

# El concebido en el Derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica <sup>1</sup>

**JUAN MANUEL BLANCH NOUGUÉS**

Catedrático de Derecho Romano  
Universidad San Pablo CEU (Madrid)

En el presente trabajo me propongo sugerirles algunos puntos de reflexión, que quizás les parezcan diferentes a los acostumbrados, respecto de una cuestión que ha sido, es y será objeto de interminables controversias. Abordar, por otro lado, de manera desapasionada un tema como el presente resulta difícil –por no decir imposible–; como verán mi tarea va a consistir, en buena medida, en descubrir erróneas interpretaciones a partir de las fuentes jurídicas romanas, que curiosamente se siguen utilizando en los más ardientes debates en torno al concebido.

Constituye un hecho que la tradición jurídica o, más en concreto, los enfoques dogmáticos de toda índole históricamente surgidos (a veces simplemente esbozados; otras veces perfectamente acabados) siguen operando, consciente o inconscientemente, en la actividad de los modernos intérpretes y aplicadores del derecho. Punto de ineludible referencia en el derecho de la Europa continental ha sido siempre el derecho romano, que se configura como

---

<sup>1</sup> «*Der Ungeborene (nasciturus) im deutschen, spanischen und iberoamerikanischen Zivilrecht. Ein Denk- und Wertungsproblem im Lichte der Rechts-tradition*». Éste es el título de la conferencia que he pronunciado el 29 de enero de este año en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia. Como advertirá el lector, el presente texto no ha perdido del todo el tono expositivo propio de la comunicación oral alemana, tan ajustadamente traducida por Frau Referendarin Julia Beck bajo la supervisión del Dr. Christian Baldus, Wissenschaftlicher Assistent. Deseo agradecer expresamente la amable invitación del prof. Andreas Wacke, Ordentlicher Professor für Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Zivilprozeßrecht en la Universidad de Colonia y Direktor del Institut für Römisches Recht. Asimismo quiero dejar constancia de mi agradecimiento al Dr. Christian Baldus por sus desvelos en la organización del acto.

uno de los más firmes pilares sobre los que se asienta la realidad europea, al permitir utilizar un lenguaje y hasta un método común. No es extraño —dicho sea incidentalmente— que un romanista de la talla de Ernst Rabel sea considerado uno de los indiscutibles padres del derecho comparado. La comparatística en el derecho logra frutos apreciables cuando los elementos objeto de comparación pueden, por sus análogas características, ser razonablemente aproximados. Quisiera por tanto analizar aquí el soporte doctrinal históricamente formado en el que se fundan no pocas ideas, actitudes mentales e incluso instituciones en torno a la figura del concebido. Gracias a él podremos comprender mejor nuestros propios derechos actuales en este punto; pero todavía más, estaremos en disposición de relacionarlos detectando inequívocas similitudes así como también diferencias. Entiendo que este proceso mental ayuda en el fondo a vislumbrar en Europa la realidad de una comprensión unitaria del derecho. Pero el fenómeno es más amplio. Me gustaría hablarles de la expansión en esta materia del sistema jurídico continental a los países de Iberoamérica, con los que España y Portugal, y a través de ellos Europa, se sienten estrechamente unidos.

Como antes decía el derecho romano ha sido utilizado en las discusiones doctrinales acerca del concebido llegando incluso a aparecer como telón de fondo en capitales sentencias de los más altos órganos jurisdiccionales. A menudo constato versiones deformadas del derecho romano, no sé hasta qué punto tendenciosas, de manera que ha pasado a convertirse en arma arrojadiza, por ejemplo en la cuestión del aborto, aprovechando, de la gran variedad de textos del derecho romano, la selección de aquellos que pudieran apoyar la postura a favor o en contra respectivamente. Es decir, tengo la impresión de que seguimos utilizando a la jurisprudencia romana como hacían los comentaristas del *mos Italicus* pretendiendo extraer de ella, sin más, argumentos de autoridad con poca o nula finura en ocasiones. Al modo de un reclamo publicitario bien podríamos rubricar nuestra exposición a este respecto como «Verdad y mentira en el derecho romano a propósito del concebido».

A menudo se olvida que el derecho romano puede aún considerarse como vivo desde una perspectiva jurídica interna, no es en cuanto ordenamiento jurídico, relativo a una sociedad pretérita, sino en cuanto al vigor actual del pensamiento jurídico que integra su base. Reflexión doctrinal, pues, antes que norma jurídica es cuanto interesa destacar.

Pongamos un ejemplo. La conocida regla «*conceptus pro iam nato habetur*» es sabido que procede de una larga experiencia del

derecho romano. Formulada de modo completo debe añadirse el siguiente inciso: «*quotiens de commodis eius agitur*» (=«en la medida en que se trate de ventajas para el propio concebido»). Comparemos ahora el BGB y el Código civil español en este punto. El § 1923 (2), al comienzo prácticamente del quinto libro relativo al derecho de sucesiones, declara: «Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor den Erballe geboren». El artículo 29 del CC, por su parte inserto en el libro primero sobre el derecho de personas al comienzo del Código, afirma: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente». Esta regla deriva, como digo, de célebres aseveraciones de los juristas romanos, convenientemente sacadas de su contexto originario por los compiladores y recolocadas deliberadamente al principio y al final del Digesto de Justiniano.

Así, D. 1.5.26 (Iul. 69 dig.): «*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse.*» (lit. «Quienes están en el útero, se considera que existen en la realidad a los efectos de casi todo el derecho civil). D. 38.16.7 (Cels. 28 dig.): «... *conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur* » (...el concebido se estima que de algún modo existe en la realidad). Gai. 1. 147: *postumi pro iam natis habeantur* (Los póstumos se tienen por ya nacidos). D. 1.5.7 (Paul l. sing. de port.): «*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur.*» (Quien está en el útero, es protegido como si estuviera en este mundo –lit. entre los hombres– en cuanto se discute de las ventajas del propio feto). D. 50. 16. 231: *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus* (Lo que decimos acerca de que quien se espera que nazca se tenga por supérstite, es verdad cuando se trata de su propio derecho: pues a otros no beneficia sino desde su nacimiento)<sup>2</sup>.

