

## EL NASCITURUS EN EL DERECHO ROMANO Y EL CRITERIO DE FREITAS

MARIO C. RUSSOMANNO  
Universidad de Buenos Aires

I. El temario de este importante Congreso me permite presentar esta ponencia que se adecua a los dos primeros temas: "El romanismo de los juristas ibéricos y latinoamericanos" y "Personas: el nascituro y su protección jurídica".

Es que, con este trabajo, intento someter a examen diversos fragmentos de fuentes jurídicas romanas, para dilucidar si en ellas el concebido era considerado como persona, es decir como un ser distinto de la madre que lo albergara en su seno. Desde ya, adelanto que mis conclusiones configuran mi homenaje al insigne codificador de mi país, Dalmacio Vélez Sarsfield, y al genial jurista brasileiro, autor de esos dos inmortales monumentos de la ciencia del derecho que son la "Consolidação das leis civis" y el inconcluso Proyecto de Código Civil o Esboço: Augusto Teixeira de Freitas, a quien muchos consideramos como sin desmedro de Federico Carlos de Savigny, el mayor jurista del siglo XIX.

Hace cuatro años comencé a escudriñar algunos fragmentos del Digesto alusivos a los "nascituri", siguiendo mi natural inclinación a poner en duda lo que la "communis opinio" da por indiscutible y, como fruto de mis interpretaciones, obtuve la fuerte impresión de que, en esa materia, Vélez Sarsfield, aceptando las ideas de Freitas, había plasmado en el código civil argentino la verdadera doctrina seguida en el período justiniano del derecho romano.

Esa aproximación al tema que expongo aquí, la expuse como ponencia en el Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, que celebramos en la ciudad de Mendoza en agosto de 1986. Entre los participantes se encontraba mi ilustre colega de Roma, el professor Pierangelo Catalano, a quien profesó alta estima personal e intelectual, quien me hizo saber que estaba efectuando una tarea similar y, tiempo después, me hizo llegar sendas copias de dos monografías suyas al respecto, las cuales han guiado la investigación que someto a vuestra consideración.

II. En el derecho romano, el concepto de "persona" se identificaba con el de "hombre" y por eso Gayo (Inst. 1, 9) explica que la principal división ("summa divisio") del derecho de las *personas* es "quod omnes *homines* aut liberi sunt aut servi" (que todos los *hombres* son libres o esclavos).

Esa identidad conceptual, que surge del criterio de distinguir las *personas* por el rol que desempeñaren los hombres en la sociedad — lo cual surge asimismo de la etimología de la palabra: "persona" = "personare", con referencia a la máscara acústica de los actores teatrales — corresponde a un criterio concreto, el cual, en época moderna, es sustituido por otro que parte de una base distinta de la de Gayo, entiendo que, como los esclavos eran cosas, resultaba que, si bien toda persona, es hombre, no todo hombre es persona, con lo que se llega a un concepto abstracto de persona, identificándola con "sujeto de derecho", titular de derechos y obligaciones, ente dotado de capacidad (ver Catalano Pierangelo: "Los concebidos entre el deræcho romano y el derecho latinoamericano" in El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Lima, 1986, pp. 229 ss.).

Esa diferente acepción del vocablo "persona" dio lugar a dos criterios distintos acerca de la "personalidad" del concebido. Desde el punto de vista concreto o real, no podría negarse la existencia, la vida de ese ser intrauterino, y así encontramos fragmentos del Digesto que mencionan al "que está en el útero" ("*qui in utero est*") como lo hacen JULIANO (D. 1, 5, 26), PAULO (D. 1, 5, 7) y ULPIANO (D. 50, 16, 121). Con un criterio que puede denominarse "abstracto" — porque

no toma en cuenta la real existencia del feto, sino los derechos que puedan corresponderle — no se asigna personalidad al concebido, y algunos sostienen que, en el derecho romano, no se le reconocen derechos, sino que éstos se les reservan por la esperanza de que nazcan con vida.

