

REFLEXIONES RESPECTO A LA POSICIÓN JURÍDICA DEL *NASCITURUS* EN EL PENSAMIENTO NAHUATL

Mercedes GAYOSSO y NAVARRETE

SUMARIO: *Introducción; I. Distinción conceptual entre hombre y persona en el pensamiento jurídico del occidente europeo antiguo; II. Distinción conceptual entre hombre y persona en el pensamiento náhuatl; 1. Visión del mundo para los nahuas; 2. Terminología relacionada con el concepto de nasciturus; 3. Prohibiciones y tradiciones en torno a la mujer preñada; III. Desarrollo de los conceptos hombre y persona en la legislación colonial e independentista; IV. Movimiento codificador Mexicano del siglo XIX; Conclusión.*

INTRODUCCIÓN

En las postrimerías del siglo veinte, en el que las relaciones internacionales son cada vez más fuertes e ineludibles y el enfrentamiento cultural inevitable, es indispensable mantener y reforzar las características de nuestra identidad.

En este sentido, en el ámbito del derecho, ha resultado valiosa la tarea que los organizadores de los Congresos de Historia del Derecho Mexicano están llevando a cabo.

Los cuatro periodos en que se ha distribuido el campo de investigación de su temario permiten redescubrir y reconstruir la fisonomía del sistema jurídico nacional, que con gran acierto se ha hecho partir de la época prehispánica, atravesando por la experiencia novohispana, independiente y revolucionaria; esto es, se ha tomado en consideración todo aquello que constituye el sistema, entendiendo acertadamente por tal el conjunto de factores, conceptos o elementos lingüísticos, religiosos, económicos, políticos y jurídicos, vigentes o no, pero en conjunto armónicamente conformadores de la realidad jurídica que va más allá del ordenamiento legal.

En este contexto el Seminario de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana ha dirigido su interés hacia el periodo prehispánico y en particular al aspecto de la familia

en temas como el *Tachihuín* o promesa de matrimonio entre los totonasacas y la búsqueda de la institución de la adopción entre los nahuas.

Con el afán de sistematizar nuestra investigación, resolvimos en esta ocasión volver la atención al problema central, no sólo de la familia sino del derecho, esto es, a los conceptos de hombre y persona en el mundo prehispánico, circunscribiendo el área de estudio a la cultura náhuatl, que es la más ampliamente conocida de manera directa e indirecta, y aplicando como método de trabajo, una vez más el siguiente:

Tomamos como marco teórico de referencia al derecho romano, por ser elemento de los sistemas jurídicos ibérico y mexicano y a partir de él emprendimos la reconstrucción de conceptos, principios y términos básicos hombre-persona, en la experiencia jurídica náhuatl, basándonos fundamentalmente en la obra de Sahagún, por considerarla una de las fuentes más importantes de nuestro pasado indígena.

Asimismo analizamos la legislación indiana e independentista hasta llegar a la codificación civil y descubrir el rompimiento conceptual de su tradición sistemática (náhuatl y romanística), y proponer retomar los conceptos tradicionales que son afines a nuestra historia e identidad.

I. DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE HOMBRE Y PERSONA EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO DEL OCCIDENTE EUROPEO ANTIGUO

Es evidente que nuestra preocupación central está en el plano conceptual; por ello sea permitido abrir un paréntesis para dejar constancia de lo que por concepto se entiende: "El concepto no es otra cosa que lo significado directamente por las palabras; es el resultado que se obtiene de la aprehensión de la realidad, a través de la cual el intelecto capta las propiedades inteligibles de las cosas".¹ Ahora bien, "el concepto jurídico es la representación intelectual del ser y de la naturaleza de las cosas, pero considerada desde el aspecto formal y perspectiva propia del saber jurídico".²

Por otra parte se puede aceptar el criterio de que los conceptos jurídicos se clasifican en fundamentales nociones primarias que desarrollan o concretan las notas características del *ius*; y derivados, que

¹ Hoyos Castañeda, I. M., *El concepto jurídico de persona*, Pamplona, Ed. Ediciones Universidad de Navarra, 1989, p. 35, quien en la construcción de la definición de concepto cita: "S. Th., Iq. 13 art. 1 resp., y Sanguineti, J. J., *Lógica*, Pamplona, Eunsa, 1982, p. 95".

² *Idem*, p. 527.

reciben su cualidad jurídica por la relación que tienen con una noción jurídica primaria. "Bajo esta clasificación, el concepto jurídico de persona es fundamental o básico, esto es, su entidad jurídica no radica en un concepto jurídico superior, sino en un concepto ontológico en el que se explica la última realidad de lo jurídico."³

Por tanto, dado que el concepto jurídico está afectado por la perspectiva *personal* "del saber jurídico", agregaríamos de la intención *política*, a la persona humana, al hombre, se le puede atribuir una dimensión jurídica *per se*, o únicamente concedida por el ordenamiento jurídico positivo, esto es por la ley. En la primera posición existe coincidencia entre lo ontológico y lo jurídico, correspondencia que no implica el desconocimiento de la diferencia formal. Para la segunda posición, la persona es un concepto que los legisladores pueden variar a voluntad.⁴

Hecha esta aclaración, haremos un breve recorrido por el pensamiento jurídico del Occidente europeo antiguo. Lo que por todos resulta aceptado es que la palabra persona indicaba originalmente "máscara teatral" utilizada para aclarar y hacer sonar la voz. Que su origen terminológico esté en el griego *πρόσωπον*, y en el etrusco *persu*, o en el latín *per-sonare*, carece de importancia. Lo cierto es que paulatinamente pasó a significar, entre otras cosas, "rol", el papel que cada uno desempeña, como parte de una situación jurídica.

Persona, por tanto, es el hombre-actor del derecho, como es actor el personaje de un texto dramático.

Dentro de las fuentes del derecho romano, la palabra "persona" muy rápidamente se utilizó como equivalente de "hombre" en cuanto tal, sin necesaria implicación jurídica. En este sentido Gai. I. 9: "*et quidem summa divisio. . . personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*".⁵

¡Es en algunos textos del derecho posclásico (*Nov. Theod. II, 17, I, 2, de 439*) donde el término "persona" se encuentra utilizado en un sentido diferente, muy próximo a lo que ahora se denomina "capacidad jurídica".

Sin embargo, desde el periodo Justiniano y hasta la jurisprudencia medieval y renacentista el término "persona" continúa libre, sin una

³ *Ibidem*.

⁴ Sobre esta discusión considero esencial el trabajo de R. Crestano, *Il "Problema delle persona giuridiche" in Diritto Romano*, Torino, Ed. G. Giappichelli, 1968, t. 1.

⁵ Y ciertamente la gran división. . . de las personas es que todos los hombres son libres o siervos (traducción del autor).

particular significación jurídica; esto es, se emplea sin valor técnico, de modo genérico.

