

DERECHO  
RINCIPIOS GENERALES  
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

# Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 2

Mirta Beatriz Álvarez  
Juan Carlos Ghirardi  
Elvira Méndez Chang  
Luis Rodríguez Ennes  
Gabriela Marta Alonsoperez  
Carlos María Antuña Suárez  
Juan Bautista Bardi  
Cecilia Benetti  
Gonzalo Bernal  
Rosa Luz Casen

Marilina Miceli  
Leticia Núñez  
Carlos Andrés Domínguez  
Scheid  
Susana Isabel Estrada  
María Cristina Filippi  
Gastón L. Medina  
Germán Giarocco  
Joao Alfredo Jiménez Salas  
Norma Alicia Juárez

Gabriela Victoria Morel  
Arturo Magno Quispe Quiroz  
Emma M. Rodríguez Díaz  
Julieta Salomé Rodríguez  
Mariana Verónica Sconda  
Luis Diego Vargas  
Bibiana Llaryora  
Paola Acosta  
Andrea Costa  
Soledad Sandra Peralta

**UFLO**  
UNIVERSIDAD

# Cesárea *post mortem*: disposiciones contradictorias en la fuente justiniana y su proyección en la actualidad

---

Por Bibiana Llaryora<sup>621</sup>

## Resumen

Cuando pensamos en ciertos extremos de la existencia humana, tales como la muerte y la vida, el dolor y la felicidad, podríamos imaginar, por ejemplo, que estamos frente a la situación que se genera cuando una madre fallecida da a luz a un hijo vivo.

Vista esa realidad desde la óptica del derecho romano, haremos hincapié en dos disposiciones correspondientes a los jurisconsultos Paulo y Ulpiano, es decir, D. 50. 16. 132. 1 y D. 50. 16. 141, respectivamente, que contenidas en el Título XVI del Libro 50 de la compilación justiniana, cuya rúbrica es “De la significación de las palabras”, formulan la cuestión de manera contradictoria, referencia que complementaremos con el tratamiento del tema a la luz del Código Civil y Comercial argentino.

---

<sup>621</sup> Profesora Ayudante de la Cátedra “B” de Derecho Romano (Universidad Nacional de Córdoba) y Tutora Académica en la asignatura Práctica Profesional III (Área Legislativa) del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica (UNC).

**Palabras clave:** parto; mujer fallecida; normas contradictorias

## Abstract

*When we think about certain extremes of human existence, such as death and life, pain and happiness, we could imagine, for example, that we are faced with the situation that arises when a deceased mother gives birth to a living child.*

*Viewing this reality from the perspective of Roman law, we will emphasize two provisions corresponding to the juriconsults Paulo and Ulpiano, that is, D. 50. 16. 132. 1 and D. 50. 16. 141, respectively, which contained in Title XVI of Book 50 of the Justinian Compilation, whose rubric is “On the meaning of words”, they formulate the question in a contradictory way, reference that we will complement with the treatment of the subject in the light of the Argentine Civil and Commercial Code.*

**Keywords:** childbirth; deceased woman; contradictory norms

## I. Introducción

Incursionando en la fuente justiniana, nos percatamos de la existencia de dos citas, ambas comprendidas en el Título XVI del Libro 50 del Digesto. Este título lleva como rúbrica la leyenda “De la significación de las palabras”, donde los ilustres juriconsultos Paulo y Ulpiano hacen referencia al parto de la madre fallecida a quien se le extrajo el hijo mediante una cesárea, llamando la atención la diferente visión que brindan al respecto. Mientras Paulo sostiene que “Es falso que haya parido aquella a quien muerta se le extrajo el hijo”,<sup>622</sup> Ulpiano, de un modo opuesto, señala lo siguiente: “Se cree que tiene un hijo también la mujer que al morir pueda darlo a luz abriéndosele el vientre”.<sup>623</sup>

Como consecuencia de lo anterior, esta elaboración ha sido intuitu-

<sup>622</sup> PAULO, D. 50, 16, 132, 1.

<sup>623</sup> ULPIANO, D. 50, 16, 141.

lada “*Cesárea post mortem*: disposiciones contradictorias en la fuente justinianea y su proyección en la actualidad”, cuyo desarrollo se basa especialmente en tres ejes temáticos. En primer lugar, el *parto*, mediante la forma especial de alumbramiento indicado, es decir, la disecación, porque la situación fatal referida no daba lugar a otra manera. En segundo término, nos ocupamos del *nasciturus*, haciendo hincapié en distintas doctrinas sobre su naturaleza jurídica. Y en tercer orden, profundizamos en la cuestión de la *contradicción normativa*, en torno a la cual realizamos un sencillo tratamiento, considerando especialmente la visión del insigne Carlos Santiago Nino.

Asimismo, corresponde señalar que el abordaje en su conjunto solo fue elaborado a la luz del derecho romano justiniano y del derecho civil y comercial argentino, con referencias también a la Ley N° 25929/04, Ley Nacional de Parto Respetado.

## II. Parto

### II. 1) Definición

El parto es definido como “la expulsión de uno (o más) fetos maduros y la(s) placenta(s) desde el interior de la cavidad uterina al exterior”.<sup>624</sup> Expresado de una manera similar, puede decirse que es el “proceso por el que la mujer expulsa al feto y la placenta al final de la gestación”.<sup>625</sup>

“En el parto se distinguen los siguientes períodos: pródromos, primeros síntomas del comienzo del parto; período de dilatación, en el que el cuello uterino se dilata hasta alcanzar los 10 cm (dilatación completa); expulsivo, tercer periodo, que termina con la salida completa del feto; y, por último, periodo de alumbramiento, en el que se expulsa la placenta”.<sup>626</sup>

<sup>624</sup> BOMBÍ, I. (2021). “Voz parto. Definición de parto. Características y tipos”. En *Salud Mapfre*. Consultado en: [www.salud.mapfre.es](http://www.salud.mapfre.es) el 25/09/22.

<sup>625</sup> Real Academia Española. “Voz parto”. En *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Consultado en <https://dpej.rae.es> el 25/09/2022.

