos mujeres de su confianza para que presencien el parto, prohibiendo la entrada a más mujeres.

Si el recién nacido fallece antes de ser bautizado, los bienes los heredarán los parientes más cercanos del padre por el contrario, si la criatura muere después de ser bautizada heredará la madre.

En este respecto pienso que no se busca la seguridad del recién nacido, sino más bien, la de los bienes y quienes - puedan poseerlos en un momento dado. Por una parte los parientes para heredar, podían tratar de matar a la criatura, pero - antes de ser bautizada. Es un sistema paternalista y patrimonialista ya que en absoluto se toma en cuenta a la mujer, sólo se ve por el destino de los bienes del padre.

COMO LA MUJER PREÑADA NO HA DE SER JUSTICIADA.⁸⁸

Aquí si se cuida la vida del nasciturus, puesto que se prohíbe imponer penas corporales o de muerte a mujer que se encuentra encinta, hasta el momento en que dé a luz, si se le puede tener a la mujer en prisión, hasta el momento del nacimiento, para que pague la pena. Obviamente es un cuidado hacia el nasciturus ya que de otra manera no se preocuparían, por la pena que se impusiera a la mujer.

88.- Códigos Españoles. Concordados y Anotados. Ob. Cit. Pag. 406. Libro IV. Tit. V. Ley II. (Concuerda esta ley con la Ley II de la 7a. Partida. Tit. de las penas).

II.2.4. LAS SIETE PARTIDAS.

Al igual que el Fuero Real de España esta obra fue realizada por Alfonso X "El Sabio", redactada entre 1256 y 1265 por jurisconsultos anónimos, constituye un intento de unificar la legislación española de la época, en donde las nuevas influencias canónicas y romanistas se armonizaron con el derecho castellano, ya que éste se encontraba disgregado en fueros locales y por lo tanto impedían unificar al país, con esta obra se logró unificar y ordenar las relaciones jurídicas y sociales y que se llegara a restablecer la autoridad del poder real.

"Tuvieron como fuentes los fueros y las costumbres de León y de Castilla -el Fuero Juzgo, el Real, los de Cuenca y de Córdoba-, el derecho canónico vigente, los jurisconsultos romanos que figuran en las Pandectas y los comentaristas italianos de derecho justiniano. El aspecto general de las Partidas es el de una enciclopedia de derechos canónico y romano, y señalaron una gran novedad en la historia jurídica de Castilla por lo que aportaban al derecho vigente".⁸⁹

Las Siete Partidas constituyen el Código de Leyes mejor elaborado durante La Edad Media, y puso a España a la cabeza de todas las naciones europeas, en la redacción del Código más completo que hasta la fecha ha habido.

DEL ESTADO O CONDICION DE LOS HOMBRES.⁹⁰

Existen dos clasificaciones:

a) Los libres, o siervos o aferrados (que en Latín son llama--

89.- Enciclopedia Barsa. Ob. Cit. Tomo XI. Págs. 357 y 358.

90.- Título XXIII. 4a. Partida.

dos libertos); y,

b) Los nacidos o los que están por nacer.

De la clasificación sólo veremos la que se refiere - al que está por nacer.

¿CUAL ES EL ESTADO, O DE QUE CONDICION ES LA CRIATURA, MIENTRAS QUE ESTA EN EL VIENTRE DE SU MADRE?⁹¹

Mientras que la criatura está en el vientre de su madre, cualquier cosa que se haga o que se diga a favor de ella, le debe aprovechar como si se tratara de una persona nacida; - pero lo que fuese dicho o hecho en contra de su persona o de sus cosas, no le debe afectar. Por ejemplo: Si el señor de alguna sierva preñada mandase a su heredero, o diese poder a - cualquier otra persona, para que dentro de determinado plazo - la liberase y éste no la hiciera libre el día que el señor mandó, con el propósito de esperar a que la criatura naciera - - (obrando por supuesto de mala fé) y fuera sierva también; los Sabios Antiguos que hicieron las leyes nos señalan que desde - el día del plazo ordenado, tanto la madre como la criatura que de ella vaya a nacer, serán libres. Agregan que si la madre - hubiera cometido delito y fuera condenada a pena de muerte, la criatura que vaya a nacer no tiene culpa y por lo tanto deben - esperar hasta que dé a luz.

Aquí volvemos al proteccionismo de la "criatura que está en el vientre de su madre", ya que todo lo puede aprovechar pero nada dañar.

"Los que se hayan en el vientre de sus madres gozan algunos derechos de los nacidos si despues nacieren vivos, fueren bautizados, vivieren veinticuatro horas, y se consideraren
 91.- Ley III. Título XXIII. 4a. Partida.

legítimos".⁹²

CUANTO TIEMPO PUEDE TRAER LA MUJER PREÑADA A LA CRIATURA EN EL VIENTRE SEGUN LA LEY Y LA NATURALEZA.⁹³

Ipocras, filósofo de arte de la física, dijo, que lo más que la mujer preñada puede traer a la criatura en el vientre son diez meses; por lo tanto, si desde el día de la muerte del marido hasta contados diez meses, la mujer preñada diera a luz, la criatura que nazca será legítima y considerada como hijo del marido aunque hubiera nacido a los diez meses de fallecido éste. Este filósofo agregó que también era legítima la criatura que naciera de madre y padre unidos en matrimonio y que al tiempo de la concepción vivieran juntos. Eso mismo debe aplicarse de las que nacen hasta los nueve meses, ya que este plazo es más usado que el otro. Pero si la criatura nace el primer día del décimo mes después de la muerte del padre no debe ser considerado como su hijo.

Aquí se dejan entrever los conocimientos médicos de esa época, para establecer la legitimidad de los hijos.

DE LA CRIATURA QUE NACE DE MUJER PREÑADA NO TENIENDO FORMA HUMANA.⁹⁴

No deben ser contados como hijos los nacidos sin forma humana; así como los que tuvieran la cabeza o cualquier otro miembro con forma de bestia.

92.- Los Códigos Españoles. Concordados y Anotados. Ob. Cit. - Tomo Tercero. 4a. Partida. Título XXII. Ley III. Comentario de Gregorio López. Pan. 527.

93.- Ley IV. Título XXIII. 4a. Partida.

94.- Ley V. Título XXIII. 4a. Partida.

El padre y la madre no tienen la obligación de heredarlos. Pero si la criatura tiene figura humana, aunque le falten o le sobren miembros, no se le impide que herede bienes - del padre, la madre o de los parientes.

COMO SE DESENLAZA EL TESTAMENTO, POR HIJO QUE NACIESE DESPUES, O POR OTRO A QUIEN TESTADOR ADOPTASE.

Posthumus, es llamado en Latín, el mozo que nace después de muerto su padre. De esa misma manera también puede ser llamado el hijo que nació después de que el padre hizo su último testamento.

Estos hijos (el póstumo y el adoptado) rompen los - testamentos de sus padres, siempre y cuando no hubiesen sido - designados herederos. Por lo tanto, entran en la sucesión legítima junto con los demás hermanos, si los hay, sin necesidad - de declarar inoficioso el testamento.

CUANDO ALGUN HOMBRE MUERE SIN TESTAMENTO, Y DEJA A - SU MUJER PREÑADA, LOS PARIENTES DEL FINADO NO DEBEN TOMAR LA - HERENCIA, HASTA CERCIORARSE DE SI EFECTIVAMENTE LA VIUDA SE EN - CUENTRA O NO ENCINTA.⁹⁵

Si algún hombre muere sin testamento, dejando a su - mujer preñada o pensando que estaba, ni hermanos, ni parientes del muerto deben entrar a la herencia del finado; deben espe- - rar hasta que la mujer dé a luz. Si el hijo o la hija nace vi- - vo, heredará los bienes del padre. Pero si la mujer no estuviere preñada heredará el pariente más próximo del finado, debiendo pagar las deudas y hacer las cosas que el finado hubiere - dejado pendientes.

95.- Ley XVI. Título IV. 6a. Partida.

QUE GUARDA DEBEN PONER LOS PARIENTES DEL FINADO, CUANDO SU MUJER DICE QUE ESTA PREÑADA.⁹⁶

Es el mismo sistema que se estableció en el Derecho Romano, sin variantes de importancia y que ya quedó señalado extensamente.

DE LAS COSAS DUDOSAS QUE SUCEDEN EN LOS NACIMIENTOS DE LOS NIÑOS.

Cuando una mujer da a luz a un tiempo a dos criaturas y hay duda de cual de ellas nació primero, se dice que si uno es varón, nació primero, pues no se puede averiguar. Al contrario, si fueren ambos varones, y no se sabe cual nació primero, ambos tienen derecho a heredar como primogénitos.

II.2.5. DERECHO NATURAL PROTESTANTE.

II.2.5.1. LA FILIACION LEGITIMA.

"Se entiende que un hijo es legítimo cuando ha sido engendrado por un hombre y una mujer casados válidamente".⁹⁷

Este principio está sujeto a prueba.

En Derecho Alemán "el hijo nacido después de la conclusión del matrimonio es legítimo aunque haya sido engendrado antes del matrimonio por el varón que después se casa con la madre".⁹⁸

96.- Ley XVII. Título IV. 6a. Partida.

97.- Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. Tratado de Derecho Civil. Cuarto Tomo. Derecho de Familia I. Volumen Segundo. Segunda Edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona 1952. Pag. 1.

98.- Idem. Pag. 2.

Para que un hijo sea considerado legítimo tiene que reunir los siguientes requisitos:

- a) Que haya nacido de mujer casada y después de que se haya -
contraído el matrimonio. No es necesario que el hijo nazca
dentro de matrimonio (pero si dentro de determinados lími--
tes), ya que puede nacer después de la disolución de patri-
monio por causa de divorcio, nulidad, fallecimiento del es-
poso, etc.
- b) Que el hijo sea concebido durante el matrimonio y aún se -
acepta que haya sido concebido antes de éste; pero nunca -
después.
- c) Que el hombre haya cohabitado con la mujer en la época de -
la concepción, no importando si fué antes o durante el ma--
trimonio.

En este Derecho el período de gestación del nasciturus varía en relación a otros derechos que ya hemos estudiado. Aquí el período varía entre 181 y 302 días antes del nacimiento. "Pero se admite la prueba de que el hijo ha sido concebido en un plazo superior al de 302 días anteriores al nacimiento.- La prueba puede consistir también en el grado de madurez del -hijo. Si consta el hecho anteriormente indicado, el plazo ante-rior vale a favor de la legitimidad del hijo como plazo de con-
cepción".⁹⁹

Es importante el criterio alemán a éste respecto por que le da una mayor protección al hijo que va a nacer, al au-mentar el tiempo en la etapa de gestación.

