

**ORIGEN Y SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO *CONCEPTUS PRO
IAM NATO HABETUR* EN DERECHO ROMANO Y
SU RECEPCION EN DERECHO HISTORICO ESPAÑOL Y EN EL
VIGENTE CODIGO CIVIL**

Eva María Polo Arévalo

Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad Miguel Hernández

RESUMEN:

En el presente trabajo se analizará el origen y significado del principio *conceptus pro iam nato habetur* enunciado por la jurisprudencia clásica y formulado en derecho justinianeo como un principio general de defensa de los derechos del *nasciturus*.

La recepción del principio en el derecho histórico español no se producirá hasta Partidas que, fiel a la tradición romanista, acoge la regla general de equiparación entre concebido y nacido para todos los efectos que le fueran favorables.

Por último, se abordará la recepción del principio *conceptus pro iam nato habetur* en los proyectos de Código Civil y en el artículo 29 del vigente Código Civil español.

Palabras clave: *Conceptus pro iam nato habetur* – derecho romano – derecho histórico español – Código Civil español.

ABSTRACT:

In the present work will be analyzed the origin and meaning of the principle *conceptus pro iam nato habetur*, enunciated by the classic jurisprudence and received by Justiniano like a general principle of defense of the rights of the *nasciturus*.

The reception of the principle in the spanish historical law will not take place until Partidas that, faithful to his romanista tradition, gathers the general rule *conceptus pro iam nato habetur* for the effects that were to him favorable.

Finally we will approach the reception of the principle in the projects of Civil Code and article 29 of the present Civil Code.

Key words: *Conceptus pro iam nato habetur* – roman law – spanish historical law – spanish Civil Code.

Origen y significado del principio *conceptus pro iam nato habetur en Derecho Romano y su recepción en Derecho histórico español y en el vigente Código Civil*

Las fuentes —tanto jurídicas como literarias— no emplean una terminología genérica y uniforme para referirse al *conceptus*, sino que ofrecen una gran variedad de expresiones que no siempre reflejan la idea de la vida humana en formación que resulta ser. Especialmente significativos resultan los términos utilizados en textos extrajurídicos ya que, a pesar de que no exista unanimidad en la designación del concebido —*homines*¹, *puer*², *liberi*³ o *concepta spes liberorum*⁴—, con ellos si se pone de manifiesto la existencia de un ser humano, aunque sea en estado potencial.

Las fuentes jurídicas tampoco presentan uniformidad terminológica para referirse al concebido; los juristas utilizaron numerosas expresiones, si bien las más frecuentes fueron las que hacían referencia a la fisiología de la mujer: *qui in utero est*⁵, *venter* o *uterus*⁶. Con posterioridad se emplearon otras expresiones que si reflejaban la existencia de una vida humana futura, como *conceptus*⁷, *qui nasci speratur*⁸, *nondum nati* o *partum nondum editus*⁹ o, en época justiniana, *homo fieri speratur*¹⁰.

Mención específica merecen las locuciones que dan a entender que el concebido es una esperanza de vida: *spes vitae*¹¹, *spem nascendi*¹² y *spem animantis*¹³; estas expresiones, como afirma Bartosek¹⁴, entrañan conceptos de indudable valor técnico en

1 JUVENAL, *Satirae*, V, 596.

2 PLAUTO, *Truculent.*, 201.

3 CICERON, *Pro Cluentio*, XLIV, 125.

4 SENECA, *Ad Herviam Matrem de Consolationem*, XVI. La expresión *concepta spes liberorum* da a entender que los hijos concebidos son considerados una prolongación ideal de la familia.

5 D. 1, 5, 7; D. 1, 5, 26; D. 50, 16, 161 y ULPIANO, XXII, 15 y 19.

6 D. 37, 9; D. 25, 5, 1; D. 25, 6, 1; D. 37, 9, 13; D. 26, 5, 20, pr.; D. 27, 10, 8; D. 30, 62 y 121; D. 40, 4, 13; D. 42, 5, 24, pr.; D. 50, 4, 1, 4 y C. 6, 20, 2.