Como la doctrina romanística ha destacado, la expresión de las máximas como la presente debe en todo caso ponerse en relación con los problemas casuísticos concretos que constituyen la base de la entera argumentación. La finalidad del método casuístico que ha hecho famosa a la jurisprudencia romana no era propiamente la ela-

---

<sup>2</sup> Sobre la máxima ver ahora WACKE, *Conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, Księga Pamiatkowa ku Czci Profesora Leopolda Steckiego, Toruń, 1997, 615 ss. Con gran acierto plantea ahora la cuestión F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *La vida. Principio rector del Derecho*, con Prólogo de Laín Entralgo, Madrid, 1999.

boración de reglas sino la solución de casos. La correcta exégesis de textos nunca debe pasar por alto esta observación so pena de tergiversar el entero sentido.

Pues bien, en un salto de casi dos milenios recuerdo aquí una célebre sentencia del Tribunal Supremo español sobre el caso surgido en 1924 de una mujer encinta cuyo marido había fallecido en accidente de trabajo <sup>3</sup>. La ley de 1922 que regulaba las indemnizaciones debidas por accidentes de trabajo obligaba a pagar una determinada suma por ese concepto que resultaba ser mayor si la viuda tenía hijos a su cargo. La empresa en el caso presente no reconocía esta circunstancia. El tenor intencionadamente general del artículo 29 («para los efectos favorables...») sin distinguir la naturaleza del efecto) ofrecía no obstante pocas dudas. Pero un segundo obstáculo más sutil y afilado, se alzaba frente a las pretensiones de la madre. Se trataba del inciso final de la regla, silenciado, o más bien implícito, en el código español: que sólo se toman en consideración los efectos beneficiosos que recaen específicamente sobre el concebido y no sobre la madre; es decir, exactamente lo que Paulo en el siglo III d. C. había reiterado en sus escritos a la vista también de casos concretos. El Tribunal Supremo advirtió un interés inmediato del concebido a pesar de que fuera la madre quien recibiera la aumentada indemnización. Como se ve, el pensamiento jurídico antiguo conserva todo su vigor operando eficazmente en la interpretación y aplicación del derecho.

En cuanto a la consideración jurídica del concebido, hace tiempo que la doctrina romanística identificó como dos hileras de textos que parecían reflejar concepciones antagónicas respecto del feto: los unos (es decir, básicamente los que exponen la regla antes citada) interpretados como favorables a la protección de éste en cuanto realidad viva en el claustro materno; los otros viceversa. Así, en un trabajo <sup>4</sup> aún considerado fundamental por la doctrina a pesar de su distancia en el tiempo de siete décadas, el eminente romanista italiano Emilio Albertario partía precisamente de la identificación de estos dos grupos de fragmentos, que por otra parte habían sido reconocidos por la doctrina secularmente. Característico del grupo «desfavorable al concebido» era, a su juicio, la estimación del *nasciturus* como no existente en este mundo (*non in rerum natura, non in rebus humanis*).

<sup>3</sup> Un comentario en Díez-PICAZO, L., *Estudios de Jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1979, pp. 41 ss.

<sup>4</sup> ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storica-domatica)*, *Studi di diritto romano*, 1, Milano, 1933, pp. 3 ss.

De entre los textos destacan por su particular crudeza dos muy conocidos: Uno de Ulpiano D. 25.4.1.1 (Ulp. 24 dig.): «*partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*» (= Pues el procreado antes de nacer es una porción de mujer o de sus vísceras) y otro de Papiniano (D. 35.2.9.1 Pap. 19 *quaest.*): «*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*» (= el procreado que aún no ha visto la luz no se denomina propiamente individuo <sup>5</sup>), al que por cierto se le opondrá, a modo de réplica, la opinión no menos célebre de uno de los padres de la Iglesia, Tertuliano, quien precisamente a fines del siglo II d. C escribe: «*Homo est qui est futurus*» (= Es hombre quien va serlo) <sup>6</sup>.

No obstante, hoy en día se discuten las conclusiones a las que Albertario llegó utilizando el conocido método interpolacionístico con el que intentó superar las resoluciones contradictorias que uno y otro grupo de textos ofrecían. En concreto, creyó advertir que la teoría del *commodum* (ventaja para el concebido) era de origen postclásico con un desarrollo que alcanzó su definitiva plasmación en el derecho justinianeo.

No es infrecuente encontrar en modernas obras jurídicas, por lo demás de carácter general o incluso didáctico, con referencia al tema del aborto, una inicial afirmación apodíctica acerca de una supuesta libertad de abortar en las sociedades antiguas (y más concretamente en la romana), apoyada en la consideración del feto como *mulieris portio vel viscerum*. Como decía al comienzo, se trata de una utilización grosera de las fuentes romanas que no tiene en cuenta el contexto en el que se formulan. Es preciso conocer de modo individualizado el pensamiento de la jurisprudencia romana, es decir de cada jurista separadamente. Sólo entonces producirá extrañeza que tal juicio lo emita precisamente Ulpiano quien, por otro lado, es uno de los principales sostenedores de la teoría de la *spes vitae* —«esperanza de vida»— (o más concretamente de la «*spes nascendi*» o «esperanza de nacer»). Por cierto, esta última idea le resultará asimismo familiar al jurista moderno pues es de nuevo recurrente en el debate sobre el aborto. En Ulp. 41 ed. D. 37.9.1 pr. el jurisconsulto romano elogia la previsión del pretor tutelando al no nacido en términos que resultan conmovedores: «Así como el pretor tuvo cuidado de aquellos hijos que ya están en este mundo

---

<sup>5</sup> Hay que matizar esta traducción porque «*homo*», frente a lo que pudiera parecer a simple vista, en las fuentes jurídicas no se refiere a «hombre» sino normalmente a «esclavo». Pero he preferido traducir por «individuo» (que es ambigua en cuanto a la condición humana e incluso peyorativa) para que se aprecie la posible tergiversación del sentido del texto.

<sup>6</sup> *Apologeticum*, 9.8.

–lit. entre los hombres–, así tampoco abandonó a quienes aún no han nacido por la esperanza de su nacimiento»<sup>7</sup>. Curiosamente Albertario alineaba este texto entre los que negaban real existencia al no nacido. Y es verdad que se observa una contraposición entre, por un lado, los seres «*qui in rebus humanis sunt*»<sup>8</sup> (o sea, «los que están en este mundo») y «*qui nondum nati sunt*» (los que aún no han nacido) a quienes «por la esperanza de nacer no abandonó». Me parece, no obstante, que aquí como en tantas ocasiones el magistrado actuó movido por la *aequitas* (la misma que tanto maravilló al eminente sabio alemán Leibniz) que le imponía la necesidad de extender su tutela a seres que no han visto la luz del día, para igualar en lo posible su situación a la evidentemente distinta de quienes están ya fuera.