Hasta ese momento continuó siendo válido el principio de que *persona est homo in statu quodam consideratus*.⁶

Será en un punto posterior en el que nos referiremos concretamente al análisis de las modificaciones sufridas en torno a estos conceptos, lo que orilló al manejo de otros principios como los de capacidad, personalidad, representación y hasta de ficción jurídica, para referirse a la persona por nacer. Por ahora deseo precisar mi posición en el sentido de que tanto son hombres, los libres como los esclavos (Gai. I.9), los *civis* romanos y los extranjeros, los *alieni iuris* es decir los que se encuentran bajo patria potestad *nasciturus* o *natos* o los que están fuera de ella, los *sui iuris*.

Estas circunstancias o *status* se refieren a integrar el concepto jurídico de persona, pero no el concepto humano de persona, si es que se desea emplear como sinónimo de hombre. Muy clara en este sentido es la explicación de Heineccius:

75. La palabra hombre y la palabra persona son sinónimas hablando gramaticalmente; pero se diferencian en el sentido jurídico. Toda persona es hombre, pero no todo hombre es persona.

Hombre es cualquiera que tiene mente racional en cuerpo humano. La persona es el hombre considerado en su estado. . .⁷

De la misma manera el diccionario de Escriche⁸ establece una clara distinción entre estos conceptos. Respecto de persona dice:

En derecho, no es lo mismo persona que hombre: hombre es todo ser humano considerado sin respecto alguno a los derechos que la ley le garantiza o le niega. *Homo est, cuicumque mens ratione proe-dita in corpore humano contigit*. Persona es el hombre considerado según el estado de que goza y que le produce ciertos derechos y deberes: *Persona est homo, cum statu quodam consideratus*. Entre los romanos, que habían consagrado la esclavitud era exacta la distinción; pues el esclavo, despojado de toda especie de derecho, no era realmente persona, sino solamente hombre, ser humano.

⁶ El hombre considerado en algún estado es persona (traducción del autor).

⁷ J. Heinecio, *Recitaciones del derecho civil romano*, Valencia, Ed. Librería de Pascual Aguilar, 1879, t. I, p. 108, Trad. Luis de Collantes y B.

⁸ Escriche, *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, Cárdenas Editor, t. II, p. 1346.

Y todavía aclara sobre el hombre que:

... en su acepción general y considerado según el estado natural, es nacido o sólo concebido; varón o hembra; mayor o menor de edad. Mas considerado según su estado civil, es libre o esclavo, noble o del estado general; clérigo o lego, vecino o transeúnte; natural o extranjero; padre o hijo de familia. . .⁹

Se podría decir que respecto a los conceptos hombre persona, son éstas las bases de la denominada tradición Justineaneo-ibérica que, como en su momento se esclarecerá, fue modificada por la creación de la clasificación del derecho en objetivo y subjetivo.

II. DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE HOMBRE Y PERSONA EN EL PENSAMIENTO NÁHUATL

El temario de estos Congresos señala en el punto I al "derecho precortesiano" y en su delimitación inicia por el azteca. Sin embargo, hemos venido presentando contribuciones aludiendo a lo náhuatl. Nos sentimos comprometidos a explicar el porqué. Ángel María Garibay¹⁰ refiriéndose al uso del término azteca en vez de náhuatl dice

¿por qué no azteca? ... No es lo mismo. Los aztecas son los fundadores de Tenochtitlan, diremos con simpleza, para no hacer confusas las cosas. Y hay muchos que nada tuvieron que ver, ni en la fundación, ni en el auge de este señorío central, ... y esos extraños también pensaron y se expresaron en lengua náhuatl. Tlaxcala, Chalco, Acolhuacan no son aztecas. Y de estas regiones tenemos documentos que nos dan el hilo para entrar al recinto mental de aquellos pueblos. La palabra "náhuatl" es más amplia y genérica y con ella señalamos lo que nos llegó en la lengua de Tenochtitlan, aun cuando no fuera de origen tenochca.

El concepto genérico hombre-ser humano en el mundo náhuatl se designa con la palabra *macehual* que si bien, posteriormente pasó a significar "hombre del pueblo", su origen mítico "el hombre en cuanto merecido por el sacrificio de los dioses. . . , implica un hondo concepto

⁹ Escriche, *Diccionario*, op. cit., t. I, p. 821.

¹⁰ En el prólogo a la tesis doctoral de León Portilla, *La filosofía náhuatl estudiada en sus fuentes*, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1956, pp. XII y XIII.

filosófico-religioso, referente al origen del hombre"; es decir: el hombre en cuanto tal.¹¹

El punto de apoyo más importante que se ha encontrado para analizar los conceptos de hombre y persona entre los nahuas, está en la tesis sostenida por León Portilla,¹² quien demostrando un profundo conocimiento del problema en el mundo occidental establece la génesis, desarrollo y fusión de ambos conceptos, para entrar después a la consideración de que "en el mundo náhuatl prehispánico, como lo prueban antiguos textos, se llegó a la elaboración de un concepto afin (al del mundo occidental) aunque de características propias y exclusivas".

Sustenta su opinión en el hecho de que la educación náhuatl impartida por el *tlamatini*, tiene como finalidad "hacer sabios los rostros y firmes los corazones". Así pues en el rostro, se encuentra el *próssopon* (aspecto de una persona), término que los griegos "en función de una metáfora (utilizaron) para connotar los rasgos propios y exclusivos de la fisonomía moral de cada ser humano.

De mayor trascendencia es su referencia al pensamiento náhuatl sobre la "fisonomía moral y principio dinámico de un ser humano", que toma del *in ixtli, in yolliotl*. Así como su preocupación por destacar el principio de que es del corazón de donde surge la acción, por lo que expresa: "debe subrayarse que, al incluir el corazón en el concepto náhuatl de persona, se afirma que si es importante la fisonomía moral expresada por el rostro, lo es con igual o mayor razón el corazón, centro del que parece provenir toda la acción del hombre".

Con lo que descubre agudamente la noción jurídica de acción, de posibilidad de poner en movimiento.¹³ Al mismo tiempo destaca la capacidad de la cultura náhuatl para llegar al concepto de persona, cuando agrega que "se completaba así entre los nahuas, mejor que entre los mismos griegos, la idea del rostro, con la del dinamismo interior del propio yo".

Además de las reflexiones jurídico-filosóficas; robustece su posición trayendo a cuenta el argumento etimológico, cuando explica que "conviene recordar que *yolliotl*, corazón, etimológicamente se deriva de la misma raíz que *oll-in*, 'movimiento', para significar en su forma abs-

¹¹ León Portilla, *op. cit.*, p. 316.

¹² León Portilla, *op. cit.*, pp. 199 y ss.