7 D. 38, 13, 7 y D. 38, 16, 1, 8.

8 D. 50, 16, 231.

9 D. 37, 9, 1, pr. y D. 35, 2, 9, 1.

10 D. 7, 4, 14.

11 D. 37, 9, 1, pr. y D. 37, 9, 1, 8.

12 D. 38, 16, 1; D. 1, 5, 7 y D. 37, 9, 1, pr.

13 D. 11, 8, 2. Vid. DE LAS HERAS SANCHEZ, “*Ollus benedictus quiris leto datus est. Una prohibición de inhumar*”, en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes*, I, Burgos, 2000, pp. 443 y ss.

14 BARTOSEK, “*La spes en droit romain*”, en *RIDA*, II, pp. 19 y ss. (= en *Mèlanges de Visscher*, I, Bruxelles, 1949, pp. 19 y ss.). El autor se propone la búsqueda del significado técnico-jurídico del término *spes*, examinando por separado algunas de las materias en las que tradicionalmente se ha dividido el Derecho privado —Derecho de personas, Derecho de familia, Derecho de sucesiones y Derecho de obligaciones— y desarrollando el concepto desde la evolución histórica, esto es, cotejando el derecho clásico con el justiniano. Desde este punto de vista, sostiene que el concepto de *spes* sería aplicable no sólo al *nasciturus*, sino también a otras figuras como el *statuliber* y el *captivus*, siendo el fundamento de su protección; según BARTOSEK, a todos ellos se les aplica el concepto de esperanza puesto que los tres supuestos pueden llegar a alcanzar una personalidad jurídica de la que carecen en el momento actual: en el caso del *nasciturus*, la personalidad se alcanzaría con el nacimiento y los conceptos aplicables serían *spes vitae*, *spes nascendi* o *spem animantis*; en el caso del *statuliber*, la expresión *spes libertatis*, de indudable claridad para BARTOSEK, tendría cabida antes o después de la adición hereditaria que son los momentos relevantes para la efectividad de la condición suspensiva impuesta al liberto; en el supuesto del *captivus*, sin embargo, la noción de *spes revertendi* es considerada más como un concepto histórico que jurídico, ya que sería un reducto de la prisión por guerra que queda muy difuminado en el Derecho del *Corpus Iuris*.

época clásica, como se demuestra al analizar las consecuencias jurídicas que origina la presencia de una *spes*, sobre todo en materia hereditaria y de *status personarum*. Bartosek entiende que existe una evolución en el concepto de *spes* en general que, por lo que se refiere al concebido, se desarrolla paralelamente al reconocimiento y regulación de su protección: Juliano, en D. 1, 5, 26, al utilizar la locución *nasci possit* habría intuido el sentido constructivo de la esperanza de vida, al igual que Papiniano en D. 29, 2, 84, pero será Marcelo el que, con la expresión *spem animantis* de D. 11, 8, 2, habría utilizado el sentido técnico de la palabra, que se vuelve a encontrar en un texto de Paulo –D. 50, 16, 231— y otro de Modestino –D. 38, 7, 5, 1—, llegando la culminación de esta noción jurídica con Ulpiano en D. 37, 9, 1, pr. El desarrollo del concepto técnico-jurídico de *spes* vendría a coincidir con las etapas de evolución de la protección del *nasciturus*: un primer momento, en el que el concebido era irrelevante para el Derecho; un momento posterior, en la República, donde surge el interés por parte de la jurisprudencia, llegando finalmente la culminación con la doctrina del póstumo en materia hereditaria¹⁵.

No obstante, el *conceptus* no sólo es considerado como esperanza de vida humana, como se acaba de mencionar; las fuentes van más allá al referirse a él como algo que se encuentra *in rebus humanis* o *in rerum natura*: así, Juliano afirma que el concebido *intelleguntur in rerum natura esse*¹⁶; Celso que *quodammodo que in rerum natura esse existimatur*¹⁷ y Paulo que *perinde ac si in rebus humanis esset*¹⁸; incluso Gayo llega a equiparar la posición del concebido con la del nacido en materia hereditaria¹⁹. Por ello, el concebido no sólo sería esperanza de vida futura sino un ser humano que podía considerarse existente en el momento actual.