Volviendo pues al anterior texto hablaba del peligro que entraña extraer ideas fuera de su contexto y generalizarlas sin más. Ulpiano, por el contrario, discute aquí la posibilidad de que una mujer divorciada que se halla encinta ejercite acción contra su ex marido para obligarle a reconocer al hijo que va a nacer. Para ello la mujer ha de estar realmente embarazada, es decir, no debe fingir su estado. Pero también puede suceder –sigo indagando la reflexión ulpiana– que la mujer negase estarlo. El marido dispone entonces de interdictos para reconocer y apoderarse de los hijos que considera suyos; pero no es posible que lo haga mientras que el hijo no nazca. Para reclamarlo lo tendría que examinar primero y sólo entonces podría advertir en la criatura acaso algún rasgo familiar. En el seno materno –de ahí la observación de Ulpiano– sería infructuosa esta operación. Ulpiano parece querer decir ¿y qué sucedería si lo intentase? La contestación suena brutal pero a la vez no deja de expresar el más elemental sentido común: no hay manera de identificar –dicho con dureza– un «trozo amorfo de carne» a efectos de declarar la relación paterno-filial. Como ven, las cosas no son como parecen. Pretender arrancar de Ulpiano una declaración en contra de la entidad como ser del no nacido sólo se logra adulterando el significado de sus palabras.

Por su parte mostraba antes que Papiniano, celeberrimo jurisconsulto, parecía negar la condición de hombre al feto (*homo non recte fuisse dicitur*). Pero el término «*homo*» aparece en los escritos

<sup>7</sup> *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit.*

<sup>8</sup> Dice «*in rebus humanis*» y no «*in rerum natura*» expresiones que Albertario juzgaba sinónimas pero que como veremos no lo son (la observación la realiza CATALANO, *Osservazioni sulla «persona» dei nascituri alla luce del diritto romano (Da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, *Rassegna di diritto civile*, 1988, 1, 45-65 (= *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, 1, Torino, 1990; v. especialmente p. 198).

de los juristas clásicos comúnmente referido al esclavo. Éste, a su vez, –como es bien sabido– posee la condición jurídica de «objeto patrimonial» (aunque con capacidad de obrar pero ¡sin capacidad jurídica!). Su participación en los casos prácticos que se plantea la jurisprudencia presenta más problemas jurídicos que los que hoy podemos encontrar en un objeto corriente. En nuestro caso, el jurisconsulto trataba un supuesto relativo a la conocida ley Falcidia (40 a. C.) que concedía un cuarto del activo de la herencia al heredero reduciéndose como inoficiosos los legados que superaran esa proporción. A efectos de estimación del patrimonio se tiene en cuenta todo cuanto pueda aumentar su valor; así los frutos susceptibles de ser percibidos tras la muerte del causante. De aquí la cuestión: ¿se puede considerar equiparable a estos efectos al nacido de una esclava? De ninguna manera responde el jurisconsulto. La entidad del peculiar objeto sólo engrosará el patrimonio cuando su presencia sea cierta.

El razonamiento jurídico –dejando al margen nuestra sensibilidad– es irreprochable. De nuevo, parece injustificado elevar la sentencia papiniana a un nivel ontológico en relación con la naturaleza del hombre antes de nacer.

Pero no pasa, además, desapercibida la circunstancia de que tanto el texto de Papiniano como el anterior de Ulpiano no parecen disfrutar desde un punto de vista sistemático en el seno del Digesto de Justiniano de una posición privilegiada<sup>9</sup>. La razón de esta relegación a un plano secundario no ha de buscarse sólo en su integración en el título correspondiente a la materia tratada, sino en el deseo cierto de los compiladores de no llevarlos a sedes más importantes en las que sin duda podrían haber entrado debidamente «descontextualizados». Me refiero, por ejemplo, al emblemático título «*de statu hominum*» (D. 1.5) donde se hallan importantes textos favorables al concebido de Paulo y de Juliano; al famoso título penúltimo «*de verborum significatione*» donde de nuevo se puede encontrar el conocido texto de Paulo (D. 50.16.231) a los que me refería antes a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español.

Aunque, por cierto, en esta última sede se lee una reflexión de Paulo que no encaja bien con otros textos en los que se expresa en favor del concebido. El texto se encuentra en D. 50.16.129 y corresponde al libro 1.º de su obra *ad legem Iuliam et Papiam* (en el que comentaba las famosas leyes matrimoniales de Augusto que entre otras cosas otorgaban ventajas a las madres prolíficas –tres o cuatro hijos según que la madre fuera libre de nacimiento o liberta–; al

---

<sup>9</sup> CATALANO, *op. cit.*, pp. 202 ss.

tiempo restringían la capacidad hereditaria de los matrimonios que no tuvieran por lo menos un hijo al año siguiente de la delación de la herencia). El tenor suena áspero, en su inciso final sobre todo: «Los que nacen muertos no se consideran nacidos ni procreados, pues nunca pudieron llamarse hijos»<sup>10</sup>. Sin embargo, Paulo se refiere aquí al cómputo legal de los hijos, es decir, a lo que las leyes entienden que debe considerarse «hijo» a los solos efectos previstos por ellas. No debe por tanto, una vez más, deducirse apresuradamente de este texto que un jurista clásico como Paulo entendiese que el concebido no era persona, argumentando que no se le puede llamar hijo antes de nacer.

