

ESTUDIO ACERCA DE LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL *NASCITURUS* EN EL DERECHO ROMANO

Por *SILVINO A. PAUTASSO*

Al examinar un derecho antiguo, nuestro hábito mental, determinado por los criterios jurídicos modernos, nos conduce a buscar en aquel una rigurosa sistemática de las instituciones. Pero esto constituye un fundamental obstáculo para la indagación de la realidad que en cada caso nos proponemos a entender. Transportar a una época anterior concepciones contemporáneas con quien la estudia, es un modo seguro de no comprender la historia en general y, en particular, la historia del derecho: esta última, porque como es obvio, no se puede pretender llenar cabalmente los tan perfeccionados moldes de nuestras instituciones con las reliquias de un pasado jurídico lejano, no sólo por lo lacunoso que puede resultar su panorama, como consecuencia de la escasez de datos, sino también, y sobre todo, por la disparidad entre los criterios que presiden a la formación de los derechos antiguos y los que determinan la de los derechos actuales. Agréguese a ello las modificaciones que durante su permanencia en vigor han ido experimentando aquellos; por ejemplo, una evolución de trece siglos en el caso del derecho romano.

(*) Ex-Profesor Titular de Derecho Romano I y de Derecho Romano II en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba.

La sistemática moderna nos ayuda, sí, a agrupar, a ordenar los elementos a veces dispersos del derecho antiguo, como ocurre —para citar una manifestación conspicua— con la teoría de los actos jurídicos en el derecho romano elaborada por los estudiosos de nuestra época, que nos auxilia para manejar con comodidad una gran multitud de problemas. Pero no puede ser más que eso: un instrumento auxiliar. En efecto, si se persiste en avanzar por la vía de la sistemática, se puede llegar a formar una verdadera filigrana del Derecho, tal como la ha realizado la pandectística con los elementos romanos, merced a lo cual ha edificado construcciones que pueden ser útiles para el avance de la ciencia, pero que en modo alguno retratan el espíritu de la realidad jurídica romana. Diríamos, para usar una figura, que con piedras del Coliseo elevan un grácil edificio moderno, pero no reconstruyen el Coliseo. Para comprender, pues, el derecho romano, no habrá de pretenderse mudar su arquitectura, sino que habrá que plegarse, por un esfuerzo del entendimiento y de la voluntad a todos sus altos y bajos relieves; con humildad habrá de ejercitarse el *ars ignorandi* frente a las lagunas insalvables, en vez de intentar sortearlas con hipótesis fantásticas. Esto último ha llevado a las exageraciones del análisis interpolacionístico, a extremo de que a veces, frente a algunos trabajos de esta clase, experimentamos la sensación de angustiosa incertidumbre: la de que todo puede, indistintamente, ser o no ser; y eso, tratándose de un derecho tan realista como el romano.

No se hallan en él construcciones teóricas. Así, no hay una teoría general de la capacidad. Los modernos parten del concepto de "sujeto de derechos", al cual denominan "persona": para los romanos —al menos hasta la Paráfrasis griega de Teófilo a la Instituta de Justiniano— "persona" es simplemente "el hombre", el individuo humano físico, tanto el libre como el esclavo, el ciudadano como el no ciudadano, el sometido a ajena potestad o el exento de ella. Gayo (1.9) —y su texto se repite en el D.I.5.3 y en las Instituciones Justineanas (1.3 pr.)— declara: "La suma división de las personas consiste en que todos los hombres son o libres o esclavos", con lo cual se identifican los dos términos.

Tampoco la voz *caput* designa a quien puede ser titular de derechos y obligarse jurídicamente. *Caput*, que literalmente significa

“cabeza”, sólo denota, al igual que “persona” en el sentido indicado, al hombre, a la unidad humana física; no expresa la idea de “capaz”; por ende, hay *caput liberum* y *caput servile*.

Ello implica que el derecho romano no consideraba sujeto de derechos al hombre por el solo hecho de ser tal: para atribuirle lo que nosotros denominamos la “capacidad jurídica” exigía la reunión de tres requisitos: la calidad de libre, la de ciudadano y la independencia de la potestad de otro.

Pero hay más aún: la teoría de la capacidad jurídica es el resultado de una elaboración de los intérpretes; los romanos no tuvieron al respecto una noción general y, por ende, tampoco una denominación comprensiva de lo que nosotros entendemos por capacidad. Para ellos todo consiste en determinar si tal o cual categoría de personas (de seres humanos) puede (*potest*) poner por obra válidamente tal o cual categoría de actos; y a la posibilidad de llevarlos a cabo la denominan mediante una terminología específica; así, de quienes pueden contraer el matrimonio civilmente válido se dice que tienen el *conubium*; de quienes pueden realizar actos de disposición, que tienen el *commercium*; de quienes pueden eficazmente testar o, inversamente, ser instituidos herederos, que gozan de la *testamenti factio*. El término *capax* no les es desconocido; pero este vocablo (que literalmente significa “que puede contener” y, por asociación, “que tiene aptitud para”, como *capax auditu*, y “que puede incurrir en”, como *culpa capax*, *doli capax*) fue aplicado por la *lex Iulia et Papia Poppea* a un caso particular, esto es, a la medida en que pueden heredar determinadas personas, a la medida en que cada una de ellas puede ser “contenedora” (*capax*) de una porción hereditaria. Pero el abstracto *capacitas* no es del derecho romano.