<sup>626</sup> Especialistas de la Clínica Universidad de Navarra. “Períodos del parto”. En *Diccionario Médico*. Consultado en <https://www.cun.es> el 25/09/2022.

## II. 2) Etimología

La palabra parto procede del latín *partus-us*, que es “el nombre de efecto o resultado derivado del supino partum del verbo latino *parere*, que significa, hacer nacer, engendrar, producir”.<sup>627</sup> De allí que *partus* en latín no solo alude al acto de parir una criatura, sino también al acto de concebirla o engendrarla, y también a la criatura misma, al niño, al hijo que es el resultado de esa concepción. De igual manera en sentido figurado *partus* se aplica a la producción de las plantas o a cualquier cosa engendrada por el entendimiento humano, lo cual explica todos sus significados actuales.

Pero existe otro vocablo *parto*, que es el referido al habitante de una zona de Asia llamada Partia. Esta voz procede del latín *parthus*, término que fue utilizado con el valor de persa, que deriva de *phartava*.

Siguiendo con esta última acepción, dicese que los partos fueron una constante amenaza para el Imperio romano en sus fronteras orientales y lucharon contra éste en varias oportunidades, hasta que su poder decayó en el siglo III d. C.

## II. 3. Clases

Para su clasificación pueden tenerse en cuenta varios aspectos, y así considerar al parto según las semanas de gestación, la manera de su inicio y el modo de su finalización.

Si atendemos exclusivamente a las semanas de gestación, existen tres tipos de parto:

- *Parto a término*: Es el parto que se produce entre las 37 y las 42 semanas de gestación; es el parto a tiempo normal.
- *Parto pretérmino* o *parto prematuro*: Es el que tiene lugar

---

<sup>627</sup> Etimologías de Chile. “Voz parto”. En *Diccionario etimológico*. Consultado en <http://etimologias.dechile.net> el 25/09/2022.

cuando el embarazo finaliza antes de las 37 semanas de gestación.

- *Parto postmaduro*: Se produce cuando el embarazo sobrepasa las 42 semanas de gestación.

En cuanto a las modalidades del parto según el inicio, encontramos:

- *Parto espontáneo*: Como su nombre lo indica, el mismo se da cuando el proceso del parto comienza de manera natural, sin necesidad de intervenir con algún procedimiento médico para que se desencadene.
- *Parto inducido*: “La inducción al parto es lo que comúnmente se conoce como provocar el parto”.<sup>628</sup> Se debe realizar siempre en base a criterios clínicos y mediando una valoración previa de los riesgos y beneficios que tiene tanto para la madre como para el bebé.

Y en lo que concierne a su finalización, nos encontramos con dos tipos de parto, a saber:

- *Parto eutócico o normal*: Es aquel que se produce con la salida del bebé y la placenta mediante los pujos maternos por vía vaginal. La OMS define el parto normal como “el parto de bajo riesgo en el que el bebé nace de manera espontánea con el esfuerzo materno en posición cefálica”,<sup>629</sup> es decir, con la cabeza fetal hacia abajo.
- *Parto distócico*: La distocia alude siempre a un problema que impide que se produzca el parto normal o eutócico. Los partos distócicos se distinguen a su vez en:
  - o Partos instrumentales: Realizados mediante vacuo o ventosa, fórceps o espátulas.
  - o Partos quirúrgicos: Cesárea.

---

<sup>628</sup> LÓPEZ, D. (2015). “Tipos de parto.” En *Materna birth matters*. Consultado en [www.materna.es](http://www.materna.es) el 25/09/2022.

<sup>629</sup> *Ibidem*.

## II. 4. a) Etimología. Consideraciones históricas

Etimológicamente, la palabra *cesárea* proviene del verbo latino *caedere*, que significa *cortar*, justamente, en referencia a que la extracción del feto por vía abdominal tiene lugar en virtud de una incisión en el útero materno.

Al respecto, varias son las razones acerca del origen de la denominación: en primer lugar, se indica que la designación responde a la Ley Regia de Numa Pompilius (siglo VIII a. C.) “que impedía inhumar a la mujer muerta embarazada sin haber sacado previamente al niño por una incisión abdomino-uterina (ley de los cesáres)”.<sup>630</sup> En segundo término, se habla de “la leyenda (que) cuenta que Julio César nació de este modo”,<sup>631</sup> y por último, existen noticias sobre “los escritos atribuidos a Plinio, historiador de la Antigüedad, (quien manifestaba) que el primero de los cesáres nació por vía abdominal”.<sup>632</sup>

Una importante nota a tener en cuenta en torno a las cesáreas realizadas en la vieja época es que solo se practicaban cuando la madre ya había muerto, dado que se trataba de “una operación de alto riesgo y la embarazada corría peligro de muerte si se realizaba en vida, por el riesgo de hemorragia masiva y de infecciones graves”.

Una conocida leyenda vincula a la voz cesárea con el nombre del famoso Julio César, ya que se dice que él habría nacido de esta manera. No obstante, “sabemos que su madre Aurelia vivió muchos años después de que él naciera, por lo que es muy improbable que Julio César viniera al mundo gracias a una cesárea”.<sup>633</sup>

Por otra parte, para Plinio el Viejo, el cognomen *Caesar* procedería de un antepasado del insigne dictador que, él sí, habría nacido de este modo.

<sup>630</sup> LUGONES BOTELL, M. (2001). “La cesárea en la historia.” En *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología*, Vol. 27, N° 1.

<sup>631</sup> *Ibidem*.

<sup>632</sup> *Ibidem*.

<sup>633</sup> SIERRA VALENTI, X. (2017). “Parto, nacimiento y muerte en la Antigua Roma.” En *Un dermatólogo en el museo*. Consultado en [xsierrav.blogspot.com](http://xsierrav.blogspot.com) el 25/09/2022.

A su vez, la *Lex Caesarea* (año 715 a. C.) disponía que una mujer que muriese durante el embarazo tardío debía ser sometida a esta intervención con la finalidad de salvar la vida del *nasciturus*.