La primera interpretación ya la encontramos en el antiguo derecho español, y así leemos en el *Fuero Juzgo* — traducción, en el siglo XIII, del visigótico *Liber Iudiciorum*, aprobado en el año 601 — el siguiente fragmento:

“Nos fazemos servicio a Dios quando conseiamos aquellos que han de nacer”. “E por ende establescemos que si el marido muriere, e dexa muier preñada, el fiio que nasciere después sea heredado igualmente en la buena del padre con los otros fíos”, “E si non dexare nengún fiio e diere su buena a quien quisiere, mandamos que pueda dar la quarta parte, é las tres partes deve aver aquel que nació después de la muerte del padre” (F. J: 4, 3, 20).<sup>1</sup>

En la misma línea se ubican las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio, promulgadas en el año 1348.<sup>2</sup>

La segunda interpretación la encontramos en la Edad Moderna, y así escribe DOMAT:

“Los niños que están todavía en el seno de sus madres, no tienen su estado regulado, y no debe serlo sino por el nacimiento. Y por eso no pueden ser contados entre los infantes, ni siquiera para adquirir de sus padres los derechos que da el número de los infantes. Pero la esperanza de que nazcan vivos, hace que se los considere, en lo que a ellos concierne, como si ya hubiesen nacido. Así se les conservan las sucesiones deferidas antes de su nacimiento, y que se les resguardan; y en sus nombres los curadores pueden adquirir las sucesiones. Así

<sup>1</sup> Los Códigos españoles concordados y anotados, Madrid, 1872, p. 137.

<sup>2</sup> Conf. Catalano, P.: “Osservazioni sulla personalità dei nascituri alla luce del diritto romano” (da Giuliano a Teixeira de Freitas.) in *Rassegna di diritto civile*, 1988, 1, pp 45 ss.

se pena como homicida a la madre que procura su aborto".<sup>3</sup>

A comienzos de la Edad Contemporánea — en la primera mitad del siglo XIX — el genial jurista alemán Federico Carlos de Savigny, con la sencillez y claridad que lo caracterizó, realiza una simbiosis de los dos criterios que acabo de exponer y, advirtiendo que opiniones como la de DOMAT son autocontradictorias — puesto que se refieren a los concebidos como "los niños que están aún en el seno materno", y después dice que "no pueden ser contados entre los niños", agregando que se los considera como ya nacidos "por la esperanza de que nazcan vivos" —, pretende salvar esa contradicción exponiendo que antes del nacimiento

"hay un tiempo bastante largo, durante el cual el infante vive ya, si bien no por sí, dependiente e íntimamente ligado a la existencia materna..." "Muchos textos del derecho romano dicen terminantemente que, durante la gestación, el feto no es todavía una criatura humana, le falta existencia propia, debiéndosele considerar como formando parte de la madre, mientras que otros, por el contrario, le asimilan al infante ya nacido". Y agrega que la primera regla — recordemos, la que no le reconoce vida propia al concebido — "expresa la realidad de las cosas en un estado presente; la segunda es una simple ficción que no puede aplicarse sino a un cierto número

---

<sup>3</sup> "Les enfants qui sont encore dans le sein de leurs niens, n'ont pas leur état réglé, et il ne doit l'être que la naissance. Eu jurques-là ils ne peuvent être comptés pour des enfants, non pas même pour acquérir à leurs pères les droits que donne le nombre des enfants. Mais l'espérance qu'ils *naciront* vivans, fait qu'on les consedère, en ce qui les regarde eux mêmes, comme s'ils étoient déjà nés. Ainsi on leur conserve les successions échues avant leur naissance, et qui les regardent; et on leur nomme des curateurs pour prendre soin des successions. Ainsi on punit comme homicide la mère qui procure son avortement." "Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et *legum delectus*", t. I. Paris, 1777, p. 10, Tít. II: "Des personnes", section I, art. VI.

de hechos especialmente determinados y en muy estrecho límite”.<sup>4</sup>

Así que, según Savigny, durante la gestación “el infante vive ya”, pero no tiene vida propia sino que es parte de su madre; y esa contradictoria situación de vivir y no vivir es una realidad; en cambio, asimilar al que está en el vientre con el ya nacido es una ficción. Me parece que la inteligente explicación del jurista alemán no destruye, sino que acentúa, la contradicción.

En cambio, por fin, la aludida contradicción desaparece con la interpretación del otro genio del derecho del siglo pasado: Augusto Teixeira de Freitas.

Freitas en las notas a los artículos 53 y 221 de su “Esboço” hace una profunda crítica a Savigny y, en base también a fragmentos romanos, afirma que la existencia del ser intrauterino “... es real, sus efectos jurídicos no dan lugar a duda y sobre ellos no hay divergencia alguna, pero, se ha imitado al Derecho Romano, las palabras han sido infieles al pensamiento y aquello que es verdad se dice que es una *ficción*” (nota al art. 221).

En mi opinión, dice bien Freitas que, para Savigny en punto al concebido, “aquello que es verdad se dice que es una ficción”, porque negar que aquél tiene vida propia aunque temporariamente dependa de su madre, es negar la realidad, no crear una ficción; y en cambio sería ficticio lo contrario. En síntesis, Freitas, a mi juicio, con acierto, sostiene exactamente lo contrario que Savigny: considerar al que está en el vientre como persona humana y como sujeto de derecho es admitir la realidad.