Sentadas estas premisas, pasemos a considerar la condición jurídica del ser humano concebido en el seno materno pero no nacido todavía, al cual la lengua latina, sirviéndose de su exactísimo participio futuro, llama *nasciturus*.

Las afirmaciones que se hallan en diversos pasos de las fuentes jurídicas romanas han movido a sus intérpretes a preguntarse si la capacidad de derecho corresponde sólo a las personas de existencia real, o si conviene también, como una excepción, a los concebidos pero aún no nacidos.

A mi modo de ver, este planteo, en vez de facilitar la indagación acerca de la condición jurídica del *nasciturus*, la complica. Y ello por las razones precedentemente expuestas, a saber: que es inadecuado el criterio de querer analizar una institución jurídica romana a la luz de la sistemática moderna, cuanto más si la noción de que aquí se trata —la capacidad— era una noción no teorizada por los jurisconsultos: era una noción claramente intuita y precisamente aplicada a los casos concretos, pero no traducida en una elaboración orgánica.

El derecho romano ha contemplado con criterio absolutamente realista la situación del *nasciturus*; no ha elaborado una teoría general a su respecto; se ha limitado a dar —y este es el ingrediente genérico, común de la materia— una solución justa a cada una de las cuestiones concretas que en torno a ellas se plantean. (Adviértase, de paso, que esta metodología no es privativa del asunto de que tratamos, sino aplicada por el derecho romano a todas las situaciones que la vida práctica suscita).

¿Cómo deberemos, pues, examinar nuestra cuestión? Yo creo que —así en esta como en todas las del derecho romano— ateniéndonos fielmente a los textos que a ella atañen; esto es, considerándolos a su integridad, haciendo su prolija exégesis. Por cierto que, dado el carácter de esta exposición, nos contraeremos sólo a los principales.

Digo fielmente, porque desde los Glosadares y Comentaristas se vino siguiendo el procedimiento de extraer incisos de los textos y elevarlos al rango de principios generales y aun de definiciones, arbitrariamente, como acaece con las denominadas definiciones seudotextuales del dominio. Y el asunto que nos proponemos examinar no podía dejar de ocurrir otro tanto. En efecto: del fragmento contenido en D.25.4.1.1, y cuya *inscriptio* indica pertenecer a Ulpiano, se han separado tradicionalmente las palabras *partus, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* (el concebido, antes de ser dado a luz es una porción de la mujer o de sus entrañas); y otro tanto se ha hecho con el D.35.2.9.1 (indicado como perteneciente a las *Quaestiones* de Papiniano), del cual se ha extraído la afirmación *partus nonduim editus homo non recte fuisse videtur* (no puede correc-

tamente decirse que el concebido aún no dado a luz era un hombre).

Estas fórmulas, desgajadas de su sede original e interpretadas a la luz de una noción general y orgánica que los romanos no conocían —la de la capacidad jurídica— llevarían a la conclusión de que el *nasciturus* es absolutamente incapaz.

Pero este principio parece hallarse en neta contradicción con el sentado en D.1.5.7 y D.1.5.26. El primero de ambos fragmentos, tomado de Paulo, asevera: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de comodis ipsius partus quaeritur* (el que se halla en el vientre es tutelado como si ya se hallase *in rebus humanis*, siempre que se trate de su propia conveniencia). *In rebus humanis*, es decir “con existencia real”, “con existencia como individuo físico”.

El otro paso que hemos recordado, el D.1.5.26 (*ex Iuliano*), reza en su inicio: *Qui in utero sunt, in toto paene iuri civili intelliguntur in rerum natura esse* (los que se hallan en el vientre son considerados en casi todo el derecho civil, como hallándose *in rerum natura*). Es decir, como seres ya existentes en el mundo de los vivos.

Y prosiguiendo con este método de extraer incisos, cabe agregar aún el D.50.16.231 (*ex Paulo*): *dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse* (decimos que aquel cuyo nacimiento se espera, es como si estuviera ya vivo).

La afirmación genéricamente contenida en estos pasajes y su corroboración por otros que se refieren a sus aplicaciones concretas, han llevado a la doctrina de que el *nasciturus* tiene una capacidad jurídica limitada.

En síntesis: estamos en presencia de dos aseveraciones contrapuestas: según una, el concebido tendría aunque limitada, lo que los modernos llamas capacidad jurídicas, o de derecho; según la otra, fundada en que el *nasciturus* carece de existencia real, se lo consideraría absolutamente incapaz.

Así presentadas las cosas, el contraste parece evidente. Pero la verdad es que tales afirmaciones no pueden ser interpretadas fuera de su contexto. Es ya mucho que el Digesto se componga de recortes de las obras de los jurisconsultos, lo cual, al privarnos de la

organicidad del tratado original, nos sume en la incertidumbre, y al darnos un texto adaptado a la época de la Compilación nos crea la duda acerca de lo que contenía realmente aquel. Pasemos, pues, a la exégesis de los fragmentos que hemos traído a colación.