Sin embargo, se debe advertir que las afirmaciones de Juliano, Celso o Paulo se encuentran desvirtuadas, al menos en apariencia, por otros fragmentos –algunos de estos mismos juristas— en los que se niega que el concebido se encuentre *in rerum*

15 En el mismo sentido, FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima-parte seconda*, Napoli, 1900, pp. 137 a 140. Sigue a BARTOSEK acogiendo la noción de *spes* pero sin compartir el punto de vista metodológico, BALESTRI FUMIGALLI, “*Spes vitae*”, en *SDHI*, XLIX, 1983, pp. 337 y ss. La autora critica la metodología empleada por BARTOSEK al entender que el hecho de que textos dedicados a diversas materias como la compraventa de cosa futura o el problema del *nasciturus* tengan en común la palabra *spes* no justifica la adopción del mismo criterio interpretativo, porque, a su juicio, no se pueden aplicar las mismas reglas a institutos diversos sólo porque en los pasajes aparezca una misma palabra o un verbo idéntico. Algunas conclusiones respecto a la evolución histórica de la protección al *nasciturus* a las que llega BARTOSEK no son compartidas: ésta afirma que la protección jurídica del concebido existió desde época arcaica, ya que la ley de las XII Tablas establecían la necesidad de tener en cuenta al heredero *qui in rerum natura fuerit* en el momento de la muerte del *de cuius* o la *lex regia* contenida en D. 11, 8, 2 prohibía el entierro de una mujer embarazada para que no se matara la *spem animantis* que portaba. Tampoco GOMEZ-IGLESIAS considera suficiente la existencia de alguna *lex regia* o disposición de las XII Tablas para afirmar que desde época arcaica existiera un elaborado concepto de *spes* aplicado al *nasciturus* y, menos aún, al póstumo, sosteniendo que ello no sucede hasta final de la época republicana. Vid. GOMEZ-IGLESIAS, “*Nasciturus. El status jurídico del concebido*”, en Seminarios de la Universidad Complutense de Madrid, IX-X, pp. 288 y 289.

16 D. 1, 5, 26.

17 D. 38, 16, 7. Respecto a la expresión *quodammodo in rerum natura esse* contenida en el fragmento de CELSO, vid. WALDSTEIN, “*Entscheidungsgrundlagen der Klassischen römischen Juristen*”, en *ANRW*, II, 15, Berlin-New York, 1976, pp. 34 y ss.; DIDIER, “*Les diverses conceptions du droit naturel à l'œuvre dans la jurisprudence romaine des II et III siècles*”, en *SDHI*, XLVII, 1981, pp. 213 y ss.; CERAMI, “*La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche. I. L'interpretazione degli tai autoritativi*”, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, XXXVIII, 1985, pp. 38 y ss.; SCARANO USANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, pp. 128 y ss.

18 D. 1, 5, 7.

19 GAYO I, 147.- *...postumis pro iam natis habeantur...*

natura o *in rebus humanis*²⁰; en efecto, Gayo en Instituciones II, 203, afirma que ni las cosas futuras ni el parto de una esclava pueden ser objeto de legado *per damnationem*, porque *in rerum natura non est*; en ese mismo sentido se expresan Pomponio y Paulo en D. 30, 24, *pr.* y D. 7, 7, 1, respectivamente, en relación con el parto de una esclava; también Ulpiano en D. 37, 9, 1, *pr.* y en D. 38, 16, 1, 8 contraponen el *nondum nati* a la expresión *in rebus humanis* poniendo de manifiesto implícitamente que en esta categoría no se encuentran incluidos los concebidos; igualmente, en D. 44, 2, 7, 3, al referirse a la cosa juzgada, afirma que el parto de la esclava *nondum in rebus humanis*; y en D. 28, 6, 10, 1 se establece que el póstumo *in rebus humanis nondum sit*.

La contradicción entre los textos que se acaban de citar, para Maschi²¹, resulta inexistente si se tiene en cuenta que *in rerum natura* e *in rebus humanis* son expresiones equivalentes, siendo aplicadas tanto a cosas como a hombres; en ambos casos no significan solamente la realidad de las cosas sino también aquello que existe en la naturaleza, incluyendo a los esclavos; por ello, el autor entiende que en Instituciones de Gayo II, 203; D. 7, 7, 1 y D. 30, 24, *pr.* —fragmentos que afirman que el concebido no está *in rerum natura* o *in rebus humanis*— no están refiriéndose al concebido en general, sino en concreto al hijo de una mujer esclava que no era considerado un futuro sujeto de derecho sino un objeto; de ahí que en esos textos se afirme que ese concebido —el hijo de la esclava— en realidad no existe²².