La prueba que de ninguna manera admite este derecho,

99.- Enneccerus, Ludw. Ob. Cit. Pág. 2 y 3.

es la de que el hijo haya sido concebido después del día 181 - anteriores al alumbramiento. Aquí únicamente cabría la legitimidad por ulterior matrimonio; es decir, por un matrimonio realizado posteriormente.

"Si una mujer vuelve a casarse después de la terminación de un matrimonio, puede suceder que un hijo reúna tanto - los requisitos bajo los cuales se le considera hijo legítimo - del primer marido como aquellos bajo los cuales lo es del segundo matrimonio. En tales casos se le reputa hijo del marido si ha nacido lo más tarde el día 270 después de la disolución del primer matrimonio y, en otro caso, como hijo del segundo - marido".¹⁰⁰ Este problema se resuelve de esa manera acertadamente, ya que si no habría una doble legitimidad, que este derecho no reconoce.

Si una mujer casada, se vuelve a casar sin que se ha ya disuelto su primer matrimonio y da a luz un hijo, éste será considerado como hijo legítimo, tanto del primero como del segundo matrimonio. Ahora bien, si la madre no ha cohabitado con el primer marido, el hijo no pierde su calidad de legítimo respecto del segundo matrimonio, únicamente pierde su calidad de hijo matrimonial dentro del primer matrimonio. Aquí debe prevaler el criterio de considerar al hijo como legítimo del padre que ha cohabitado con la madre durante su gestación.

II.2.5.2. PRESUNCION DE LA PATERNIDAD.

Se presume que es padre del hijo que va a nacer, - aquel varón que ha vivido con la madre durante la época de la concepción, y siempre que ésta sea anterior al matrimonio. "La presunción sólo rige si el marido ha fallecido sin haber impug

100.- Enneccerus, Ludwio. Ob. Cit. Paq. 12.

nado la legitimidad del hijo",¹⁰¹ pero procede aún cuando el varón haya fallecido antes de que el hijo naciera.

Esta presunción se destruye con la simple prueba en contrario, de que el marido demuestre no haber cohabitado con la mujer en la época de la concepción.

Si el padre demuestra su dicho, el hijo en consecuencia, no puede ser considerado como legítimo.

Entre otras pruebas existen las siguientes:

- a) La de que al tiempo de la cohabitación que conste por presunción, la mujer ya se encontraba encinta.
- b) La de la impotencia del marido.
- c) La prueba de la raza del hijo.

Ultimamente, se ha visto muy propagada la cuestión de si un hombre llega a ser padre del hijo, por la fecundación artificial realizada en la mujer con semen de él. Esta fecundación si se lleva a cabo sin consentimiento del hombre, no es cohabitación, ya que la cohabitación es un acto del hombre y de la mujer; en cambio, ésta fecundación artificial no es de ninguna manera un acto.

Si el marido está de acuerdo con la fecundación artificial en su esposa, podrá equipararse con la cohabitación y en consecuencia no hay duda alguna respecto a la legitimidad del hijo.

Si una mujer da a luz un hijo, y su marido fué decla

101.- Enneccerus, Ludwig. Ob. Cit. Pág. 3.

rado muerto, se presume que el hijo nació posteriormente a la muerte del marido.

Si el tiempo de la concepción "coincide con el tiempo anterior al día presunto de la muerte, nada se opone jurídicamente a la presunción de la cohabitación, pero por lo regular, probando la ausencia del marido podrá destruirse la presunción".¹⁰² Si resulta que el marido que fué declarado muerto, aún vive, habrá que probar que no cohabitó con su mujer al tiempo de la concepción, claro que, probando su ausencia se destruye toda presunción.

Para alegar la ilegitimidad de los hijos existen dos aspectos dependiendo de:

- a) Si el hijo nace de una mujer casada durante el matrimonio, o si nace dentro de los 302 días posteriores a su disolución.
- b) Si el hijo nace después de los 302 días de que se hubiera disuelto el matrimonio.

En el primer caso, existen tres formas para alegarla:

- a) La ilegitimidad podrá alegarse, siempre y cuando el padre haya impugnado la legitimidad en juicio, y éste ya haya sido resuelto,
- b) Podrá alegarse sin limitación alguna, si el hijo nació después de la muerte del marido, y éste haya fallecido sin perder su derecho de impugnación; y,
- c) El hijo será considerado como legítimo, siempre y cuando no

102.- Enneccerus, Ludwíg. Ob. Cit. Pag. 6.

se alegue su ilegitimidad, claro está que en el momento que ésta se alegue será considerado el hijo, como ilegítimo, - hasta en tanto no se resuelva su situación jurídica. Ahora bien, si el hijo nace después de 302 días del fallecimiento del padre, nacerá como hijo ilegítimo.

II.2.5.3. DEL RECONOCIMIENTO DE HIJOS.

El Derecho Alemán señala, que el reconocimiento de - los hijos, sólo podrá hacerse después del nacimiento y nunca - podrá estar supeditado a una condición o a un término; por lo tanto el nasciturus no tiene derecho a ser reconocido y como - lo hemos señalado a través de éste trabajo, está supeditado a su nacimiento, tener ese derecho.

II.2.5.4. LA LEGITIMACION.

Pueden ser declarados hijos legítimos de subsiguiente matrimonio:

- a) Los hijos nacidos durante la ausencia de su padre que fué - declarado muerto; y,
- b) Los hijos concebidos en adulterio.

"La legitimación por matrimonio sólo tiene lugar si el varón es considerado padre del hijo".¹⁰³

"El marido de la madre se considera como padre del - hijo si ha cohabitado con ella dentro del período comprendido entre los 181 días al 302 anteriores al nacimiento ambos inclusive, a menos que de las circunstancias resultara notoriamente imposible que la madre hubiera concebido al hijo de esta rela-

103.- Funccerus, Ludwig. Ob. Cit. Pág. 139.

ción".¹⁰⁴

Si una vez nacido el hijo, el padre lo reconoce en cualquier documento, se considerará que cohabitó con la madre durante la concepción. Pero también es posible acreditar lo contrario; es decir, probar que el marido no cohabitó con la madre; también existe "la prueba de la imposibilidad notoria de la concepción por la cohabitación con el marido".¹⁰⁵

Ahora bien, "si consta que el hijo ha sido concebido antes de los 302 días anteriores al nacimiento y que el varón ha cohabitado con la mujer en el tiempo anterior a esos 302 días se ha de admitir, que tiene lugar la legitimación por la conclusión del matrimonio, pero no existe presunción sobre la cohabitación durante este plazo".¹⁰⁶

A mi manera de ver, si ya se acreditó que el hijo es legítimo (que en lo personal es lo más importante, pues es lo que asegura su condición), no debe ser necesario probar la cohabitación entre el padre y la madre durante los 302 días anteriores al nacimiento.

La declaración de legitimidad consiste, en que el padre declare como legítimo al hijo, porque es imposible el matrimonio con la madre.

Esta legitimación no procede si en cualquier tiempo durante el plazo de la concepción del hijo, los padres no pueden contraer matrimonio por ser parientes en línea recta o por tratarse de hermanos o medios hermanos. Este acto no está supeditado a cómputo legal alguno.

104.- Enneccerus, Ludwlg. Ob. Cit. Paq. 139.

105.- Idem. Paq. 140.

106.- Idem.

II.2.5.5. TUTELA.

"La tutela en sentido amplio es el cuidado llevado, bajo la inspección del Estado, por una persona de confianza - (el tutor) sobre la persona y el patrimonio de quien no está - en situación de cuidar de sus asuntos por sí mismo o que por - lo menos se le trata jurídicamente como si no estuviera en esa situación".¹⁰⁷

En este derecho existe la tutela testamentaria, que consiste en que el padre puede dejar designado al tutor de un hijo póstumo.

En principio será llamado como tutor el que designe el padre, en segundo lugar el que designe la madre legítima.

La madre tiene también derecho a designar tutor para un hijo póstumo, ya que ha habido casos de que el hijo sea extraído vivo del cuerpo de la madre, en el momento en que ella fallece. Dentro de nuestro estudio, el Derecho Alemán es el primero que contempla la tutela testamentaria por parte de la madre; ya que ésta tutela ha sido contemplada desde el Derecho Romano pero únicamente en lo que al padre se refiere.

II.2.5.6. LA CURATELA.

"La curatela es por concepto una asistencia tutelar que se distingue de la tutela por delimitación de su cometido o porque el sujeto a la curatela no carece de capacidad".¹⁰⁸

El nasciturus tiene derecho a que se le designe tutor, para que cuide sus futuros derechos. Si el hijo nació ya

107.- Enneccerus, Ludw. Ob. Cit. Paq. 266.

108.- Idem. Paq. 445.

no se le designará curador puesto que el padre o la madre cuidarán sus derechos.

La designación de curador la pueden solicitar la oficina de protección de la juventud o una madre ilegítima. Cuando ocurren estos supuestos, el curador, si la oficina de la juventud lo autoriza, se convierte en tutor, cuando el concebido nace.

Tratándose de hijos ilegítimos el curador podrá cuidar por los futuros alimentos de ellos.

"El derecho a los alimentos se extingue al disolverse el matrimonio, puesto que cesa la relación conyugal que constituye su base; pero en algunos casos subsiste aún después del fallecimiento de uno de los cónyuges. Uno de ellos es el de la viuda que quedare encinta, la cual debe ser alimentada con cargo a los bienes hereditarios, aun cuando fuere rica y se le hubiere restituído la dote".¹⁰⁹

¿No deberá designarse también un curador para los hijos legítimos, que les salvaquarde sus alimentos futuros?

Es lógico suponer que sí, puesto que siempre se han cuidado mucho más los derechos de los hijos legítimos que los de los ilegítimos.

Hay que distinguir entre la curatela para el concebido, pero no nacido, y el "curador de la herencia a la cual será llamado el hijo cuando haya nacido".¹¹⁰

109.- Enneccerus. Ludwig. Ob. Cit. Volumen Primero. Segunda Edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona 1953. Pág. 215.

110.- Idem. Volumen Segundo. Pág. 450.

La primera quedó plenamente especificada en párrafos anteriores; el segundo caso, se refiere a la sucesión a que tiene derecho el concebido una vez que nazca, y que se encuentra contemplado en el derecho de sucesiones.

II.2.6. ENCICLICAS PAPALES DEL SIGLO VEINTE.

La Encíclica es una carta o misiva que dirige el Sumo Pontífice a toda la Iglesia Católica o a una gran parte de ella sobre algún tema determinado.

Dentro de las Encíclicas Papales podemos encontrar el criterio fundamental que sigue la Iglesia Católica en cuanto al concebido pero aún no nacido se refiere. Estos criterios van encausados principalmente a la procreación de la familia, ya que los hijos son los bienes principales en un matrimonio cristiano.