El insigne jurista brasileiro explica que “lo que prueba inevitablemente que ya existe personalidad, es el hecho en sí de tomarse medidas provisionarias a bien del feto y no la calidad o procedimiento de dichas medidas”; y más adelante agrega un párrafo magistral: “¿Si los que deben nacer no son *personas*, por que razón existen leyes penales y policiales que protegen

---

<sup>4</sup> “Sistema del Derecho Romano actual” vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley 2.º ed., t. I, pág. 310 ss.

su vida preparatoria? ¿Por qué motivo... se pune el aborto? ¿Por qué motivo... no se ejecuta la pena de muerte en la mujer embarazada ni tampoco, en el caso de que merezca dicha pena, sino cuarenta días después del parto?”.

Con igual sentido, en la nota a su artículo 53, enseña Freitas que las personas por nacer no son personas futuras, porque aquellas existen realmente porque “viven ya en el seno materno — *in utero sunt* —”, y por eso es que “puede tener lugar la representación dada por la ley en lo que no hay ficción alguna...”.

En síntesis, según Freitas, los concebidos — *qui in utero sunt* — son realmente personas y sujetos de derechos; y por eso se les da un curador, no existiendo ninguna ficción en ello.

El Código Civil argentino sigue al pie de la letra las disposiciones proyectadas en el *Esboço*, con lo cual se coloca en la misma línea de pensamiento, como lo demuestra la lectura de los arts. que componen los títulos tercero y cuarto, de la sección primera del libro primero. Sin embargo, Vélez Sarsfield vacila y no llega a separarse frontalmente de Savigny, por lo cual, aunque dice, como Freitas, que “las personas por nacer no son personas futuras pues ya existen en el vientre de la madre” y cita fragmentos del Digesto que consagran ese criterio, señala que “se oponen a estos otros textos del Digesto”. “Savigny los explica perfectamente demostrando que no hay contradicción entre ellos” (nota al art. 63); y al legislar sobre las sucesiones “mortis causa” — donde ya no tiene al *Esboço* como fuente — adhiere a la tesis de la ficción de Savigny, partiendo de la idea de que “el hijo en el seno de la madre tiene sólo una vida común con ella; el nacimiento puede unicamente darle una vida individual” (nota al art. 3290).

¿Qué criterio adoptaron los jurisconsultos romanos? O, en otras palabras, ¿Cuál tesis interpreta correctamente las fuentes?

Trataré de llegar a la respuesta correcta examinando algunos fragmentos.

III. 1. Varios fragmentos del Digesto establecen, como principio general, la paridad entre nacidos y concebidos. El

más claro al respecto, por la explicación de sus fundamentos, es el atribuido a JULIANO (D. 1, 5, 26):

“los que están en el útero, se reputa en casi todo el derecho civil que son como nacidos. Porque a éstos se restituyen también las herencias legítimas y si una mujer embarazada hubiere sido hecha prisionera por los enemigos, lo que hubiere nacido tiene el derecho de postliminio, y sigue también la condición del padre ó de la madre. Además de esto, si una esclava embarazada hubiere sido hurtada, aunque hubiere parido en poder de un comprador de buena fe, lo que hubiere nacido, como cosa hurtada, no se usucapirá. A esto es consiguiente, que también el liberto, mientras pueda nacer un hijo del patrono, sea de aquel derecho de que son los que tienen patronos”.

Además, merecen citarse, entre otros, los siguientes: MO-  
DESTINO (D. 27, 1, 2, 6):

“El que está en el útero... en muchas partes del derecho es equiparado al nacido...”;

PAULO (D. 1, 5, 7):

“Se protege al que está en el útero como si hubiese nacido...”;

PAULO (D. 50, 16, 231):

“... se tiene por nacido al que se espera que nazca...”;

CELSE (38, 16, 7):

“... el concebido, en cierto modo, se considera que existe”;

ULPIANO (D. 29, 2, 30, 1):

al que, a la muerte de su causante, “está en el útero, se lo tiene como ya nacido”;

TERENCIO CLEMENTE (50, 16, 153):

“Debe considerarse existente en el momento de morir su madre el que ésta dejaba en su útero”.

La simple lectura de los textos que acabo de referir, demuestra, en mi opinión, el acierto de Freitas y el error de Savigny, porque si los concebidos son iguales a los ya nacidos, no cabe dudar de su “humanidad”, vale decir, de su real y efectiva “personalidad”, distinta de la de su madre.

2. Por otra parte, estimo que a igual conclusión se arriba al examinar, con base en los textos a que me he referido, los que cita el propio jurista alemán para sostener su tesis.