Igualmente, Lamberti²³ entiende que la contradicción entre los textos se elimina si el análisis se realiza desde un punto de vista histórico. La autora señala que las locuciones *in rerum natura esse* o *intelligi* fueron empleadas por los juristas clásicos del inicio del Principado, extendiéndose su utilización hasta el siglo II d.C., e implicaban simplemente la noción fisiológica del *nasciturus*, esto es, entendido como *res* o *portio viscerum*. A partir del siglo III d.C., sin embargo, con la nueva consideración del feto como un ser con aptitud para convertirse en ser humano, se produce una transformación terminológica, dando entrada a la expresión *in rebus humanis* como superación de los límites fisiológicos del embrión.

20 Respecto al significado de los términos *in rerum natura esse*, *in rebus humanis esse* *desire* e *in rebus humanis eximere*, vid. LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana*, Napoli, 1996, pp. 46 a 50, donde explica que las locuciones *in rerum natura esse*, *non esse* o *esse desire*, aparecen en las fuentes referidas sobre todo a las cosas —incluidos embriones y esclavos— y a derechos, aunque esporádicamente se encuentran referidas a las personas. Por el contrario, la existencia o inexistencia *in rebus humanis* significaría la pertenencia a los seres humanos, incluyendo aquí también a los esclavos y sólo en algunas ocasiones se utilizaría también para las cosas. Vid. también CUENA BOY, "La idea de *rerum natura* como criterio básico de la imposibilidad física de la prestación", en *RIDA*, XL, 1993, pp. 58 y ss; WAGNER, "Rerum natura" *nel periodo postclassico*", en *Atti Costantiniana*, X, Napoli, 1955, pp. 335 y ss.

21 MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 65.

22 Sigue a este autor, GOMEZ-IGLESIAS, "Nasciturus. El status jurídico del concebido", *op. cit.*, p. 283. En contra, ARCHI, voz "Conceppimento (diritto romano)", en *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, 1961, p. 355. Para este autor, el concebido no está ni *in rerum natura* ni *in rebus humanis* y aunque varios textos se refieran a él no como futura persona libre sino como simple objeto no quita valor a su deducción. ALBANESE, sin embargo, sostiene que el concebido está *in rerum natura* pero no *in rebus humanis*, ya que es una entidad existente en la naturaleza pero que no se puede computar entre los seres humanos, cualidad que se reserva para los nacidos. Vid. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 12.

23 LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana*, I, *op. cit.*, p. 50. La autora sostiene que la mención genérica de la expresión *in rerum natura* está referida al dato objetivo de la existencia de las cosas mientras que *in rebus humanis* se refiere, además, a la pertenencia del objeto dentro del grupo de los seres humanos. La justificación que ofrece LAMBERTI es que "la presenza o l'assenza fra le res humanae, o l'eventuale scomparsa dal novero di esse, si riflette con la singolare rilevanza sul diritto delle persone: la speciale considerazione di tale fattore in età postclásica si giustifica forse alla luce del fatto che, con l'avvento del Cristianesimo, la cessazione dell'esistenza in rebus humanis non è più cessazione di esistenza tout court. Tale sfumatura di significato si ravvisa —mi sembra— anche nelle fonti concernenti ai nascituri".

Albertario²⁴ también afirma que la contradicción se soluciona de forma sencilla si se observa que aquellos que afirman que el *nasciturus* no está *in rebus humanis* o *in rerum natura* contienen una simple noción fisiológica, designando la realidad evidente del feto que es una *portio viscerum* de la madre, mientras que los textos que aluden a que el concebido sí está *in rerum natura* o *in rebus humanis*, si bien no llegan a negar la noción fisiológica del mismo, si expresan un concepto jurídico, “*per quanto sotto l’aspetto fisiológico il concepito non è in rerum natura o in rebus humanis, nell’ordinamento giuridico ciò non ostante è considerato come se esistiese come se fosse in rerum natura o in rebus humanis*”²⁵.