Comencemos por el D.25.4.1.1. Ulpiano, Libro 24 del comentario al Edicto, que traduzco lo más ajustadamente posible:

“De este rescripto resulta de modo evidentísimo que los senadoconsultos atinentes al reconocimiento de hijos no eran aplicables si la mujer disimulaba o negaba estar embarazada; y con razón, porque el concebido (*partus*) es, antes de que nazca, una porción de la mujer o de sus entrañas (*partus enim antequam edatur mulieris portio est, vel viscerum*). Por cierto que después de haber sido dado a luz por la mujer el concebido (*partus*), ya puede el marido, por derecho propio, mediante el interdicto, pretender: o bien que el hijo le sea exhibido (presentado), o bien que se le permita llevárselo; así, pues, en caso de necesidad, el príncipe auxilia por vía extraordinaria”.

Para la comprensión de este paso debemos explicar algunos antecedentes. Como podía darse el supuesto de que, hecho un divorcio, la mujer se creyere embarazada, para evitar que el marido se negara a reconocer el hijo que naciera, se proveyó a la situación mediante un senadoconsulto que estableció que en tal hipótesis ella debía hacérselo saber a su ex-marido en el plazo de treinta días contaderos desde la fecha del divorcio (D.23.3.1.1.). El marido, por su parte, podía tomar una de estas dos actitudes: o bien poner guardas a la mujer (para evitar una simulación de parto: D.25.3.1. pr.), o bien hacerle saber que ella no está embarazada de él. En síntesis: o hacer una negativa lisa y llana o tomar medidas de precaución (D.25.3.1.3).

En un supuesto distinto, esto es, cuando la mujer ya había dado a luz, pero se negaba a entregar el hijo a su marido, se había proveído mediante el llamado *interdictum de liberis exhibendis et item ducendis*, es decir, interdicto para obtener la presentación de los hijos e igualmente para poder llevárselos.

Cabía aún otra hipótesis: que, hecho el divorcio, el marido afirmase que la mujer estaba encinta de él, al paso que ella lo negase. Cuando por primera vez se presentó el caso (que lo fue ante

el *pretor* urbano Valerio Prisciano, en tiempo de los emperadores Marco Aurelio y Vero), el magistrado se halló perplejo y consultó a éstos, a quienes también les pareció que el marido que movía la cuestión, un tal Rutilio Severo, pretendía algo novedoso, algo que anteriormente nadie había pretendido (*novam rem desiderare R.S. videtur*), a saber, que se le pusieran guardas a la mujer de quien él se había divorciado y que afirmaba no estar embarazada; pero como de todos modos había que proveer a la situación, los emperadores resolvieron la cuestión mediante un procedimiento especial: depósito de la mujer (que se llamaba Domicia), en casa de una matrona honestísima; reconocimiento médico, y si de conformidad con éste parecía estar embarazada, persuasión a la divorciada para que aceptase guardias (D.25.4.1 pr).

Y el comentarista de tal rescripto —Ulpiano, según la *inscriptio* del fragmento que examinamos (D.25.4.1.1)— brinda la razón de lo decidido por los emperadores. En efecto, dice que los senadoconsultos sobre reconocimientos de hijos no eran aplicables si la mujer disimulaba o negaba estar embarazada. Naturalmente, por no tratarse de un supuesto en que la mujer afirmaba estar embarazada, sino precisamente todo lo contrario, de un supuesto en que ella lo negaba, mientras que quien lo aseveraba era el marido, no podía éste atenerse al senadoconsulto que le prescribían enviar guardas a la mujer.

Quedaba así descartada la primera de las medidas que hemos esbozado más arriba y que estaba prevenida por un senadoconsulto.

Pero, no restaba acaso otra, la consistente en ejercitar el interdicto para que la mujer exhibiese el hijo y el padre pudiera eventualmente llevárselo? ¡Imposible! Si justamente lo que se discutía era si la mujer estaba embarazada o no! Y para que el hijo pueda ser exhibido y llevado, es menester que dicho hijo... ya esté en el mundo de los vivos! Porque si el ser se halla en el vientre de la madre no es más que una parte de ella o —como alguna mano le ha añadido al texto— de sus entrañas (*partus enim antequam edatur mulieris portio est, vel viscerum*). Lo único que podía hacer el marido sería aguardar a que el hijo naciese, y ejercitar entonces, y sólo entonces, el interdicto para que le sea exhibido y se le permita llevárselo. “Por cierto —explica el comentarista— que después

de haber sido dado a luz por la mujer el concebido, ya puede el marido por derecho propio, mediante el interdicto, pretender: O bien que el hijo le sea exhibido, o bien que se permita llevárselo". Pero, como se comprende, esto no resolvía el problema, porque entre tanto la mujer podía hacer desaparecer el parto. De ahí la medida del emperador.

Pues bien, sacando en limpio lo que en este momento nos importa, hacemos hincapié en que el enunciado con arreglo al cual el concebido es, antes de nacer, parte de la madre o de sus entrañas, constituye un fundamento naturalísimo, de buen sentido, para mostrar que el interdicto de exhibición del hijo y de permisión de llevárselo, es inaplicable mientras el concebido está aún en el seno materno. Cosa de lógica harto gruesa. Y siendo así, nadie podría pretender que tal enunciado es una fórmula que atañe a la supuesta calidad de "capaz" o de "incapaz" del *nasciturus*.