En los hechos, la primera cesárea de cuya supervivencia materna tenemos plena constancia se practicó en Suiza en el año 1500. Se trata de la cesárea “del célebre castrador de cerdos, Jacques Nüffer, de Sigershausen”,<sup>634</sup> realizada a su propia mujer Isabel, ya que ella venía, hacía varios días, en previa labor de parto. Para proceder a tamaña empresa, que ejecutó sin anestesia, sin antibióticos y con las escasas medidas de higiene que la época permitía, solicitó antes el correspondiente permiso a las autoridades.

Los pormenores de esta hazaña fueron narrados por el historiador Caspar Bauhin, registro escrito cuya veracidad genera dudas para otros estudiosos, pues la inscripción data de 82 años después de su acontecimiento.

El antecedente que sí fue ampliamente aceptado es que los primeros intentos de cesáreas en mujeres vivas corresponden al siglo XVI. Esta operación era ampliamente rechazada por los expertos en medicina, pues la mayoría de los casos concluían con la muerte de la madre, no debiendo olvidar que la verdadera anestesia nació recién en el siglo XIX, de la mano de los descubrimientos de los gases.

En la historia, “el primer registro de un niño nacido mediante cesárea fue en Sicilia”,<sup>635</sup> y data del año 508 a. C. Recién a finales del siglo XVIII la cesárea registra progresos en su técnica operatoria.

Cabe señalar que históricamente varias ciudades que fueron instauradas o hermoeadas por emperadores romanos recibieron el nombre de Cesárea. Es el caso de aquella población ubicada en la costa del Mediterráneo, entre Galilea y Samaria, que fue creada por Herodes, a la que bautizó así en honor a Augusto. Al morir el monarca, Cesárea se convirtió en la capital de la provincia romana de Judea, ciudad que creció y se

---

<sup>634</sup> NAVA, A. “La primera cesárea a una mujer viva” *En Ciencia MX, Anécdotas Científicas*. Consultado en [www.cienciamx.com](http://www.cienciamx.com) el 25/09/2022.

<sup>635</sup> LUGONES BOTELL, *op. cit.*

tornó uno de los focos del cristianismo cuando San Pedro y San Pablo predicaron en ella.

Lamentablemente, dicha capital entró en decadencia y fue arrasada en el siglo XIII tras su conquista por el islam, permaneciendo en ruinas hasta el siglo XIX, cuando, colonizada por pescadores bosnios musulmanes, perdió los últimos indicios de su historia.

## II. 4. b) Comadronas

El médico Sorano de Éfeso (98-138 d. C.), de origen griego, nacido en el Asia Menor, de quien se cree que estudió en Alejandría y practicó la medicina en la Roma de los emperadores Trajano y Adriano, se destacó por ser el autor del primer tratado de ginecología denominado *Libros de las Enfermedades de las Mujeres (Gynaikeia)* y el de la primera biografía conocida de Hipócrates, producción a la que se suman sus escritos sobre cirugía, medicina interna y embriología, entre otros.

Dicho tratado, que estaba compuesto por cuatro tomos redactados en griego y que fueron luego traducidos por Muscio al latín en el siglo VI d. C., se constituyó en el más importante de la época, que lo catapultó a ser el padre de la obstetricia y la ginecología.

Cabe destacar que la primera parte de su obra trata sobre las comadronas. Después detalla la anatomía de los genitales femeninos, resume sus funciones y presenta aspectos fisiológicos de la menstruación y del embarazo. Continúa con un tratado sobre el parto y cómo debe ser cuidada la madre y el recién nacido durante el mismo, para finalizar con una sección dedicada a las enfermedades.

En la Antigua Roma, las comadronas ayudaban en los partos (el término comadrona procede de *cum matrona*, es decir, quien está con la mujer de la casa).

Por su lado, los médicos solo acudían al momento del alumbramiento, cuando la vida de la madre o la del niño corría peligro, y exclusivamente si las parteras los requerían.

En la mentada ciudad también existían ginecólogas (*feminae medicae*), pero éstas solo se dedicaban a las enfermedades propias de las mujeres y no acostumbraban a ejercer como obstetras.

En cuanto al término *obstetra*, que es hoy utilizado para designar al profesional médico dedicado a la atención de la mujer embarazada, procede de la palabra *obstetrix*, con la que los romanos designaban a la comadrona o partera.

La voz *obstetrix* proviene también del término latino *ob stare*, que significa estar delante, con el cual se alude, hablando de manera primigenia, “al ámbito profesional de aquella que, inicialmente y durante muchos siglos, fue protagonista absoluta de la atención materna”.<sup>636</sup>

Sin embargo, la cuestión no presenta claridad en cuanto a la etimología del término *obstetrix*, como lo señalan algunos autores que atribuyen el origen del vocablo a la palabra *adstetrix*, con el significado de la mujer que asiste a la parturienta.

De igual manera, la palabra se presenta escrita con la grafía *opstetrix*, “del latín clásico, procedente de ‘ops’ (ayuda) en el sentido de ‘prestar ayuda’”. Este término se utilizó con mayor frecuencia y aparece en inscripciones latinas y en obras clásicas de Plauto y otros autores grecolatinos”.<sup>637</sup>

“Actualmente, la mayoría de las voces autorizadas la hacen derivar de ‘obstar’ u ‘obstare’, en el sentido de ‘estar al lado de’ o ‘delante de’, en el papel que cumple la comadrona de asistir a la parturienta”.<sup>638</sup>

En base a los comentarios sobre el tratado de Sorano, se sabe que “el principal instrumento de las comadronas era la silla de parir, dotada de respaldo, brazos y un asiento con un entrante en forma de media luna, para permitir el paso del niño por el orificio”.<sup>639</sup>

El ancho total de la silla debía ser capaz de recibir a mujeres incluso muy obesas; su altura era media. Para las damas más pequeñas, se co-

<sup>636</sup> VALLE RACERO, J. (2003). “Acerca de los términos comadrón/a, matrona, obstetrix y otros” En *Matronas Profesión*, Vol. 4, N° 11, p. 19 ss. Consultado en <http://federacion-matronas.org>.

<sup>637</sup> *Ibidem*.

<sup>638</sup> VALLE RACERO, *op. cit.*, p. 19 ss.

