

**"EL DERECHO ROMANO ACEPTA EL COMIENZO DE LA
EXISTENCIA DE LAS PERSONAS DESDE LA
CONCEPCIÓN EN EL SENO MATERNO"**

NORBERTO DARIO RINALDI

1. Los grandes tratadistas despiertan en sus lectores, aún en aquellos que hacen de la investigación doctrinaria un culto, una suerte de temor reverencial que muchas veces les impide analizar con libertad de criterio las aseveraciones de aquellos.

En ocasiones se han deslizado errores que luego, por no corregirlos, se incorporan a la doctrina pacíficamente aceptada, y dan lugar a casos curiosos en los que se hace expresa mención del párrafo equivocado y luego se trata de salvar error con agregados y salvedades que terminan en verdaderos galimatías.

Es famoso el caso de un tratado de Introducción al Derecho en que el autor por cierto que muy prestigioso dice que son fuentes del derecho la ley, la costumbre, la Jurisprudencia y la Doctrina, para agregar de inmediato que la Doctrina ahora "no es fuente formal de Derecho" (CARLOS MOUCHET-ZORRAQUÍN BECÚ, "Introducción al Derecho", 4ta edición pags 213 y ss), ¿porqué la menciona en su Tratado?; simplemente porque se viene incorporando el error desde hace mucho tiempo y contrariar a tantos copistas aparece como una audacia o una irrespetuosidad que asusta aún a los que gozan de generalizado respeto.

Precisamente el ser humano debe en gran medida su progreso a su capacidad de cuestionar lo que le es presentado como inmodificable. — Ese río no se puede cruzar pero se cruza; lo que es más pesado que el aire no puede volar, pero vuela; el hierro no puede flotar, pero flota.

Como un ejemplo más de lo dicho veamos el caso del *nasciturus* en el Derecho Romano. — Más concretamente la cuestión sería si el Derecho Romano reconoce personería al concebido aún no nacido.

2. Sabido es que VELEZ SARSFIELD en su magna obra dice textualmente: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...” (art. 70 del Código Civil).

No cabe duda, en consecuencia, de que para Velez el *nasciturus* es “persona”, y esto está fuera de toda discusión.

Lo que aparece como poco fundada, o decididamente errónea, es la generalizada afirmación de que, en este rubro, Velez se ha apartado del Derecho Romano. — El error parte no tanto de la lectura que se hace del Código Civil, sino de hacerle decir al Derecho Romano cosas que no ha dicho.

El propósito de este trabajo no es, por cierto, analizar si el codificador consideraba al *nasciturus* persona ya existente, sino en saber si, en este caso, se ha apartado o no del Derecho Romano.

Adelantamos nuestra modesta posición negativa aunque la doctrina tradicional Argentina ha sido unánime en la respuesta afirmativa.

SALVAT, para empezar con el que — quizás — es el más prestigioso, encuentra entre el sistema del Código Civil y el Derecho Romano, la peculiaridad de que, si bien ambos sometan la adquisición de derechos por parte del *nasciturus* al nacimiento con vida, para el Derecho Romano es una condición suspensiva y para Velez resolutoria.

Dice textualmente SALVAT en su “Tratado de Derecho Civil” página 208 y siguientes “360. En el derecho romano la existencia de las personas principiaba con el nacimiento; antes

de nacer, el ser humano no era considerado como una persona, sino simplemente como una entraña de la madre (*pars viscerum matris*); pero por una ficción, el hijo concebido era considerado como si ya hubiera nacido, siempre que se tratara de hacerle adquirir un derecho; *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ajus agitur*. Los derechos eran adquiridos sólo en caso de producirse el nacimiento con vida y en condiciones regulares. — Esta condición, por consiguiente, funcionaba como condición suspensiva. — 361. Existen, pues, las siguientes semejanzas entre el sistema de nuestro Código y el seguido por el derecho romano; 1º) el reconocimiento de la capacidad del hijo concebido no nacido, es solamente al efecto de hacerle adquirir derechos (*quotiens de commodis ejus agitur*); no podría por consiguiente invocarse en contra suya; 2º) los derechos no se adquieren sino a condición de que el hijo nazca vivo. — Pero existen también los siguientes diferencias fundamentales: 1º) para nuestro código, el ser humano concebido en el seno materno es una persona real, ya existente, y a ese título se le reconoce capaz de adquirir derechos; en el sistema romano, por el contrario, el ser concebido pero aún no nacido, no es una persona y si se la reconoce capaz de adquirir derechos, es solamente en virtud de la ficción que lo equipara al ser humano ya nacido; 2º) como consecuencia, en tanto que para nuestro código esta condición funciona como resolutoria, en el derecho romano funcionaba como suspensiva.”