Veamos ahora el otro texto que corresponde a este mismo orden de ideas, el D.35.2.9.1, tomado de las *Quaestiones* de Papiniano, Libro 19. Para comprender su enseñanza hay que advertir que el título 35.2 trata de la *lex Falcidia*, y hay que comenzar leyendo el proemio de nuestro fragmento. El conjunto dice así:

"En la ley *Falcidia* se dispuso que los frutos que estaban maduros al tiempo de la muerte y que fueron percibidos después, aumenten la tasación de la herencia en el renglón del fundo, que se considera haber sido más valioso en aquel momento". Respecto del vientre de la esclava no se admitió ninguna distinción de tiempo, y con razón, porque no se dice correctamente que el concebido no nacido haya sido un hombre (*partus nondum editus homo non recte fuisse videtur*).

La *lex Falcidia* es, en realidad, un *plebiscitum* (una decisión legislativa tomada por el concilio de la plebe) en virtud del cual se prohibía al ciudadano romano hacer en su testamento legados que por junto excedieran a las tres cuartas partes del patrimonio del difunto, de suerte que a los herederos siempre les estuviese asegurado un cuarto del mismo.

Pues bien: caso de tener que aplicarse la *Falcidia*, era menester saber qué bienes entraban en el patrimonio del causante; así, por ejemplo, los frutos que ya estaban maduros a la muerte de éste,

pero que fuesen recogidos después de ocurrida la muerte, debían contarse como patrimonio hereditario? ¿La tasación que de la herencia se hiciera, debiera incluirlos?

La *lex Falcidia* dispone en sentido afirmativo: que debe sumárselos al valor del fundo, porque en el momento en que tales frutos estaban pendientes y maduros era cuando el fundo había alcanzado el más alto valor.

Resuelta la de fondo, se presenta otra cuestión que ofrece analogía con aquella. En el patrimonio hay una esclava encinta al tiempo de morir el causante; se pregunta: ¿lo que está en el vientre, debe considerarse de la misma condición que los frutos maduros ya al tiempo de la muerte del causante? ¿Debe decirse que el nacimiento del que estaba concebido, verificado con posterioridad a dicha muerte, es algo similar a la recolección de los frutos del supuesto anterior? Con toda lógica el texto legal responde que no. En efecto, un fruto no recogido pero maduro es ya un fruto; en cambio, un ser concebido en el vientre materno no es un hombre hasta el momento en que haya nacido; respecto de él la *Falcidia* no puede, por tanto, a diferencia de los frutos, establecer distinciones de tiempo. En conclusión: el *nasciturus* de la esclava no es computado a los fines de sumar su valor al del madre y asignarle a ésta uno más elevado antes de dar a luz que el que habrá de tener después de ello.

Para llegar a esta solución se ha tenido en cuenta, pues, un hecho de la naturaleza, un hecho biológico sobre el cual se funda la decisión legal. El hecho biológico —repito— consiste en que el concebido pero todavía no nacido no es uno de esos individuos físicos de vida fisiológicamente independientes que llamamos hombres: *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur* (no es correcto decir que el concebido no nacido sea un hombre). Por lo tanto, este enunciado, tal como está incluido en nuestro texto no pretende en modo alguno ser una regla general y absoluta, y menos aún referirse a la presunta “capacidad” o “incapacidad” del *nasciturus*.

Haciendo, pues, una síntesis comprensiva, diremos que tanto el D.25.4.1.1, al aseverar que *partus antecquam edatur, mulieris portio est vel viscerum*, como el D.35.2.9.1, al afirmar que *partus*

nondum editus homo non recte fuisse, no hacen, sino invocar un hecho biológico, un hecho natural, para fundamentar, en un caso, la imposibilidad que el marido pida la exhibición y se lleve a un hijo que se discute si se halla o no en el vientre de la mujer con quien él estuvo casado y de quien se ha divorciado; y para fundamentar, en el otro caso, el que no debe contarse en el activo de la herencia, para determinar su cuarta parte a los fines de la *Falcidia*, al ser que está concebido en el vientre de una esclava pero que aún no ha nacido. Quienes han extraído de estos textos conclusiones para su teoría de la capacidad o incapacidad del *nasciturus* han sido los intérpretes; pero para ello han procedido, como tantas otras veces, por la vía de la fundamentación seudotextual.

Y no sólo para resolver las analizadas situaciones, sino también para dar solución a otras atinentes al *nasciturus*, los jurisconsultos romanos han debido tomar en consideración el hecho biológico; así:

a) Por lo que atañe a lo que puede ser objeto de legado, explica Gayo (2.203); "También aquella cosa que no está *in rerum natura* puede legarse por condenación (*per damnationem*), siempre que haya de existir, como por ejemplo los frutos que nacieren de determinado fundo, o lo que naciere de determinada esclava". Y el D.30.24 pr. (ex Pomponio, 5 a Sabino): "Consta que lo que todavía no está *in rerum natura* puede legarse, como por ejemplo «cualquier cosa que determinada esclava diera a luz»".

La cuestión que debe resolverse es esta: ¿constituye el legado un acto de los que admiten como objeto una cosa futura? La respuesta es positiva siempre que se trate de un *legatum per damnationem*, ya que el efecto de este es el de imponerle al heredero una obligación; y siendo así, ¿puede ese objeto futuro consistir en lo que a una esclava haya de dar a luz? La respuesta es también afirmativa, a condición de que eso que aún no se encuentra *in rerum natura* venga a existir. Aquí se considera, pues, al *nasciturus* como *res sperata*; entre tanto es un "no existente": *in rerum natura non est* (d.30.24 pr.); o como se lee en D.7.7.1 (ex Paulo) *nec in rerum natura est quod ex Arethusa natum erit* (no existe en el mundo de los vivientes lo que haya de nacer de Are-tusa).