¹³ Justamente definida por Margadant, G. F., *El derecho privado romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, México, Ed. Esfinge, 1968, p. 136, como facultad de poner en movimiento el órgano jurisdiccional competente.

tracta, la idea de 'movilidad', 'la movilidad de cada quien' ".¹⁴ Podemos decir que de esta manera llega a considerar los presupuestos para ser persona.

Es decir, señala los *status* a que puede acceder cada hombre, porque no se ha olvidado de la distinción hombre-persona, por el contrario asegura, que llegar a tener un rostro y un corazón, es una búsqueda, una meta, a la que contribuyen para lograrla los padres y los dirigentes nahuas. A la persona se le describe como "dueño de un rostro, dueño de un corazón", para ello los *tlamatinime* comunicaban "sabiduría a los rostros y firmeza a los corazones".

Esto precisamente constituye el ideal supremo de su educación, la *ixtlamachiliztli*, "acción de dar sabiduría a los rostros" y de otras prácticas como la *yolmelahualiztli*, "acción de enderezar los corazones".

Rostro y corazón resultan en nuestro criterio, la conjunción ideal para significar el concepto de persona. Aluden a la esencia misma; el rostro es el aspecto (*prósoopon*), pero al mismo tiempo sirve para sonar, es la máscara, que cada actor utiliza en el foro cuando actúa, se mueve y pone en movimiento; por ello necesita el corazón o *yollotl*, palabra derivada de *col-lin*: "movimiento" que en su forma abstracta de *yol-lotl* es "movilidad", "la movilidad de cada quien".

De aquí que el concepto de persona resulte necesario entre los nahuas para identificar al hombre que ha alcanzado los *status*, es decir, aquel que se ha convertido en dueño de un rostro y de un corazón. Rostro que debe ser sabio y corazón que debe ser firme. Atributos que recaen en un hombre, pero que no todo hombre tiene.

1. Visión del mundo para los nahuas

Una vez establecida la distinción jurídica entre persona y hombre, nuestra preocupación es la de descubrir si para los nahuas el hombre lo es desde la concepción.

Para ello es necesario puntualizar previamente su *Weltanschauung*, o visión del mundo. Se dice que esta cultura,

no concedía al hombre sino un papel ínfimo en la organización de las cosas. Su destino estaba sometido al todo poderoso o *tonal pohualli* (ciclo del calendario). Su vida en el otro mundo no dependía en nada de consideraciones morales. Su deber consistía en

¹⁴ Para el concepto de corazón como energía, actividad v. también. Sejourne, L., *Pensamiento y religión en el México antiguo*, México, FCE, 1984, pp. 140 y ss.

combatir y morir por los dioses y por la conservación del orden del mundo.¹⁵

Esto es, su visión o concepción del mundo está basada en la creencia religiosa, de la que emergen la filosofía, la política¹⁶ la economía, el arte, la medicina¹⁷ y el derecho. Lo que asimismo explica la ausencia de sistemas independientes o autónomos en cada una de las áreas. Sistematización que sin embargo es posible alcanzar, valiéndonos de nuestra experiencia y de la investigación.

A. *Aspectos anímico y fisiológico de la concepción.* Por tanto, en la concepción del hombre deben distinguirse dos aspectos: el anímico y el fisiológico, es decir

la etiología divina, que atribuía a la dualidad suprema, *Ometecuh-tli* y *Omecihuatl*, la remisión de las entidades anímicas al vientre de las madres, y la etiología fisiológica, la formación corporal del niño a partir de la unión de los dos líquidos generativos paterno y materno en el interior de la mujer.¹⁸

A partir de la etiología divina, aspecto anímico, resulta consecuente la creencia de que "el hombre es la encarnación de una partícula celeste".¹⁹

Lo que queda probado en los relatos de Sahagún,²⁰ a través del siguiente fragmento del libro VI, relativo a la "Retórica y filosofía moral y teología de la gente mexicana. . ." capítulo XXIV "en que se pone lo que hacían cuando la recién casada se sentía preñada"

¹⁵ v. Soustelle, J., *El universo de los aztecas*, México, FCE, 1983, p. 56.

¹⁶ v. López Austin, A., *Hombre-Dios religión y política en el mundo náhuatl*, México, Instituto de Investigaciones Históricas, UNAM, 1989.

¹⁷ v. Aguirre Beltrán, G., *Medicina y magia. El proceso de aculturación en la estructura colonial*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1980, p. 38, en donde se refiere a ella diciendo "¿Cuál es la característica principal de esa medicina? Evidentemente su *pathos* constituido por su clima místico en que se desenvuelve. En efecto los hombres de la medicina azteca participan de los atributos sagrados de los sacerdotes; la ira incontrolable de los dioses es causa de enfermedad y en el diagnóstico y en el tratamiento de las dolencias intervienen fuerzas divinas. La medicina, al igual que otros sistemas proyectivos de la sociedad azteca, se sitúa y rige en el plano de lo sobrenatural. Recibe el arte de la denominación de *ficíotl*, pero en las disciplinas queda comprendida, en lugar prominente, 'la agorería de echar suertes'".

¹⁸ López Austin, A., *Cuerpo humano e ideología. La concepción de los antiguos nahuas*, México, UNAM, 1984, p. 335.

¹⁹ Sejourne, L., *Pensamiento y religión. . .*, op. cit., p. 65.

²⁰ Sahagún, B. de, *Historia general de las cosas de la Nueva España* (numeración, anotación y apéndices de Ángel María Garibay K.), México, Porrúa, 1198?.

5. Oíd pues, señores que estáis presentes, y todos los demás que aquí estáis, viejos y viejas y canos y canas: sabed que nuestro señor ha hecho misericordia, porque la señora N., moza y recién casada, quiere nuestro señor hacerle misericordia y poner dentro de ella una piedra preciosa y una pluma rica, porque ya está preñada la mozuela; y parece que nuestro señor ha puesto dentro de ella una criatura.

B. *Posición y función del hombre.* Otro aspecto que nos interesa destacar, es el relativo a la posición y función del hombre, que ya quedó apuntada en la cita de Soustelle, cuando expresa que el deber del hombre "consistía en combatir y morir por los dioses y por la conservación del orden del mundo". Tal afirmación me resulta válida para todos los hombres, a pesar de la estratificación social del mundo náhuatl, por todos conocida. No encuentro distinción, en cuanto destino del hombre, que pudiera tomar en cuenta la personal tarea que por la condición de cada uno, en cada clase social le estuviera reservada. Aclaremos esto ya que por ahora, únicamente contamos con testimonios referidos a los hijos de "los señores principales y mercaderes", localizados en el libro VI, capítulo XXXIV de la obra de Sahagún, en lo relativo a los saludos que se le daban a la criatura. En primer término se le advertía sobre los trabajos y sufrimientos.

