

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Enero de 1928

Núm. 37

El requisito de la viabilidad del nacido en el Código civil

III.—EL DERECHO ROMANO Y LA VIABILIDAD.

La personalidad jurídica como supuesto necesario en la vida de relación, fué objeto especial de estudio por los jurisconsultos romanos. En confirmación de la importancia que concedieron al problema, a más de la brillante estructura de sus tesis y resoluciones, basta observar la amplitud de límites que concedieron al titular de derechos, tomando como punto de partida la concepción del feto, condicionado al hecho del parto, y terminando en su extinción con el hecho físico de la muerte, y, aun más allá, con la ficción de la herencia yacente, fórmula jurídica sustentada en la teoría de la continuación de la personalidad.

La protección del concebido no nacido se encuentra plenamente declarada en el Fragmento 7, D. I. 5: *Qui in ulero est, périnde ac si in rebus humanis esset, custoditur quotièur de commòdi ipsius partus quocritur; quamquam prosit*, con sólo las siguientes salvedades: aplazar sus efectos hasta el nacimiento, entendiendo por tal la separación completa del feto en relación con el cuerpo de la madre, sin que influya para nada que la separación sea natural o artificial (*perfecte natus*) y no considerar nacido al que carezca de vida al efectuarse la separación, o su conformación le haga incluir en el concepto de monstruo (1).

(1) L. 129 DE VERB SIGN: *Non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur; veluti si mulier monstruosum aliquíd, aut prodigiosum cuíxa sit.*

Basta con los textos citados para comprender que el Derecho romano exige en el feto, como requisitos esenciales para reconocerle personalidad jurídica: nacimiento, nacer vivo y tener figura humana. Debaten los romanistas sobre las circunstancias del nacimiento, sobre qué signos son sintomáticos de la vida, y sobre cuáles deformaciones distancian al recién nacido del patrón humano para llevarle a la conceptualización de monstruo, pero no observamos discrepancia alguna en admitir como postulado de aquel Derecho los tres requisitos mencionados.

En contraposición a este común sentir, aparece la postura adoptada por los autores al preguntarse si el requisito de la viabilidad era exigido por el Derecho romano como esencial componente de la idea de personalidad. A la cabeza de los que defienden la tesis de que la viabilidad no es exigida por el Derecho romano, figura Savigni (1), seguido por Domat (2), Vangerow Dahne y Seuffert (3), etc., y últimamente Isnardi (4), que a fines del siglo pasado disiente certeramente al lado de Savigni. La tendencia opuesta es representada, entre otros, por Wachter (5) y Windscheid (6).

Veamos, de la manera más concreta posible, los argumentos que se aducen:

La palabra viabilidad fué conocida de los jurisconsultos romanos. Sirve de base a esta creencia, ser palabra de raíces latinas y haber sido empleada por escritores, aun no juristas, como Plinio (7). A tal convicción llegan sobre este particular autores como Savigni (8), que no dudan expresarse en términos categóricos: «... podría creerse que era (la viabilidad) una invención de los jurisconsultos modernos y que no tuvieron los romanos idea alguna de ella; pero lejos de suceder así, la conocieron perfectamente».

La exigencia del requisito de la viabilidad en el Derecho roma-

(1) Savigni: *Sistema del Derecho Romano actual*. Madrid, 1878, página 385 y siguientes.

(2) Domat: *Loire civiles*, tomo prem., pág. 318 y siguientes.

(3) Citados por Wachter: *De partu vivo non vitali* Lipsia, 1866.

(4) Francesco Isnardi: *Principio e termine della Personalità dell'Individuo*. Torino, 1896.

(5) Wachter: ob. cit.

(6) Windscheid: *Diritto delle Paudette*.

(7) *Hist. Nat.*, lib. 7, c. 4 al 5.