PAPINIANO (D. 35, 2, 9, 1):

“En cuanto a lo que está en el vientre de una esclava no se admitió ninguna distinción de momentos, y no sin razón porque el parto aún no salido no se dice razonablemente que sea hombre”.

Este fragmento debe interpretarse teniendo, fundamentalmente, en cuenta que corresponde al título que trata de la ley Falcidia, y que el jurisconsulto se refiere a que no puede incluirse en la cuarta parte disponible del testador al concebido, por una esclava, lo cual resulta razonable porque, hasta el nacimiento, se ignora si el hijo será esclavo o libre. Adviértase que el texto en cuestión debe ser relacionado con el fragmento atribuido a PAULO en D. 35, 2, 1, 4, relativo al legado hecho a un esclavo a quien se manumitía en el testamento — evidentemente por fideicomiso — en cuyo caso, la entrega del legado

“se retrasa hasta el momento en que el legatario sea libre, del mismo modo que cuando se lega algo al que está cautivo de los enemigos o a *quien todavía no ha nacido*”.

En síntesis: al sólo efecto de la determinación de la cuarta Falcidia el nacimiento, tanto del objeto legado — el *nasciturus* de la esclava, como del propio legatario — legado al concebido



— funciona como condición suspensiva, lo cual de ninguna manera significa desconocer la existencia del ser con vida intra-uterina.

3. Tampoco contraría el principio general que asimila al concebido al ya nacido, el fragmento atribuido a ULPIANO (D. 25, 4, 1, 1):

“... los Senadoconsultos sobre reconocimiento de hijos no tuvieron aplicación, si la mujer disimulase que estaba embarazada, o aún si lo negase; y no sin razón, porque *el parto, antes que se dé a luz, es parte de la mujer o de sus entrañas*; pero después de haber sido dado a luz el parto por la mujer, ya puede el marido pretender por derecho propio por medio de interdicto o que se le exhiba el hijo, o que se le permita llevárselo, extraordinariamente. Así, pues, el Príncipe auxilia en caso necesario”.

El jurisconsulto alude, en el proemio del fragmento, al supuesto en que, al divorciarse, el marido afirma que la mujer estaba encinta: si esta lo negare, un rescripto de Marco Aurelio y Vero autorizaba la custodia de la mujer en casa honesta y su revisión por tres obstetras, lo cual, evidentemente, interesaba, para determinar la legitimidad del hijo por nacer. En cambio, en el párrafo I, ULPIANO se refiere al supuesto en que, después del divorcio, el marido pretendiese reconocer o desconocer su paternidad de un presunto hijo por nacer; si la mujer negare estar embarazada, no podría admitirse el reconocimiento o el desconocimiento de la paternidad, lo cual debía razonablemente diferirse hasta el parto, ya que antes no podría saberse desde cuando estaba encinta la mujer y no podría atribuirse o no la paternidad al ex marido, teniendo en cuenta los plazos máximo y mínimo a los que se refiere el propio ULPIANO en D. 38, 16, 3, 11 y a sus argumentos en D. 1, 6, 6.

4. De lo que dejo expuesto resulta que, a mi juicio, asiste razón a Freitas y no a Savigny, en punto a que el Derecho Romano justiniano consagró la realidad al considerar al

“nasciturus” como un ser humano vivo, protegiéndolo por él mismo y no sólo por la expectativa de que llegue a nacer.

Muchos fragmentos son aplicación de dicho principio general. Veamos:

Si una mujer concibió siendo libre y su hijo nació siendo esclava, el niño nace libre *“porque la desgracia de la madre no debe perjudicar al que está en el útero”* (I. 1, 4, fr.).

MARCELO (D. 11, 8, 2):

“La ley regia niega que la mujer muerta encinta sea enterrada antes de extraérsele el feto: quien hiciere lo contrario se considera que con la grávida hizo que pereciera quien se esperaba que viviera”.

Debo hacer notar que el último párrafo corresponde a mi traducción del texto latino: “qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur” y que las palabras “spem animantis” fueron traducidas por Ildefonso García del Corral y por Alvaro D’ Ors como “esperanza de vida”, lo cual estimo que cambia el verdadero sentido de la frase.

ULPIANO (D. 48, 19, 3):

“La pena de muerte a la mujer embarazada se difiere hasta el parto. Yo se, ciertamente, que en la práctica tampoco se la somete a tormento mientras está embarazada”.

CELSE (D. 50, 17, 187):

“Si alguien dejó embarazada a su mujer, no parece que falleció sin hijos”.