"El mismo creador del linaje humano, que quiso benigneamente usar de los hombres como de cooperadores en la propagación de la vida, lo enseñó así cuando, al instituir el matrimonio en el paraíso terrenal, dijo a nuestros primeros padres, y por ellos a todos los futuros cónyuges: "Creced y multiplicaos y llenad la tierra".¹¹¹

"Si la función sexual del hombre tuviera el único significado de la procreación el ser humano (como los otros miembros del reino animal), no experimentaría deseo sexual sino durante períodos regulares, determinados por la naturaleza para la perpetuación de la especie. Ahora bien, el hombre es el único ser viviente dotado de un apetito sexual sin límites precisos.

111. - Gen, 1. 28.

La forma en que se ejerza este privilegio concierne moral y legalmente a la sociedad en la cual el individuo vive, pero puesto que el acto sexual es un medio de cumplimiento y desarrollo del amor de una pareja, ninguna ley dispuesta por la naturaleza o por Dios exige que la expresión de ese amor conduzca necesariamente a la concepción y al nacimiento".¹¹²

Pero también porque Dios quiere que los hombres no solo vivan y llenen la tierra, sino fundamentalmente para que lo adoren, lo conozcan, lo amen y por último para que en el momento de su muerte lo gocen por siempre en los cielos.

¿No podría significar esto que Dios quiere que haya descendencia no tanto para poblar el mundo, sino para tener un mayor número de adeptos?. Yo considero que sí, y lo corroboro con el siguiente párrafo "Tengan, por tanto, en cuenta los padres cristianos que no están destinados únicamente a la propagación y conservación del género humano en la tierra, más aún, ni siquiera a educar cualquier clase de adoradores del Dios verdadero, sino a injertar nueva descendencia en la Iglesia de Cristo, a procrear "conciudadanos de los Santos y domésticos de Dios", a fin de que crezca cada día el pueblo dedicado al culto de Dios y de nuestro Salvador".¹¹³

En cuanto al control de la natalidad, la Iglesia no ha modificado sus criterios en lo que va del siglo, estos se han ido modernizando, pero siempre sobre las mismas bases.

La Iglesia en 1930, de ninguna manera aceptaba que -

112.- Dalsace, Jean, y A. M. Dourlen Rollier. Por y contra el aborto, Primera Edición: Buenos Aires, Argentina:Granica Editor, Colección Libertad y Cambio, 1971. Págs. 139 y 140.

113.- Carta Encíclica Casti Connubii de su Santidad Pío XI sobre el Matrimonio Cristiano (31-XII-1930). Ediciones Paulinas, S. A., Quinta Edición. México, D. F., 1978. Pág. 107.

un matrimonio evitara la concepción de la prole, ya que ésta es su fin principal, y que, ningún motivo, por grave que éste sea, puede hacer que lo que vaya en contra de la propia naturaleza humana, sea honesto y esté conforme con la misma naturaleza, así como "que cualquier uso del matrimonio en cuyo ejercicio el acto, de propia industria, queda destinado de su natural fuerza procreativa, va contra la ley de Dios y contra la ley natural, y los que tal cometen se hacen culpables de grave delito".¹¹⁴

Como se ve, la Iglesia llegaba a considerar cualquier tipo de control como delito.

Para justificar los métodos artificiales del control de la natalidad, hay quienes apelan al amor conyugal y a la paternidad responsable.

Al amor conyugal que tenga las siguientes características:

- a) Que sea considerado en su fuente suprema, Dios, que es amor.
- b) Que sea humano, es decir, sensible y espiritual.
- c) Que sea total, es decir que se compartan los esposos todo, sin egoísmo.
- d) Que sea fiel y exclusivo, ya que así lo concibe el matrimonio el día de su unión.
- e) Que sea fecundo, puesto que está destinado a la creación de nuevas vidas.

¹¹⁴- Carta Encíclica Casti Connubii. Ob. Cit. Pág. 29.

"La paternidad responsable se pone en práctica ya sea con la deliberación ponderada y generosa de tener una familia numerosa ya sea con la decisión, tomada por graves motivos y en el respeto de la ley moral, de evitar un nuevo nacimiento durante algún tiempo o por tiempo indefinido".¹¹⁵

Con esto se da facultades a los padres para que decidan sobre el número de hijos que desean tener; pero desgraciadamente la Iglesia se contradice al señalar:

"En la misión de transmitir la vida, los esposos no quedan por tanto libres para proceder arbitrariamente, como si ellos pudiesen determinar de manera completamente autónoma los caminos lícitos a seguir, sino que deben conformar su conducta a la intención creadora de Dios, manifestada en la misma naturaleza del matrimonio y de sus actos y constantemente enseñada por la Iglesia".¹¹⁶

La Iglesia acepta la regulación de los nacimientos, siguiendo el sistema del ritmo; esto es que los matrimonios únicamente realicen el acto sexual, en períodos infecundos ya que con ese sistema no se afectan los principios que la Iglesia juzga lícitos puesto que condena como ilícitos cualquier medio que vaya directamente en contra de la fecundación, aunque esos medios se realicen por razones que pretendan aparentar ser serias y honestas. Entre los dos casos antes citados existe una diferencia muy importante, en el primero los cónyuges evitan la procreación legítimamente de una disposición natural; en el segundo, impiden el desarrollo de los procesos naturales.

115.- Carta Encíclica *Humanae Vitae* de su Santidad el Papa Pablo VI Sobre la Regulación de la Natalidad. Ediciones Paulinas, S.A., XV Edición. México 21, DF. 1980. Pág. 9.

116.- *Idem*. Pág. 10.

Yo no considero que sea lícito o ilícito la decisión que tomen los padres para controlar la prole, ya que es una de ci sión propia y muy importante para ellos, y que en última ins tancia solo ellos deben tomarla.

La Iglesia reitera el uso del ritmo manifestando que las parejas que obran así "dan prueba de amor verdadero e inte gralmente honesto",¹¹⁷ y se evitarían consecuencias, como pueden ser la infidelidad conyugal y la degradación de la moralidad, si siguieran métodos artificiales para evitar la concep--ción.

A mi manera de ver, esto se encuentra apartado de la realidad actual y muy especialmente en nuestro país donde aún existe el "machismo" en el hombre y lo más seguro es que si éste llega con su mujer y lo rechaza por encontrarse en período fértil, él vaya y busque a otra mujer que no se niegue.

Es de desear que, "la ciencia médica logre dar una - base, suficientemente segura, para una regulación de nacimientos, fundada en la observancia de los ritmos naturales".¹¹⁸ Esto terminaría con las contradicciones que existen entre la - Iglesia y el Poder Público.

A pesar de lo fuertemente arraigado que se encuentra el catolicismo en nuestro medio como religión predominante, a las mujeres les interesa mucho más salvaguardar sus intereses sociales que mantener una correcta postura bajo los lineamientos que ha dado la Iglesia.

La posición de la Iglesia no tiene en cuenta la realidad.

117.- Carta Encíclica Humanae Vitae. Ob. Cit. Pág. 15.

118.- Idem. Pág. 23.

El aborto, es el método más empleado para suprimir - los embarazos no deseados en numerosos países católicos. Así - pues encontramos que aparte del sinnúmero de problemas por los que atraviesa una mujer que ha decidido un aborto, se encuen- tra con el repudio de una religión que lejos de orientarla la aleja y discrimina. "Aunque la católica sea la religión predo- minante, no debería condicionar nuestra legislación, puesto - que vivimos en un régimen que establece la separación de la - Iglesia y el Estado".¹¹⁹

La Iglesia, concluyendo: No acepta como vía lícita - para el control de la natalidad:

- a) La interrupción directa del embarazo, y principalmente el - aborto querido y procurado, aunque éste se realice por razo- nes meramente terapéuticas.
- b) Que el hombre o la mujer se controlen con la esterilización directa; ya sea, perpetua o temporal.
- c) "Toda acción que, o en previsión del acto conyugal, o en su realización, o en el desarrollo de sus consecuencias natura- les, se proponga, como fin o como medio, hacer imposible la procreación".¹²⁰

Únicamente acepta como vía lícita:

- a) "El uso de los medios terapéuticos verdaderamente necesaa- rios para curar enfermedades del organismo, a pesar de que se siguiese un impedimento, aun previsto, para la procrea- ción, con tal de que ese impedimento no sea, por cualquier - motivo, directamente querido".¹²¹

119.- Dalsace y Rollier. Ob. Cit. Pág. 79.

120.- Carta Encíclica Humanae Vitae. Ob. Cit. Pág. 13.

121.- Idem. Pág. 14.

b) Acciones en períodos infecundos.

La doctrina de la Iglesia, en tratándose de regulación de la natalidad, puede aparecer difícil y quizás imposible en la práctica, ya que exige un serio empeño y muchos esfuerzos de orden familiar, individual y social.

Al tratar los puntos del incremento demográfico y del desarrollo económico, los cuales son muy importantes puesto que mientras que uno aumenta, el otro disminuye, pueden traer consigo gravísimos problemas, ya que si no se limita "el flujo demográfico, la desproporción entre la población y los medios de subsistencia, en un futuro no lejano, se dejará sentir agudamente",¹²² para evitar llegar a situaciones de extrema gravedad, hay quienes consideran que es necesario e indispensable tomar medidas muy serias para eludir o hasta reprimir, en el último de los casos, la natalidad.

La Iglesia comprende la gravedad del aumento demográfico, pero aún así prohíbe usar medios o seguir métodos que podrían ser lícitos en la transmisión de la vida de las plantas y de los animales, pero no de los seres humanos; puesto que, "La vida humana es sagrada: desde que aflora es menester que intervenga en ella directamente la acción creadora de Dios. Violando sus leyes, se ofende a la Divina Majestad, se degrada el hombre y la humanidad, y se enerva además la misma comunidad de la que es miembro".¹²³

El control de la explosión demográfica debe ser manejado a mi manera de ver, por el Poder Público de cualquier país proporcionando los medios necesarios para su control,

122.- Encíclica Mater Et Magistra, Sobre el Reciente Desenvolvimiento de la Cuestión Social a la Luz de la Doctrina Cristiana de su Santidad Juan XXIII. Ediciones Paulinas, S.A. Quinta Edición. México, D.F., 1967. Pág. 43.

123.- Idem. Pág. 45.

siempre y cuando no se infrinja la Ley. Pero lo más seguro es que las medidas que adopte el país vayan en contra del modo de pensar de la Iglesia; ésta da facultades a los padres para que decidan sobre el número de hijos que deseen tener. "Al fin y - al cabo es a los padres a los que les toca decidir, con pleno conocimiento de causa, el número de sus hijos, aceptando sus - responsabilidades ante Dios, ante ellos mismos, ante los hijos que ya han traído al mundo y ante la comunidad a la que pertenecen, siguiendo las exigencias de su conciencia, instruida - por la ley de Dios auténticamente interpretada y sostenida por la confianza en El".¹²⁴

II.2.6.1. LOS ATENTADOS CONTRA LA VIDA.