(8) Savigni: ob. cit., pág. 385.

no fué tenida por cierta entre los jurisconsultos del siglo XVIII y especialmente entre los escritores de comienzos del siglo XIX. Savigni señala los nombres de Carranza (1), G. E. Oeltze (2), Haller y, últimamente, a Glück, a quien acusa de haber llevado al límite de confusión de ideas sobre esta cuestión, aunque reconoce su meritoria aportación de textos y datos. A tal punto estaban influidos en la idea de la existencia de la viabilidad, que alegada ante el Consejo de Estado de Francia, por Chabot, se aceptó como base de la teoría adoptada por el Código francés (3).

En medio de este ambiente de aceptación y tranquilidad, emprende Savigni su crítica contraria basada en observaciones que, hasta la fecha, no han podido ser impugnadas.

Savigni reflexiona sobre el texto de Plinius (4), ya citado, y concluye que la palabra *vitalis*, empleada dos veces, tiene sólo una referencia al nacimiento vivo, sin detenerse a recoger el aspecto sutil de la viabilidad, y además se refiere al negocio de la legitimidad, siendo, por consecuencia, sus apreciaciones extrañas al problema de la viabilidad.

Continúa Savigni en sus análisis, con el texto de Gellius (5), y advierte que tal texto no se refiere a la capacidad del recién nacido, sino exclusivamente al *ius liberorum* de la madre, no como pena, sino como requisito para conceder un privilegio unido al *ius liberorum*. Por último, se refiere al texto de Paulo, que enumera las condiciones que debe reunir la mujer para heredar, en virtud del Senado Consulto Tertuliano, que era uno de los principales privilegios que se unían al *ius liberorum* (6). A este texto

(1) Carranza: *De p. naturali et legitimo*, cap. 9.

(2) Oeltze: *De partu vivo vitali et non vitali*. (Tema 1.769.)

(3) Isnardi: *Ob. cit.*, pág. 31.

(4) Ante «septimum mensem haud unquam vitalis est. Septimo non nisi pridie posteriore plenilunio aut interlunio concepti nascuntur. Italatinum in Ajipto est et octavo gigni. I am quidem et in Italia tales partus esse vitales contra priscorum opiniones... Masurius auctor est L. Papirium proetorem secundo hendie lege agente honorum possessionem contra cum dedisse quum mater partum se XIII mensibus diceret tulisse, quoniam nullum certum tempus paricudi statum videretur.»

(5) Libro III, c. 16.

(6) Lib. IV, tit. 9 ad. se Tertullianum, Paulus, lib. IV, tit. 6: «Matres tam ingenux, quam libertinoe, ut ins liberorum consecutoe videantur, ter

le concedè Savigni una máxima importancia, ya que se refiere esencialmente a la viabilidad, reconociendo que pueden nacer vivos sin ser viables, *vivos et pleni temporis*, sin que pueda pensarse en qué se refiere al concepto de supérstite, porque Paulo lo niegue ni tiene por objeto encauzar el problema de legitimidad, puesto que se trataba del *ius liberorum*. Por eso entiende Paulo que el interés de la madre no radicaba en que naciere su hijo vivo, sino, además, *pleni temporis*, es decir, viable. Contemplando el texto en este aspecto, se formula Savigni la primera pregunta: ¿Cuál es el tiempo exigido por Paulo *plenum tempus*? Encuentra la contestación en el párrafo quinto de Paulo: La preñez ha de durar un mínimum de seis meses; pero lo grave del caso—sigue argumentando Savigni—es que Paulo apoyó su regla en la autoridad de Pitágoras, y éste, nos dice: *Aut septimo pleno, aut decimo mense*. La contradicción es tan patente, que Noçdot (1) propuso una enmienda al objeto de buscar armónica corrección que dijere: *ut aut septimo, ut pleno decimo mense*. Pero Savigni considera que es una armonía ficticia, ya que *pleno decimo mense* no significa durante todo el curso del décimo mes, sino dentro de él. La clave para resolver la dificultad, la encuentra en un texto de Censorino (2). La frase del texto de Paulo no se refiere al Derecho en vigor, sino exclusivamente a la opinión de Pitágoras. Estudiando con detenimiento los textos, entre la regla de Paulo y la del Derecho romano resulta una diferencia completa. Las conclusiones a que llega Savigni podemos agruparlas en la siguiente forma:

A) La regla de Paulo, expuesta también por Aulio Gelio, sólo se invoca como fundamento del *ius liberorum* y en lo que hacía referencia a los privilegios.