<sup>639</sup> SIERRA VALENTI, *op. cit.*

locaba un taburete bajo las extremidades inferiores para compensar la talla de sus miembros. En la parte superior, a los lados del asiento había dos brazos, donde las manos podían apoyarse al realizar esfuerzos. Finalmente, tenía un respaldo inclinado de modo tal que los riñones y las caderas encontrarán allí una resistencia a las contracciones.

Entre el asiento y el suelo había tableros en los dos flancos, “pero no por delante ni por detrás, para (posibilitar) las maniobras de la (asistente). La parturienta realizaba la dilatación en la cama y se sentaba en la silla que había traído la comadrona al comienzo de la fase de ‘expulsión’”.<sup>640</sup>

Cuando la familia no disponía de recursos suficientes, solía sustituirse la silla por una persona fuerte que sentaba a la madre en su regazo, de modo que el niño salía por entre las piernas de ambos. La comadrona era auxiliada habitualmente en su labor por tres personas, que se ubicaban dos a los lados y una por detrás de la silla.

En lo que respecta a las condiciones que debía tener el lugar, Sorano señala que era necesario preparar una habitación bien arreglada, con dos camas, una blanda para que la parturienta repose después de dar a luz y otra dura para que esté durante el parto. Aconseja, además, haber preparado todo tipo de productos y objetos de higiene, como aceite de oliva para las inyecciones; agua caliente para lavar las partes íntimas; fomentos calientes para aplacar los dolores; esponjas suaves para absorber las diversas secreciones; una pieza de lana para cubrir las partes femeninas; vendas para fajar al recién nacido; un almohadón para colocar al bebé; y productos comestibles diversos, membrillo, limón, melón, pepino, que sirven para incentivar a la parturienta agotada.

En orden a las cualidades que la comadrona debía poseer, el mismo autor menciona: debe ser robusta y de fuertes brazos, tener largos y finos dedos con cortas uñas en sus extremos, debe ser culta, tener una buena memoria, ser capaz de impartir información y ser respetable.

En términos generales se requería que dispusiera de “una instrucción elemental, vivacidad de espíritu, ardor en el trabajo, discreción, y sensibilidad viva”.<sup>641</sup>

<sup>640</sup> *Ibidem*.

<sup>641</sup> LÓPEZ GREGORIS, R. y UNCETA GÓMEZ, L. (2011). *Ideas de mujer. Facetas de lo femenino en la Antigüedad*. Alicante: Publicaciones de Universidad de Alicante, p. 271 ss.

Y además de enumerar los requisitos, explica el motivo de cada uno de ellos:

La instrucción elemental le permitía adquirir su arte recurriendo también a la teoría; la vivacidad de espíritu, seguir fácilmente los conocimientos que se le inculcaran, pues conocer es acordarse de lo que se ha aprendido; el entusiasmo en el trabajo le concedía resistencia frente a las adversidades; la discreción se justificaba, puesto que las familias se confiaban a la obstetrix y ella tenía acceso a los secretos de los demás (las menos serias tomaban pretexto para urdir cualquier deshonestidad de sus pretendidos conocimientos médicos).<sup>642</sup>

Las parteras gozaron de buena reputación tanto en Grecia como en Roma. Sin embargo, a veces eran consideradas como causantes de abortos utilizando, como el médico, drogas peligrosas cuyo empleo estaba prohibido en tanto no fuera necesario. En este ambiente, la *obstetrix* era comparable al curandero, tal vez “porque el parto, en todas las culturas de la Antigüedad, se vio rodeado de un halo de encantamientos y prácticas muy cercanas a la magia”.

### III. *Nasciturus*: distintas teorías

La voz latina *nasciturus* alude al ser humano concebido que se encuentra aún en el claustro materno, concepto distinto al de *natus*, que se refiere al ser ya nacido.

En la terminología jurídica, existe una expresión de carácter técnico para distinguir al concebido no nacido, que tiene como punto de partida a la locución “*Qui in utero sunt*” (los que están en el útero). Esto se aplicó desde la República romana al Principado, extendiéndose hasta el siglo XVIII.

Uno de los aspectos más controvertidos dentro de la doctrina científica que estudia al *nasciturus* es el que concierne a su naturaleza jurídica. Al respecto existen distintas posturas.

---

<sup>642</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 272 ss.

### III. 1. Teoría de la *portio mulieris*

La teoría de la *portio mulieris* se basa en algunos textos romanos mencionados por la doctrina tradicional, de cuya interpretación deriva que el concebido es parte de la mujer o de sus vísceras. En relación a ello, el Título IV del Libro Vigésimo Quinto del Digesto, título que lleva por rúbrica “De la inspección del vientre y de la custodia del parto”, trae una cita de Ulpiano que establece, en el parágrafo 1 del fragmento 1, lo siguiente: “(...) y no sin razón, porque el parto, antes que se dé a luz, es parte de la mujer o de sus entrañas (...)”.<sup>643</sup>

La tesis planteada también se fundamenta en la aseveración del juriconsulto Gayo, por la que el concebido no se encuentra aún “*in rebus humanis, in rerum natura*”,<sup>644</sup> lo que significa que “el concebido pero no nacido, no puede considerarse entre los humanos ni entre las cosas de la naturaleza”.

En la actualidad, el fundamento de esta teoría carece de fortaleza, ya que si bien en la etapa de gestación el concebido depende del soporte vital que le brinda su madre, no podría señalarse que forma parte del cuerpo de aquella pues se halla genéticamente individualizado y tiene estructuras anatómicas propias que se distinguen esencialmente de las maternas.

### III. 2. Teoría de la ficción

Esta segunda doctrina encuentra también su base conceptual en las fuentes romanas clásicas, y se trata de una teoría que ha sido acogida por numerosos códigos civiles, posición que toma como punto de partida el principio latino contenido en el fragmento 7 del Título V del Libro Primero del Digesto, título que lleva por rúbrica “Del estado de los hombres”, donde Paulo indica lo siguiente: “El que está en el útero

<sup>643</sup> ULPIANO, D. 25, 4, 1, 1.