4. Habéis de trabajar, y habéis de afanaros, y habéis de cansaros; para esto habéis sido enviado a este mundo. Bien sabemos que fuiste adornado y compuesto de dones antes de la creación, para ser estimado y amado.

Después se le hacía saber que había sido deseado y esperado y que su reino lo gozaría algún tiempo, es decir de paso, en préstamo.

5. ... por ventura habéis sido enviado para llevar a cuestras a la república, y para guardar y para concertar el reino de aquel que está en todo lugar...

6. Vos habéis, señor, de poner el hombro y las espaldas, para llevar sobre vos al pueblo y a la república, y vos habéis de sufrir el trabajo, y vos habéis de sentir cansancio de esta carga, habéis de ser el que la ha de llevar a cuestras, vos habéis de hacer sombra y amparo, y debajo de nuestro gobierno y a nuestra sombra ha de estar toda la república o reino.

23. ... por ventura merecerá la república gozarle, y se amparará debajo de su sombra y debajo de su abrigo...

2. Terminología relacionada con el concepto de *nasciturus*

Como se puede apreciar, no resulta fácil establecer una distinción entre los aspectos divino y humano de la concepción. Por nuestra parte, más que pretenderlo, aprovechamos la unidad para intentar la explicación de las prohibiciones y medidas de protección que rodeaban a la mujer preñada; no sin antes reclamar la atención sobre el uso de algunos de los verbos nahuas que significan "concebir" o "preñar"²¹ y que transcribo, en su traducción literal:

- 1o. *Itic montlalia in piltzintli*: "en el vientre se asienta el niño"
- 2o. *itetia (nite)*: "formar vientre a alguien"
- 3o. *itetinemi*: "vivir en el vientre"
- 4o. *it'acahui*: "haberse dañado"

Del análisis terminológico y filológico resulta evidente que el concebido, "el niño" está en el vientre materno, vive en él, porque como ya lo hemos visto el señor lo ha puesto y porque la mujer se ha "dañado".

Sobre esto último resulta sumamente importante señalar que conforme al diccionario de Molina²² los términos *itlacauhqui*, *itlacahui* e *itlacahuiztli* significan "cosa dañada o corrompida, mujer recién preñada, huevo huero o empollado". "Esto indica que se creía que la concepción se iniciaba mediante un proceso de corrupción, es de suponerse que del semen. Debe entenderse esta corrupción sin una necesaria carga negativa. En el hombre como en el vegetal, era el estado previo necesario para la recomposición de la materia".²³ Lo que se interpreta como la descomposición del fruto para que la semilla germine.

3. Prohibiciones y tradiciones en torno a la mujer preñada

No obstante que ha quedado probada la existencia del concepto de hombre y persona en el mundo náhuatl, es conveniente insistir sobre el momento en que lo consideraban como tal, dado que como ya se ha dicho el objetivo central de este trabajo, es descubrir si en la cultura náhuatl, a partir de la concepción, el *nasciturus* fue considerado hombre o parte de las vísceras maternas; por tanto, entramos al análisis

²¹ Mencionados por López Austin, *Cuerpo humano...*, op. cit., p. 336.

²² Molina, A. de, *Vocabulario en lengua castellana y mexicana*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1944, XIX, p. 122.

²³ López Austin, A., op. cit., p. 336.

de los testimonios de la época. Afortunadamente Sahagún nos ofrece al respecto un material no sólo abundante sino elocuente. Dedicó diecisiete capítulos, del XXII a XL, del libro VI, a las costumbres de la sociedad doméstica, y en particular en los capítulos XXVI al XXXIII describe los ritos de la preñez al bautismo. Asimismo incluye un apéndice al libro V, referido a las "abusiones" de las que un alto porcentaje están referidas a la mujer preñada.

Para que el análisis resulte válido, deseamos insistir en el argumento fundamental o punto de partida para poder entender la cultura náhuatl; me refiero a su visión cosmogónica y su régimen teocrático, lo que explica que lo jurídico sea una parte sutilmente integrada al sistema total, eminentemente religioso.²⁴

Por otra parte, considero que referirse a preceptos tradicionales, prohibiciones²⁵ y costumbres, significa entrar al campo del derecho, ya que no se trata de meras sugerencias o consejos paternales, o del grupo familiar y social, sino de la intervención directa, sistematizada y ritual de quienes ejercen el poder, preservando la tradición mágico-religiosa-política, para lo cual aplican las viejas costumbres, porque existe además la opinión común de que son necesarias²⁶ y con referencia al *nasciturus* vitales en el sentido biológico y social más profundos, pues como ha quedado demostrado, el que va a nacer está predestinado a cumplir un destino, una función en la república.

Comenzaremos por las "abusiones" y por ello me permito traer de nuevo a cuenta la opinión del maestro Aguirre Beltrán (*supra* nota 17) cuando dice que "La medicina... se sitúa y rige en el plano de lo sobrenatural. Recibe el arte de la denominación de *ticiotl*, pero en las disciplinas queda comprendida, en lugar prominente, 'la agorería de echar suertes' ". Veamos algunos ejemplos de los relatos de Sahagún:

²⁴ Fenómeno o experiencia que también se encuentra entre los hebreos, para quienes la fuente de derecho es la Biblia, o entre los musulmanes el Corán. Con la diferencia de que el desarrollo de la cultura náhuatl fue interrumpido.

²⁵ "En suma, durante todo el periodo anterior al parto, una red de prohibiciones y preceptos tradicionales encerraba a la madre y aun al padre con el fin, se creía, de proteger al niño". Soustelle, J., *La vida cotidiana...*, *op. cit.*, p. 190.

²⁶ D. Jul. 1.3.32.1 No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada, y este es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque, ¿qué importa que el pueblo declara su voluntad con votos, o con las mismas cosas y con hechos? Por lo cual también está perfectamente admitido, que las leyes se deroguen no sólo por el voto del legislador sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso.

Libro V, X.— DE LA PREÑADA

... decían que para que la mujer preñada pudiese andar de noche sin ver estantiguas (fantasmas) era menester que llevase un poco de ceniza en el seno o en la cintura, junto a la carne.

Libro V, XIX.— DE LA MUJER PREÑADA

1. Otra abusión dejaron los antiguos; y es, que la mujer preñada se debía de guardar de que no viese a ninguno que ahorcaban, o daban garrote, porque si le veía decían que el niño que tenía en el vientre nacería con una soga de carne en la garganta.

2. También decían que si la mujer preñada miraba al Sol, o a la Luna cuando se eclipsaba, la criatura que tenía en el vientre nacería mellados los brazos, y por esto las preñadas no osaban mirar al eclipse, y, para que esto no aconteciese, si mirase el eclipse poníase una navajuela de piedra negra en el seno, que tocase la carne.