Estos fragmentos corroboran, con más fuerza aún, todo cuanto tenemos dicho, dado que, al resolver casos que atañen al concebido en el seno de la esclava, están mirándolo como un puro objeto de derecho, y en modo alguno como sujeto. Mal podrían extraerse de ellos conclusiones tocantes a la doctrina de la capacidad, del mismo modo que no puede pretenderse usar para tal fin los fragmentos que ya hemos analizado.

b) El hecho biológico también tiene implicancia en el orden procesal: si se reivindica una esclava embarazada y se dicta sentencia al respecto, ¿podrá luego reivindicarse al que de aquella esclava ha nacido? El D.44.2.7 pr. responde afirmativamente, porque el concebido no existía aún; el nacido es cosa derivada (por tanto, distinta de la que se había reivindicado, o sea de la esclava). También aquí el *nasciturus* es mirado como objeto; también aquí es mirado desde el punto de vista natural, biológico, para evitar la excepción de cosa juzgada.

Pasaremos ahora a examinar el otro grupo de textos en que se contienen afirmaciones que comparadas aisladamente con las que acabamos de considerar parecen tener sentido contrario. En primer lugar, el D.1.5.26 (ex Iuliano, 69^a Digestorum): "En casi todo el derecho civil los que se hallan en el vientre se consideran estar *in rerum natura*. En efecto: también a éstos se les defieren las herencias legítimas; y si una mujer embarazada es capturada por los enemigos, lo que le nazca goza del postliminio; igualmente, sigue la condición del padre o de la madre; además, si una esclava embarazada ha sido hurtada, aunque haya dado a luz en poder de un comprador de buena fe, lo que de ella nazca no se usucape, en cuanto es cosa hurtada. Con estas normas es congruente también que el liberto se halle, en el tiempo en que pueda nacer un hijo del patrono, en aquella situación legal en que se hallan los que tienen patrono".

El párrafo es muy claro. El jurisconsulto nos enseña un principio general acerca de la condición jurídica del *nasciturus*, a saber: que en relación a casi todas las instituciones del derecho civil, dicho *nasciturus* cuenta como si fuera persona ya existente; y aduce una serie de situaciones que así lo demuestran a saber:

a) En cuanto a la herencia deferida por la ley, el que está en el seno materno es considerado como nacido: "Se ha de saber

—declara el D.38.16.1.8— que los *sui* pueden suceder si están concebidos”. Y ello se funda en el propósito de amparar al *nasciturus*: “Los antiguos —asevera otro texto (D.5.4.3)— de tal suerte velaron por el hijo que está en el vientre, que le reservaron íntegros todos los derechos, y así se ve en el derecho a las herencias, a las cuáles no son admitidos los que se hallan en un grado de parentesco posterior al de aquel que se halla en el seno materno (*quod in utero est*)”.

En el D.38.17.7 se nos reitera que por la ley de las XII tablas es llamado a la herencia paterna aquel que ya estaba concebido en el momento de la muerte del causante, *quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*. Y bien conocido es que si el padre no ha mencionado en su testamento, instituyéndolo o desheredándolo, al póstumo, el nacimiento de éste rompe ese testamento; Gayo (1.147) afirma: *postumi pro iam natis habentur*.

b) Tocante al *postliminium*, también el *nasciturus* es tomado en cuenta para beneficiarlo con la libertad una vez nacido. Si una mujer ha sido capturada por los hostes, estando embarazada, y en poder de ellos ha dado a luz, su hijo nacerá esclavo, en virtud de que el hijo de la esclava es tal. Ello no obstante —según interpreto— se hace la ficción de que el hijo ya había nacido al caer su madre en esclavitud; que, por tanto, era libre como ella y con ella se ha vuelto esclavo; es consiguiente, pues, que al regresar ese hijo readquiera automáticamente, en virtud del *ius postliminii*, la calidad de libre, al igual que su madre.

c) Por lo que atañe a la condición jurídica respecto de los status, un precepto general establece que el hijo nacido *ex iustis nuptiis* (es decir del matrimonio entre quienes gozan del *conubium* y son, por ende, libres y ciudadanos romanos) sigue, en cuanto a dichos status, la condición jurídica de su padre (por lo cual no puede ser sino libre y ciudadano), en tanto que el nacido de dos personas que no tienen el *conubium* (*illegitime*) sigue la condición de la madre en el momento del nacimiento (según el principio riguroso, que luego será atenuado): Conubio interviniente —enseña Ulpiano Reg., 5.8— *liberi semper patrem sequuntur; non interviniente conubio matris conditioni accedunt* (mediando conubio, los hijos siempre siguen la condición del padre; no mediando conubio,

se acogen a la condición de la madre); y ejemplifica (5.9): *ex cive romana et latina, latinus nascitur, et ex libero et ancilla servus, quoniam, cum his casibus conubia non sint, partus sequitur matrem* (de un ciudadano romano y una latina, nace un latino; y de un libre y de una esclava, un esclavo, porque como es estos casos no hay connubio, el nacido sigue siempre la condición de la madre).