El Papa Pío XI en su Encíclica Castti Cannubbi es el único que habla sobre el nasciturus al manifestar que también es un crimen atentar contra la vida de una criatura, cuando - aún se encuentra en el seno materno.

"Unos consideran esto como cosa lícita que se deja - al libre arbitrio del padre o de la madre; otros, por el contrario, lo tachan de ilícito, a no ser que intervengan causas gravísimas que distingan con el nombre de indicación médica, - social, eugénica".¹²⁵

En los Estados donde se prohíbe el aborto, hay partidarios a efecto de que se derroquen las leyes penales que lo - consideran delito y piden se legalice el aborto.

Por eso debemos recordar el precepto de la Iglesia - que nos dice "¡No matarás!", ya que si causamos la muerte de -

124.- Carta Encíclica Populorum Progressio de su Santidad Paulo VI. Sobre el Desarrollo de los Pueblos. Ediciones Paulinas, S. A. VI Edición. México 21, D.F. 1980. Pág. 22.

125.- Carta Encíclica Castti Cannubbi. Ob. Cit. Pág. 32.

la madre o de los hijos, siempre estaremos en contra de los preceptos de Dios.

Es tan sagrada la vida de la madre como la del hijo, nadie tiene el poder ni puede recibir autoridad que le permita destruirlas.

El Obispo de Hipona "cuando reprende a los cónyuges depravados que intentan frustrar la descendencia y, al no obtenerlo, no temen destruirla perversamente: "Alguna vez, dice, llega a tal punto la crueldad lasciva o la lascivia cruel que procura también veneno de esterilidad, y si aún no logra su intento, mata y destruye en las entrañas el feto concebido, queriendo que perezca la prole antes que viva; o, si en el vientre ya vivía, matarla antes que nazca. En modo alguno son cónyuges si ambos proceden así; y si fueron así desde el principio, no se unieron por el lazo conyugal, sino por estupro, y si los dos no son así, me atrevo a decir: o ella es en cierto modo meretriz del marido o él, adúltero de la mujer".¹²⁶

Aunque son palabras bastante duras las que dice el obispo, quizás tengan mucho de razón, puesto que se necesitan muchas agallas para matar a un hijo que tenemos en nuestras entrañas.

De los últimos pensamientos al respecto, es el del Papa Juan Pablo II, que en un comunicado señalaba "Hemos apoyado sin reservas todas las valiosas actividades a la vez que hemos reiterado nuestro repulso a los proyectos que puedan favorecer directa o indirectamente la contracepción, el aborto y toda práctica que no respete el valor supremo a la vida".¹²⁷

126.- Carta Encíclica Castri Connubi. Ob. Cit. Pág. 33.

127.- N. Pedrazaeta, "La Santa Sede Propone luchar por el bienestar del niño". Excelsior (9 de enero de 1979). Pág. 1 y 3b.

"La Iglesia ha mirado siempre con horror este delito poniendo todos los medios a su alcance para evitarlo".¹²⁸ Así pues algunos de sus principales antecedentes son el concepto - del "Pecado Original", así como la parte referente que encontramos en la Biblia (Exodo - Cap. 21 Versículo 22 y 23)

128.- Enciclopedia Universal Ilustrada, Europeo - Americana, - Espasa - Calpe Editores. Madrid, Barcelona, España. Vol. 1. Pág. 608.

CAPITULO TERCERO.

EL ABORTO EN EL SISTEMA SOVIETICO Y EN REGIMENES CAPITALISTAS.

"ABORTO (Del lat. abortus; de ab, priv., y ortus, - nacimiento.)m. Acción de abortar. 2. Cosa Abortada".¹

"ABORTAR. (Del lat. abortare; de abortus, aborto.) - intr. Parir antes del tiempo en que el feto puede vivir".²

Siempre que el producto de la concepción sea expulsado antes de la época de la viabilidad, se habrá realizado un - aborto. "El aborto provocado, es decir la terminación del emba-
razo no deseado mediante la destrucción del feto, se ha practi-
cado a lo largo de toda la historia del hombre".³

III.1. EL ABORTO EN UN SISTEMA SOCIALISTA.

Al crearse nuevas ideas filosóficas, como es el So-
cialismo, la estructura de la burguesía y los valores familia-
res, sufren grandes cambios y en ocasiones hasta rupturas.

"Desde antes de la Revolución de Octubre, Lenin se -
alza contra las teorías malthusianas burguesas, pero también -
contra el amor libre, que considera una forma más de decaden-
cia burguesa".⁴

Asimismo dice que para él, el amor libre no es una -

1.- Diccionario de la Lengua Española. Ob. Cit. Pág. 6.

2.- Idem.

3.- Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales. Diri-
gida por David L. Sills. Edición Española Aguilar. S. A.,
de ediciones 1974. Madrid. Volumen 4. Pág. 744.

4.- Chambre, Henri. El Marxismo en la Unión Soviética. Tr. por
Pilar de Miquel de Lucas. 2 ed. Madrid, Tecnos. 1966. Pág. 61.

exigencia del proletariado, sino que es netamente burguesa y - que frente al amor libre está la "lógica objetiva de las relaciones amorosas de clase".

En 1913, Lenin, al tratar de hacer a la mujer igual al hombre en todos aspectos, adopta medidas que favorecen al aborto.

Bajo este pensamiento en 1916 se legisla el aborto - en los países Socialistas y del Norte de Europa. Esta legislación se llevó a cabo por la presión de tres movimientos:

- a) La doctrina eugenésica.
- b) El feminismo.
- c) El socialismo.

"El Código de la familia soviética de 1918 considera la personalidad jurídica de la mujer casada completamente - - igual a la del hombre".⁵ "Esta igualdad entre el hombre y la - mujer casados se pone de manifiesto en las disposiciones adoptadas por el Código para proteger los derechos de la mujer".⁶

Entre tales disposiciones encontramos que por primera vez la mujer casada puede decidir entre ser o no madre, ya que los médicos pueden practicar el aborto si ella así lo desea.

"La mujer, a su vez, debe haberlo consultado antes - con un grupo de personas autorizadas para ayudarle en su determinación evitando así conflictos sociales e interiores. Por - primera vez a lo largo de la historia, el mundo se da cuenta -

5 - Chamber, Henri. Ob. Cit. Pág. 68.

6.- Idem. Pág. 69.

de que hay progreso posible, si la mujer es incorporada a todas las actividades de la sociedad".⁷

En Rusia se legalizó el aborto después de la Primera Guerra Mundial.

En el año de 1920, la legislación se hace cargo de la madre más no así del feto que es de absoluta propiedad de la madre.

El 18 de noviembre de 1920, se dictó una resolución en la que se autoriza la interrupción del embarazo en hospitales públicos, ésta resolución se fundó en tres razones:

- a) La eliminación del aborto ilegal.
- b) El control de la población.
- c) La emancipación de la mujer.

Puntos que quedaron condensados en el decreto de esa misma fecha.

"El decreto de 1920 pretende combatir eficazmente el mal del aborto mediante una propaganda contra él entre las obreras, mediante el desarrollo del socialismo y la protección de la maternidad y de la infancia. La institución del aborto médico-legal se debe "a las supervivencias del pasado y a las difíciles condiciones económicas del presente", y tiene por objeto proteger la salud de las mujeres. Este decreto fija las condiciones necesarias para permitir el aborto, prohibiendo, además, su práctica a las comadronas, y a los médicos su ejer-

7.- Anderson, Carmen y Marcelle Grossberger. El aborto ¿Problema Masculino? Primera Edición. México: Editorial Posada. Colección Duda. 1974. Vol. CII. Pág. 36

cicio privado y con fines lucrativos".⁸

Es entonces cuando "En los países socialistas aparecen nuevas técnicas abortivas y se inicia la fabricación de anticonceptivos como una práctica más humana y racional para evitar el embarazo. Los anticonceptivos fueron aceptados de inmediato por todos los países desarrollados, pero la Iglesia no ha cambiado su posición en el sentido de que la unión matrimonial sirve únicamente para perpetuar la especie".⁹

En 1924 se crea un nuevo decreto que modifica al de 1920 y señala: "1) Las reglas de concesión de las autorizaciones de aborto; 2) Los grupos de trabajadores que tienen derecho a esta operación; 3) El derecho a practicar la operación en clínicas privadas. Una circular del 9 de enero de 1925 organiza, junto a las secciones de protección de la madre y del niño, comisiones médicas encargadas de entregar la autorización de aborto y la orden de admisión en los hospitales. Determina también las condiciones necesarias para que la operación sea gratuita. El decreto de 17 de mayo de 1926 prohíbe el aborto cuando el embarazo pase de tres meses".¹⁰

Todas estas legislaciones consideran importante la situación de la madre en relación a llevar a cabo un aborto, puesto que cada vez se le conceden más derechos con los menores riesgos posibles.

Se legisló la institución del aborto legal para combatir el aborto clandestino y criminal. Posteriormente el aborto en sí se combatió por medio de la prevención conceptiva, y ésta a su vez, por la mejora de la situación económica.

8.- Chambre, Henri. Ob. Cit. Paqs. 77 y 78.

9 - Anderson y Grossquerge. Ob. Cit. Paq. 38.

10.- Chambre, Henri. Ob. Cit. Paq. 78.

A partir de 1933 empezó a haber en Rusia una alta - tasa de delincuencia infantil, en virtud de que los padres se encontraban distanciados de sus hijos y prácticamente no existía la paternidad y maternidad responsables. Se invitó a los - Sindicatos a promover entre sus trabajadores que estrecharan - lazos con la infancia promoviendo "las alegrías de la materni- da" y "el orgullo de la paternidad".

Es en ésta época cuando el Gobierno da a conocer el proyecto de Ley para la Supresión del Aborto Legal, mismo que - fué publicado el 26 de mayo de 1936.

El 27 de junio de ese mismo año, el Consejo de Comi- sarios del Pueblo promulgó la Ley relativa a la prohibición de los abortos, el auxilio material a las parturientas y también - se contemplaron algunas modificaciones de la legislación sobre el divorcio. El aborto sólo se practicaría por razones médicas en casos extremadamente graves y siempre y cuando se llevara a cabo en hospitales o establecimientos obstétricos; y por su- - puesto se prohibió el aborto clandestino, ésta política preva- - leció durante los siguientes dos decenios.

La URSS adoptó una tendencia pronatalista a partir - de la Segunda Guerra Mundial.