Si se lee con atención especialmente este último párrafo surge como una afirmación sin sustento aquello de que “en el sistema romano el ser concebido pero aún no nacido, no es una persona...”. — También aparece claro que la única diferencia que SALVAT encuentra es esta, por cuanto lo que aparece como segunda es solo una consecuencia de la anterior.

La fuente inspiradora de SALVAT en la materia parece ser SAVIGNY.

LLAMBÍAS, al tratar el tema en su “Tratado de Derecho Civil. Parte general” (página 243 y siguientes) solo hace una referencia tangencial al Derecho Romano, al que le hace decir

que ubica el momento inicial de la vida de las personas en el día de su nacimiento sin aclaración ni referencia alguna; adjudicándole también a FREITAS haberse apartado del derecho romano.

Pero tiene LLAMBIAS una muy grave contradicción cuando dice que gracias a esa interpretación (la de VELEZ y FREITAS) queda explicado satisfactoriamente que se castigue el aborto premeditado (art. 85 del Código Penal) y que, dice textualmente el autor: “en los países en que exista la pena de muerte se suspende la ejecución de las mujeres encintas hasta después del alumbramiento.”

Lo que parece ignorar LLAMBIAS es que también en el Derecho Romano se suspendía la ejecución de las mujeres encintas y aún más, ni siquiera eran sometidas a tormento, como se verá más adelante.

Siguiendo — entonces — el razonamiento del autor citado, y aplicando el ejemplo de la pena de muerte, nos encontramos con que, salvada la omisión en que incurrió, no tendrá más remedio que aceptar que FREITAS y VELEZ, lejos de apartarse de lo que el Derecho Romano decía, lo siguen escrupulosamente; ya que Derecho Romano dice exactamente lo contrario de lo que LLAMBIAS le hace decir.

3. Pasando ahora a los romanistas recordemos que Arangio RUIZ (“Instituciones de Derecho Romano” Parte general, página 43 y siguientes) encuentra que la regla “*pro iam nato habetur*” — que hace derivar del Digesto 1, 5, 26 “parecería” violar aquella que requiere el nacimiento del hombre para que se tenga un sujeto de derecho. — Lamentablemente no aclara el autor porque la regla “*pro iam...*” viola a la anterior y no viceversa.

De la misma manera SCHULZ (“Derecho Romano clásico”, página 72 y siguientes) afirma que “la máxima “*pro iam...*” es de origen moderno, pero a continuación se la adjudica a los juristas clásicos que dice que la utilizaban (la frase) “con fines escolásticos”. Entonces... si es moderna; ¿porque la usan los clásicos? Por otra parte ignoramos porqué razón descali-

fica la máxima siendo que los clásicos utilizaban infinidad de ellas con "fines escolásticos".

LAPIEZA ELLI y DI PIETRO ("manuel de Derecho Romano", página 105 y siguientes) afirman que "mientras el concebido esté en el vientre de la madre se lo considera... sólo como una parte de la mujer"; pero luego agregan que "la evolución posterior... acuñará más tardíamente la regla" *nasciturus pro iam nato habetur*". No hay en su obra una definición final, pero queda la duda sobre su posición, ya que solo parecen hacer de la cuestión un análisis histórico: primero fué una "reg.a" y luego la otra. Nos queda la duda sobre cual de ellas debe considerarse "Derecho Romano" o si-quizás-ambas merecen el lugar.