B) Paulo, trayendo a colación la autoridad de Pitágoras, ha querido mostrar una erudición superflua e ininteligible, pues ambas reglas son irreconciliables; y

C) Que, por consecuencia, el texto de Paulo no ha podido

et pleni temporis pariaut 55 Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimopleno, aut decimo mense partus maturior videtur.

(1) Noçdot: *Paudectas*, libro I, tit. VI.

(2) Censorino: *De die natali*.

referirse nunca como condición esencial para reconocer la capacidad a un niño nacido vivo.

En el Derecho justiniano no existe dato alguno que acredite la exigencia de la viabilidad, y con la desaparición del *ius liberorum* acabaron las incertidumbres que los textos comentados pudieron ofrecer.

* * *

Los fundamentos en que se sustentaba durante el siglo XIX la idea de que la viabilidad era requisito exigido por el Derecho romano, se pueden concretar en los siguientes textos: L. 12 D. *de statu hom*; en las locuciones; *non integrum animal* y *si vivus perfecte natus est*, de la ley 12 D. *de liberis et port* y 3 C. *de post hered inst* (1). Savigni y los suyos combaten tales fundamentos, observando que la L. 12 D., *de statu hom*, se refiere a regular la genérica capacidad del recién nacido; el *non integrum animal* debía significar un parto falto de cualquier miembro no esencial a la vida, y el *vives perfecte natus* debía entenderse en el sentido de un parto sobrevenido al completo desprendimiento del seno materno.

* * *

Después de los trabajos de Savigni, la opinión se orienta a su lado: La viabilidad deja de ser, en el Derecho romano, un requisito esencial para el reconocimiento de la personalidad jurídica.

La solución de la cuestión, que parecía ya definitiva, vuelve a ponerse en tela de juicio con motivo de la publicación de la obra de Wachter *De partu vivu non vitali*, quien pretende haber comprobado que el requisito de la viabilidad en su sentido propio, es decir, como sinónimo de madurez del feto, era exigida por el Derecho romano.

Wachter, a quien en muchas concepciones sigue Windscheid, parte de dos textos de Paulo: Sent., lib. 4, tít. 9, § 1.º y 12, D. *de*

(1) Recogidos por Isnardi en las págs. 31 y 32 el V. A su vez les recoge de Haller, Oeltze, Polhier, Forti, etc.

statu hom, y fija especialmente su atención en el § 1.º, *Iust de exhered liber*, y 42 de *post hered inst*. Es decir, que la defensa de su teoría la ve Wachter en la contraposición que el Derecho romano hace de las palabras *abortus* y *postumus*. Del estudio de los textos expuestos, deduce Wachter que por *abortus* entendían los juriconsultos romanos el nacido vivo pero no viable por falta de gestación, y por *postumus*, el nacido vivo y con aptitud para la vida; de donde resulta, para este autor, que el Derecho romano exigía la viabilidad aunque en su sentido propio, o sea como consecuencia de una gestación normal.

Isnardi (1) califica de profundamente ingeniosa la tesis de Wachter, pero no le conviene, y al objeto de dejar la cuestión reducida a sus propios términos, interviene contra Wachter, mostrando el más adepto de los *savignianos*.

El texto citado por Wachter, Sent., lib. 4, tit. 9, § 1.º (2), de Paulo, no hace referencia a la viabilidad; trata de exigir determinadas condiciones para establecer una especial capacidad jurídica de la madre, subordinada a un número de partos vivos y maduros. Los motivos de esta exigencia, como los que dieron lugar al Senado Consulto Tertuliano, obedecen a causas sociales de adcentamiento y moralidad de las costumbres romanas, maltrechas en aquella época de libertinaje, en que se conceptuaba odioso el matrimonio: los abortos y los divorcios se sucedían. Como complemento de la razón expuesta, aduce Isnardi: a) Que tal disposición de derecho singular no puede ser aplicable, sino sólo al caso para que fué estudiada; b) Que aun aceptando que no tuviera aquel carácter, la viabilidad nada tiene que ver con la especial capacidad de la madre, al objeto de recibir privilegios, y c) Que concedida la capacidad a las madres para heredar a sus hijos, el texto de Paulo cayó en el olvido.