"En la URSS la eliminación del aborto fue especial- - mente eficaz para aumentar la natalidad en las ciudades, ya - que el aborto había sido legal antes, e incluso se practicaba como servicio sanitario del gobierno. A mediados del decenio - de 1950 el aborto se volvió a legalizar en la URSS y la actual tasa de natalidad del país es bastante baja".¹¹

11.- Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales. Ob. - Cit. Volumen 8, Pág. 236.

Un decreto del Presidium del Soviet Supremo, realizado el 5 de agosto de 1954, publicado el día 17 del mismo mes y año. "Mantiene la responsabilidad penal (fijada por la orden - del Comité ejecutivo de los soviets de la U.R.S.S., y del Consejo de Comisarios del pueblo de 27 de junio de 1936) contra - los autores de abortos ilegales y contra las personas que fuer - cen a las mujeres encintas a practicar el aborto. Pero absuel - to de responsabilidad penal a la mujer encinta que se hace - abortar".¹²

Hasta el año de 1965 la URSS, era de los pocos - países que tenían legalizado el aborto, entre otros se encon - traban algunos países de Europa Oriental y de la Escandinavia, Japón y China.

Sobre la legislación de la URSS, en la actuali - dad estudiamos los Fundamentos de la Legislación de Sanidad de la Unión de RSS y de las Repúblicas Federadas y los Fundamen - tos de la Legislación de la Unión de RSS y de las Repúblicas - Federadas Sobre el Matrimonio y la Familia.

En ambos fundamentos el Estado protege en todos as - pectos a la madre y a su hijo, tanto en estado de gestación - como lactantes y sobre todo estimula la maternidad.

"Artículo 38. ESTIMULO A LA MATERNIDAD. GARANTIA DE - LA PROTECCION DE LA SALUD DE LA MADRE Y EL NIÑO.

En la URSS la maternidad es protegida y estimulada - por el Estado.

La protección de la salud de la madre y el niño se - asegura mediante la organización de una amplia red de consulto

12.- .Chambre, Henri. Ob. Cit. Pág. 79.

rios obstétricos, maternidades, sanatorios y casas de reposo - para madres gestantes y madres con hijos pequeños, casas-cuna, jardines de la infancia y otros establecimientos de puericultura; la concesión a las mujeres de vacaciones de embarazo y parto con pago de subsidio del seguro social; la fijación de intervalos en el trabajo para amamantar al hijo; el pago, en la forma establecida, de subsidio por el nacimiento de un hijo y de subsidio durante el tiempo dedicado a cuidar de un hijo enfermo; la prohibición del trabajo femenino en producciones pesadas y nocivas para la salud y el paso de las madres gestantes a trabajos más ligeros con mantenimiento del salario medio; la mejora y el saneamiento de las condiciones de trabajo y de la vida; la ayuda estatal y social a la familia, y otras medidas, conforme a lo establecido por la legislación de la Unión de RSS y de las repúblicas federadas.

Al fin de velar por la salud de la mujer se le concede el derecho de decidir ella misma sobre la maternidad".¹³

Algunos países comunistas del Área Occidental de Europa modificaron sus leyes en relación al aborto, en su mayoría dejando la decisión de abortar a la madre, aunque últimamente ésta situación se haya restringido porque existe una disminución enorme en el número de la población.

III.2. EL ABORTO EN REGIMENES CAPITALISTAS.

III.2.1. LA TASA DE NATALIDAD EN LA SOCIEDAD OCCIDENTAL.

Desde el punto de vista sociológico el estudio de la población surgió como ciencia entre 1920 y 1930.

13 - Fundamentos de la Legislación de la URSS y de las Repúblicas Federadas Soviéticas. Editor el Progreso, Moscú 1975. Pág. 98

En el período interbélico la tasa de natalidad en la sociedad occidental tuvo una reducción general y esto motivó - que se realizaran estudios de carácter demográfico.

En diversos estudios que se realizaron se probó que la disminución de la población se debía a que las personas restringían voluntariamente el número de nacimientos con métodos anticonceptivos y no por esterilidad biológica, que era lo que se pensaba. Entre los principales métodos anticonceptivos se encontraba el aborto, el cual empezó a substituirse por nuevos métodos a partir de 1960 aproximadamente.

Los únicos 3 países que tenían perfectamente definidas sus políticas poblacionales eran: Francia (netamente pronatalista), Suecia (moderadamente pronatalista) y por último la India (enteramente antinatalista). Actualmente Francia tiene - una política antinatalista.

III.2.2. FRANCIA.

La política poblacional francesa hasta 1974, se fundamentó en el Código de la Familia de 1940, el cual era principalmente represivo y prohibitivo en materia de aborto, por lo que en el lapso de 30 años esta Ley se volvió caduca y muy distante de la realidad social, ya que se realizaban aproximadamente 250,000 abortos anualmente a partir de 1971, lo que condujo a la creación del proyecto de ley que se publicó como - "Ley número 75-17 del 17 de enero de 1975 relativa a la interrupción voluntaria del embarazo", ratificada por la Asamblea Nacional el 30 de noviembre de 1979.

La ley contempla principalmente los siguientes puntos:

1.- La política poblacional se fundamenta en la anticoncepción

libre y gratuita.

- 2.- El aborto es "la interrupción del embarazo, que de ninguna manera puede considerarse como un método de control de la natalidad, sino como un último recurso, una situación extrema a una situación dolorosa y cruel".¹⁴
- 3.- La mujer embarazada será la única en decidir la interrupción del embarazo, el cual sólo podrá realizarse antes de la décima semana y por un médico.
- 4.- El principio de libertad de conciencia de médicos y auxiliares, para interrumpir el embarazo, ya que no se les puede obligar a que lo lleven a cabo.
- 5.- Sólo en dos casos se permite la interrupción del embarazo en cualquier época:
 - a) Por la salud de la madre.
 - b) Por motivos terapéuticos; es decir, cuando existen malformaciones o anomalías en el feto.

III.2.3. SUECIA.

"Suecia en 1939 estableció un trato benévolo para el aborto admitiendo el aborto terapéutico, púlsicosocial y eugénico; posteriormente en 1946 y 1964 a propósito de la Talidomida siguieron su ejemplo los países escandinavos".¹⁵

14.- Lions, Monique. La Evolución de la Legislación Francesa - sobre el aborto y la Ley de 17 de enero de 1975. "Relativa a la Interrupción Voluntaria del Embarazo". Estudio - Legislativo publicado en el Boletín Mexicano de Derecho - Comparado Año XIV, No. 42 Sept.-Dic. 1981. Instituto de Investigación Jurídica U.N.A.M. Pág. 1230.

15.- Reynoso Cervantes, Luis. El Aborto. Un Enfoque Multidisciplinario (El aborto y la Iglesia Católica) U.N.A.M., Primera Edición 1980, México. Pág. 89.

Este país sigue una política pronatalista, aquí se prefiere el bienestar individual y la libertad personal a los problemas de natalidad. Aquí como en Dinamarca se entiende al aborto en un sentido más amplio, ya que comprende riesgos más leves para la madre, física y mentalmente y toma en cuenta su situación económica.

Hay legislación sobre el aborto inducido, a tal grado que es permitido interrumpir el embarazo por motivos terapéuticos ó eugenésicos; pero tomando en cuenta los aspectos sociales, médicos y psicológicos de las mujeres que se sujetarán al aborto.

Esta actitud en relación al aborto inducido trata de reducir el número de abortos, pero desconozco certeramente si ésta política haya disminuído o no el número de los mismos.

"A partir de una ley del año de 1974 que entró en vigor el 1° de enero de 1975 se permite a la mujer como único juez de la decisión y hasta la décima semana del embarazo practicar el aborto".¹⁶

III.2.4. OTROS PAISES EUROPEOS.

Casi todos los países de religión católica romana del Oeste y Centro de Europa siguen una política pronatalista y tratan de reprimir las prácticas de control de natalidad y del aborto. El aborto inducido está totalmente prohibido; no existe ninguna disposición que autorice el aborto, ni aunque se trate de salvar la vida de la madre.

16.- Sánchez - Cordero Dávila, Jorge A. El aborto. Un enfoque Multidisciplinario (Algunas consideraciones Jurídicas en Torno al Problema del Aborto) U.N.A.M., Primera Edición - 1980. México. Pág. 131.

En Italia, se sigue un sistema liberal, el cual se encuentra contenido en la ley de 22 de mayo de 1978, misma que fué publicada en la Gazzetta Ufficiale, Núms., 140, el 25 de junio de 1978 bajo el nombre de "Ley Relativa a la Tutela Social de la Maternidad y a la interrupción voluntaria del embarazo".

"En Dinamarca el aborto es libre y gratuito a partir del año de 1973 a condición que el embarazo tenga menos de 12 semanas y que la mujer radique en el país. En Noruega, Islandia y Austria a partir del 1° de enero de 1975 la interrupción del embarazo es lícito hasta antes de la décimosegunda semana si la salud física o mental de la madre está en peligro. Finalmente, en Suiza el aborto se permite si la salud física o mental de la mujer se encuentra bajo la amenaza de un mal grave y permanente".¹⁷

"A medida que en los países, nos dice también Trueba Olivares, han ido dando facilidades, por decirlo así, para el aborto, éste lejos de disminuir ha aumentado. Se calculan en estos momentos treinta y cuarenta millones al año en todo el mundo. (Instituto Warlwatch de E.E.U.U.).

Según estudio de Jesús López Mouroy, el caso de Inglaterra es muy ilustrativo. Antes de las reformas (del texto) se registraron 60 000 casos, en cifras redondas. Después de la reforma (1976), se elevaron a 200 000 más del 200%. En E.E.U.U en 1965 se estimaron 150 000 abortos antes de su legalización en varios Estados. Esta cifra subió a 700 000 casos después de la reforma (1973).¹⁸

17.- Sanchez Cordero Dávila, Jorge A. Ob. Cit. Pág. 131.

18.- Reynoso Cervantes, Luis. Ob. Cit. Pág. 97 y 98

Como se ve prácticamente todos los países Europeos - aceptan el aborto aunque en ocasiones (como es lógico) con más o menos restricciones para poder llevarlo a cabo.

III.2.5. INDIA.

La política antinatalista de este país, se debe principalmente al alto índice de población. fué iniciada en el año de 1952. En 1961 se promulgó un plan en el cual se crea un programa de educación para la planificación familiar, prestación de asesoramiento para el control de la natalidad y el proporcionamiento de anticonceptivos a la población así como una investigación realizada por el gobierno para dar a conocer los índices demográficos, el uso de anticonceptivos, diversos métodos anticonceptivos y la motivación de la planificación familiar a todo el pueblo.