Quien quizás representa con más claridad la actitud descalificatoria de la máxima "*pro iam...*" en beneficio de la "*pars viscerem matris*" es BONFANTE, cuando dice en "Derecho Romano" (parte general, página 39 y siguientes); "Así, en algunos pasajes de nuestras fuentes legales parece que los concebidos son plenamente puestos a la par con los nacidos". Juliano dice: los que están en el útero se reputa en casi todo el derecho civil que son como nacidos (D. 1.6.26), y conforme a esto suena un proverbio vulgar: *conceptus a nasciturus pro iam nato habetur*. Sigue diciendo BONFANTE: Pero estas máximas como de ordinario los principios generales expresados por los romanos, deben ser entendidos con cautela y admitidas con las debidas restricciones; tomadas al pie de la letra son falsas y están en contradicción con otras enunciadas por los mismos romanos, los cuales niegan la personalidad del que está por nacer". Pero también de la lectura imparcial y detenida de BONFANTE queda una duda, ya que no aparece claro cuáles son las razones para descalificar la regla "*pro iam nato*" y aceptan como principio el concepto "*pars viscerum matris*", ya que si — como propone Bonfante — actuamos con cautela frente a la enunciación de principios generales, la misma cautela le cabe a una como a otro.

Con ligeras variantes IGLESIAS, ARGUELLO y ARIAS RA-

MOS, como D'ORS, adhieren a las posiciones esbozadas por BONFANTE.

4. La idea aceptada por la generalidad, con mayor o menor énfasis, es — entonces — la de que el *nasciturus* es “una porción de la mujer o sus visceras” muy claramente desarrollada en un fragmento de Ulpiano (D. 25.4.1) cuando dice “... Resulta muy claramente de esto rescripto que no tenían lugar los senadocunsultos sobre reconocimiento de hijos al disimular o negar la mujer su embarazo, y no sin razón, pues el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus visceras. Claro que, una vez que ha nacido de su madre, puede ya el marido pedir de propio derecho, mediante un interdicto, que le sea exhibido el hijo o que se le permita llevarsele”.

Con todo respeto por los grandes juristas que han examinado este fragmento; no parece que Ulpiano se está refiriendo más a la “madre” que al “hijo”? — La lectura completa del caso nos lleva a la convicción de que no estamos para nada tratando la situación jurídica del hijo, sino la probable disputa entre sus padres acerca, precisamente, de su paternidad. — En esa disputa Ulpiano razona que, antes de nacer el hijo es una porción de la madre, pero luego de nacido, naturalmente, el padre ya puede pedir... que se le permita llevarsele.

Podría llevarlo antes del parto? No. Porque? Porque es una porción de la madre. En consecuencia al hijo no se lo puede “materialmente” (no “jurídicamente”) desprender de la madre.

Nos preguntamos si el fragmento transcrito tiene que ver con la persona del concebido o con la disputa de sus padres. Por otra parte, si se trata de la persona del *nasciturus*, no se entiende por qué razón se lo incluye dentro del título sobre la inspección del embarazo y la guarda del hijo.

Como vemos el fragmento que ha servido para que tantos juristas funden su tesis resulta, por lo menos, endeble. Sacada del contexto la frase “el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus visceras” parece muy terminante; pero, analizando el caso más detenidamente, la tesis pierde consistencia.

5. Veamos ahora como sigue la cuestión analizando algunos de los numerosos casos en que las fuentes, se refieren al tema, otorgando diversas "excepciones" al "*principio*" de la "*pars viscerum matris*"; no sin adelantar que las dichas excepciones son tantas y tan coincidentes que cuesta mucho descubrir porqué sigue sosteniendosela.

La doctrina acepta pacíficamente que el status del *nasciturus* se determina en el momento de la concepción.

Así vemos en las Institutas de Gayo (189) "... el estado de los hijos concebidos legítimamente se determina en el tiempo de la concepción", y en I. 147. Como en muchos otros casos a los hijos póstumos se los considera como ya nacidos, está admitido que a dichos póstumos se les pueda dar tutores por testamento lo mismo que a los ya nacidos... Podemos también instituirlos herederos".

Lo mismo surge del Digesto (D.1.5.11 y 12) donde Paulo dice: "Paulo respondió que aquel que fué concebido viviendo el padre e ignorando la unión de su hija aunque haya nacido después de la muerte del abuelo, no se reputa ser hijo legítimo de aquel de quien fué concebido. Está ya recibido por razón de la autoridad del doctísimo varon Hipócrates que al nacer al séptimo mes es parto perfecto; y por eso se ha de creer, que el que de justas nupcias nació al séptimo mes, es hijo legítimo."