Decía antes que frente a la tesis de principios de siglo que veía en el *commodum* un concepto no clásico por la supuesta antinomia de soluciones entre diversos fragmentos pertenecientes a un mismo autor, la doctrina moderna se ha mostrado más cauta<sup>11</sup>: en efecto, la idea que expresa la frase *quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* («cuando se pregunta acerca de las ventajas del propio feto») en D. 1.5.7 (Paul. *lib. sing. port. quae lib. damn. conc.*) es análoga a *cum de ipsius iure quaeritur* («cuando se pregunta acerca del derecho de él mismo», es decir, del feto) de D. 50.16.231 (Paul. *lib. sing. ad senat. Tertull.*). Ya hemos hablado de la próspera vida ulterior que este concepto ha obtenido en las legislaciones modernas. En el Código civil español el artículo 29 declara: «...el concebido se considera nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente». La expresión que recoge fielmente la doctrina romana es la de «todos los efectos favorables», que por su generalidad y ubicación sistemática en el código (al principio, en el libro dedicado a las personas) ha sido utilizada en el debate del aborto. Su recepción en el derecho histórico español se produjo a través de una monumental obra medieval, las célebres VII Partidas del rey castellano Alfonso X El Sabio (s. XIII), glosadas en el siglo XVI por el jurista Gregorio López. Por el nombre de «Las Pandectas castellanas» con el que el conocido jurista italiano De Luca (s. XVII) las designaba, podemos hacernos idea de su difusión en Europa. En efecto, representa un indiscutible hito —a veces injustamente olvidado— de la ciencia jurídica europea. Pero su importancia se acrecienta aún más, si se repara en que fue ésta la obra que recibieron los países de Hispanoamérica y que inspiró la realización de sus códigos, por cierto de muy buena

<sup>10</sup> *Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt.*

<sup>11</sup> GANDOLFI, *Enciclopedia del diritto*, 27, 1977, p. 532.

factura. Sus autores fueron excelentes juristas —de nuevo menos conocidos de lo que debieran— instruidos en la tradición del derecho común europeo. Merecen ser destacados entre los juristas del siglo pasado el humanista venezolano Andrés Bello<sup>12</sup> o el argentino Dalmacio Vélez Sarsfield<sup>13</sup>. Asimismo, en el ámbito de la lengua y cultura portuguesa, sería injusto no citar al brasileño Augusto Teixeira de Freitas<sup>14</sup>, cuyo pensamiento se inserta plenamente en la tradición romano justiniana<sup>15</sup>.

Veamos, por tanto, la Cuarta Partida, Tít. XXII, Ley III que reza así: «Demientra que estoviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della, aprovechase ende, bien assi como si fuesse nascida mas lo que fuesse dicho o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, non le empesce» (= «mientras que estuviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se haga o se diga en favor suyo le aproveche como si hubiese nacido, pero lo que fuese dicho o hecho en daño de su persona o de sus cosas no le perjudica»).

Pues bien, aparte del Código civil español al que me he referido, son legatarios de esta doctrina, incluso superándola con soluciones innovadoras, por ejemplo: el artículo 75 del Código civil chileno que dice: «La ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia, tomará a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará»; en su segundo párrafo vemos una curiosa norma de cuño netamente romano: «Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento» que me hace recordar el célebre rescripto del emperador Adriano, por cierto, oriundo de Sevilla (más exactamente, de Itálica) que Ulpiano recoge en el libro 27.º de su Comentario *ad Sabinum* y que los compiladores colocaron estratégicamente al principio del Digesto en el ya citado título «*de statu hominum*» (D. 1.5.18). El Código colombiano se expresa en el mismo sentido (art. 91)<sup>16</sup>. Por su parte, el

---

<sup>12</sup> Famoso como gramático de la lengua castellana, periodista y poeta, fue además un extraordinario jurista, del que merecen ser citadas sus conocidas *Notas* al Código civil chileno, del que es reputado su autor; código que nació con aspiraciones de convertirse en el texto uniforme de Iberoamérica. Sin llegar a serlo sí que fue adoptado por Colombia.

<sup>13</sup> Considerado como el padre del Código civil de 1869.

<sup>14</sup> *Consolidação das Leis Civis*, 1858; *Esboço*, 1860.

<sup>15</sup> CATALANO, *op. cit.*, pp. 208 ss.

<sup>16</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Del Derecho justinianeo a los Códigos civiles)*, Lección inaugural 16.9.1994, Univ. San Pablo CEU, Madrid; *La tradición ibérica en la defensa de la vida humana. La famiglia: dono e impegno speranza dell'umanità*, Città del Vaticano, 1998, pp. 485 ss.

Código argentino en su artículo 264 prevé la concesión de la patria potestad a partir de la concepción. El Código civil de Paraguay (1985) establece en el artículo 28: «La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado. La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno». El artículo 835 del Código civil de Uruguay determina que «el menor concebido, siempre que nazca viable, es sujeto de derecho». Verdaderamente singular es el Código civil peruano (1984) cuyo artículo 1, obra del jurista Carlos Fernández Sessarego, presenta la siguiente redacción: «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.» Lo más llamativo —como señala Catalano— es la combinación de la tradición romana (teoría del *commodum*) y de la técnica jurídica de conceptos abstractos (aquí el de sujeto de derecho). Señala este autor la redacción contradictoria del Código civil de Brasil en su artículo 4, que declara, que la «personalidade civil do homem começa do nascimento... desde a concepção os direitos do nascituro».

Volviendo a la cuestión de la que partía, es decir, la de la aparente contradicción entre dos grupos de textos que identificaba como favorable a la consideración como persona del concebido o no respectivamente, hemos superado las premisas y el resultado al que llegó Albertario en su famoso estudio: no creo que hoy en día pueda rechazarse que la teoría de la «ventaja» proviene de la jurisprudencia clásica. No obstante es verdad que se aprecia a lo largo del derecho romano una tendencia que con el paso de los siglos se acentúa, sin duda por el creciente influjo del cristianismo y que se consolida definitivamente en el derecho justiniano<sup>17</sup>.