En el epítome visigodo de Gayo (1.4.9) leemos: *Regula iuris hoc continent, ut qui legitime concipitur tempore conceptionis statum sumant... Ac proinde de legitima coniunctione conceptus, etiamsi mater eius statum mutet, id est, si ancilla fiat, ille, qui legitime conceptus est, ingenuus nascitur* (la regla del derecho establece que los que son legítimamente concebidos toman su estado del momento de la concepción...; y por ello el concebido de una unión legítima, aunque su madre cambie de estado, es decir, que se haga esclava, el que fue legítimamente concebido nace ingenuo).

Y ese es el concepto que reproduce el fragmento que venimos comentando (D.1.5.26) cuando expresa que el nacido sigue la condición del padre o de la madre. Pues bien: extraigamos la conclusión que a nuestro asunto importa. Si a los que *legitime concipiuntur* se les reconoce el status de *liberi* y de *cives* desde que son concebidos, es porque a estos *nascituri* se los tiene por existentes. Y si en nuestro caso se adopta tal criterio es porque los juristas están impulsados *favore libertatis* o *civitatis*.

Vale, pues, la pena de observar aquí cómo los juristas romanos no se aferran a una línea inquebrantable de principios lógicos, sino que, siempre guiados por la *aequitas*, procuran encontrar la solución más justa, la más favorable a los derechos de la persona humana. Que al concebido haya que considerarlo invariablemente como *in rerum natura*, o nunca *in rerum natura*, es cosa que no cabe en la mentalidad del jurista romano; para él el *nasciturus* está unas veces *in rerum natura*, y otras veces no lo está, según convenga para resolver este o aquél problema, pero siempre para dar satisfacción a la equidad. Por ello creo que no importa mucho el entrar en la discusión de si el principio según el cual, habiendo *iustae nuptiae*, el *status libertatis* se adquiere *conceptionis tempore*, es un principio del *ius civile*, mientras que el contrario —que los concebidos *illegitime* siguen la condición de la madre— es un

principio del *ius gentium*. Pero sí quiero advertir que el criterio escogitado por los jurisconsultos no implica de ningún modo reconocerle alguna capacidad al *nasciturus*, sino preservarle para el momento de su nacimiento dos de los elementos necesarios para adquirir, en ese momento, lo que nosotros llamamos la capacidad jurídica o de derecho.

d) Nuestro texto pone también la hipótesis de la esclava embarazada que ha sido hurtada: “aunque haya dado a luz en poder de un comprador de buena fe —decide—, lo que de ella nazca no se usucape, en cuanto es cosa hurtada”.

¿Cómo puede considerarse res furtiva, y por lo tanto no usucapible, al que no era sino un concebido en el seno materno? En este caso el derecho coloca al *nasciturus* a par del ya nacido para alcanzar un resultado justo; en efecto, para proteger la propiedad era preciso acudir a la ficción de que el concebido estaba ya *in rerum natura*.

e) Y nuestro fragmento menciona aún otra aplicación del mismo criterio, con relación al liberto. El lazo del *patronatus*, que ligaba al *manumissus* con su antiguo dueño, persistía entre el liberto y el hijo del patrono, pero se extinguía al morir éste sin descendencia. Ahora bien: si, fallecido el patrono se esperaba un póstumo, el vínculo subsistía; si el *nasciturus* realmente nacía, la relación de patronato se consolidaba entre dicho hijo y el liberto de su padre; si, por el contrario, se volvía cierto que el hijo no habría de existir, el vínculo quedaba extinguido.

He aquí al *nasciturus* colocado a la par del *iam natus*, puesto que su existencia determina los mismos efectos jurídicos que éste. La finalidad ha sido, en éste caso, la de proteger el interés del patrono.

Consideremos ahora el otro de los dos textos que hemos citado como exponente de la ficción de tener como *in rerum natura* al simple *conceptus*.

D.1.5.7 pr. (ex Paulo, libro único sobre las porciones que se conceden a los hijos de los condenados): “El que está en el vientre es tutelado como si estuviese en el mundo de los vivos (*in rebus humanis*) siempre que se trate de las ventajas (*de comodis*) del propio concebido; aunque antes de nacer no beneficia a otro”.

Con tal fragmento es correlativo el D.50.16.231 (Ex Paulo, libro único al senadoconsulto Tertuliano):

“Lo que decimos: que aquel que se espera que nazca es considerado como ya viviente (*pro superstite esse*), es verdad que siempre que se trate de su propio derecho; mas no beneficia a otro sino cuando ha nacido”.

La regla aquí establecida ha sido elevada al carácter de norma general en el derecho justiniano, como resulta de su ubicación en el título de *verborum significatione*; pero el original de Paulo pertenecía (como se ve por las respectivas *inscripciones*), en un caso “a las porciones que se conceden a los hijos de los condenados” (por ende, a una distribución de patrimonio), y en el otro, un comentario al jurisconsulto Tertuliano. Por esto último se infiere que lo que aquí se está diciendo es que la madre no puede alegar el *ius liberorum* requerido por dicho senadoconsulto para heredar al hijo fallecido, si uno de los hijos al que pretende contar para integrar el número necesario (tres o cuatro, según sea ingenua o libertina) aún no ha nacido, sino que sólo está concebido en su seno. Tocante al Tertuliano, pues, la madre no puede beneficiarse por el solo hecho de estar gestando un *nasciturus*: una cosa es que a éste se lo considere como ya nacido a los fines de asegurarle sus derechos, y otra que se lo considere ya nacido para que beneficie a su madre a los fines de aquel senadoconsulto.