Se puede concluir, pues, que la contradicción entre los textos que aluden al concebido como un ser que está *in rerum natura* o *in rebus humanis* y los que dan a entender que no lo está es más aparente que real. En efecto, como señalan Maschi²⁶ y Gomez-Iglesias²⁷, el grupo de textos que se refieren al parto de una esclava²⁸ y que afirman que el concebido no está *in rerum natura* ni *in rebus humanis*, no puede resultar significativo porque, como es sabido, la esclava no tenía la consideración de persona sino de *res*, y por ello no debe extrañar que un hijo concebido por ésta —considerado un fruto— no se pudiera computar entre las cosas existentes en la naturaleza y, menos aún, entre las humanas.

En cuanto a los textos en los que Ulpiano contraponen el concebido a las cosas que están *in rerum natura*²⁹ parece estar refiriéndose a él en su aspecto puramente material y, por ello, resulta indudable que no pueda predicarse su existencia física. De ahí que, en otro grupo de fragmentos³⁰, el mismo jurista, superando esa noción fisiológica, afirme que el *nasciturus* en cierto modo existe; será en esos textos, como afirma Albertario, en los que el jurista ofrezca una noción jurídica, eso sí, con expresiones matizadas como *existimatur*; *intelleguntur*; *quodammodo* o *perinde ac si* que dan a entender que el concebido, entendido de ese modo, existe.

En definitiva, los juristas, como se puede apreciar, tenían en cuenta la repercusión de la existencia futura del ser humano concebido porque se le consideraba que *quodammodo in rerum natura est*; de ahí que numerosos textos hacen referencia a la posición jurídica del *conceptus* en orden a su futura existencia³¹: en materia de *status personarum*, Gayo estableció en sus Instituciones la regla a seguir para la fijación del *status*³²; en derecho sucesorio, desde la época de las XII Tablas el *postumus suus* fue objeto de *vocatio ab intestato* en la sucesión del padre —o del abuelo, si aquél premoría— porque fijaba su posición de *heres suus* en el momento de la con-

24 ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*”, en *Studi di diritto romano: persone e famiglia*, Milano, 1932, pp. 3 y ss. (versiones anteriores en *BIDR*, XXXIII, 1923, pp. 1 y ss. y en *Arch. Giur.*, IC, 1928, pp. 151 y ss.), seguido, entre otros autores, por BALESTRI FUMIGALLI, “*Spes vitae*”, *op. cit.*, pp. 341 a 343. Para éste último autor tampoco existe contradicción entre los textos, ya que la falta de inclusión del concebido en la categoría de las *res humanae* se debe a su encuadre puramente fisiológico, según las convicciones del tiempo derivadas de la filosofía estoica no está *in rerum natura*, pero para ciertos fines que le benefician es considerado como si ya estuviera *in rerum natura*; por ello no hay contradicción entre los textos.

25 ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

26 MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto...*, *op. cit.*, p. 65.

27 GOMEZ-IGLESIAS, “*Nasciturus. El status jurídico del concebido*”, *op. cit.*, p. 283.

28 D. 7, 7, 1; D. 30, 24, pr.; D. 44, 2, 7, 2 y D. 35, 2, , 9, 1; GAYO II, 203.

29 D. 37, 9, 1, pr.; D. 38, 16, 1, 8 y D. 28, 6, 10, 1; D. 37, 6, 2, pr.

30 D. 1, 5, 7; D. 1, 5, 26 y D. 38, 16, 7; GAYO I, 147; D. 50, 16, 231.

31 ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

32 GAYO I, 89.

cepción³³; también se permitía que fuera objeto de disposiciones testamentarias en su favor, como legados, nombramiento de tutor, institución hereditaria, etc³⁴.

El reconocimiento en las fuentes de la posición jurídica del *conceptus* ha llevado a parte de la doctrina romanística a entender, incluso, que éste tenía atribuida personalidad jurídica y, por tanto, capacidad en el momento de la concepción³⁵, idea que además se encuentra reflejada en las fuentes con la formulación de la máxima jurídica que equipara a concebido y nacido: *conceptus pro iam nato habetur*.