<sup>644</sup> HUNG GIL, F. (2009). “Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido”. En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nº 23, p. 91 ss.

es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trate de la conveniencia de su propio parto (...).<sup>645</sup>

Conforme a esta posición, al concebido se lo reputa como si ya hubiese nacido, para atribuirle una serie de derechos, en la mayoría patrimoniales. Asimismo, se considera al por nacer, antes del parto, como una esperanza de hombre.

El derecho romano, teniendo en cuenta la futura condición jurídica del *nasciturus*, estableció reglas orientadas a protegerlo durante la gestación y a garantizar la adquisición de ciertos derechos que le corresponderán al nacer. Las normas protectoras del *nasciturus* giraban en torno a la prohibición del aborto provocado por la misma mujer o por un tercero, la realización de la operación cesárea en caso de muerte materna, la prohibición de que una mujer en estado de gestación sufriera tormentos físicos y el aplazamiento de la pena capital hasta después del parto.<sup>646</sup>

En cuanto a la protección de sus intereses, se admitió que pudiera ser instituido heredero en un testamento y se le confiriera la posesión de los bienes a la mujer encinta. La legislación justiniana se hace eco de esta protección disponiendo que siempre que se trate del beneficio del *nasciturus* puede considerarse como nacido.

### III. 3. Teoría de la personalidad

Esta corriente en el pensamiento jurídico, que data de la Edad Contemporánea, tiene como punto inicial la consideración de la personalidad jurídica del ser humano concebido y se origina en el derecho romano con un camino de continuidad en la tradición legislativa ibérica y latinoamericana.

Los romanistas Pierángelo Catalano, en la doctrina italiana, y Mercedes Gayosso y Navarrete, en la mexicana, quienes siguen de cerca las reflexiones de Ricardo Orestano, declaran la “existencia de una paridad

<sup>645</sup> PAULO, D. 1, 5, 7.

<sup>646</sup> HUNG GIL, *op. cit.*, p. 94 ss.

ontológica evidente en las fuentes romanas de los períodos clásico y justinianeo entre *qui in utero sunt y natus*".<sup>647</sup> Esa aproximación entre el concebido y el ser ya nacido se apaga bajo la influencia de las doctrinas pandectísticas y civilísticas que afloran a partir del siglo XVIII y por el surgimiento de conceptos abstractos, tales como personalidad, subjetividad y capacidad jurídica, entre otros.

Quienes se inclinan por este postulado sostienen que dicha paridad no proviene de una ficción, la cual puede ser justificada a partir de expresiones ambiguas presentes en las fuentes.

Una cita, que es valiosísima por ser testimonio de la paridad en la protección entre el *partus* y el niño, e incluso de la tutela especial que recibe el primero en cuanto nace también en interés del Estado, se encuentra en el Título IX del Libro XXXVII del Digesto, cuya rúbrica es "De la posesión que se ha de dar al que está en el claustro materno y a su curador". Allí, en el primer fragmento, Ulpiano señala lo siguiente: "Así como el Pretor cuidó de los descendientes que ya habían nacido, no descuidó tampoco, por la esperanza de que nacieran, a los que todavía no habían nacido".<sup>648</sup>

Además, en el Título V del Libro XXVI del Digesto, cuya rúbrica es "De los tutores y de los curadores dados por los que tienen derecho para darlo, y quiénes, y en qué casos pueden ser dados especialmente", Modestino indica, en su vigésimo fragmento, lo que se manifiesta seguidamente: "No puede darse por los magistrados del pueblo romano tutor al que está en el vientre, pero puede dársele curador, porque en el edicto se comprendió el nombramiento de curador".<sup>649</sup>

Existe una continuidad conceptual en la región ibérica en lo que respecta a la apreciación jurídica del concebido. En este orden de cosas, la obra de Alfonso X El Sabio, cuando se refiere al Estado y condición de los hombres, determina, en la Partida IV, Título XXIII, denominado "Del estado de los omes", que éstos "son libres, siervos o libres que

---

<sup>647</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 97 ss.

<sup>648</sup> ULPIANO, D. 37, 9, 1.

<sup>649</sup> MODESTINO, D. 26, 5, 20.

llaman en latín libertos. Y aún hay otra división, porque son nacidos o están por nacer”.<sup>650</sup>

En la misma partida, la Ley III, bajo la denominación “En qué estado y de qué condición es la criatura, mientras que está en el vientre de su madre”, señala: “Mientras que esté la criatura en el vientre de su madre toda cosa que se haga, es en provecho de ella, aprovechase tanto, así como si fuese nacida, pero lo que fuese dicho o hecho a perjuicio de su persona o de sus cosas, que no le impide”.<sup>651</sup>

Las Siete Partidas también fueron un conducto eficaz para la recepción del derecho romano justiniano en la América española. Son ejemplos de la tradición justiniana ibérica, en cuanto a la consideración jurídica del *nasciturus*, la labor codificadora de Teixeira de Freitas en Brasil y de Vélez Sarsfield en Argentina, insignes juristas para los cuales el *nasciturus* es ya una persona, y lo ponen de manifiesto al emplear el concepto de *peçoas por nascer* (Teixeira de Freitas) y personas por nacer (Vélez Sarsfield). Para estos autores el concebido no es una persona futura o mera esperanza, sino una persona por nacer que ya tiene existencia en el vientre de la madre.

Si bien la tesis de la personalidad es una de las más controvertidas, su linaje romano y el contenido ético latente en su base conceptual la constituyen en una de las teorías más integrales en orden a la protección del *nasciturus*.

### III. 4. Teoría de la subjetividad

La noción de sujeto de derecho, que es una idea esencial en las construcciones teóricas derivadas de la pandectística alemana del siglo XIX, se refleja en la moderna doctrina, como la colombiana, que explica la tesis de la subjetividad del concebido del siguiente modo:

---

<sup>650</sup> ALFONSO X EL SABIO, Part., 4, 23.

<sup>651</sup> *Ibidem*, op. cit., 23, 3.