"Las Leyes contra el aborto inducido no se han liberalizado y el embarazo solo se puede interrumpir artificialmente para salvar la vida de la madre. Sin embargo la esterilización voluntaria se considera como un medio aceptable de evitar los nacimientos y, al parecer, la práctica se está difundiendo".¹⁹

III.2.6. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.

En los Estados Unidos los métodos anticonceptivos son usados por la mayoría de la población en cualquier etapa de su vida conyugal, entre dichos métodos se encuentra el del aborto que está difundido en gran escala.

No existe ningún ordenamiento federal que regule el

19.- Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales. Ob.- Cit. Vol. 8, Paq. 268.

aborto, cada Estado tiene su propia legislación, pero con diferentes enfoques. Actualmente muchos criterios estatales se basan en la Sentencia de la Suprema Corte de 22 de enero de 1973.

"La mayoría de las leyes estatales solo autorizan la interrupción de la gestación para salvar la vida de la mujer embarazada. En la práctica, muchos hospitales honorables, pero no todos, permiten el aborto terapéutico en casos en que existe un grave peligro para la salud y por ciertos motivos eugénicos como cuando una futura madre contrae una enfermedad que puede ocasionar deformidades en el feto".²⁰

El aborto se ha admitido en muchos Estados, como son Colorado, Hawái y Nueva York, los cuales lo admiten en una forma muy amplia; otorgando a la mujer el derecho de decidir libremente si interrumpe su embarazo, situación que no todos los estados americanos han aceptado con la misma amplitud por diversos factores.

"Un derecho fundamental de la mujer que contempla la Constitución, es el Derecho de Privacidad, incluye el derecho para terminar un interés legítimo en proteger la salud de la mujer preñada y la potencialidad de la vida humana del feto. Una Ley la cual prohíbe la ejecución de un aborto viola sus derechos bajo el exacto proceso legal de la Enmienda 14, a menos que esté justificado por un interés forzoso del Estado. La Suprema Corte de Estados Unidos ha determinado que, durante el período antes del final del primer trimestre del embarazo, la decisión para efectuar un aborto debe ser dejada a la paciente en la consulta con su médico.

20.- Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales. Ob.- Cit. Vol. 4. Pág. 744.

En cualquier tiempo después, un interés forzoso en el feto viable (uno capaz de vivir fuera de la matriz) existe y el Estado puede regular y hasta reprobado el aborto, excepto cuando exista necesariamente un juicio médico apropiado, para la prevención de la vida y de la salud de la madre".²¹

"La tesis de la Suprema Corte de Estados Unidos se puede enunciar en estas tres proposiciones:

- a) La práctica del aborto dentro del primer trimestre de embarazo es una decisión exclusiva de la mujer y del juicio de su médico. La decisión de la mujer a procurarse el aborto está protegida constitucionalmente en tanto no esté limitada por un interés del Estado.
- b) En la etapa subsecuente - que la determina en los siguientes tres meses - el Estado en función de su interés en proteger la salud de la madre puede si así lo desea, reglamentar el procedimiento de abortos a efecto de preservar la salud de la madre.
- c) En la etapa final del embarazo que comprende el último trimestre, el Estado tiene un interés en proteger la potencialidad de la vida humana cuando el feto es viable y puede en consecuencia, proscribir la práctica del aborto a no ser que conforme al dictamen médico su práctica fuese necesaria para preservar la salud o la vida de la madre".²²

21.- Ross, Martin J., B. S., J.D. Handbook of Everyday Law. Published by Fawcett Crest Book, New York 1976. Paa. 341. Traducción realizada por la autora de la presente tesis.

22.- Sánchez - Cordero Dávila, Jorge A. Ob. Cit. Paa. 144.

CAPITULO CUARTO.

ANALISIS DEL CODIGO CIVIL DE 1928 Y REFORMAS AL ARTICULO CUARTO CONSTITUCIONAL.

IV.1. ANALISIS DEL CODIGO CIVIL DE 1928,

En éste Código encontramos un gran número de artículos que en mayor o menor grado, se refieren al no nato protegiéndolo desde su concepción.

IV.1.1. DE LAS PERSONAS.

El fundamento principal está en el artículo 22 que a la letra dice: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en 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 Código reconoce como persona al ser no nacido siempre y cuando nazca vivo y viable.

Como se puede notar sólo bajo algunas circunstancias que el propio Código señale se tendrá al concebido como nacido. ¿Pero que sucedería si el Código no nos señala determinada circunstancia? Nada, solo tendría la protección de la ley si se cumple esa circunstancia.

Nuestro derecho no le reconoce ninguna capacidad al nasciturus, pero le reconoce algunos derechos supeditados éstos a su nacimiento, como lo señala el artículo 337 "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

IV.1.2. DEL MATRIMONIO.

En el caso del matrimonio se contemplan diversos - - casos:

Si el matrimonio es nulo y la mujer queda encinta el artículo 263 nos remite al Capítulo Primero Título Quinto Libro Tercero que se refiere principalmente al cercioramiento de la preñez y a los cuidados que se deberán tener con la madre - por concepto de alimentos. En este capítulo se contempla el - caso de si la viuda queda encinta; y como se puede notar con - su estudio, el tratamiento es muy similar al establecido en el Derecho Romano, mismo que ya quedó estudiado con anterioridad.

Tratándose de un divorcio, se tomarán las medidas ne cesarias si la mujer queda encinta, principalmente en lo que - se refiere a los alimentos de ésta durante la gestación y para el menor una vez que nazca.

IV.1.3. DE LA PATERNIDAD Y DE LA FILIACION.

El artículo 324 señala "Se presumen hijos de los cón yuges:

- I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges - por orden judicial".

Sólo admite como prueba para acreditar la no paterni

dad, que el marido acredite haberle sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer durante los primeros ciento - veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento. Ésta misma presunción se contempló en el Derecho Romano pero - con distintos plazos. Este criterio acentúa el interés del le- gislador para proteger a los hijos.

Los plazos citados en el artículo 324 varían si se - trata de viuda, divorciada o a la mujer que le anulen el matri- monio, cuando contraigan nuevas nupcias, en tal caso el artícu- lo 334 establece las siguientes reglas:

- I.- Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolu- ción del primer matrimonio y antes de ciento ochenta - días de la celebración del segundo;
- II.- Se presume que el hijo es del segundo matrimonio si na- ce después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar - dentro de los trescientos días posteriores a la disolu- ción del primer matrimonio.

El que negare las presunciones establecidas en las dos - fracciones que preceden, deberá probar plenamente la - imposibilidad física de que el hijo sea del marido a - quien se atribuye;

- III.- El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace - antes de ciento ochenta días de la celebración del se- - gundo matrimonio y después de trescientos días de la di- solución del primero.

En caso de un matrimonio posterior a la concepción - del nasciturus, éste tendrá los derechos de hijo de matrimonio

si el padre lo reconoce como tal.

El estado de hijo requiere forzosamente del nacimiento y de la viabilidad. El estado de padre requiere que el hijo relativo nazca vivo y viable.

IV.1.4. DE LA TUTELA Y DE LA CURATELA.

El padre tiene derecho a designar un tutor testamentario para el hijo póstumo. Esta tutela excluye a los ascendientes en cualquier grado para que ejerzan la patria potestad. Al designársele un tutor al póstumo, por ley tendrá un curador ya que aunque el artículo 618 exceptúa los casos citados en el artículo 500, éste último artículo se refiere a menores de edad; por consiguiente, el curador a mi manera de ver, únicamente ejercerá funciones durante la gestación, pero los perderá al nacer el hijo póstumo puesto que con su nacimiento adquirirá la minoría de edad.

IV.1.5. DE LAS SUCESIONES.

El nasciturus por ley tiene derecho a heredar. El Código Civil le otorga personalidad en su artículo 1314 "Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

Son viables los fetos que vivan 24 horas separados del seno materno o que sean presentados vivos al Registro Civil, en este segundo caso la ley no especifica si el feto es presentado vivo antes de las 24 horas en el Registro Civil, de lo cual concluyo que si se registra antes de las 24 horas, también deberá ser considerado viable.

En caso de que no hubiere testamento el hijo póstumo tendrá derecho a recibir íntegra la pensión alimenticia que le correspondería como si fuera heredero legítimo, a menos que el testador haya dejado disposición expresa contrariamente.

En lo que se refiere a donaciones el artículo 2357 - del Código Civil establece que los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal de que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

Para que el ser no nacido tenga capacidad para adquirir debe cumplirse con dos requisitos: que haya estado concebido al momento de la muerte del autor de la herencia o cuando se hizo la donación, y que sea viable.

Como se puede notar con lo antes descrito, existen una gran cantidad de conceptos a tratar y que la ley en la mayoría de los casos no especifica claramente, con esto crea una disparidad entre los derechos que se propone proteger y los intereses que trata de salvaguardar.

A pesar de ello existe un artículo dentro del Código Civil donde ha quedado claramente plasmado el Derecho a la libre procreación, éste es el artículo 162 que nos dice "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

Independientemente de que la ley prevee y protege la existencia de un ser concebido pero no nacido, es solo hasta -

el nacimiento cuando operan las normas y sus consecuencias relativas a la existencia de un sujeto de derecho, a tal punto - que si un ser concebido no llega a nacer o nace muerto, para - el derecho es como si nunca hubiera existido: El nasciturus - tiene una protección legal en lo que se refiere al matrimonio, a la paternidad y filiación, a la tutela y curatela y al derecho sucesorio; si nace vivo y viable, aún cuando inmediatamente después de nacer vivo y viable muere, ya que se produjeron las consecuencias de derecho necesarias; por otra parte, si - ese mismo ser no nace o nace muerto, no se habrá producido ninguna consecuencia de derecho.

IV.2. REFORMAS AL ARTICULO CUARTO CONSTITUCIONAL.

En la Constitución de 1917 el artículo 4° contenía - la Libertad de Trabajo.

Este artículo fué reformado por decreto de fecha 27 de diciembre de 1974 y publicado en el Diario Oficial de la - Federación el día 31 del mismo mes y año, para quedar como sigue:

"El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta - protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".

Esta Reforma al artículo se debió en gran parte a la necesidad que tenía nuestra Constitución de contemplar la - igualdad entre el hombre y la mujer y su libre decisión en relación a la familia; por otra parte, también se debió a la - creación del año Internacional de la Mujer, que precipitó que se realizara la reforma.

La igualdad jurídica de la mujer en México no es reciente sino que ha ido evolucionando a través de los años y gracias a que la mujer mexicana siempre ha sido progresista.

"En el Derecho Constitucional Mexicano histórico no hay referencia a la igualdad jurídica de la mujer ni a la protección de la familia. Sabemos de un antecedente: El Decreto de Venustiano Carranza poniendo en vigor la ley de Relaciones Familiares en 1914".¹

Existen antecedentes de este derecho que se refieren a la igualdad entre los hombres, entre los estados, etc., pero nunca abarcaba la situación de la igualdad de la mujer, aunque en algunos casos estuviera implícita esa igualdad.