No debe pasarse por alto la actividad edictal del magistrado (o *rectius* de la jurisprudencia asesora) en la progresión de esta corriente. Al final, la jurisprudencia clásica tardía y particularmente Ulpiano completan esa labor. Así, en relación con la sucesión intestada es oportuno recordar un cierto número de textos de los que

<sup>17</sup> En concreto puede verse C. 5.27.11.4: «*Semper in huiusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur: et hoc favore facimus liberorum. Et editionis tempus statuimus esse inspectandum exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approvari infantium conditionis utilitas exoptulat*». Aquí se aprecia la generalización del concepto de *utilitas* (GANDOLFI, *Enciclopedia del diritto*, v. *Nascituro*, 535).

tuve ocasión de ocuparme en un trabajo reciente <sup>18</sup> porque contienen una expresión que ha pasado un tanto desapercibida para la doctrina romanística y que es característica del lenguaje en favor del concebido: se trata de «*pars edicti*». Aparece por ejemplo en Paul. 7 *quaest.* D. 37.9.10: «El póstumo concebido antes de morir el testador que nace en cualquier momento, puede aceptar la posesión de los bienes; pues el pretor, en todas las partes del edicto pone en posesión de los bienes al que va a nacer, pero no se la daría si no hubiera de dársela cuando ya hubiera nacido» <sup>19</sup>. Ulp. 47 ed. D. 37.9.7 pr. declara: «En aquellos casos en que se da a alguien la posesión abintestato, se da también al que va a nacer, es decir, cuando el que va a nacer, si ya viviera (lit. estuviera en el mundo de los hombres), podría pedir él la posesión de los bienes; de modo que, en todas las partes del edicto, el concebido se tiene por nacido» <sup>20</sup>. O de nuevo Ulpiano 12 Sab. D. 38. 17.1.5 in fine (aunque quizás se trate de una glosa): «Si el hijo nació por extracción del claustro materno, debe decirse que también él es admitido en la herencia legítima pues si hubiera sido instituido heredero, podía pedir la posesión de los bienes conforme al testamento, y también abintestato podía pedirla por el llamamiento de los cognados y con más razón como legítimo; prueba de ello es que el concebido es puesto en posesión en todas las partes del edicto» <sup>21</sup>. Como afirma Meinhart <sup>22</sup> «Con la admisión del no nacido a la *bonorum possessio ab intestato*, contribuyó, en fin, el pretor de manera esencial a que el pensamiento jurídico reconociese cada vez más los intereses de los niños no nacidos, haciendo caso omiso de la relación y grado de parentesco de éstos con el testador. Ulpiano terminó esta labor aplicando plenamente estos reconocimientos al derecho de sucesión intestada del *ius civile*» <sup>23</sup>. En esta empresa, junto a Ulpiano, que

---

<sup>18</sup> *El edicto de los magistrados en el lenguaje de la jurisprudencia romana: Pars edicti, clausula edictum*, Madrid, 1998.

<sup>19</sup> *Postumus natus quocumque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus iam erit, potest agnoscere bonorum possessionem: nam et ventrem praetor ex omnibus partibus edicti mittit in possessionem bonorum, non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessionem.*

<sup>20</sup> *Ubi cumque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur, scilicet si talis fuerit is qui in utero est, ut, si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset: ut in omnibus partibus edicti pro superstite habeatur is qui in utero est.*

<sup>21</sup> *Sed si matris exsecto ventre filius editus sit, magis dicendum est hunc quoque ad legitimam hereditatem admitti: nam et institutus secundum tabulas et ab intestato unde cognati et multo magis unde legitimi bonorum possessionem petere potuit: argumento est, quod venter in possessionem ex omni parte edicti mittitur.*

<sup>22</sup> D. 50.16.231. *Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes*, SZ, 82, 1965, 209.

<sup>23</sup> «Der Prätor endlich hatte mit der Zulassung des Ungeborenen zur bonorum possessio ab intestato einen wesentlichen Beitrag dazu geleistet, dass das Rechtsdenken mehr und mehr die Interessen ungeborener Kinder anerkannte, und zwar ohne Rücksicht auf

vivió en época de los Severos, hay que colocar la figura del jurista adrianeo Juliano, como justamente destaca ahora Lamberti<sup>24</sup>, proponiendo una nueva interpretación del controvertido pasaje D. 38.16.6 para dar armonía a la opinión de este jurisconsulto con la de Celso que aparece en el fragmento siguiente (el 7): Dice Celso (28 dig.): «*Conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*». De la trascendencia de Juliano en la materia que nos ocupa bastaría citar el célebre fragmento que los compiladores introdujeron en el título, citado aquí en varias ocasiones, «*de statu hominum*» (Iul. 69 dig. D. 1.5.26), donde el jurista afirma precisamente: «*qui in utero sunt... iure civili intelleguntur in rerum natura esse*.» Nótese que ninguno de los dos dice *in rebus humanis* sino *in rerum natura*: se les considera que están en el mundo real. «De algún modo», dice Celso (si no hay interpolación). La conciencia jurídica apegada a la conciencia social ve al concebido así, aunque no esté aún *in rebus humanis* (en el mundo de los hombres), es decir aunque no haya aún nacido. Se trata de una tendencia –subrayo esta última palabra– en el uso de ambas expresiones que se aprecia característicamente en estos tres juristas<sup>25</sup>.

Analicemos ahora el origen de la teoría de la expectativa: Juliano y Ulpiano merecen especial mención por impulsar con energía una idea que, como adelantaba hace un momento, ha llegado hasta nuestros días: me refiero a la «esperanza de vida» (*spes vitae*) o quizás más exactamente, «*spes nascendi*»: es decir, la vida existe ya en la concepción pero lo que se espera es el nacimiento. Sabemos hoy que el uso de términos no es inocuo. Se habla así en ocasiones de un uso «sexista» o «discriminatorio» del lenguaje. Para designar al concebido el lenguaje jurídico comprendió voces como: *partus*, *postumus*, *conceptus*, *venter*, *qui in utero est* y finalmente *qui nasci speratur*. *Fetus* se aplica más bien a animales<sup>26</sup>, no a personas. *Nasciturus* aunque latino, no es término romano<sup>27</sup>. Si intentamos indagar qué grado de independencia puede reconocerse en el concebido con respecto a la madre (cuestión capital hoy en día) o cuando menos una cierta personificación a través del uso termino-

---

Grad und Art ihrer Verwandtschaft zu Erblasser. Ulpian hat dann die Anwendung dieser Erkenntnisse im Intestaterbrecht des ius civile vollzogen»

<sup>24</sup> Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana, I, Napoli, 1996, pp. 70 ss.

<sup>25</sup> En contra de nuevo Paulo 41 ed. D. 37.6.2 que dice de un nieto póstumo, del que se afirma su obligación de colacionar bienes en el caso propuesto, «*licet non potest dici mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erat*» (= aunque no pueda decirse que tenía bienes en el momento de morir su abuelo porque él mismo no existía todavía).

<sup>26</sup> CATALANO, *op. cit.*, 200<sup>9</sup>, citando a Brissonius (*De verborum quae ad ius civile pertinent significatione*, Halae Magdeburgicae, 1743, s. v. Foetus).