No nos detendremos ya en otros pasos que afirman la ficción de la existencia real del individuo en salvaguarda de los derechos futuros que pudieran competirle; pero sí queremos subrayar el que en este aspecto la ficción juega en exclusivo interés del *nasciturus*: “así como el pretor cuidó de los descendientes ya nacidos (*qui iam in rebus humanis sunt*) —declara el D.37.9.1— no descuidó tampoco, por la esperanza de que nacieran, a los que todavía no habían nacido (*eos, qui nondum nati sint*)”. La ficción no está destinada a beneficiar a terceros, como acabamos de verlo en el supuesto del Tertuliano.

Otra aplicación la tenemos en la tutela, por lo que toca a la excusación de su desempeño. Quien había sido nombrado tutor no podía rehusarse a ejercerla, a no ser que pudiera invocar alguna de las causas de excusación que la ley había establecido taxativamen-

te. Y una de tales causas consistía en tener tres hijos vivos, legítimos, no adoptivos, en Roma; cuatro en Italia y cinco en las provincias. Así lo testimonian los Frag. Vat. 191 y 192. Pero leamos el D.27.1.2.2 y 4 para subrayar el punto que aquí nos interesa: "También la multitud de hijos exime de la tutela o de la curatela; pero ellos deben estar vivos (*vivos esse*, dice la traducción latina del texto griego) cuando los padres son designados tutores o curadores".

Se comprenderá, por tanto, que si para completar el número de tres, cuatro o cinco hijos, a fin de excusarse de la tutela que le ha sido a él deferida, un padre no puede incluir entre aquellos a los fallecidos, tampoco puede contar entre los mismos a los *nascituri*, a los concebidos pero aún no nacidos. Y siendo así, la ley los tiene en cuenta, no para beneficiar al padre eximiéndolo del ejercicio de la tutela, sino que los tiene en cuenta sólo y exclusivamente para proteger sus propios intereses; para éste último fin si los alinea a la par de los ya nacidos. Esto es lo que enseña el D.27.1.2.6: "El que está en el vientre, aunque en muchas partes de las leyes es comparable al ya nacido, sin embargo, ni en la presente cuestión ni en las restantes cargas civiles beneficia al padre; y esto se dijo en la constitución del divino Severo".

Que si el tener cuenta sólo de los *commoda* del *nasciturus* y no de las ventajas que pudieran resultar para terceros, es realmente doctrina clásica o lo es justiniana, constituye un problema cuya elucidación no afecta al análisis que venimos realizando.

A propósito del tutor diremos que no le puede ser dado al *nasciturus*, por cuanto la tutela sólo puede recaer sobre quien verdaderamente existen el mundo de los vivos; en consecuencia, *non est pupillus qui in utero est* (D.26.5.20); pero los eventuales derechos del concebido, los bienes que puedan pertenecerle en caso de nacer, necesitan ser custodiados, y a ese fin se da para ello un curador. Toda ésta fórmula descriptiva se expresa con la frase *curator ventris*. De este modo, sin recurrir a ficción alguna se resguardan los intereses del *nasciturus*; se consigue en éste aspecto su protección.

Toda la hasta ahora referida se aplica a los casos que llamaríamos normales; pero al lado de ellos pueden darse otros de carácter

excepcional. En efecto, se citan leyes romanas de muy antigua data (*leges regiae*, que indudablemente no son más que *mores*). Según las mismas (y alguno de sus preceptos es reiterado en una disposición del Principado) era obligación abrir el cuerpo de la madre que moría embarazada, con el fin de salvar, si ello era posible, la vida del ser concebido, y que disponían la postergación, hasta después del parto, de la ejecución o tortura de una mujer embarazada (D.11.8.2; D.1.5.18; D.48.19.3).

Pero la suma protección del *nasciturus* estribaba en la esfera penal. El aborto era reprimido con pena aflictiva. Citaremos textualmente dos breves fragmentos, porque es preciso aclarar su interpretación:

D.47.11.4. Marciano, primero de las Reglas: “El Divino Severo y Antonio respondieron por rescripto que la que de intento abortó (*qua data opera abegit*), ha de ser condenada por el gobernador a destierro temporal (*in tempore exilium*), porque puede parecer indigno que impunemente haya defraudado a su marido en cuanto a los hijos (*indignum enim videri potest, impune eam maritum liberis fraudasse*)”.

D.48.8.8. Ulpiano, 33^o *ad Edictum*: “Si constare que una mujer se hizo violencia en sus entrañas para abortar (*visceribus suis vim intulisse, quo partus abigeret*), el gobernador de la provincia la mandará al destierro (*in exilium*)”.

Y no ha de olvidarse que ésta pena importa la *capitis deminutio* media: la condenada pierde la ciudadanía romana.