3. También decían que la mujer preñada, si mascaba aquel betún que llaman *tzictli*, la criatura cuando naciese, que le acontecería aquello que llaman *motentzopoonia*, que mueren de ello las criaturas recién nacidas. . .

4. . . . que la mujer preñada, si anduviese de noche, la criatura que naciese sería muy llorona; y si el padre andaba de noche y veía alguna estantigua, lo que naciese tendría mal del corazón.

6. Y también los hombres se ponían en el seno chinas o *piciatl*, para excusar el peligro del hijo que estaba en el vientre de la madre. . .

A partir de estos textos, creo que pueda admitirse, pues salta a la vista, la razón que se encuentra en la base de estas "abusiones" o conjuros: "la criatura que tenía en el vientre". Esto es, no son medidas a favor de la madre, ella se "debía de guardar" en el sentido de cuidar, por el hijo que está depositado en el vientre, por eso "no osaba mirar el eclipse".

Los fragmentos 3 y 4 aluden a la criatura cuando nazca y en los fragmentos 4 y 6, las indicaciones se encaminan al padre, al hombre.

Todo esto me sugiere por una parte, el hallazgo de las primicias relativas al principio de paridad *nasciturus-nato* y por otra, la posibilidad de constatar que la armonía que caracterizó a la cultura náhuatl, no hace distingos en razón del sexo, en lo que se refiere a la responsabilidad frente al *nasciturus*.

En el libro sexto capítulo XXIV "En que se pone lo que hacían cuando la recién casada se sentía preñada", describe Sahagún el rego-

cijo de los padres de la mujer, las fiestas que celebraban con "comida y bebida, y flores olorosas, y cañas de humo", invitando más tarde a los padres del marido para llevar a cabo la reflexión sobre el origen y protección divina de que gozan todos los hombres, y finalmente anunciar la preñez de la hija diciendo que el "señor ha puesto dentro de ella una criatura".

En el capítulo XXV, se registra el ritual de felicitaciones que los parientes del marido presentaban a la embarazada. Después de lo cual le hacían saber que debía dar gracias a los dioses y le "avisaban" sobre su responsabilidad, señalándole "que se guarde de todo lo que puede empecer a la criatura", lo que podía evitar a través del sacrificio, servicio a Dios, y oración. Además le hacían recomendaciones concretas para que no se enfermara y por ello, directa o indirectamente, afectara la salud de la criatura. Todo ello se desprende de los siguientes textos de la multicitada obra de Sahagún:

8. Oíd otra cosa, hija mía, que os encomiendo mucho: mirad que guardéis mucho la criatura de dios que está dentro de vos; mirad, no habléis con él; mirad que no seáis causa de alguna enfermedad por vuestra culpa, a la merced que vuestro señor os ha hecho, que es haberos dado criatura, que es como un joyel con que os ha adornado; mirad que os guardéis de tomar alguna cosa pesada con los brazos, o de levantarla con fuerza, porque no empezáis a vuestra criatura; mirad, hija que no uséis el baño demasiadamente, mirad que no lo matéis con el calor demasiado del baño.

9. De otra cosa os aviso, y ésta quiero que la oiga y la note nuestro hijo, vuestro marido N., que está aquí, y es esto: porque somos viejos, sabemos lo que conviene; mirad, los dos, que no os burléis el uno con el otro porque no empezáis a la criatura. . .

12. Seáis hija, muy bien aventurada y próspera, y vivas con mucha salud y contento; y viva con sanidad y con salud lo que tenéis dentro de vuestro vientre. . .

En el párrafo 8 la advertencia está cargada de implicaciones jurídicas, se habla de causa y culpa. Literalmente se le dice "mirad que no seáis causa de alguna enfermedad por vuestra culpa". Ser causa de alguna enfermedad que sufrida por la madre, afecte al concebido mediando su culpa; culpa que también se presenta si empezca a la criatura por imprudencia "tomando alguna cosa pesada". Pero la culpa puede llegar a producir la más grave consecuencia: la muerte. Por ello, le advierten "mirad que no lo matéis con el calor demasiado del baño".

En el punto 9 el aviso del suegro a su nuera, pone de manifiesto la responsabilidad conjunta del padre y la madre, cuando expresa: "De otra cosa os aviso, y ésta quiero que la oiga y la note nuestro hijo".

Finalmente el párrafo 10 revela abiertamente el anhelo de salud física y psicológica para dos seres que tienen vida: a la madre se le desea que sea "muy bien aventurada y próspera" y que viva con mucha salud y contenta; para el concebido, que es otro ser vivo dependiente directo de la madre, el deseo es el mismo: "que viva con sanidad y con salud".

Bajo estos avisos y parabienes transcurren los primeros meses de vida del *nasciturus*. Al séptimo u octavo mes se celebraba una nueva fiesta entre los parientes de los casados en la casa de los abuelos maternos. Durante la fiesta un pariente viejo del marido "hacía un parlamento para que se buscara una partera bien instruida en su oficio para que partease a la preñada", la argumentación se encuentra contenida en el punto 2 del capítulo XXVI.

2. ... ya es tiempo, ya conviene que la pongáis en las manos y sobre las espaldas de alguna buena partera, diestra en su oficio, que se llama *ticitl*, y sea rogada y hablada como es costumbre (por) los que sois padres y madres de la moza; oiga vuestras palabras con que como padres y madres la roguéis, para que tome este negocio a su cargo.

La partera debe partear a la preñada, es decir extraerle el parto, el niño, la criatura, el *nasciturus*; términos todos, con los que se hace referencia al producto de la concepción. Así es que se busca a la partera en función del que va a nacer.

Tan delicada tarea se pone "en las manos y sobre las espaldas de alguna buena partera". La metáfora utilizada alude a un cargo, a un oficio que implica responsabilidad. A partir de aquel momento la partera o *ticitl* tiene el cuidado del vientre y ello como efecto de la aceptación del cargo, a través del acuerdo que ha tenido con los parientes del *nasciturus* y todo en nombre de la costumbre.

Naturalmente el argumento del origen divino está simultáneamente presente en la petición y en las reiteradas recomendaciones. Veamos un ejemplo del libro VI, capítulo XXVII.

1. Señora, aquí estáis presente, háos traído nuestro señor, que está en todo lugar. Persona honrada y digna de veneración. También

aquí están presentes los viejos y viejas, vuestros mayores. Saben, señora que esta mozuela está preñada, mujer casada con N., que aquí está, vuestro siervo, sus padres y sus parientes os la presentan y encomiendan, porque nuestro señor, que rige el mundo, quiere hacer con ellos misericordia en darles una piedra preciosa y una pluma rica, que es la criatura, que ya viene dentro del vientre de su madre. . .

