

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

RECENSIÓN AL LIBRO:

*ME PUERO VENTER ERAT SOLARIUM, STUDI SUL
CONCEPITO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA,*
ED. PLUS, PISA UNIVERSITY PRESS, 2008, DE
CLAUDIA TERRENI

Margarita Fuenteseca

Catedrática de Derecho Romano

Universidad de Vigo

Los seres *in utero* entran en la categoría de las *personae*, según el sentido literal de C. 3,28,30,1 (año 528) y, en consecuencia, disfrutaban del *ius quod ad personas pertinet*. Esta es

la afirmación que constituye el punto de partida del extenso estudio sobre la condición del concebido en la experiencia jurídica romana realizado por Claudia Terreni, profesora de Derecho romano de la Universidad de Pisa. Añade la prof. Terreni que por *persona* no puede entenderse más que el ser humano, considerado bien en el estadio sucesivo al nacimiento o bien en el estadio prenatal (p. 17). Así queda planteada desde las primeras páginas la problemática cuestión que aparece desmenuzada y analizada con gran lucidez en esta monografía.

Al término *persona* se le reconocería, según la prof. Terreni, un significado más amplio que al de *homo*, puesto que serviría para hacer referencia no solamente al individuo, sino también, o sobre todo, a la consideración que se le atribuye en el ámbito jurídico. Por eso resulta fácil justificar, según la autora, la adopción del término *persona* para referirse a quien formalmente no tiene configuración de *homo*, pero que, no obstante, se consideraba provisto, al menos potencialmente, de esta cualidad intrínseca (p. 23).

De la constituciones justinianas deriva la autora la conclusión de que existe en las mismas un criterio unívoco, consistente en la habitual equiparación del *nasciturus* (palabra que en italiano tiene equivalente -nascituro-, pero no en castellano) al nacido en las cuestiones problemáticas del derecho hereditario, generalmente para indicar que son referibles a uno y otro las disposiciones en cuestión (p. 79 ss). Pero esta concepción, según la autora, ya existía en la práctica

jurídica tres siglos antes, por lo tanto, habría surgido ya en la fase terminal de la jurisprudencia clásica (p. 81). Así, en la experiencia jurídica romana se puede detectar, y esto es una de las importantes conclusiones de Terreni, una estratificación del pensamiento jurídico romano cuyo momento inicial lo sitúa la autora en la valoración por parte del jurista Juliano del *nasciturus* como individuo presente *in rerum natura* y, en consecuencia, idóneo para constituir un centro de imputación de derechos específicos, a la vista del futuro acaecer del nacimiento.

El minucioso estudio de la concepción jurídica del *nasciturus* que se presenta en esta monografía no se detiene en el Derecho romano, sino que abarca su interpretación por los glosadores y por la filosofía del iusnaturalismo, que a su vez desembocó en las disposiciones del ALR y del ABGB, también estudiadas. Dedicó especial atención a la concepción de la Escuela Histórica alemana, cuyo principal representante, Savigny habría introducido, según Terreni, una fractura innovadora en cuanto habría afirmado que el inicio natural de la personalidad jurídica viene fijado por el momento del nacimiento. A este nacimiento precedería un lapso de tiempo en el que el niño ya tiene vida, aunque dependiente de la de la madre e íntimamente ligada a ella. Queda así planteado el gran dilema jurídico subyacente, consistente en el logro de la coordinación de dos principios que parecen antagónicos: la consideración del *nasciturus* como persona, y la atribución de la

capacidad jurídica únicamente al ya nacido. La autora analiza también los efectos de la teoría savigniana en la cultura jurídica del “Ottocento germanico”, como Puchta, Keller, Vangerow, Bekker, Dernburg, Windscheid, Rudorff y Regelsberger. El detallado seguimiento de la problemática suscitada se completa por la autora con un estudio del *status quaestionis* en la doctrina italiana.

Hay que reconocer que el tema abordado en esta monografía presenta enormes dificultades porque sobrepasa el ámbito estrictamente jurídico y está interconectado con dilemas filosóficos e incluso teológicos. Por eso creo que es especialmente destacable el hecho de que la autora, en cada punto polémico o cuestión de difícil interpretación, salve esta dificultad con gran decisión, lo cual es fruto, seguramente, de su gran sentido jurídico pero también de la larga maduración que ha experimentado la obra.