La regla se encuentra formulada en varios textos³⁶ pero quizás el fragmento de las Instituciones de Gayo relativo a la tutela testamentaria sea el más claro al expresar que a los póstumos se les puede nombrar tutor en testamento porque *in compluribus aliis causis* se tienen por ya nacidos³⁷:

33 El reconocimiento de la *vocatio ab intestato* del *postumus suus* en época decemviral se pone de manifiesto, entre otros, en GAYO III, 4; D. 38, 16, 3, 9; D. 38, 16, 6; D. 5, 4, 3 o C. 6, 55, 3 y 4. Vid. a este respecto, POLO AREVALO, *Conceptus nondum natus en el derecho romano: régimen sucesorio*, Albacete, 2002, pp. 45 y ss.

34 Vid., entre otros, D. 28, 2, 28, 4; D. 28, 5, 47 (45), 1; D. 28, 2, 13, pr.; D. 34, 5, 6 (7), en cuanto a la posibilidad de instituir heredero a un póstumo; D. 28, 6, 2, 4; D. 28, 6, 10, 1; D. 28, 6, 17 (15); D. 28, 6, 26 (24), por lo que se refiere a la sustitución hereditaria; GAYO I, 147 e I. 1, 13, 4, en cuanto al nombramiento de tutor y disposición de legados a favor de un póstumo.

35 Entre otros, ALBERTARIO, "*Conceptus pro iam nato habetur*", *op. cit.*, pp. 7 y ss., que entiende que la capacidad para suceder del *postumus* se adquiría en la concepción porque en ese momento es cuando el concebido *ex iustis nuptiis* fijaba los tres *status*. También afirman la capacidad sucesoria del concebido GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, traducción italiana por Ferrini, IV, *Milano*, 1886-89, pp. 35 a 38; CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928, p. 191; FADDA *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 141; LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana*, I, *op. cit.*, p. 73 y ss. y ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Roma, 1937, p. 32. Este último autor señala que la capacidad sucesoria del *postumus suus* se reconocía desde la época de las XII Tablas, ya que ésta era la disposición que regulaba la capacidad de éste para suceder *ab intestato* en general; teniendo en cuenta este remoto origen, continúa el autor afirmando que "*nello stesso tempo egli possedeva certamente anche la testamenti factio passiva per la intima correlazione che passa tra la successione ab intestato e quella testamentaria*". Así, refiriéndose a la capacidad sucesoria del *postumus suus*, se ha afirmado que éste adquiría la citada capacidad en el momento de la concepción, debiendo ser admitido de forma bastante rápida por el *ius civile* para impedir la extinción del culto doméstico y para excluir a los agnados de la sucesión legítima del *paterfamilias*. El póstumo sería entendido como el continuador de la personalidad del difunto. Vid. a este respecto BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, VI. *Le successione parte generale*, Milano, 1974, pp. 5 y ss. Para FADDA (*Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 141) "*certamente la ricognizione della capacità di succedere del concepito risale a tempo antichissimo*", limitándose ese reconocimiento al *postumus suus*, sin que se extendiera a cualquier otro póstumo agnado.

36 D. 1, 5, 7.- (*PAULUS libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*).- *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequarum prosit*. D. 1, 5, 26.- (*IULIANUS libro LXIX. Digestorum*).- *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*. D. 38, 16, 7.- (*CELSUS libro XXVIII. Digestorum*).- *vel si vovo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*; D. 50, 16, 231.- (*PAULUS, libro singulari ad Senatusconsultum Tertullianum*).- *Quod dicimus, eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, quum de ipsius iure quaeritur; aliis autem non prodest, nisi natus*. En torno a D. 1, 5, 7, vid. STELLA MARANCA, "*Intorno al fr. 7, Dig. 1, 5. De statu hominum*", en *BIDR*, XLII, 1934, pp. 238 y ss. En cuanto a D. 38, 16, 7, vid. KASER, *Das römische Privatrecht, I, München*, 1971, pp. 236 y ss.; WALDSTEIN, "*Entscheidungsgrundlanger der Klassischen römischen Juristen*", *op. cit.*, pp. 34 y ss.; CERAMI, "*La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche. I. L'interpretazione degli tai autoritativi*", *op. cit.*, pp. 38 y ss.; DIDIER, "*Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des II et III siècles*", *op. cit.*, pp. 213 y ss.; Por lo que respecta a D. 50, 16, 231, vid. MEINHART, "*D. 50, 16, 231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrech des ungeborenen Kindes*", en *ZSS*, LXXXII, 1965, pp. 188 y ss.