En éste, como en varios de los textos hasta aquí analizados, hemos encontrado que para referirse al que está en el vientre, al niño, se utiliza la designación de piedra preciosa y pluma rica y así se le dice a la partera respecto de los padres que "nuestro señor, que rige el mundo, quiere hacer con ellos misericordia en darles una piedra preciosa y una pluma rica, que es la criatura".

A su vez la partera, después de lavar a la criatura recién nacida decía:

8. . . . ¡oh piedra preciosa, oh pluma rica, oh esmeralda, oh zafiro!, fuiste formada en el lugar donde están el gran dios y la gran diosa, que es sobre los cielos, formóos y os crió vuestra madre y vuestro padre que se llama Ometecutli y Omecihuatl, mujer celestial y hombre celestial.²⁷

Pues bien, estas creencias encuentran su fundamentación en el origen mismo de los dioses; tanto Huitzilopochtli como Quetzalcóatl nacen de una pluma y una piedra preciosa, respectivamente.

En el libro III, capítulo 1, Sahagún hace referencia al nacimiento de Huitzilopochtli, hijo de Coatlicue:

2. . . . Cotlicue hacía penitencia barriendo cada día en la sierra de Coatepec, y un día acontecióle que andando barriendo descendióle una pelotilla de pluma, como ovillo de hilado, y tomóla y púsola en el seno junto a la barriga, debajo de las naguas y después de haber barrido (la) quiso tomar y no la halló de que dicen se empreñó; . . .

El origen de Quetzalcóatl, Sahagún no lo refiere, sin embargo "en los *Anales* de Cuauhtitlán se dice que la madre de Quetzalcóatl. . .

²⁷ Al respecto aclara Séjourné, *Pensamiento y religión. . .*, op. cit., p. 66 que "el término náhuatl que designa el lugar donde vive la pareja celeste, Tlacapilla-chialoya, significa lugar donde se fabrican los niños de los hombres".

concebió porque se tragó un chalchihuitl (piedra preciosa)". Es esta una cita de Séjourné,²³ quien por otra parte afirma que "Existen numerosos indicios que permiten deducir que el alma humana estaba simbólicamente representada por la piedra preciosa o la pluma".

Los relatos en los que resulta evidente la participación divina en la concepción del hombre y su semejanza con los dioses que como vimos nacieron de una pluma y de una piedra preciosa, son varios, así por ejemplo en el libro VI, capítulo XXV se felicita a la preñada diciéndole:

3. Por ventura es verdad que nuestro señor Quetzalcóatl, que es criador y hacedor os ha hecho esta merced, Por ventura lo ha determinado el que reside en el cielo, un hombre y una mujer, que se llaman Ometecutli, Omecihuatl.

De igual manera lo hacen los señores principales y mercaderes en ocasión del nacimiento del primogénito. Libro VI, capítulo XXXIV:

2. . . . oh piedra preciosa, oh esmeralda, oh zafiro, oh plumaje rico, cabello y uña de alta generación!; seáis muy bienvenido, seáis muy bien llegado, habéis sido formado en el lugar más alto, donde habitan los dos supremos dioses, que es sobre los nueve cielos. Os han hecho de vaciadizo, como una cuenta de oro, os han agujerado como una piedra preciosa muy rica y muy labrada vuestro padre y vuestra madre, el gran señor y la gran señora, y juntamente con ellos nuestro hijo Quetzacóatl.

No es el lugar, ni me compete entablar una polémica a ese respecto; sin embargo parece que esta filosofía encaja lógicamente en el enfoque que he dado al desarrollo del trabajo; si recordamos los textos transcritos, el *nasciturus* es llamado niño desde que está en el vientre; asimismo se utilizan como sinónimos para nombrarlo: "piedra preciosa" y "pluma de gala" y si la divinidad, o sea el alma, estaba simbolizada por las piedras preciosas y las plumas entonces el *nasciturus* tenía alma.

Para fortalecer esta posición se ofrece otro argumento. Los niños que morían sin haber alcanzado el uso de razón iban al "*Chichihua-cuahco*", voz compuesta de *chihua* (nodriza) *cuahuitl* (árbol) y la desinencia de lugar *co*, que da al compuesto el significado de "en el

²³ *Idem*, p. 66.

árbol nodriza".²⁹ Lo que implica que tenían alma, una vida en el más allá, eran hombres.

III. DESARROLLO DE LOS CONCEPTOS HOMBRE Y PERSONA EN LA LEGISLACIÓN COLONIAL E INDEPENDENTISTA

Derecho indiano

A partir de la presencia del conquistador en las Indias, a los indios les fue aplicada primeramente la legislación española contenida en las Siete Partidas, puestas en vigor por don Alfonso X *el Sabio*; vía por la que el derecho romano tiene su primera recepción en América.

Esta obra tanto en la Colonia como en los albores de la Independencia, aunque no siempre de manera formal, juega un papel protagónico, inspiradora de la legislación y doctrina de aquellos periodos.³⁰

Tocante a nuestro interés sobre los conceptos hombre y persona en el prólogo al título XXIII, p. IV, "Del estado de los omes" se dice:

El estado de los omes, e la condición de ellos, fe de parte en tres maneras. Ca, o fon libres, o fiervos, o aforrados aque llaman en latín libertos E aun y ha otro departamiento. Ca. o fon nafidos, o por nafer. E pues que en los Titulos ante defte fablamos de las tres maneras primeras, queremos aqui decir en general, del estado que pertenesce a los omes en otras guifas, que parecen como estraños. E primeramente diremos, que quiere dezir estado. . . E quantas maneras fon del. E. a que tiene pro. E en quantas cosas fe de parte la fuerca del.

Y en el libro I, título XXIII, p. IV, tenemos: "*status hominum, tanto quiere dezir en romance, como el estado, o la condicion, o la manera, en que los omes biuen, o estan. . .*"

²⁹ León Portilla, M., *La filosofía náhuatl. . .*, op. cit., pp. 219 y ss. señala: "Finalmente, después de habernos referido a los que van a la casa del Sol y al *Tlalocan*, que eran para los nahuas los dos lugares de deleite y de triunfo más allá de esta vida, toca referirnos brevemente a un último sitio no mencionado en el citado Libro III de la *Historia de Sahagún*, pero sí representado entre otros en el Códice Vaticano A 3738, o sea el llamado *Chichihuacuauhco*". De ahí pasa a desarrollar todo el significado que ya hemos transcrito.

³⁰ Refiriéndose a "las primeras décadas de la vida nacional" mexicana González. Ma. del Refugio, *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX*, México, UNAM, 1981, pp. 41-42 expresa: "... de la consulta de cualquiera de los textos: Sala, Febrero, Álvarez se desprende la importancia que habían llegado a adquirir las Partidas como texto básico para el conocimiento del derecho privado. Por ejemplo, cada capítulo de Sala señala qué partida se está siguiendo".