Es de gran valor para la ciencia jurídica actual el análisis que hace la prof. Terreni de la protección conferida al concebido en Roma en relación con la interrupción voluntaria del embarazo realizado por la mujer. Considero muy acertado el enfoque con el que la autora aborda, en la segunda parte del último capítulo, este tema, hoy en día tan polémico y tan lleno de carga ideológica, ya que lo hace bajo la perspectiva estrictamente jurídica, demostrando que la penalización de las prácticas abortivas tienen una continuidad lineal a lo largo de la historia del Derecho romano, sin que su origen sea atribuible a

la influencia del cristianismo, como se defiende por la mayor parte de la doctrina romanista.

En época más antigua la represión del aborto voluntariamente realizado por la mujer tenía lugar en el ámbito doméstico. Existe un pasaje de Plutarco (Rom. 22,3) en el que aparece una remisión a una ley romúlea, que permitía al marido repudiar a la mujer en tres casos, que serían la sustracción de las llaves, el adulterio, y también, según interpreta Terreni, el tomar pócimas abortivas. Con esta ley se trataría de limitar el poder marital de repudio mediante una casuística restringida, esto es, se subordinaba, según Terreni, la posibilidad de repudiar a la esposa a su declaración de culpabilidad, si ésta llegaba a comprometer la estabilidad y la seguridad del grupo, o constituía una grave violación de los deberes de la mujer.

La declaración por el *consilium domesticum*, órgano de justicia doméstica, de la existencia de una justa causa de repudio, suponía la imposición de una pena muy grave a la mujer, que se vería privada de su *status familiae*, y, en consecuencia, de sus derechos sobre la herencia del marido, después de haber perdido, al entrar bajo la *manus* de éste, sus derechos sobre la herencia paterna. Este es el motivo por el cual Terreni considera que el *iudicium domesticum* tenía una función muy relevante en relación con la *coercitio morum*, esto es, que llevaba a cabo una actividad represiva encaminada a la tutela del interés público.

Pero en general, según Terreni, durante la época republicana y la primera etapa imperial no había prácticamente instrumentos represivos del aborto en el plano de la represión criminal, a pesar del desprestigio social que esta práctica conllevaba, que se refleja en varios textos analizados por la autora. Pero esta situación cambió cuando arraigó en la sociedad romana la exigencia de tutelar la esperanza frustrada del padre de tener descendencia (*spes prolis*).

Es en la época de los severos cuando se imponen sanciones públicas a quien interrumpiese voluntariamente el embarazo, afirmándose la penalización del aborto como *crimen extraordinarium* de modo progresivo. Por medio de un riguroso análisis de los textos del Digesto pone de relieve Terreni la gran transformación: dejó de ser el bien jurídico protegido la *spes prolis* del padre. El bien jurídico protegido, según la autora, sería la tutela del individuo que está en el útero materno.

Y se mantuvo el aborto como legítima causa de repudio en la C. 5,17,11,2b (año 533), esto es, como ilícito que justifica la ruptura unilateral del vínculo por parte del cónyuge ofendido. Esta causa de repudio se recogió en la Nov. 22,16,1 (año 536), pero no en la Nov. 117,8 (del año 542). Terreni explica esta supresión no por un cambio en la orientación legislativa de Justiniano, sino por la problemática que podía suscitar la existencia de un aborto espontáneo, de cuya provocación podría ser acusada la mujer.

Con este capítulo final se pone broche de oro a la completa visión que se ofrece en esta obra de la protección jurídica que se dispensaba al concebido en Roma. La tutela del concebido, según la prof. Terreni, encaminada a impedir la voluntaria interposición de obstáculos al resultado natural del embarazo, se manifiesta a través de la protección del derecho del padre a la *spes prolis*, pero se dirige también directamente, al menos en época postclásica, a la protección del nacimiento como evento digno de específica protección.

Es evidente el interés y la utilidad de este estudio iusromanista que permite constatar el profundo arraigo de las normas protectoras del concebido y no nacido, como persona humana, en la cultura jurídica occidental. La tutela del concebido es uno de los principios fundamentales informadores del Derecho romano y, en consecuencia, de los ordenamientos de base romanista. Sin embargo, hay que recordar que hoy en día ya no es un principio cuya vigencia prevalezca siempre, como sucede en el ordenamiento jurídico español¹, en el que se actualmente en ciertos casos se da prioridad al derecho de la mujer sobre su salud sexual. En torno a la preponderancia de uno sobre el otro se halla suscitado un encendido e irreconciliable debate social respecto al cual conviene recordar, y para ello sirve la presenta monografía, que la protección del ser humano desde su fase embrionaria está fuertemente

¹ Vid. Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo 2/2010, 3 de marzo.

arraigada en los fundamentos histórico-culturales de nuestro derecho.