<sup>27</sup> MEINHART, *ibid.*, p. 199.

lógico, observamos: que *partus* resulta un tanto impersonal y que alude más bien al hecho del alumbramiento; que *postumus*<sup>28</sup> significa tan sólo el nacido después de fallecer el padre; *venter* es el seno materno con el que parece identificarse el concebido; *conceptus* alude a la concepción; *qui in utero est* indica que «alguien» (*is qui*) y no «algo» (*id quod*) se alberga en el vientre materno; en fin, *qui nasci speratur* alude a alguien cuyo nacimiento se espera. El término que menos propenso se muestra a admitir vida autónoma es sin duda el de «*venter*» porque «*is qui in utero est*» al menos distingue al útero de quien está en él encerrado. *Conceptus* o *postumus* denotan una notable independencia con respecto a la madre pues no la tienen en cuenta, aunque el primero la presuponga al igual que le sucede a *partus*.

Llama poderosamente la atención la última *qui nasci speratur* por cuanto no sólo atiende al ser que va a nacer sino también al individuo o al grupo humano que «desde fuera» piensa ya en él. «Esperar que nazca» significa, no sólo aguardar ese momento incierto, sino que revela además la expresión de un sentimiento de anhelo hacia ese ser. Balestri<sup>29</sup>, que se ha ocupado hace no mucho de este tema, destaca a Juliano quien utiliza por primera vez esta expresión y después a Papiniano, Marcelo (que es quien acuña de modo técnico la expresión *spes animantis*), Paulo, Modestino y en la cima coloca esta autora a Ulpiano sobre todo por el fragmento que antes cité (D. 37.9.1 pr.). ¿No resulta incompatible la famosa calificación del feto como *mulieris portio vel viscerum*, con la que empezaba prácticamente mi exposición, con lo que llevamos visto del pensamiento de este jurista a propósito del concebido? Por esta otra vía, diferente de la interpretativa que ensayaba antes, vuelvo a constatar cuán imprudente y erróneo es el intento de extrapolar frases o expresiones aisladas con fines a menudo interesados. Que Ulpiano se moviese ya próximo a círculos cristianos no es descartable como le oí decir a Amarelli en una reciente conferencia pronunciada en la Universidad San Pablo CEU.

Especialmente presente he tenido en este momento a Marcelo. La opinión pública española se ha visto sacudida por el caso escalofriante de una mujer embarazada clínicamente muerta pero cuyas constantes vitales se han mantenido artificialmente a la espera de extraer de su seno al feto maduro. Marcelo en D. 11.8.2 (28 dig.)<sup>30</sup> menciona una ley inmemorial, de época de los reyes, que prohibía

<sup>28</sup> V. LAMBERTI, *ibid.*, p. 1 ss.

<sup>29</sup> BALESTRI, «*Spes vitae*», *SDHI*, 49, 1983, pp. 337 ss.

<sup>30</sup> *Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.*

inhumar a una mujer encinta antes de que se le extrajera el feto de su vientre argumentando el jurista «*qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*», es decir, que la contravención a esta ley supone —a juicio del jurista— matar una esperanza de un ser vivo que acompaña a la mujer encinta. Es verdad que tras esta argumentación puede haber una razón religiosa, a saber, la de liberar a la madre de una pesada carga que llevaría consigo a la vida de ultratumba. Pero no es menos cierto que la llama de vida que la mujer alberga en su seno recibe atención especial y diferenciada.

Por otro lado merece la pena constatar cómo la jurisprudencia romana opera mentalmente equiparando la situación del *filius qui nasci speratur* al *qui apud hostes est* (hijo cautivo del enemigo)<sup>31</sup>. En un caso se trata de «esperanza de nacimiento», en el otro de «esperanza de retorno» (*spes revertendi*), pero en uno y otro caso el patrón de referencia es un *filius* y no una víscera materna<sup>32</sup>. Del prisionero de guerra se podría entonces decir que no está tampoco *in rebus humanis* aunque al igual que el *nasciturus* esté *in rerum natura* y que —como hoy decimos de quien ha pasado un difícil trance— con su retorno «ha vuelto a nacer». Resulta instructivo de nuevo el fragmento ya citado de Ulpiano D. 37.9.7 pr. en el que se aprecia claramente que *qui nondum nati sunt* no están *in rebus humanis* sin que esto signifique que no estén en la realidad, en la vida. Simplemente no participan aún de las cosas de los hombres por impedirlo la presencia de ciertas barreras fisiológicas que el derecho, por cierto, se encarga de suprimir cuando se juzga conveniente, y sobre todo para evitar su indefensión.

La cuestión es cuándo y cómo el derecho realiza esta operación de asimilación del concebido al ya nacido. En el debate en torno al alcance del artículo 29 de nuestro Código civil aparece una observación con respecto a la tradición que me parece que es algo así como moneda común, a saber, que a pesar de la ubicación del artículo 29 del CC español que parece dar idea de generalidad («todos») y a pesar del genérico término de «efectos favorables», la historia del *natus pro conceptus habetur* revela que tiene un alcance limitado a derechos de carácter sucesorio. Pero se trata de una verdad a medias: por un lado ciertamente vemos instituciones como la *missio in possessionem ventris nomine* por la que la madre es puesta en posesión de los bienes que heredará el hijo o la designación de un curador cuando el hijo al nacer podría impugnar como *heres suus* el testamento paterno en el que resulta preterido en vir-

<sup>31</sup> Así de nuevo Ulpiano en D. 38.17.2.7 (13 Sab.): «*Si vero apud hostes est filius vel nasci speratur, pendet ius matris, donec redierit vel nascatur*».

<sup>32</sup> También Paulo al que antes veíamos decir que no se podía llamar hijo antes de nacer, en D. 50.16.231 emplea la expresión «*is qui nasci speratur*».

tud de la *bonorum possessio contra tabulas*... Pero se pasa por alto que el *ius civile* tiene en cuenta el momento de la concepción (y no el del nacimiento) con respecto a los matrimonios legítimos para determinar el *status* personal del concebido cuando nazca (mientras que el *ius gentium* considera el del nacimiento). Aspectos tan fundamentales de la vida de una persona como son su libertad y ciudadanía dependen de la averiguación de la situación de su madre en ese periodo. No es extraño que un criterio filantrópico, más tarde de humanidad cristiana, condujera a desarrollar hasta sus últimas consecuencias el principio del *favor libertatis*.