La misma Partida en el libro III, establece “*En que estado e de que condicion, es la criatura, mientras que fea en el vientre de su madre*”.

Del enunciado de esta ley podemos desprender la filosofía que inspira a la obra. La criatura es y está en el vientre de su madre, no forma parte de sus vísceras, la expresión “*demientras que eftouiére la criatura en el vientre de su madre*”, precisa la circunstancia temporal de un ser individual, llámesle hombre o persona. Lo que se confirma asegurando que “*toda cosa que se haga, o se diga, a pro della, aprovechafe ende, bien afsi como si fueffe nascida*. Principio romano del *commodum*. Robustecido por medidas procesales que pueden constatar en el libro VII, título XXII, p. III, que ofrece la posibilidad de un juicio sumarísimo para garantizar alimentos al *nasciturus*.³¹

Titulada por su autor “Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias”, la obra legislativa de J. M. Álvarez es después de las Partidas la más romanizada y difundida.³² Para México adquiere una importancia singular porque estuvo considerada como derecho supletorio.³³

Las fuentes de que se valió Álvarez fueron las provenientes de los órganos legislativos castellanos y naturalmente procedentes del *Derecho romano justiniano*.³⁴

Por lo que hace al concepto de “hombre” transcribe el de J. Heinico, en sus *Recitaciones*, y agrega, que por naturaleza los hombres se dividen en nacidos y por nacer.

Los principios del *commodum* y el de la paridad nascituro-nato, están presentes cuando se refiere a los póstumos “porque siempre que se trate de la comodidad de los póstumos, se tienen por ya nacidos” fundando su afirmación en el libro III, título XXIII, p. IV.

A través de estas dos obras la tradición justiniana-ibérica se mantiene sin chocar en su esencia y realidad con la experiencia jurídica

³¹ Gracias al artículo 211 del Decreto Constitucional de 1814, las Partidas permanecieron “en todo su vigor. . . El espíritu de esta disposición fue el que privó en el siglo XIX hasta la promulgación de los códigos en el último tercio del siglo XIX” afirma R. González, *op. cit.*, p. 28.

³² Todas las referencias a la obra están tomadas de la edición facsimilar de la reimpresión mexicana de 1826, estud. preliminar, fuentes y bibliografía por García LaGuardia, J. M., y R. González, Inst. de Inv. Jur. de la UNAM. En la que se mencionan además las ediciones de Arriola, 1854; Filadelfia, 1826, Lanuza, Nueva York, 1827; *El Manual de Práctica*, 1828 (adiciones a la obra) e *Instituta Mexicana* o *Álvarez Amplificado*, 1843.

³³ v. González, R., “Historia del derecho mexicano”, en *Introducción al Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1981, t. I, pp. 48 y 55.

³⁴ v. García LaGuardia, J. M., y R. González, *op. cit.*, *supra*, p. 103.

náhuatl. Específicamente por lo que hace a los conceptos de hombre y persona, pudo cumplirse el contenido de Recopilación de Indias.

2.1.4. "Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas. . . de nuevo se guarden y ejecuten".

IV. MOVIMIENTO CODIFICADOR MEXICANO DEL SIGLO XIX

Puedo decir que el movimiento codificador del siglo pasado se produjo como una natural reacción a lo establecido, más que como una elección o vocación. Se pensó que podría lograrse el cambio por decreto, como lo muestran los múltiples que fueron expedidos: ya el "de 6 de octubre de 1821 de la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano", se pronunció en el primer párrafo del Acta de Independencia, sobre cuál sería la actitud: "La nación mexicana, que por trescientos años ni ha tenido voluntad propia, ni libre uso de la voz, sale hoy de la opresión en que ha vivido".

Pero como ya antes lo hemos comentado, el *corpus* de derecho colonial siguió vigente sobre todo en materia de derecho privado. Lo urgente era consolidar constitucional y políticamente a la Nación, por lo que la codificación civil tuvo que esperar casi cincuenta años.

La facción liberal preponderante desde 1867 hasta 1880 —abarcando el régimen juarista—, se inclinó hacia las nuevas doctrinas que dejan su huella a partir del primer Código civil de 1870.

El Código civil del Distrito Federal y de la Baja California de 1870, en un título preliminar "De las leyes y sus efectos, con las leyes generales de su aplicación" en el artículo 12 se refiere a la capacidad jurídica y dice que: "... Se adquiere por el nacimiento; pero desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la Ley; y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

En este momento el derecho mexicano se adhería estatalmente a la corriente pandectística-germánica.

En el libro primero, título primero "De las personas", se ocupa "De los mexicanos y extranjeros". Omit un concepto de persona, y es hasta el título tercero que se refiere a las "morales".

A principios del presente siglo la inquietud por poner al día la legislación, está nuevamente presente. El Congreso Constituyente de Querétaro de 1917 estaba preocupado por que se expidieran diversas leyes

y particularmente las que protegieran de mejor manera los intereses de la familia "sobre bases más racionales y justas" según el primer párrafo de los "considerandos" del decreto que Venustiano Carranza primer jefe del Ejército Constitucionalista, emitió.

En dichos "considerandos" es abierto el anhelo de "ideas modernas" para lograr alejarse del "rigorismo de las viejas ideas romanas conservadas por el derecho canónico" y así continúa el texto con la pretensión de validar el rechazo a la tradición romano-canónica. Cabe señalar que el Congreso Constituyente de 1917 está preocupado fundamentalmente por reivindicar los derechos sociales vulnerados por los treinta años de dictadura porfirista, durante los cuales las instituciones, la legislación y la judicatura fueron corrompidas para mantener la aparente paz porfiriana. Por tanto, el resentimiento ante toda forma de tradición ligada al pasado inmediato era más un impulso que una reflexión.

Por eso, aun cumpliendo con lo solicitado por el Constituyente, cuando se decreta la "Ley sobre relaciones familiares" cuya pretensión era modificar de inmediato el *status quo*, en tanto se expedía un nuevo código, el concepto de persona, no sufre modificación alguna. Código civil para el distrito y territorios federales.

Una década más tarde García Téllez, miembro de la Comisión Redactora del Código civil de 1928, sección de legislación civil³⁵ dirigía su crítica a la codificación anterior argumentando que después de la Constitución de 1917

se conceptuaba indispensable llamar a revisión los postulados del individualismo romanista y napoleónico. . . . es innegable que el Código aún en vigor, no cumple ya su misión, porque una nueva filosofía jurídica ha sustituido a la antigua, vitalizando, ampliando, socializando, es decir, modernizando los conceptos de libertad, de propiedad, de responsabilidad, para modificar su estructura de preeminentes derechos individuales, que deben quedar subordinados a los derechos sociales.³⁶

No obstante, un poco después cuando explica el método para la elaboración del código dice que se efectuó un estudio comparativo "de la legislación común latina, hispanoamericana, europea".³⁷

³⁵ v. García Téllez, I. *Motivos, colaboración y concordancia del Nuevo código civil mexicano*, México. Ed. Porrúa, S. A., 1965.