Afronta Isnardi el segundo texto citado por Wachter como argumento de su tesis, o sea la L. 12, D. de *statu hom* (3); la in-

(1) Ob. cit. pág. 33.

(2) «Onatres tam ingenuae, quam libertinae, cives Romanae, ut ius liberorum consecutae videatur ter et juater peperisse, etc.»

(3) «Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi hippocratis; et ideo esedeudum est, cum qui est instes nuptiis septimo mense natus est instum filium esse».

interpretación ordinaria que se le da a este texto es poniéndolo en relación con la L. 5 D., *de in ius voc.*; y, por tanto, es de aplicación la máxima *pater ist est quem nuptiae demostrant*. El legislador no tuvo, en la ley 12, intención de referirse a problemas de personalidad; ante un concepto tan vago como el de la L. 5.^a, por lo que se atribuía la paternidad al marido de todos los hijos que pariera su mujer, quiso poner un límite, y éste lo efectuó en la ley 12, apoyándose para ello en los datos que la ciencia médica suministraba, de no poder nacer el infante con vida antes del séptimo mes.

Si tomáramos en sentido absoluto la doctrina contraria, iríamos contra el mismo Hipócrates, quien decía que el parto a los siete meses puede nacer vivo, pero no que todos los fetos nacidos en el séptimo mes sean necesariamente vitales. A este efecto, recuerda Isnardi el dicho de Velpeau: «Es el grado de perfección al cual han llegado los órganos y no la época del embarazo lo que en Fisiología debe servir para determinar la viabilidad del niño; y como la evolución fetal no tiene nada de fijo, un feto de ocho meses puede ser menos completamente viable que otro de siete.»

Completa Isnardi sus observaciones con las razones siguientes: a) Que la ley 12 se refiere a cuestiones de legitimidad; b) Que es una disposición de Derecho singular, inaplicable fuera de su supuesto; c) Que si los jurisconsultos romanos quisieron con la ley 12 diferenciar el recién nacido vivo y prematuro, del vivo y perfecto, no se comprende que en los últimos textos en que funda su teoría Wachter, que se refieren a problemas de capacidad jurídica, no se habla del perfecto natus: d) Que la ley 12 resulta superflua e inútil, tanto desde el punto de vista del ejercicio de la acción en desconocimiento de la paternidad, cuanto si se tiene en cuenta el alcance de la máxima de Hipócrates. Para comprender esta afirmación de Isnardi, bastará tener en cuenta que para los nacidos antes del séptimo mes, carentes, por naturaleza, de vida, el ejercicio de acciones de desconocimiento resulta inútil.

Al tercero de los textos en que se apoya Wachter, o sea § 1.º, Inst. *de exhered liber* (1), y el mismo concepto expresa la

(1) Después de ordenada la necesidad de instituir herederos o desherrar a los hijos póstumos, pues, de lo contrario, al venir al mundo rompe-

L. 2 C., *de posthered inst*, contesta Isnardi recordando el rescripto de los Emperadores Diocleciano y Maximino, que respondían al caso en que la viuda quedara encinta, afirmando que si la viuda da a luz un aborto, el testamento permanece con todo su vigor para la ejecución, pero si el hijo nace vivo, aunque muera en seguida, el testamento queda definitivamente roto. Sin necesidad de aducir nuevos razonamientos, queda comprobado que en este texto, la palabra abortus está referida al que nace muerto, sin que el póstumo tenga tampoco otra trascendencia que la de nacer vivo y en tiempo, que en relación a la fecha del testamento o a la vida del padre puede merecer tal calificativo.