Con todo es verdad que en derecho romano se aprecian como dos cuestiones distintas: una es la de la protección digamos civil (*status* y derechos sucesorios) y otra la penal, es decir la del aborto. Sin pretender adentrarme en este tema en el que no he deseado profundizar aquí, me parece obligado hacer algunas consideraciones: de nuevo aquí encuentro afirmaciones peregrinas del derecho romano como que en él el aborto se practicaba libremente. O bien que se castigó únicamente la conducta de la mujer que se autopRACTICABA el aborto para defraudar las expectativas de prole del marido. Esto último se lee en un conocido texto de Marciano (1 *reg.*) que cita un rescripto de los emperadores Severo y Antonino. (s. III d. C.)<sup>33</sup>. Sin embargo es erróneo tratar el derecho romano como un bloque compacto, invariable a través del tiempo. Se debe por el contrario precisar la época que se analiza. Así, respecto de los intereses del marido, parece que son, en efecto, los que tenía en cuenta Cicerón, como aparece curiosamente reflejado en D. 48.19.39 (Tryph. 10 *disput.*)<sup>34</sup>. Frente a este grupo de textos aparecen dos en los que no hay justificación del aborto: por un lado D. 48.8.8 en el que de nuevo Ulpiano (33 *ed.*) afirma que si consta que la mujer hubiera abortado haciéndose violencia en sus entrañas, el gobernador de la provincia la exiliará<sup>35</sup>. El texto se ha dicho que está interpolado. Pero ya sea de Ulpiano<sup>36</sup>, ya sea bizantino, lo cierto es que en un

---

<sup>33</sup> *Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse.*

<sup>34</sup> *Cicero in oratione pro Cluentio habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam.*

*Sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est.*

<sup>35</sup> *Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exigit.*

<sup>36</sup> Lo que a la vista de todo lo dicho de este jurista no sería del todo descabellado; pudo además tener en cuenta el *Apologeticum* de Tertuliano 9.8 que define el aborto como una *homicidii festinatio*, o sea, anticipación de homicidio.

momento u otro el derecho romano no admite el aborto. Entiéndaseme bien. Lo que quiero decir tan sólo es que no es válido el argumento que a veces se esgrime de la libre práctica abortiva en la sociedad romana o de la sola consideración de los intereses del padre.

El otro texto es D. 48.19.38.5<sup>37</sup> de las Sentencias de Paulo donde el autor trata de la ley *Cornelia de sicariis et veneficiis* y que informa de diversas penas a quien suministre un brebaje abortivo aun sin dolo *quia res mali exempli est*, es decir, por no ser ejemplar la conducta (emitiendo un juicio de reproche desde un punto de vista moral o de moral social). Las penas son muy duras, y por la distinción de dos clases sociales, *humiliores* y *honestiores*, los primeros condenados *in metallum*, los segundos a la *relegatio in insulam ammissa parte bonorum*, se reconoce su procedencia de época postclásica<sup>38</sup>.

Pero queda por tratar otro tema fundamental. Decía más arriba que la doctrina actual ha llegado a la conclusión de que en el fondo no existe la citada antinomia entre los textos por cuanto, si bien se mira, aquellos en los que se aboga por un trato de favor al concebido no lo consideran realmente como persona sino «como si» lo fuera. Para ello, recurren a fórmulas lingüísticas tales como *perinde ac si* y a verbos como *intellegere* o *existimare* que parecen denotar forzadas operaciones intelectuales de equiparación de los concebidos con los nacidos. Esto hizo pensar ya a algún jurista medieval que el derecho romano había recurrido a una ficción, es decir a una operación jurídica consistente en nuestro caso en considerar jurídicamente existente un hecho o una circunstancia (el nacimiento) como si ya se hubiera producido. Así Baldo Degli Ubaldi ya intuyó esta solución<sup>39</sup>. Pero quien la ha consagrado para la modernidad con influjo en los códigos civiles modernos ha sido Savigny. Este autor declara en su Sistema del Derecho Romano Actual<sup>40</sup>: «La capacidad natural comienza en el instante en que el nacimiento completo se verifica; pero antes de él hay un tiempo bastante largo, durante el cual el infante vive ya, si bien no por sí, dependiente e íntimamente ligado a

<sup>37</sup> *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur, quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur.*

<sup>38</sup> DE NARDI, entre otros trabajos, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971; *Aborto e denaro in antichi dati, Studi in onore di A. Arena*, III, Padova, 1981, pp. 1575 ss.; *Aborto e omicidio nella civiltà classica, Studi in onore di U. Gualazzini*, II, Milano, 1982, pp. 443 ss. MENTXACA, *El aborto en el derecho romano, Estudios Deusto*, XXXI/1-Fasc. 70, Bilbao, pp. 307 ss.

<sup>39</sup> GANDOLFI, *Nascituro...*, p. 536.

<sup>40</sup> Según la traducción del francés (Guenoux) realizada por Jacinto Mesía y Manuel Poley, I, Madrid, 1878.

la existencia materna. ¿Cómo considera esta vida el derecho? ¿Cuáles son en tal materia los verdaderos principios que deben regirla? Muchos textos del derecho romano dicen terminantemente que durante la gestación el feto no es todavía una criatura humana<sup>41</sup>, le falta existencia propia, debiéndosele considerar como formando parte de la madre, mientras que otros por el contrario le asimilan al infante ya nacido. Esta última regla atentamente considerada hace desaparecer toda contradicción. La primera 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 de hechos especialmente determinados y en muy estrecho límite. Si, pues, presentando la cuestión en general, se pregunta cuál es la capacidad del no nacido aún, la solución es evidente: no tiene capacidad alguna, porque ni puede regir relaciones de propiedad, contraer deudas ni tener créditos, no es persona cuya representación sea necesaria o posible; no necesita tutor ni se le llama pupilo. La ficción por el contrario se ocupa de la vida futura del infante, y lo hace bajo un doble concepto. Le protege por la sanción de las leyes y le marca los derechos posibles que vienen unidos al nacimiento y de este modo creada en su interés a él solo también aprovecha (etc.)».