³⁶ *Op. cit.*, pp. 2 y ss.

³⁷ *Ibidem.*

¿Qué resultó en este nuevo Código?

En el libro primero, "De las personas", título primero, "De las personas físicas", carece como los anteriores de un concepto sobre ellas y entra directamente a la capacidad.

En lugar de la expresión "desde el momento en que un individuo es procreado" utilizada en los códigos anteriores, adopta el concepto de "concebido". Continúa con el principio de ficción jurídica, y aplicando el del *commodum* bajo la expresión "los efectos declarados en el presente Código".

Muy importante resulta la mención de los artículos 359, 364 y 2357 que mencionan a los "hijos no nacidos" para reconocerles sus derechos. Así el 359 dentro del capítulo III "De la legitimación", expresa: "Pueden gozar también de ese derecho (la legitimación) los hijos no nacidos" y el 364 "Puede reconocerse al hijo que no ha nacido...".

Así como el 2357: "Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme al artículo 337.³⁸

O los que le conceden la posibilidad de ser instituidos herederos (artículos 1314 y 1638) o legatarios (artículo 1391).

De alguna manera, estos códigos continuaron manteniéndose cerca de la tradición justiniana-ibérica.

Crítica a la posición pandectística germánica del siglo XIX

La tradición justiniana-ibérica fue la base del derecho indiano que se modificó por la creación de los conceptos de "derecho objetivo-derecho subjetivo".

Por considerar a R. Orestano como uno de los más profundos críticos del fenómeno, transcribimos su opinión. Él afirma que

las cosas comenzaron a cambiar en el curso del siglo XVIII, cuando bajo el impulso ideológico del individualismo iusnaturalista se pretendieron hacer coincidir el *status hominis naturalis* y el *status hominis civilis*, esto es, la noción de un hombre como referencia naturalista y la noción de persona como referencia jurídica sosteniendo que todo hombre sería de por sí en cuanto tal portador de "derechos subjetivos", todos recayendo en su "potestad de querer", elevada a identificación natural de su personalidad y a elemento motor de las relaciones jurídicas de las que él era cabeza.³⁹

³⁸ Similares artículos se encuentran en los dos códigos anteriores.

³⁹ Crestano, S., *op. cit.*, pp. 16 y ss. (traducción del autor).

Continúa su reflexión haciendo alusión a que esta fusión y confusión de conceptos dio lugar a la hipótesis de que el hombre, en cuanto que ser jurídico, depende de la preexistencia de normas sociales y no de su condición natural de hombre.

Y agrega "Este paso de una concepción esencialmente objetivista del derecho a una concepción eminentemente subjetivista, se realizó sobre todo en la construcción de la pandectística alemana desde fines del siglo XVIII y el XIX, en el marco de una elaboración sistemática de la doctrina general del derecho privado".⁴⁰

La corriente pandectística germánica fue generando, a través de sus representantes⁴¹ verdaderas ficciones, como la de Savigny que equipara hombre con persona o sujeto de derecho, utilizando además, indistintamente para referirse a la persona, las nociones de capacidad,⁴² personalidad⁴³ y representación, como puede desprenderse de su propia explicación:

... Todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente al ser racional, y por esto la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre, pudiéndose formular la identidad primitiva de ambas ideas en estos términos: Todo individuo y sólo el individuo, tiene capacidad de derecho. . .⁴⁴

Las terribles consecuencias de que la noción de hombre sea reducida a conceptos abstractos, manejados por los órganos estatales pueden deducirse de la siguiente cita:

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Como otro ejemplo tenemos la creación del concepto de persona moral de Pufendorf, elaborado o desprendido según su visión de las *universitates*, tratados por canonistas y civilistas del medievo como "*personae fictae*", las cuales opuso a las "*personae simplices*". v. Crestano, R., *op. cit.*, pp. 14 y ss.

⁴² "La palabra moderna capacidad no tiene un equivalente jurídico en latín. Cicerón la utiliza para designar la *capacitas animi*. De ahí que se usa para significar todo aquello que puede contener alguna cosa. Así el ser capaz es el que tiene mucha cabida, puede recibir, tener, padecer o hacer alguna cosa. . ." D'Ors, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa, 1983, p. 342.

⁴³ "Las nociones de persona, personalidad y capacidad no han tenido históricamente el mismo significado conceptual. Sólo a mediados del siglo XIX formuló Savigny el concepto jurídico de persona, como ser sujeto de derechos y obligaciones". García Gallo, A., *Curso de historia del derecho español*, Madrid, Ageda, 1956, p. 534.

⁴⁴ Savigny, M. F. C. de, *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, Ed. F. Góngora y Cia., 1878, t. I, pp. 272-273. (trad. Jacinto Mesia y Manuel Poley).

Verdaderamente que el derecho positivo. . . puede modificar la idea primitiva de la persona, restringiéndola o ampliándola, de igual modo que negar a ciertos individuos la capacidad de derecho en totalidad y en parte, y además arrancando, por decirlo así dicha capacidad del individuo, crear artificialmente una personalidad jurídica. . .⁴⁵

Tanto es así que él mismo pretende hacer depender la capacidad, y evidentemente la existencia real de la persona (hombre) de la cita de Ulpiano en D. 25.4.1.1. de la que hace derivar el siguiente concepto: "La capacidad natural comienza en el momento mismo del nacimiento, esto es, desde que el individuo se ha separado completamente de su madre".⁴⁶

Negando por tanto la capacidad a "*qui in ventre est*" y reduciendo su existencia intrauterina a una verdadera ficción jurídica, concepto que recoge nuestra legislación civil.

CONCLUSIÓN

En el desarrollo de la presente investigación ha quedado claro:

1o. Que en el pensamiento jurídico del Occidente europeo antiguo existe una distinción entre el concepto de hombre ser humano y el concepto de persona, que hace referencia a los *status* de los hombres; en consecuencia, el hombre *nasciturus* está considerado como tal desde la concepción y no como una ficción. De ahí el principio de paridad *nasciturus-nato*.

2o. Para el mundo náhuatl la conceptualización es la misma.

3o. Por tanto entre ambas tradiciones, a este respecto, no hubo choque cultural durante el periodo colonial.

4o. La ruptura dentro del sistema jurídico mexicano se produjo cuando en los códigos civiles se adoptó, extralógicamente, la corriente pandectística-germánica del siglo XIX.

5o. Los elementos que conforman el sistema jurídico mexicano son el romano-canónico, el indiano y el indígena.

Por tanto, se propone que la legislación mexicana retome el concepto jurídico de hombre que le es inherente.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Idem*, p. 274.