Más adelante Ulpiano afirma (D.1.5.18) El emperador Adriano respondió por rescripto a Publicio Marcelo, que la mujer libre, que estando embarazada fué condenada a la última pena, paría un libre; y que se acostumbraba conservarla, hasta que diese a luz el parto. Pero si a la que concibió de justas nupcias se le han entredicho el agua y el fuego, para un ciudadano romano, y bajo la potestad del padre". Y en otro fragmento (D. 1.9.7.1) "... si alguno verdaderamente hubiere sido concebido antes que su padre sea removido del senado, pero hubiere nacido después de perdida esta dignidad de su padre, hay más razón para que sea reputado como hijo de senador; pues plugo a los más que debía atender-se al tiempo de la concepción."

La doctrina también acepta pacíficamente que, a los afec-

tos sucesorios, el *nasciturus* “se le admite un nivel de existencia” (DI PIETRO-LAPIERA ELLI, obra citada, página 105). Así surge de Ulpiano cuando dice (D. 38.16.1.8.): “... se deberá decir que pueden suceder los herederos suyos, si vivieren, o al menos hubieren sido concebidos, al tiempo de la muerte del testador”.

El mismo Ulpiano agrega (D.38.16.1.11) “Pero no solamente los naturales, sino también los adoptivos tendrán derechos de consanguinidad con los que están en la familia, o en el claustro materno o con los que nacieron después de la muerte del padre”.

Unánimemente los autores aceptan que el *nasciturus* puede beneficiarse a partir de la concepción. Para ello se basan en Paulo (D.1.5.7) cuando dice: “El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trata de las conveniencias de su propio parto, aunque, antes de nacer, en manera alguna favorezca a un tercero”.

También en Ulpiano (D.38.17.1.5) que afirma: “... el que está en el claustro materno es puesto en posesión en fuerza de todas las partes del Edicto”.

Finalmente, con referencia a la posibilidad de que se dé un curador al *nasciturus*, todos los autores aceptan que la respuesta que da el Derecho Romano a la cuestión es afirmativa. Pero ello se basan en los fragmentos de Modestino (D.26.5.20); Hermogeniano (D.26.7.48) y Ulpiano (D.27.10.8).

Vemos entonces que los mismos autores que consideran al *nasciturus* como “parte de la mujer o sus visceras” aceptan sin dificultades que esa “parte” tenga determinado su status, se le admite un cierto nivel de existencia a los efectos sucesorios; puede beneficiarse y merezca un curador

6. Por si todo lo expuesto fuera poco, nos queda aún por analizar la regla contraria.

Más allá que la locución es de Ulpiano (D.29.2.30.1), la regla “*pro iam nato habetur*” parece baterse en Paulo D.1.5.7 (“*in rebus humanis*”) y también en un fragmento de Juliano (D.1.5.26) cuando dice: “los que están en el útero se entiende

en casi todo el Derecho Civil que son existentes (*in rerum natura*). Es verdad que está el “casi”, pero también es cierto que toda regla tiene excepciones y suena como mucho más coherente esta interpretación que su oponente.

Más adelante tras señalar algunos casos en que el *nasciturus* se le reconocen diversos derechos se refiere a un caso en que específicamente se separa jurídicamente al *nasciturus* de su madre: “... si una esclava embarazada hubiere sido hurtada, aunque hubiere parido en poder de un comprador de buena fé, lo que hubiere nacido, como cosa hurtada, no se usucapirá”.

Si nos preguntamos la razón de que no sea usucapida, solo nos encontramos con una: en el vientre materno el *nasciturus* ya tenía su propia personalidad. Note-se que en este caso no se trata objetivamente de “beneficiar” al *nasciturus* ya que, en principio, para él es lo mismo tener uno u otro señor. Su vida, entonces, ha comenzado antes del nacimiento, pues fue “hurtado”, cuando fue hurtada su madre.

Ulpiano es también muy prolífico en la materia. Es así que dice:... “el que está en el vientre al tiempo de la muerte (del padre), es considerado como ya nacido...” (D. 29.2.30.1); más adelante encontramos (D. 37.9.1) que al *nasciturus* se lo ponía en posesión de la herencia: “... Así como el pretor cuidó de los descendientes que ya habiéndose nacido, no descuidó tampoco, por la esperanza de que nacieran, a los que todavía no habían nacido; porque también los amparó en esta parte del edicto, poniendo al que está en el claustro materno en posesión en lugar de darle la posesión de los bienes contra el testamento.”