Entre los primeros logros de igualdad jurídica está el Sufragio Directo Universal y Secreto de la mujer, que apareció por primera vez en la Constitución de 1917, y la no discriminación para poder ocupar cargos públicos.

La raíz de que se protegiera el trabajo femenino y el del niño en nuestro país, se encuentra en la Declaración de Ginebra, en las Cartas de las Naciones Unidas y en la OEA, ya que fueron éstas instituciones las que lo promovieron a nivel internacional.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer se dijo "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". "Principio este que proviene del canon religioso cristiano y de la declaración francesa de los derechos del hombre.

1.- Arnaiz Amico, Aurora. Condición Jurídica de la Mujer en México (Igualdad Jurídica y Protección Familiar en las Normas Supremas) Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México 1975. Paq. 59.

Acertadamente se menciona que la discriminación contra la mujer además de ser injusta constituye una ofensa a la dignidad humana".²

Algunas de las reformas realizadas últimamente en nuestra Constitución se fundamentaron en la Declaración de las Naciones Unidas, que también ha servido de base para reformas Constitucionales y legislativas de otros países.

Las Constituciones más recientes de nuestro país, que son las de los Estados de Baja California Sur y Quintana Roo ya incluyen la igualdad jurídica del hombre y de la mujer, la protección al matrimonio, a la familia, a los hijos de matrimonio legalmente constituidos o extramatrimoniales, la libre decisión o determinación acerca del número de hijos que se deseen tener, etc.

En diciembre de 1979, en virtud de la creación del Año Internacional del Niño, las Cámaras proponen la adición de un tercer párrafo al artículo en cuestión, argumentando que la familia es la base de la sociedad y que es deber del Estado protegerla para hacerla más justa y equitativa basándose principalmente en el desarrollo de la capacidad física y mental de jóvenes y niños, haciéndoles conocer sus deberes y obligaciones para con la patria, y realizando programas en beneficio, para a través de todo esto buscar su mayor bienestar.

También dando a conocer a los padres, el derecho que tienen los menores a la satisfacción de sus necesidades, la salud física y mental y a los cuidados que se deberán tener a la niñez de todo el país.

En una de las reuniones celebradas con motivo del

2.- Arnaiz Amigo, Aurora. Ob. Cit. Pág. 63.

Año Internacional del niño Doña Carmen Romano de López Portillo, manifiesta que es "necesario complementar y diseñar una política que atienda las necesidades básicas en materia de educación, de alimentación, de salubridad, de cultura y de recreación fundamentalmente en los niños marginados".

En México siempre se ha procurado una gran ayuda a la niñez, existen diversas disposiciones legales que la protegen. El Código Civil, contempla su alimentación, educación, desarrollo y cuestiones relativas a la paternidad. La Constitución Política en su artículo 123 prohíbe el trabajo a los menores de 14 años y la Ley Federal del Trabajo supedita el trabajo de mayores de 14 y menores de 16 años, a la autorización de los padres al cumplimiento de la educación obligatoria y al certificado médico. Penalmente se considera a los menores como infractores y nunca como delincuentes.

Era necesario establecer como complemento de la protección e integración familiar, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y moral.

Con fundamento en este postulado, los preceptos legales, determinarán los apoyos que para protección de los menores, deben llevar a cabo las diversas instituciones gubernamentales.

Finalmente se aceptó la propuesta de la Cámara con fecha 14 de marzo de 1980, siendo publicado el Decreto de adición en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de marzo de 1980, para quedar como sigue: "Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas".

Actualmente se encuentra en proyecto una nueva adición de un párrafo cuarto al artículo que tratamos y que podría quedar de la siguiente manera:

"Toda la familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa"; o bien,

"Toda la familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo."

El Código Civil no establece claramente la posición de si se autoriza o no el aborto, ya que en el Código Penal el aborto se castiga, lo único que la Ley Penal no castiga es el aborto terapéutico.

¿El artículo en cuestión al conceder el derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, podría significar que autoriza el aborto?

Leyéndolo textualmente el artículo no prohíbe el aborto, pero cuando señala de "manera libre, responsable" nos está restringiendo, porque al llevar a cabo un aborto no es actuar de manera responsable. Actuar responsablemente sería prevenir el embarazo; ya que actualmente existen un gran número de anticonceptivos.

En México está prohibido el aborto, y si en la Constitución no se prohíbe explícitamente el Código Penal sí lo prohíbe puesto que lo encuadra como delito y lo castiga; en su artículo 329 el Código Penal nos señala que el "aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

La Ley Penal no castiga el aborto terapéutico, ni el causado por imprudencia de la mujer embarazada o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Actualmente en nuestro país se está llevando a cabo la campaña de difusión para el Control de la Natalidad, esta campaña se viene realizando desde hace varios años y aunque si ha resultado, no ha sido suficiente para que se disminuya de una manera relevante al alto índice poblacional existente.

La felicidad en una pareja influye en la anticoncepción, ya que en muchos casos si la pareja es feliz sin hijos - prefieren continuar viviendo así; sin embargo hay parejas que no son muy felices y que creen que al procrear familia tendrán felicidad, pero esto desgraciadamente no ocurre, puesto que en la mayoría de los casos mientras más hijos se tienen, más carencias existen en la familia y en consecuencia menos felicidad tienen.

Haciendo un estudio en diversos estratos sociales de la población mexicana es en las clases media media, media alta y alta donde más se puede notar que se sigue un buen control natal sin que aumente mucho la población. Sin embargo son las clases media baja y baja donde existe un menor control natal y en consecuencia la tasa de natalidad no ha disminuído o ha disminuído muy poco.

En mi opinión, el aborto en México se debería de legalizar, siguiendo por supuesto un lineamiento; ya que de ninguna manera se debe dejar al libre arbitrio del pueblo.

Se podría seguir un sistema muy similar al que lleva Francia actualmente.

Mis proposiciones para que el aborto se legalice, -
son las siguientes:

- 1.- Se debe llevar a cabo únicamente dentro de las diez sema--
nas siguientes a la concepción.
- 2.- Lo debe realizar un médico con cédula profesional y espe--
cialista en el caso, principalmente por seguridad física -
de la mujer.
- 3.- Se debe realizar en un hospital, sanatorio, etc., públicos
o privados sin distinción.
- 4.- Tratándose de una mujer casada, mayor o menor de edad, la
decisión de llevar a cabo un aborto la deben tomar ella y
su esposo. Esto es principalmente para cumplir con el ar--
tículo 4º Constitucional.
- 5.- Tratándose de una mujer soltera mayor de edad, ella única
y exclusivamente será la que tomará la decisión que más le
convenga.
- 6.- Tratándose de una menor de edad la decisión la tomará ella
pero con la aprobación de sus padres o tutores.

CONCLUSIONES:

1. Las palabras "Conceptus Pro Nato Habetur", significan literalmente "El Concebido se tendrá como Nacido", pero para efectos jurídicos éstos se retrotraen al tiempo de la concepción.
2. En la Epoca Clásica del Derecho Romano aparece la ficción del "Nasciturus pro iam nato habetur", donde el concebido era considerado como ya nacido únicamente con el fin de garantizarle algunos derechos que quedarían establecidos con su nacimiento, pero no se le reconocía personalidad jurídica; su personalidad estaba condicionada a que naciera vivo y viable.

Son hijos legítimos del marido:

- a) Los nacidos después de 182 días, contados a partir de la celebración del matrimonio o dentro de los 300 días de la terminación de éste.
- b) Los nacidos después del sexto mes de celebrado el matrimonio o dentro del décimo de disuelto por muerte o divorcio.
- c) Los nacidos por lo menos en el séptimo mes o más, después de los 182 días de la celebración del matrimonio y antes de los diez meses de su disolución.
- d) Los nacidos en el matrimonio.

La prueba de legitimidad del hijo se denominaba "Pater est quem nuptiae demonstrant", y solo la podía hacer valer el padre.

En esta época los hijos póstumos tienen derecho a heredar y por ello se crearon diversas categorías de póstumos, - - aunque generalmente el nacimiento del póstumo rompía con el testamento.

3. En la Epoca Justiniana el derecho de designar tutor por testamento se amplió a nietos y demás descendientes, ya que anteriormente solo se designaba tutor por testamento a los hijos que estaban o fueran a estar bajo la potestad del pater familias.

Aquí los hijos tienen derecho a ser instituidos herederos para sí o para otro, pero también a ser desheredados, y se estableció claramente bajo que circunstancias heredaban.

Por primera vez se habla de la igualdad entre el hombre y la mujer, de la desheredación cuando se trata de un testamento hecho por un militar, y ya se puede legar a un hijo póstumo bajo determinadas circunstancias.

4. En la Epoca Clásica y Justiniana se siguieron sistemas netamente paternalistas ya que si el padre no tenía interés en el nasciturus, era considerado como víscera de la mujer; pero si tenía interés el marido o sus herederos, se tomaban toda clase de medidas para su cuidado, también seguían un sistema patrimonialista, ya que con el nacimiento del hijo se afectaba el sistema patrimonial inclusive de un esclavo, además de que el hijo de un esclavo no es fruto, hasta que nace; también el propietario de una esclava tiene derecho de propiedad sobre el hijo que ella dé a luz.

También en estas épocas el hijo nacía libre si en cualquier momento de la concepción o durante el parto la madre era libre.

5. Para San Justino Dios es lo que siempre se ha creado del mismo modo e invariablemente y es causa del ser de todo lo demás.
6. Según Trifón el alma es el inicio y fin de la vida humana.
7. Para Atenágoras Dios creó a los hombres integrados de alma y cuerpo unidos.
8. San Ireneo señala que toda existencia se debe a Dios y que el hombre perfecto es la unión del alma que recibe al espíritu y que se mezcló con la carne modelada a imagen de Dios.
9. Para Tertuliano el hombre fué creado por Dios a su imagen y semejanza, y el alma le hace ser racional y capaz.
10. Orígenes señala que existen tres posturas para determinar el origen del alma y ésta es la que le da el carácter de ser humano al hombre, también dice que Dios es el creador de todas las cosas y que de la nada hizo que existiera todo.
11. San Gregorio Niseno es el primero que habla del hombre como ente físico y es el único que lo considera como tal y previsto aún antes de su nacimiento e incluso de su concepción pues el Logos ya sabe que papel va a ocupar.
12. San Agustín, dice que todo ser vivo y toda cosa viene de Dios, y cualquier cosa que exista debe tener forma y especie, aún lo ya formado y lo que no está formado tiene su fundamento en Dios. También explica el nacimiento basándose en el tratado sobre la Santísima Trinidad: cierta imagen de la Trinidad es la mente, la noticia, su hijo y por último el amor y estas tres cosas hacen una sola sustancia.
13. En el Fuero Juzgo el nasciturus no tenía derecho a heredar

a menos que el de cujus no tuviera más hijos que el que se espera que va a nacer, en este caso heredaba tres cuartas partes de los bienes del padre.