(...) el que está por nacer no es persona; sin embargo, desde la Antigüedad los ordenamientos jurídicos se han preocupado por proteger la vida y las expectativas del que está por nacer y para ello, los Estados lo han considerado sujeto de derecho sin personalidad; tal (apreciación) se hace en razón de la fugacidad de este ente, ya que la máxima consideración temporal, como regla general, es de trescientos (300) días, término al cabo del cual se encuentra con la persona jurídica individual o se llega a la certeza de la no existencia de ella.<sup>652</sup>

Como puede apreciarse, la teoría moderna que apoya la existencia de los sujetos de derecho sin personalidad incluye especialmente como uno de los sujetos al *nasciturus*. Tal consideración es factible de ser fundada en una doble circunstancia: la individualidad del concebido, a pesar de que durante la gestación se halla enlazado al soporte vital del cuerpo materno, y la puntual atribución de derechos por parte de los ordenamientos jurídicos, en beneficio de los por nacer.

Los avances científico-técnicos que afirman la individualidad genética del concebido, y por ende, su autonomía funcional con respecto al cuerpo materno, sin negar que durante la gestación el *nasciturus* depende del soporte vital aludido, fundamentan su existencia como ser humano en plena formación, lo cual se encamina a la necesidad de un resguardo efectivo por parte del ordenamiento jurídico.

Entre la concepción y el parto, los ordenamientos atribuyen al *nasciturus* ciertos derechos, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, que se relacionan con los denominados *efectos favorables*, lo cual no es otra cosa que una adecuación del principio romano del *commodum*.

La atribución de estos derechos y la específica protección que concede el ordenamiento a determinados bienes como la vida, la integridad física, entre otros, hacen que el *nasciturus* se convierta en un centro de imputación jurídica durante el período de la gestación, y por consiguiente, en un sujeto de derecho especial.

Comparativamente, es posible expresar que mientras la teoría de la personalidad posee un evidente acento ético y se basa en la identidad

---

<sup>652</sup> HUNG GIL, *op. cit.*, p. 104 ss.

existente entre las nociones de persona y concebido, la teoría de la subjetividad tiene su origen en una abstracción jurídica privativa del derecho moderno y explica la especial tutela otorgada al concebido (centro de imputación de derechos y deberes favorables), recurriendo a ese concepto abstracto y técnico que señala al *nasciturus* como sujeto de derecho.

#### IV. Compilación justiniana

En la compilación justiniana, el Título XVI del Libro Quincuagésimo del Digesto, que se refiere a la significación de las palabras a lo largo de 246 fragmentos, contiene dos disposiciones que, de manera contradictoria, aluden a la situación de la mujer que muere al momento de dar a luz, durante el parto. Allí, Paulo y Ulpiano, respectivamente, señalan lo siguiente: “Es falso que haya parido aquella a quien muerta se le extrajo el hijo”<sup>653</sup> y “Se cree que tiene un hijo también la mujer que al morir pueda darlo a luz abriéndosele el vientre”.<sup>654</sup>

En cuanto al pensamiento pauliano vertido en las Sentencias, encontramos el siguiente texto: “El vientre que aborta o mal pare es evidente que no produce el parto”.<sup>655</sup>

Como puede observarse, el tema de la maternidad tiene su espacio en el Título XVI del último libro del Digesto, en el cual mencionamos comparativamente a esas dos disposiciones, que exhiben la misma obra de referencia en la *inscriptio*, es decir, los “Comentarios a la Ley Julia y Papia”, Libros III y VIII, respectivamente.

Más allá de las discordancias existentes, lo notable es que al momento de la muerte de la mujer embarazada algunas prescripciones comprendidas en el propio Digesto consideran con vida al hijo que estaba en el útero.

La base de los preceptos en cuestión está contenida en el fragmento 153, del Título XVI del Libro Quincuagésimo del Digesto, donde el

<sup>653</sup> ULPIANO, D. 50, 16, 141.

<sup>654</sup> TERCENIO CLEMENTE, D. 50, 16, 153.

<sup>655</sup> MARCELO, D. 11, 8, 2.

jurista romano Terencio Clemente señala: “Se ha de entender que existió al tiempo de la muerte el que fue dejado en el claustro materno”.<sup>656</sup>

A su vez, siguiendo el mismo criterio, en el fragmento 2 del Título VIII, del Libro Undécimo del Digesto, que lleva por rúbrica “De enterrar un muerto y de construir un sepulcro”, el jurisconsulto Marcelo denota lo siguiente: “Prohíbe la ley Regia, que la mujer, que haya muerto embarazada, sea enterrada antes que se le extraiga el parto; y el que hiciera lo contrario, se considera que con la embarazada mató la esperanza de que viviese aquel”.<sup>657</sup>

Recordemos que la Ley Regia o Ley César del monarca Numa Pompilio era una medida “que bajo los Césares habría tenido el apelativo de cesárea, (impuso) la extracción abdominal *post-mortem* para salvar al feto”.<sup>658</sup>

Por ende, las cesáreas solo se realizaban cuando la madre ya había muerto. Era una operación de alto riesgo y la embarazada corría peligro de expirar en el supuesto caso de realizarse en vida, debido a la posibilidad de hemorragia masiva e infecciones graves. Dicho de otra manera, si tras la muerte de la madre no se hubiese practicado la cesárea, el hijo también hubiese fallecido.

Indudablemente, tal tratamiento normativo obedece a la importancia de determinar los efectos que el evento descripto genera en materia sucesoria, y para ello, partiremos del siguiente interrogante: al fallecer la madre, casada *sine manu*, ¿le podían suceder civilmente los hijos sometidos a la patria potestad de su padre, de su abuelo o incluso de un extraño, siendo que las progenitoras nunca ejercieron un poder equiparable a dicha *potestas*? En efecto, era factible otorgar a los hijos el derecho a heredar a sus madres. Precisamente una de las más valiosas aportaciones la brindó el senadoconsulto Orficiano al permitir el acceso a la herencia materna a los hijos *alieni iuris*. De allí que en el párrafo quinto del fragmento 1 del Título XVIII del Libro 38 del

<sup>656</sup> TERCENCIO CLEMENTE, D. 50, 16, 153.

<sup>657</sup> MARCELO, D. 11, 8, 2.