El peso de esta interpretación procedente del jurista de la Europa continental quizás más influyente durante el siglo XIX, ha calado hondo no sólo en buena parte de los códigos modernos, por ejemplo, en el español, sino también en el pensamiento doctrinal. El artículo 29 del CC dice claramente que el nacimiento determina la personalidad. De las discusiones a que dio lugar la fijación del momento inicial de la capacidad jurídica en el derecho civil español dan testimonio los artículos 29 y 30 en cuya redacción se operó un difícil equilibrio. El 29 se entendió como concesión a la tradición jurídica de protección al concebido que hundía sus raíces a través de las Partidas en el derecho romano, pero partiendo de la base de que el nacimiento y no la concepción es el momento definitivo de la capacidad jurídica, remitiéndose en ese punto al artículo siguiente. El 30 en cierto modo también porque recoge entre otros requisitos, como singularidad frente a los demás derechos, el de que el feto tenga figura humana (exigiendo sobre todo la presencia de cabeza humana, por lo que se excluye a los seres acéfalos); requisito –tratado por cierto por Wacke<sup>42</sup>– que ha sido

<sup>41</sup> Se trata de los textos de Ulpiano y de Papiniano que comentamos al principio. Vimos cómo hay que relativizar frente a afirmaciones categóricas como la realizada por Savigny aquí.

<sup>42</sup> *Del hermafroditismo a la transexualidad, ahora en Estudios de derecho romano y moderno en cuatro idiomas*, Madrid, 1996, pp. 33 ss.

objeto de críticas por parte de la doctrina. Otra exigencia llamativa del derecho civil español (que también hoy es criticada por no tener en cuenta los avances médicos) es la relativa al periodo de veinticuatro horas que se precisan para entender nacido al nuevo ser. Resulta curioso pensar que se trata de un requisito del derecho germánico<sup>43</sup> que recoge nuestro derecho civil pero no así el alemán, que en este punto es más romano que el español. Sin embargo su necesidad se debía a una experiencia romana: la de las múltiples disputas entre los herederos cuando el feto moría instantes después de nacer, por ejemplo por negligencia de la comadrona que lo dejaba caer sin poder llegar a saber a ciencia cierta si había nacido o no<sup>44</sup>. La jurisprudencia romana se dividió como es conocido entre los que opinaban que cualquier signo vital bastaba para su determinación (los de la escuela de los Sabinianos, solución que prevaleció en el derecho justinianeo) y los que opinaban que debía exigirse un llanto o grito (Proculeyanos). La crítica que se hace al plazo de las 24 horas es que a pesar de evitar estos supuestos se presta a fáciles fraudes con ayuda de las modernas técnicas que sostienen artificialmente la vida humana.

En todo caso la categórica afirmación que el nacimiento determina la personalidad, que aquí hay que entender como sinónima de capacidad jurídica, ve triunfar la doctrina de Savigny. Si además se interpreta el artículo 29 como resultado de una ficción jurídica la inmersión en la doctrina savigniana parece completa. El § 1923 (2) del BGB es todavía más explícito por su mayor abstracción. No voy a entrar aquí en los avances médicos acerca de la visión actual del embrión humano como persona (cuándo deja de ser una víscera para pasar a ser humano). Pero sí hemos visto cómo sus rotundas afirmaciones de lo que pensaba el derecho romano del feto no son del todo correctas.

Pero lo que hoy se discute<sup>45</sup> en la doctrina romanística es si es correcta la calificación como ficción jurídica del procedimiento doctrinal por el que la jurisprudencia romana (principal fuente del derecho romano) asimiló el concebido al nacido. ¿Hasta qué punto

<sup>43</sup> El Fuero Juzgo (versión romance del *Liber iudiciorum*) del siglo XIII exigía el bautismo y diez días de vida siguiendo el derecho germánico. El acortamiento a veinticuatro horas procede de las leyes de Toro de 1505 (Ley 13).

<sup>44</sup> WACKE (*Conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, Księga Pamiatkowa ku Czci Profesora Leopolda Steckiego, Toruń, 1997, 618) afirma que el derecho alemán recurre para estos casos a la prueba de la respiración pulmonar para demostrar así la existencia de vida independiente aunque efímera.

<sup>45</sup> BIANCHI, *Fictio Iuris, Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Milano, 1997, pp. 429<sup>613</sup>ss.

el derecho da carta de naturaleza a una realidad previa?<sup>46</sup> Quizás sea más correcto decir aquí que el derecho extiende su protección, otorgada al nacido, para hacerla recaer también sobre el concebido. Es decir, cabría hablar de interpretación extensiva (incluso mejor que analógica)<sup>47</sup>. La diferencia es notable, porque según esto, el derecho no finge algo irreal, sino que amplía su cobertura a situaciones que un laxo uso terminológico –no ajeno a la realidad– de términos legales (como «persona» o «todos») permite alcanzar. No hace falta ni tan siquiera que haya que indagar una identidad de razón que pueda abrir una vía a la interpretación analógica entre los casos del nacido y del concebido. Se trata, por mi parte, de consideraciones impregnadas de valores –lo sé– pero cada vez más enraizadas en los constantes avances de la biomedicina<sup>48</sup>.

En resumen, el derecho romano sigue siendo hoy una fuente inagotable de referencias para el derecho moderno a través de su decontextualización y resubstancialización, como afirma hace poco Baldus<sup>49</sup>. Una de las misiones que tiene encomendada el romanista moderno es seguir tendiendo puentes entre aquel derecho y el actual (lo que no es ciertamente difícil dada la racionalidad intrínseca de aquél), pero al tiempo montar guardia frente a su utilización tendenciosa. La búsqueda en nuestro siglo de la personalidad de pensamiento que cada jurista posee (p. e. Juliano o Ulpiano respecto del tema abordado) es un filón de investigación que ha producido ya frutos valiosos, arrinconando definitivamente la falsa idea savigniana que veía en los juristas romanos figuras «fungibles».

---

<sup>46</sup> Vid. mi recensión a Lamberti, *Studi sui «postumi»*, próximamente en SDHI.

<sup>47</sup> BIANCHI, *ibid.*

<sup>48</sup> VILA CORO, *Introducción a la biojurídica, prólogo M. Albadalejo*, Madrid, 1995.

<sup>49</sup> BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, I, Frankfurt am Mein, 1998, pp. 43 ss.