Ajustándose a los términos expresos de los citados fragmentos, hay quien sostiene que si la ley castiga el aborto provocado —o sea la eliminación intencional del *nasciturus* antes de que llegue a la vida separada, propia— es porque ello implica, según el criterio romano, un acto lesivo para la madre y la frustración de la *spes prolis* para el padre; por lo tanto, si así fuere, se llegaría a la conclusión de que en éste caso el derecho romano no tuvo en mira la protección del hijo. Me parece un error. Ya hemos visto cómo aquel derecho se vale de variadas vías, directas o indirectas, para proteger al *nasciturus*, y la que aquí examinamos es una de ellas. Por lo demás (supuesto, pero no admitido) que el legislador dispusiese la pena por las razones expresadas, y tan solo por ellas, sin

tener en cuenta la protección de la vida del *nasciturus*, el resultado habría sido siempre esa protección. Pero, ¿quién podría pensar, después de todo lo que tenemos dicho, que para el legislador la tutela del *conceptus* fuera un efecto no querido, o al menos indiferente?

En un solo caso el derecho romano se desentiende del *nasciturus*; pero es de un supuesto que procede retroactivamente, es decir, se ve obligado a negar jurídicamente un hecho en realidad acaecido. Se trata del supuesto del nacimiento sin vida del concebido. En un texto (D.50.16.129), que Paulo aplicaba al caso de la *lex Iulia et Papia* (según la cual la existencia de hijos era requisito para heredar, al menos en cierta medida), pero que en la Compilación fue llevado a regla general, se establece: *Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt* (los que nacen muertos no se consideran ni nacidos ni procreados, porque nunca pudieron ser llamados hijos).

Advierto, y lo subrayo, que estamos aquí en el terreno exclusivamente técnico jurídico —como a lo largo de toda ésta exposición—, y que desde ese punto de vista la regla parece lógica. Naturalmente, los derechos que tenía en expectativa el *nasciturus*, sus derechos potenciales, requieren, para ponerse por obra, el nacimiento de que *qui erat in ventre*; y sólo se considera que hay nacimiento cuando el concebido fue librado con vida (el derecho romano no exige la viabilidad); en caso contrario, nadie podrá pretender haber adquirido un derecho a través de él, o heredar, contándolo a él para integrar el número de hijos requeridos por la norma para ese fin, que era precisamente el contemplado por la *lex Iulia et Papia*.

Y de éste modo —sobre la base de las fuentes y procurando el ajuste al espíritu de la institución analizada— llego a las conclusiones siguientes:

a) Sostengo —como creo demostrado— que para la concepción romana el régimen jurídico del *nasciturus* no guarda relación con lo que modernamente entendemos como la teoría de la capacidad o, si se prefiere, como teoría del sujeto de derechos.

b) Que el derecho romano, a los fines de resolver problemas técnico-jurídicos, necesita en determinados casos, apoyarse en el

hecho biológico, real, de que el concebido no se halla en el mundo de los vivientes (*in rerum natura*), sino de que es parte de la madre o se ve precisado a considerarlo como totalmente inexistente.

c) Que en otros casos tiene al *conceptus* por ya nacido; esto es, recurre a una ficción, así como se vale de este criterio, para fundar las acciones ficticias, o como lo hace, por ejemplo, en la hipótesis de la *lex Cornelia*, suponiendo que el ciudadano romano que cayó en poder del enemigo murió en ese mismo instante, con objeto de salvar la validez de su testamento.

d) Que tal ficción tiene por finalidad proteger, tutelar la existencia del *conceptus* y amparar sus potenciales derechos en el caso de que llegue a la luz con vida.

e) Que de tal modo su objetivo es lograr la protección del *nasciturus*, que la existencia de éste no puede ser invocada por terceros para fundar ventajas que con ella pudieran competerle.

f) Que para alcanzar aquél propósito capitalísimo, el derecho romano, consecuente con su modo de ser, no formula una teoría general del *nasciturus* sino que resuelve casos concretos.

g) Que esto no significa que proceder a ciegas y sin una línea definida y, por lo tanto, brinde soluciones circunstanciales, sino precisamente lo contrario, a saber, que los juristas, pretores, jueces, *legiderecho* romano es no solamente el derecho de los casos concretos, o sea el de la solución de las especies, de las situaciones de hecho en particular, sino que es más: es el derecho de los casos concretísimos, vale decir individuales, porque su supremo afán es restablecer la justicia cuando Ticio o Mevio, o Sempronio resulta víctima de una situación inicua. Si la *aequitas* exige el quebrantamiento del rigor lógico, el jurisconsulto no vacila en operarlo, fundándose en la *benignitas*, en la *utilitas*, en el *commodum* (la convivencia). Así proceden los jurisconsultos clásicos y los del derecho romano cristiano; pero para éstos últimos la virtud predominante, la que insume a las demás, es la *charitas*, bajo cuyo perfil es preciso mirar todo el derecho, más que existimarlo como la razón escrita.

Mirando las cosas de otro modo, ¿de qué podrían servir las más brillantes teorías, si frente a la injusticia que a ti te agravia, en un dado lugar, en un dado momento, en unas circunstancias

concretísimas, te hallases como en un edificio de cristal donde nadie te ampara?

El derecho romano no teorizaba: protegía singularmente; era la justicia en acción; era el *ars boni et aequi*; fue introducido *hominum causa* (teniendo al hombre como fin). De ahí su perennidad; de ahí su grandeza sublime.