Estaba totalmente prohibido el aborto.

14. En el Fuero Real de España volvemos a los sistemas paternalista y patrimonialista desde el punto de vista de la herencia, puesto que no se toma en cuenta la seguridad del nasciturus ni de la madre, solo se ve por los bienes del padre y quienes los heredarán.

A una mujer embarazada no se le pueden aplicar penas corporales hasta que no dé a luz, solo entonces se cuida la vida del nasciturus.

15. En las Siete Partidas el nasciturus, era considerado como persona nacida, todo le podía favorecer y nada dañar.

Eran hijos legítimos, los nacidos hasta contados diez meses después de fallecido el padre y los hijos nacidos de una madre y padre unidos en matrimonio y que al tiempo de la concepción vivieran juntos.

Si el padre muere sin testamento dejando a su mujer embarazada, el hijo heredará hasta el momento en que nazca vivo. En esta época los cuidados que dan los parientes del de cujus a la mujer preñada son similares a los que se seguían en el Derecho Romano.

16. En el Derecho Natural Protestante es legítimo el hijo nacido de una pareja casados válidamente.

En este Derecho el período de gestación del nasciturus es diferente a los que estudiamos ya que varía entre 181 y -

302 días antes del nacimiento, como el período es mayor, - también es mayor la protección hacia el concebido.

Aquí se toca por primera vez la fecundación artificial.

El nasciturus no tiene derecho a ser reconocido, este derecho está supeditado a su nacimiento.

17. El criterio fundamental contenido en las Encíclicas Papales favorece la procreación de la familia, de ninguna manera admite métodos artificiales; acciones que hagan imposible la procreación y el aborto para el control de la natalidad, solo admite para el control natal, que se realice - el acto sexual en períodos infecundos y el uso de medios terapéuticos realmente necesarios.

Este criterio actualmente es poco usado por la mayoría de la población; puesto que día a día va en aumento el uso de anticonceptivos y la legalización del aborto en un gran número de países del mundo entero.

El aborto es un crimen contra la vida de una criatura que aún se encuentra en el seno materno.

18. La mayoría de los países socialistas aceptan el aborto en la actualidad.
19. La URSS legalizó el aborto después de la Primera Guerra Mundial, pero con la Segunda Guerra Mundial siguió una tendencia pronatalista con el fin de aumentar el índice poblacional; actualmente el aborto está perfectamente legalizado.
20. Francia, hasta 1974 era un país pronatalista, actualmente se fundamenta su legislación en la Ley 75-17, relativa a -

la interrupción voluntaria del embarazo.

21. Casi todos los países del Norte de Europa tienen una política moderadamente natalista, ya que aceptan el aborto bajo algunas circunstancias.
22. Los países de religión católica del Oeste y Centro de Europa siguen una política pronatalista.
23. La India es el mejor ejemplo de política antinatalista.
24. En E.U.A. cada Estado tiene su propia legislación y en consecuencia hay algunos que aceptan el aborto y otros que no lo aceptan.
25. En la actualidad, ha habido cambios sensibles, tanto en la moral social, como en los factores económicos, demográficos y sociales, que han contribuido a determinar posiciones restrictivas. Aunque en las últimas décadas se ha iniciado una corriente internacional que tiende a la liberalización del aborto, con el fin de aplicar las leyes a la realidad actual.
26. La Legislación Mexicana estableció en el Código Civil de 1928, la protección jurídica al nasciturus.

El no nato es protegido por la Ley desde su concepción y se le tiene por nacido para los efectos que el propio Código señale.

El nasciturus es sujeto de derecho pero carece de capacidad alguna.

Nuestro derecho contempla el caso de la viuda que queda encinta y su cuidado es similar al establecido en el Dere-

cho Romano.

La legislación mexicana establece un plazo distinto a los mencionados, para la declaración de un hijo legítimo; es hijo de los cónyuges el nacido después de 180 días contados a partir de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a su disolución.

27. De la lectura del artículo Cuarto Constitucional podemos considerar que se permite el aborto, ya que éste es una forma de limitar el número y el espaciamiento de los hijos.

Las Leyes Federales protegen a la mujer embarazada y al producto de la concepción, principalmente en lo que se refiere a las condiciones laborales.

El Código Penal del Distrito Federal sanciona el aborto y enumera solamente algunos casos de aborto no punibles.

B I B L I O G R A F I A .

1. A. D'ors, F. Hernández - Tejero, P. Fuenteseca, M. García Garrido y J. Burillo. El Digesto de Justiniano. Editorial Aranzadi. Pamplona 1968.
2. Anderson, Carmen y Marcelo Grossgerge. El aborto ¿Problema Masculino? Primera Edición, México. Editorial Posada. Colección Duda, 1974. Vol. CII.
3. Arias, José. Manual de Derecho Romano. Editorial Guillermo Kraft 2TDA. Buenos Aires. 2a. Edición.
4. Arnaiz Amigo, Aurora. Condición Jurídica de la Mujer en México (Igualdad Jurídica y Protección Familiar en las Normas Supremas) Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México 1975.
5. Bonfante, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S. A. Madrid 1959. 2a. Edición.
6. Carta Encíclica Castti Connubii de su Santidad Pio XI sobre el Matrimonio Cristiano (31-XII-1930). Ediciones Paulinas, S. A., Quinta Edición. México, D. F. 1978.
7. Carta Encíclica Humanae Vitae de su Santidad el Papa Pablo VI sobre la Regulación de la Natalidad. Ediciones Paulinas S. A., XV Edición. México 21, D. F. 1980.
8. Carta Encíclica Populorum Progressio de su Santidad Paulo VI. Sobre el Desarrollo de los Pueblos. Ediciones Paulinas, S. A. VI Edición. México 21, D. F. 1980.
9. Chambre, Henri. El Marxismo en la Unión Soviética. Tr. por Pilar de Miguel de Lucas. 2 ed. Madrid, Tecnos. 1966.
10. Código Civil para el Distrito Federal. Quincuagésima Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1982.
11. Código Penal para el Distrito Federal, Trigésimocuarta Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1981.
12. Dalsace, Jean y A. M. Dourlen Rollier. Por y Contra el aborto. Primera Edición: Buenos Aires, Argentina: Cronica Editor, Colección Libertad y Cambio, 1971.
13. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Décima Sexta Ed. Publicaciones Herrerra, S. A. México 1942.

14. El Nacimiento de un Niño. Barcelona, España. Salvat Editores; G T 4, 1973.
15. Encíclica Mater et Magistra. Sobre el Reciente Desenvolverse de la Cuestión Social a la Luz de la Doctrina Cristiana de su Santidad Juan XXIII. Ediciones Paulinas, S. A., Quinta Edición. México, D. F., 1967.
16. Enciclopedia Barsa. Editores, Encyclopædia Britannica, Inc. 5a. Edición 1962.
17. Enciclopedia Cultural Uteha. Unión Tipográfica Editorial - Hispano Americana. México 1957.
18. Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales. Dirigida por David L. Sills. Edición Española Aguilar, S. A., de ediciones 1974. Madrid.
19. Enciclopedia Jurídica Omeba. Bibliográfica Omeba. Ancalo, S. A., Driskill, S. A. Buenos Aires 1977.
20. Enciclopedia Universal Ilustrada, Europeo - Americana, Espasa - Calpe Editores. Madrid, Barcelona, España.
21. Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. Tratado de Derecho Civil. Cuarto Tomo. Derecho de Familia I. Volumen Primero. Segunda Edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona 1953.
22. Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. Tratado de Derecho Civil. Cuarto Tomo. Derecho de Familia I. Volumen Segundo. Segunda Edición. Bosch Casa Editora. Barcelona 1952.
23. Fernández, Clemente S. J. Los Filósofos Medievales. Biblioteca de Autores Cristianos. La Editorial Católica, S. A. - Madrid 1979.
24. Floris Margadant S., Guillermo. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge, S. A. Segunda Edición. México 7, D. F. 1965.
25. Foignet, René. Manual Elemental de Derecho Romano. Edit. - José M. Cajica, Jr., S. A. Puebla, Pue. México 1956.
26. Fundamentos de la Legislación de la URSS y de las Repúblicas Federadas Soviéticas. Editorial Progreso. Moscú 1975.
27. Gothorum, Regum Hispaniae, Olim Iudicum: Hodie Fuero Juzgo Nuncupatus. Madridi, anno 1600.
28. Gutiérrez Alviz, Faustino. Diccionario de Derecho Romano.

Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S. A. Madrid, 1948.

29. Hale, Curtis, Arthur Huffman y John William. Ginecología. 3 ed. Salvat Editores, S. A. México 1953.
30. Lions, Monique. La Evolución de la Legislación Francesa - sobre el aborto y la Ley de 17 de enero de 1975. "Relativa a la Interrupción Voluntaria del Embarazo". Estudio Legislativo publicado en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado Año XIV. No. 42 Sept.-Dic. 1981. Instituto de Investigación Jurídica U.N.A.M.
31. Los Códigos Españoles concordados y anotados. Madrid 1847.
32. M. Ortolán. Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Librería de J. Leocadio López, Editor, Madrid 1879.
33. M. Ortolán. Instituciones de Justiniano. Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947.
34. N. Pedrazuela, "La Santa Sede Propone Luchar por el bienestar del niño", Excelsior (9 de enero de 1979).
35. Peña Guzmán, Luis Alberto y Luis Rodolfo Argüello. Derecho Romano. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires 1966. 2a. Edición.
36. Rábago, José. Manual de Obstetricia, Ed. E, C. L. A. L. - Distribuidor Porrúa Hnos. y Cía. México 1945.
37. Reynoso Cervantes, Luis. El Aborto. Un Enfoque Multidisciplinario (El aborto y la Iglesia Católica) U.N.A.M., Primera Edición 1980. México.
38. Ross, Martin J., B. S., J. D. Handbook of Everyday Law. - Published by Fawcett Crest Book, New York 1976.
39. Sánchez - Cordero Dávila, Jorge A. El aborto. Un Enfoque - Multidisciplinario (Algunas Consideraciones Jurídicas en - torno al Problema del Aborto) U.N.A.M., Primera Edición - 1980. México.
40. Schneider, Carl E. and Maris A. Vinovskis. The Law and Politics of Abortion. Lexington Books D. C. Heath and Company. Lexington, Massachusetts, Toronto 1980.