En el mismo sentido, sigue Ulpiano (D. 37.9.1.2) “Más el que está en el claustro materno es puesto en posesión siempre que no fue desheredado y lo que hubiere en el claustro materno habrá de ser considerado entre los herederos suyos...”

También puede el *nasciturus* recibir la libertad (D. 40.5.24.6) “Al concebido y nacido de la que fue condenada a las minas se le puede dar la libertad por fideicomiso...”.

Finalmente es también de Ulpiano el siguiente párrafo

(D. 48.9.19.3) que, para nosotros, adquiere especial significación: "La pena de la mujer embarazada condenada a ser ejecutada se difiere hasta que para. Yo ciertamente sé que se observa, que tampoco se la sujeta al tormento mientras está embarazada".

Resulta incomprensible que la pena de muerte de una mujer embarazada se suspenda hasta que se produzca el nacimiento, si lo que está por nacer es solamente "una parte de la mujer o de sus vísceras" y aún es más incomprensible que, si no se le reconoce personalidad alguna, se preserve al *nasciturus* de los tormentos, método común de investigación en la época.

7. Hay también un fragmento de Scevola (D. 38.9.10) que viene a ratificar nuestra posición, cuando dice: "Una ticia que falleció intestada dejó a su hermana Septicia, nacida de otro padre, y a su madre embarazada de otro marido; preguntó, si, habiendo repudiado la madre la herencia, mientras estaba embarazada, y habiendo dado después a luz a Sempronia, podría también Sempronia obtener la posesión de los bienes de Ticia. Respondió, que si la madre fué excluída de la herencia, puede obtenerla aunque, según se dice, nació después.

Esto resulta claramente contradictorio con el principio "*pars viscerum matris*" por cuanto parecería que si la mujer repudió, la herencia sus vísceras no pueden dejar de repudiar. Pero, para respuesta de aquellos que dicen que el *nasciturus* sólo se le reconocía capacidad de beneficiarse el fragmento que antecede nos agrega otra réplica ya que la herencia puede acarrear beneficios, pero puede también traer deudas.

8. Llegando ya al final de este trabajo, parece conveniente citar dos fragmentos más del Digesto que van en apoyo de la existencia efectiva de una regla que fuera bautizada con la locución de Ulpiano "*pro iam nato habetur*".

Dice Celso (D. 38.16.7) en fragmento que es necesario citar mencionando el anterior Juliano: "...La ley de las Doce Tablas llama a la herencia al que existiere al morir aquel de

cuyos bienes se trata... (Celso) o si viviendo éste fué concebido, porque se estima que el concebido existe en cierto modo.

En similiar sentido leemos a Paulo (D. 50.16.231) cuando dice: "Lo que decimos, que el que se espera que nazca es tenido por sobreviviente, es verdad siempre y cuando se trata de derechos del mismo; mas no aprovecha a otros sino habiendo nacido."

9. A propósito hemos dejado para el final lo expuesto por Juliano (D. 38.16.8.1) que dice así: "Si alguno hubiese dejado a su mujer embarazada, y a su madre y a una hermana, y viviendo la mujer hubiese muerto la madre, y luego hubiese parido la mujer un hijo muerto, la herencia legítima le pertenece a sola la hermana, porque es cierto que la madre falleció al tiempo en que no le pertenecía a ella la herencia legítima".

Aquí cabe preguntarnos a quién que no fuera el *nasciturus* le correspondería la legítima, si no le correspondía a la madre. — No obstante su posterior nacimiento sin vida, no modifica la situación.

En el ejemplo transcrito el *nasciturus* termina naciendo muerto y, a pesar de ello, Juliano afirma que cuando la madre falleció "no le correspondía" la legítima.

Entonces, el nacimiento es, volviendo a lo que decía Salvat al principio, condición resolutoria, por lo que el codificador argentino no se ha apartado del Derecho Romano, sino que se ha conportado conforme al mismo.

10. Por supuesto que cabe reconocer que todo lo expuesto más arriba no alcanza para afirmar rotundamente que el Derecho Romano consideraba al *nasciturus* como "persona" desde el momento de la concepción — según la tajante definición de VELEZ — pero creemos que puede servir de punto de partida para cuestionar la doctrina tradicional argentina que ha afirmado que el Derecho Romano no reconocía al *nasciturus* personalidad, considerándolo, solamente, "una parte de la mujer o de sus visceras".