El último fundamento en que se apoya Wachter es en la interpretación de la L. 3 C. *de posthered inst* (1). Se refiere esta ley al supuesto del feto que encontrándose en el vientre de la madre es omitido en el testamento de su padre muerto. Justiniano, resolviendo las dudas de los jurisconsultos y dictando fallo en la cuestión promovida entre proculeyanos y savinianos acerca de los signos de vida, ordenó que si la criatura está viva después de haberse separado completamente del seno de su madre, aunque haya muerto después o en las manos de la comadrona o después de haberlo puesto en el suelo, dicho póstumo rompe el testamento, puesto que debe sólo averiguarse si vino vivo enteramente a la luz sin presentar formas de monstruo, de prodigio.

Isnardi observa que en la decisión de Justiniano no se emplea

en el testamento, añade: «Si mulier, ese qua postumus operabatur, abortum fecerit, nihil impedimentum est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam.»

(1) «Quod certatum est apud veteres, non decidimus. Cum igitur is qui in ventre portabatur, practaritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patre existeret, si non alius sum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faceret: si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce antem non emissa abac luce sultractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum faceret testamentum posset? Et veterum animi turbati sum, quid de paterno elogio etatuendum sit. Cumque Sabiniani crestimabant si vivus natus esse, et si vocem non emisit, rumpi testamentum, aparetque, quod et si mutue fuerat: hoc ipsum faciebat: eorum etiam nos iudicamus sententiam: et saucimus si vivus perfecte natus est: lecet illico postquam in terra secidit, vel inmanibus obstetricis decessit: nihilominus testamentum sumpti, hoc tantummodo requisitum si vivus essem totus processit ad nullum declinaus monstrum del prodigium.»

la palabra «abörtus» en contraposición a «postumus», y ésta sólo como sinónimo del «is qui in ventre portabatur», y claro es que el póstumo bajo esta concepción al venir a la luz puede ser una criatura abortiva o una criatura viva más o menos madura.

Es verdaderamente extraño que las dos escuelas de Savinianos y Proculeyanos, que tanto discutieron sobre los signos acreditativos de la vida, no se preocuparon en absoluto del problema de la viabilidad. Y consecuente con esto la decisión citada de Justiniano, sólo resuelve lo relativo a signos de vida.

En la estudiada resolución de Justiniano sólo puede verse los tres requisitos clásicos que en verdad exigió el Derecho romano para conceder o reconocer la personalidad jurídica: nacer completamente vivo y ausencia de monstruosidad. Si la viabilidad hubiese sido requisito esencial exigido por el Derecho romano, ¿por qué la silencia también Justiniano?

Suponiendo que lo hubiese exigido, ¿a qué normas podía recurrir el Derecho romano para acreditar que el póstumo nacido vivo era al mismo tiempo maduro? Opina Isnardi que no se podía incoar el séptimo *mense nazci, de L. 12, de statu hom*: a) Por ser una prescripción de Derecho singular. b) Porque aplicada a las sucesiones nos lleva a consecuencias falsas. c) Porque si lo hubiese querido aplicar lo hubiese dicho expresamente.

Isnardi, en su intento de no dejar duda en pie, examina el significado del vocablo *abortus* en Plinio, y opina que este autor se refirió con tal expresión a las plantas y particularmente a una especialidad de árboles que viven y dan frutos: «Hay plátanos mantenidos enanos a la fuerza, *quoniam arborum etiam abortus invenimus*» (1). Aquí Plinio habla de abortos en sentido figurado, impropio y no para indicar, como sostiene Wachter, plantas prematuras, sino plantas que aun teniendo vitalidad no alcanzan una justa altura. Si esto fuese una observación endeble, bastaría seguir leyendo a Plinio para convencerse que en otros pasajes de su obra se refiere concretamente al *abortus*, significando el feto que viene al mundo falto de vida. El mismo significado etimológico de la palabra *abortus* se vuelve contra la acepción dada por Wachter: «Abortus es la negativa de Ortus».

(1) En sus *Comentarios*.