<sup>658</sup> SARDUY NÁPOLES, M. et al (2018). “La cesárea como la más antigua de las operaciones obstétricas”. En *Centro de Investigaciones Médico Quirúrgicas*, Vol. 44, N° 2, Universidad de Ciencias Médicas, La Habana, Cuba.

Digesto, cuya rúbrica es “Sobre el senadoconsulto Tertuliano y sobre el Orficiano”, Ulpiano manifieste lo que se indica a continuación: “Pero si el hijo hubiera sido dado a luz, habiéndosele abierto el vientre a la madre, se ha de decir preferentemente que también éste es admitido a la herencia legítima”.<sup>659</sup>

En la evolución del tiempo, encontramos que la sucesión intestada entre madres e hijos unidos por un vínculo cognaticio era extraña en el viejo derecho civil. “Por su parte, el derecho pretorio reconocía el parentesco de sangre en el tercer orden de llamamientos *ab-intestato, unde cognati*, pero estos parientes quedaban postergados ante la presencia de los agnados, llamados a suceder con preferencia en la clase *unde legitimi*”. Los emperadores dejaron pasar la ocasión de legislar en este asunto por diversos motivos, (quizás) de técnica jurídica y de oportunidad política, hasta que, a finales del siglo II d. C., “la iniciativa de Adriano y Marco Aurelio impulsa la promulgación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, normas que suponen el reconocimiento de la relación materno filial en la herencia intestada civil y pretoria”.<sup>660</sup>

Por entonces predominaba el matrimonio *sine manu*, y las mujeres realizaban testamento a favor de sus hijos, aun siendo éstos *alieni iuris*.

Bajo el mandato del emperador Constantino concluirá el proceso histórico al separar el *maternum patrimonium* del patrimonio procedente del *pater familias* pues, como consecuencia de la independencia patrimonial de la esposa respecto al marido en los matrimonios libres, se reconocía como la más atinada solución a la herencia femenina que los *bona materna* fueran destinados a los hijos de la fallecida. Pensando en una nueva unión matrimonial del viudo y el nacimiento de otros hijos, la conciencia romana no admitía que los bienes de la rama materna fueran absorbidos por el patrimonio del padre.

---

<sup>659</sup> ULPIANO, D. 38, 18, 1, 5.

<sup>660</sup> LÓPEZ GÜETO, A. (2016). *Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano: antecedentes y régimen jurídico del reconocimiento de la relación materno filial en la sucesión intestada*. Tesis de la Universidad de Sevilla. Consultado en: [dialnet.unirioja.es](http://dialnet.unirioja.es) y [idus.us.es](http://idus.us.es) (02/10/2022).

## V. Legislación argentina

En este apartado, distinguiremos algunas disposiciones normativas contenidas específicamente en el Código Civil y Comercial argentino, como así también en la Ley 25.929/04, Ley de Parto Respetado, las cuales se relacionan con la temática propuesta.

Si consideramos que al serle practicada la cesárea a la madre el hijo nació con vida, éste tendrá capacidad para heredar, conforme a lo establecido por el inc. b) del artículo 2279 del Código Civil y Comercial, norma donde se dispone que pueden suceder al causante las personas concebidas que, al momento de la muerte de éste, nazcan con vida. Esta disposición condice con el artículo 21 que, en su primer párrafo, alude al tiempo en que el concebido adquiere derechos y obligaciones, y lo expresa de la siguiente manera: “Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida”.<sup>661</sup> Además, el segundo párrafo de la misma norma señala en su parte final: “El nacimiento con vida se presume”.<sup>662</sup>

Por otra parte, el artículo 21 armoniza con una norma anterior, es decir, el artículo 19 que, en relación al comienzo de la existencia de la persona humana, indica que ésta “comienza con la concepción”.<sup>663</sup>

A su vez, en la Ley Nacional de Parto Respetado, el inc. d) del artículo 2 establece que toda mujer, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el posparto, tiene derecho “al parto natural, respetuoso de los tiempos biológico y psicológico, evitando prácticas invasivas y suministro de medicación que no estén justificados por el estado de salud de la parturienta o de la persona por nacer”.<sup>664</sup>

De lo anteriormente señalado se deduce que habrá justificación de la realización de la cesárea, cuando a causa del estado de salud de la madre o del hijo, la práctica invasiva deba ser realizada.

---

<sup>661</sup> Código Civil y Comercial, Art. 21.

<sup>662</sup> *Ibidem*.

<sup>663</sup> *Ibidem*, Art. 19.

<sup>664</sup> Ley Nacional de Parto Respetado, Art. 2°, inc. d).

## VI. Contradicción normativa

### VI. 1. Generalidades. Situación en el derecho actual

En el mundo legislativo, la contradicción de las normas es un problema real que cada vez se hace más común. Por ello es necesario conocer algunas particularidades que permitan la comprensión del fenómeno conocido como conflictos normativos.

Un término que suele utilizarse para hacer referencia a este tema es la palabra antinomia, la cual es definida como “contradicción real o aparente entre dos principios o leyes, o entre dos pasajes de una misma ley”.<sup>665</sup>

Mientras que la mayoría de los autores emplean la locución antinomia en el sentido de “contradicción”, en su particular opinión Kelsen sostiene que de ese modo la palabra no está bien empleada, ya que la antinomia considerada como contradicción de leyes solo se presentaría si la discordancia se diera en el mismo texto del enunciado normativo.

Por su parte, Carlos Santiago Nino considera que

hay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles.<sup>666</sup> (...) La primera condición, para que haya inconsistencia normativa, es que dos o más disposiciones se refieran al mismo caso, y que tengan idéntico ámbito de aplicabilidad, mientras que la segunda condición, consiste en que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles.<sup>667</sup>

Las antinomias representan un problema de eficacia y seguridad jurídica importante, siendo en el derecho actual “el resultado de la existencia

<sup>665</sup> Real Academia Española. “Voz antinomia.” En Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Consultado en <https://dpej.rae.es> el 28/09/2022.

<sup>666</sup> NINO, C. (2003). Introducción al análisis del derecho. 2ª edición ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea y Depalma, pp. 272 y ss.