Esta realidad del concebido que lo identifica con el nacido, se tradujo asimismo en el reconocimiento de capacidad de goce o de derecho al nasciturus, en ciertos aspectos análoga a la de los ya nacidos. Así, por ejemplo, en materia de derecho hereditario, tal equiparación resulta manifiesta en las “Insti-

tuta” de Justiniano en el título “De exheredatione liberorum”, con absoluta claridad. Dice así:

“... Pero una Constitución nuestra... introdujo por ello un derecho único y uniforme así como para los hijos como las hijas y para las demás personas descendientes por línea de varón, no sólo nacidos *sino también póstumos*, a fin de que todos, ya sean suyos, ya emancipados, sean instituidos herederos o desheredados nominalmente, y tengan para invalidar los testamentos de sus ascendientes y para alcanzar la herencia la misma eficacia que tienen los hijos que son de sí propios (*fili sui*) o los emancipados, ora hayan nacido ya, ora hayándose todavía en el útero hubieran nacido después” (I. 2, 13, 5).

ULPIANO (D. 37, 9, 1, pr.):

“... el pretor... tampoco descuidó... a los que aún no habían nacido; porque también los amparó en esta parte del edicto, poniendo a los que están en el vientre en posesión, como la ‘*bonorum possessio contra tabulas*’”.

Y en el párrafo 2 del mismo fragmento, agrega el jurisculto que

“el que está en el vientre es puesto en posesión siempre que no fue desheredado y el que estuviere en el útero habrá de ser considerado entre los herederos suyos”.

CALISTRATO (D. 48, 20, 1, 1):

“los que fueron concebidos antes, y nacieron después de la condena, reciben también las porciones del patrimonio de sus padres condenados”.

SCEVOLA (D. 38, 8, 10):

“una mujer (Ticia) que falleció, intestada dejó a su hermana Septicia, nacida de otro padre, y a su madre embarazada de otro marido. Pregunto si habiendo la madre

repudiado la herencia, estando embarazada, y habiendo nacido después Sempronia, podría también Sempronia obtener 'la bonorum possessio' de Ticia. Respondió que, si la madre fue excluida de la herencia, puede obtenerla la que, según se dice, nació después".

Este fragmento demuestra que el feto, en realidad, no se consideraba parte de la madre, porque en tal caso Sempronia no podría heredar porque antes de nacer ella su madre había repudiado la herencia.

ULPIANO (D. 40, 5, 24, 4):

"Se puede dejar un fideicomiso de libertad al esclavo de un amo que todavía no ha nacido".

MARCIANO (D. 40, 5, 53 pr.):

"Si el fiduciario se hubiera retrasado en manumitir a una esclava y entre tanto ésta hubiera dado a luz un hijo se ha decidido en algún caso que el hijo nace libre y que no es liberto de nadie".

TRIFONINO (D. 48, 19, 39, "in fine"):

"...si alguna mujer se provocara el aborto después del divorcio a fin de no procrear un hijo para su marido, al que ahora odiaba, debe ser castigada con el destierro temporal".

ULPIANO (D. 49, 15, 9):

"El hijo concebido durante el cautiverio si regresa por el *postliminio*, tiene los derechos de hijo..."

TERENCIO CLEMENTE (D. 50, 16, 153):

"Debe considerarse existente desde el momento de morir su madre el que ésta dejaba en su útero".

Además de los fragmentos que dejo expuestos, asignan derechos al concebido, entre otros los siguientes: D. 1, 5, 18; 25, 5,

1 pr.; 38, 17, 1, 5; 38, 16, 1, 11; 38, 17, 1, 15; 40, 5, 13; 40, 5, 54 y 55; 49, 15, 25; y 50, 16, 164 pr.).

No es verdad, por ende, que el no nacido carezca de toda capacidad en el Derecho Romano, como pretende Savigny. El concebido, al igual que el infante, es absolutamente incapaz de hecho pero no de derecho, porque es titular de derechos que no dejan de ser tales por ser resolubles, como bien hace notar Freitas.

No obsta a la conclusión precedente el argumento de Savigny acerca de que el concebido no tiene tutor ni se llama pupilo (conf. D. 50, 16, 161 y 26, 5, 20) porque la réplica de Freitas al respecto es irrefutable: "... ésto se originaba de la inútil diferencia que hacía (el Derecho Romano) entre la tutela y la curatela". "Sin duda alguna la curatela en este caso... es más a los bienes que a la persona, pero, siendo así, no se deduce que deje de ser de la persona. Al contrario, las cosas sólo por sí no serían susceptibles de representación personal; son representadas como bienes, esto es, como siendo ya objeto de propiedad" (*Esboço*, nota al art. 221).