En cuanto a la palabra *postumus*, también Wachter violenta su significado al considerarle como calificativo que se daba al niño nacido en madurez de gestación. Sin recurrir a textos y argumentos de autoridad como son, por ejemplo, los brindados por Cuiacccio (1), basta leer el encabezamiento de la L. 5 D. «de rebus dubiis» para entender que los jurisconsultos romanos querían indicar con la palabra *postumus* una persona absolutamente incierta respecto a su definitiva manifestación jurídica. Dos últimas observaciones hace Isnardi a la teoría de Wachter sobre la palabra *postumus*: a) Que no se encuentra en ningún pasaje forma alguna que autorice dar a esta palabra la interpretación de Wachter. b) Que la ley de 3 C. de *post hered iust* no es la única ley que regula el caso estudiado, ya que existe un texto de Paulo que pasó a constituir la L. 12 D. de *liber et post*, en que se acredita el normal significado de *postumus*, sin siquiera mentar esta palabra.

* * *

Hasta aquí textos, interpretaciones y disensiones que nos revelan la postura del Derecho romano en punto a la institución de la viabilidad.

La pasión de los romanistas por el Derecho que estudian, la fe ciega que tienen de encontrar prevenida en él la reglamentación de toda institución, modalidad o matiz jurídico, o el estímulo poco laudable de apoyar su autoridad en concepciones originales, hacen interminables la discusión de estos problemas, y lo que es peor, siembran la duda.

Una seria reflexión sobre lo escrito nos lleva a comprender la razón que asiste a Savigni: «No existe en los textos romanos texto alguno que refiriéndose directamente a problemas de capacidad o personalidad jurídica, exija el requisito de la viabilidad, ni tampoco encontramos una declaración terminante con textos cuyo objeto sea la reglamentación de problemas de legitimación, concesión de privilegios a las madres de donación o sucesorios, y si en ellos nada se nos dice, ir a buscar su existencia y su significado entre escritores no juristas, sólo puede quedar justificado para contestar en discusión, pero no como argumento serio».

(1) En sus *Comentarios*.

«Cuando el Derecho romano y sus jurisconsultos se plantean el problema de la personalidad jurídica, hacen referencia exclusiva a los tres requisitos de nacimiento completo, vida y ausencia de monstruosidad o prodigio; Savinianos y Proculianos discuten denodadamente sobre signos de vida; Justiniano da su fallo sobre la cuestión, y ni las escuelas ni el Emperador se preocupan de la viabilidad. Sólo cuando se reglamentan otros institutos se expresan palabras cuya interpretación retorcida sirven de pábulo a formación de oposiciones críticas. Pero hay algo más grave; por regla general los textos a que se acude para esta última labor, no son representativos de la legislación romana, son concepciones teóricas basadas en los alcances a que llega la ciencia de la época, que por faltarle tiempo de compulsación y crítica no puede aceptarse como verdad. Recordemos a este efecto lo que Savigni concluía refiriéndose al texto de Paulo (lib. IV, tit. 9. ad. Sc. Tertullianum): «Paulo, invocando la autoridad de Pitágoras, ha mostrado una erudición superflua e inteligible, pues ambas reglas son irreconciliables» (se refería a la de Pitágoras y a la sustentada por el Derecho romano). Para mayor comprobación de este extremo, no olvidemos tampoco la influencia que en las concepciones teóricas romanas ejerció Hipócrates, para quien —como dice Aramburu (1)—, como perteneciente a la Escuela Pitagórica, los hechos ceden en importancia a los números, y recordemos también los antojos de la Escuela Itálica con su número siete constituido en clave fundamental de todos los problemas

La mayor prueba que se puede aportar defendiendo la tesis de que la viabilidad no fué requisito esencial para el Derecho romano, es ver el objeto que perseguían los textos que enfocan para su estudio de viabilidad los comentaristas: la predilección se marca a favor de los que reglamentan la legitimación. El objeto que persiguen éstos, basados en concepto de moral familiar, es dar la reglamentación de efectos jurídicos sucesorios, y la viabilidad es un concepto distinto y de amplitud extraordinariamente superior, al par que anterior en una lógica exégesis jurídica.