<sup>667</sup> NINO, *op. cit.* p. 273 ss.

del fenómeno de la sobrerregulación que se ha producido en los últimos tiempos con el objeto de prever todas las situaciones posibles”. Esto ha generado “no solo una incertidumbre en cuanto al volumen del universo normativo que rige en un determinado país, sino también problemas de incompatibilidad entre normas dentro de un sistema jurídico”.

De esta manera, la tarea de aplicar el derecho es una de las más complejas y difíciles, y por varios motivos, entre ellos, porque los ordenamientos jurídicos son obras realizadas por el hombre. Aun los más completos y extensos poseen imprecisiones e insuficiencias y, además, porque resulta prácticamente imposible prever todos los acontecimientos de relevancia jurídica que puedan acaecer en la realidad.

Como los distintos aspectos del lenguaje generaron problemas de interpretación, los juristas, a lo largo de la historia, han intentado buscar criterios de solución y lo han hecho mediante diferentes métodos cuyo análisis escapa al desarrollo de esta elaboración.

Es sabido que todo sistema jurídico debe responder al principio de coherencia, contra el cual atenta la presencia de un conflicto entre dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser aplicadas simultáneamente. Entonces, la supresión de este obstáculo solo puede consistir en la desaparición de una de las dos normas. Pero, para el logro de tal fin, la pregunta que surge es la siguiente: ¿cuál de las dos medidas debe ser eliminada? Esta es la consecuencia más delicada de la antinomia. En efecto, una cosa es identificar una antinomia y otra muy distinta es resolverla.

En conclusión, las reglas o técnicas para solucionar tales conflictos normativos “quedan a la discrecionalidad del aplicador, pues de hecho, es quien resuelve las controversias”.

## ***VI. 2. La cuestión en el Corpus Iuris (D. 50. 16)***

Las contradicciones en la compilación justiniana y el afán de explicarlas histórica y dogmáticamente han sido calificados por el insigne romanista e historiador del derecho Guillermo Floris Margadant como “un fascinador deporte intelectual y un buen método para familiari-

zarse con el mundo del *Corpus Iuris*”,<sup>668</sup> obra con la que concluye la llamada primera vida del derecho romano y que constituye el puntapié inicial de la segunda.

Tales discordancias responden, a veces, al empleo de citas que “efectivamente, son incompatibles entre ellas por el hecho de proceder de autores, de escuelas, épocas o psicologías diferentes”<sup>669</sup> y, en otras oportunidades, se deben a la acción de modernizar una cita mediante interpolación y no hacerse lo mismo con otra referencia sobre idéntico tema.

En algunas ocasiones, tales incompatibilidades se basan en ciertos desacuerdos dentro de la Escuela Clásica, que no resultan de la pugna entre proculyanos y sabinianos, ni surgen de las discrepancias entre una actitud más rígida y dogmática y otra más popular, sino simplemente en las circunstancias de que, muchas veces, hay tantos buenos argumentos para una solución como para otra, de manera tal que en la vasta literatura clásica conviven, para cuestiones detalladas, ideas propuestas que no coinciden entre ellas.

En búsqueda de una respuesta frente a estas discordancias, el mencionado académico formula la siguiente interrogación: ¿son genuinos los documentos por los que conocemos al texto del *Corpus Iuris*?<sup>670</sup> Como las transcripciones se realizaron a mano, suele ocurrir que la contradicción entre una norma y otra es un indicio de que hubo un error en la transcripción del texto, y algunas veces, efectivamente, una aparente contradicción ha sido motivo de una mejor aproximación al hipotético texto auténtico de la compilación justiniana. Sin embargo, en gran parte de los casos la disyuntiva entre las disposiciones justinianas no puede resolverse tan sencillamente.

Además, si recordamos la acelerada labor emprendida por la comisión de juristas a cargo de Triboniano para la elaboración del Digesto, obra que fue realizada en tan solo tres años cuando en los hechos se contaba

---

<sup>668</sup> MARGADANT, G. (1966). “Las contradicciones en el *Corpus Iuris*”. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*. T. XVI, N° 62, abril-junio, p. 21 ss. Consultada en revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx el 6/10/2022.

<sup>669</sup> *Ibidem*.

<sup>670</sup> MARGADANT, *op. cit.*

con un plazo de diez, se llega a la conclusión de que las masas sabiniana, edictal y papiniana no fueron cuidadosamente revisadas por el redactor central, sino más bien reunidas en la forma en que llegaron. De este modo, hay más duplicaciones y contradicciones entre las masas que en cada una de ellas. Sin embargo, dichos defectos fueron aprovechados por la ciencia romanista moderna para desentrañar datos sobre las fases del derecho romano que se esconden detrás de la fachada del *Corpus*.

Entre otros factores que causaron evidentes errores de transcripción (de vista o de oído), infiltrados en los antiguos textos, encontramos: el desgaste de los volúmenes de uso frecuente, que se disponían en forma de rollos (*volumina*), lo cual ocasionaba la necesidad de “trasplantar” el texto cada dos generaciones; también, la (usual) utilización de abreviaciones; y, finalmente, las diversas mutaciones sufridas por la letra misma. Todo ello contribuyó a tornar incomprensibles los escritos, acarreando fuertes conflictos con la lógica o contradicciones con otras citas, u otras partes de la misma cita.

## VII. Conclusión

Más allá de las causales que se esconden detrás de la controversia normativa presentada en esta elaboración, destacamos el paralelismo existente entre el derecho romano y el derecho argentino, que se aprecia mediante el simple cotejo de las disposiciones mencionadas a lo largo de la ponencia.

Mientras que en la época romana la cesárea era una práctica que solo se realizaba cuando la embarazada había dejado de existir con el fin de salvar al feto, hoy en día se torna obligatoria. Aunque la gestante haya manifestado su voluntad de parir de manera natural, cuando la vida del hijo esté en peligro, también está la de ella, siendo una más de las prácticas que se realizan para posibilitar el nacimiento, sin requerirse que la embarazada haya fallecido, todo gracias a los avances de la ciencia.

Así, tanto el derecho romano como el derecho argentino le dan prioridad a la vida de ese ser que “está saliendo al mundo”, a quien ambas reglamentaciones amparan expresamente en materia sucesoria.