Apenas tocan los comentaristas el requisito de la figura hu-

(1) Mariano Aramburu y Machado, en su *Estudio de las causas que determinan, modifican y extinguen la capacidad civil*, pág. 45 y 46. Madrid, 1894.

mana para encontrar en ella un buen conducto que les lleve al problema de la viabilidad. Tal silencio declara una buena intención; en aquellos tiempos la religión y la fábula forman el presupuesto suficiente en el pensamiento del legislador, sin que la falta de viabilidad por la deformación esencial pueda suponer les hiciera negar la personalidad ante la monstruosidad o el prodigio.

El Derecho romano habla con gran frecuencia de monstruos, prodigios y portentos, a quienes niega personalidad, pero la regulación de las circunstancias que han de concurrir en los recién nacidos para ser declarados como tales es muy deficiente.

Los textos que hacen referencia a este problema pueden resumirse en: la ley 135 de verb. sign. (1), con ella se niega a las madres que tales seres paran el «ius liberorum» del Senado consulto Trevelánico, pero les sirven para evitar las penas de la ley Julia et Papia.

La ley 14 D. de *etat hom* (2), por la que se negaba la capacidad de Derecho.

Los textos romanos nos dan muestras de que se hacía distinción entre la monstruosidad, y aquellas deformaciones que no alcanzaban la categoría de monstruosidad (3), leyes 10 y 11 de *statu hom*; 12, párrafo primero D. de *lib et post* y 15, párrafo primero de *testibus*.

Los textos reseñados revelan que la monstruosidad de los nacidos impedían a las madres la adquisición de determinados privilegios y a aquéllos la adquisición de capacidad jurídica, pero

(1) «Quaeret aliquis: si portentosum, vel monstrosus vel debilem mulier ediderit vel qualevis visu, vel vixit novum, non humanae fugiatur alterius majus animalis, quam hominis partum an quia (mater) enixa est, prodesse ei debeat?»

(2) «Non sunt liberi; qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosus aliquid, aut prodigiosus suus sit. Partus autem pro membrum humanorum officia ampliavit aliquatenus videtur effectus; et ideo inter liberos connumerantur.»

(3) Doce, párrafo primero D. de *lib. et post* «quid tamen si non integrum animal editum sit sum tamen, an adhuc testamentum sumpat? Et tamen sumpti». L. 10 *statu hom*: «Quaeritur Hermaphroditum cum comparamus? Et majus puto eius sereus aestimandum qui in se prevalet». Ley 15, párrafo primero de *testibus*: «Por esta ley se reconoce al hermafrodita capacidad para declarar como testigo y recibir herencias.»

no se divisa entronque alguno con el requisito de la viabilidad.

Las últimas leyes indicadas por las que se establecen diferencias entre monstruos y deformaciones, que pudiéramos llamar secundarias, pudieran dar motivo a que se considerase que la monstruosidad implicaba una deformación esencial que imposibilitaba la vida y que la deformación secundaria era compatible con la vida, y en tal sentido que en este requisito estaba exigido la viabilidad.

A tal interpretación nos oponemos, por creer que la viabilidad, según queda propuesto, no fué exigida por el Derecho romano, que si hubiese considerado lo relativo a figura humana como condición acogedora de la viabilidad, de forma explícita lo hubiere hecho constar en alguno de sus textos; que, muy al contrario, no define lo que por monstruosidad se entiende. Si se atiende a la cultura médica romana, escasa a tal punto, que desconocían las causas de tales fenómenos, explicados hoy por detenciones de gestación, y a las supersticiones de los pueblos de aquella época, se comprende perfectamente que antes de fijarse aquel legislador en aptitudes para la vida se preocupó de respetar la voluntad ultraterrena que en lugar de personas enviaban a la vida un castigo reparador de culpas anteriores.

Busquemos, pues, los orígenes de la viabilidad, como afirman sin excepción los autores modernos en la legislación bárbara, de la que tan magníficas muestras tenemos en nuestro Derecho histórico.

BLAS PÉREZ GONZÁLEZ.

Doctor en Derecho.

(Se continuará.)