37 Vid. QUADRATO, "*La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*", en *IURA*, XXXVII, 1986, p. 20 y BALESTRI FUMIGALLI, "*Spes vitae*", *op. cit.*, p. 340.

GAYO I, 147.- *Cum tamen in conpluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur; et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint ut uiuis nobis nascantur...*

Son numerosos los autores que han visto el origen de esta máxima en el derecho clásico, si bien destacan Gandolfi³⁸ y Catalano³⁹, que abogan por la genuinidad de los textos que contienen la regla de equiparación entre concebido y nacido, oponiéndose a la manipulación postclásica de los textos⁴⁰. Catalano incluso llega a afirmar que el principio se conformó por interpretación jurisprudencial sobre la base de las XII Tablas, sobre todo en materia sucesoria, donde el *nasciturus* cobraba mayor importancia al ocupar desde la concepción el puesto de *suus* en la familia⁴¹.

No obstante, la cuestión del origen de la máxima *conceptus pro iam nato habetur* no es pacífica ya que existen autores que han defendido que su enunciado es fruto de la contaminación del derecho postclásico⁴² o incluso han propugnado que se trata de un principio de derecho moderno⁴³.

Así, Albertario⁴⁴ defiende que no se está ante una norma romana sino de influencia bizantina, creada por las nuevas corrientes espirituales que aparecen en esa época⁴⁵. Matizando esta posición, Arangio Ruiz⁴⁶ entiende que la regla del *commodum* puede examinarse tanto desde el punto de vista del derecho clásico como del justiniano: desde la perspectiva clásica, el principio *conceptus pro iam nato habetur* únicamente se podía utilizar para determinar la situación jurídica del *nasciturus*, quedando excluidas las ventajas de terceras personas; desde la perspectiva justiniana, el principio significaría que el

38 GANDOLFI, voz “*Nascituro*”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, pp. 530 a 533.

39 CATALANO, “*Los concebidos entre el Derecho romano y el Derecho latinoamericano (a propósito del art. 1 del Código Civil peruano de 1984)*”, Lima, 1986, pp. 229 a 234; *IDEM.*, *Diritto delle persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, op. cit., pp. 203 y ss.

40 Para GANDOLFI “*il trattamento riservato dal diritto romano clásico ai nascituri... è desumibile da alcune testimonanze di giuristi del II e III secolo dell’era volgare (...)*” afirmando que “*i testi che accennano al trattamento riservato al nascituro e le motivazione, al pari delle locuzioni, in essi ricorrenti sono dunque genuini*”. GANDOLFI, voz “*Nascituro*”, en *Enciclopedia del Diritto*, op. cit., pp. 530 a 533.

41 CATALANO, “*Los concebidos entre el Derecho romano y el Derecho latinoamericano...*”, op. cit., p. 232 y *Diritto delle persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, op. cit., p. 203 En este mismo sentido, LAMBERTI (*Studi sui “postumi nell’esperienza giuridica romana*, I, op. cit., p. 54) afirma que la parificación entre el concebido y el nacido debida, en su opinión, a SALVIO JULIANO, no es una idea nueva sino el resultado de una evolución jurídica cuyo punto inicial es el *ius civile* y, a partir de ahí, la situación del concebido va adquiriendo cada vez mayor relevancia. Por tanto, según LAMBERTI, la regla *conceptus pro iam nato habetur* tiene sus precedentes necesarios en una *factio iuris* antigua que consentía que el *postumus* tuviera las mismas prerrogativas que un *suus* ya nacido a la muerte del causante.

42 ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, op. cit., pp. 58 y 59; ARANGIO RUIZ, “*Recensione a Albertario. (Studi di diritto romano. I. Persone e famiglia)*”, en *Ach. Giur.*, XXIX, 1935, pp. 71 a 81; CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, op. cit., p. 175; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano, II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, Madrid, 1981, p. 58; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pp. 15 y ss.; IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1999, p. 121; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, p. 188.

43 SCHULZ, *Derecho romano clásico*, trad. Santa Cruz Tejeiro, Barcelona, 1960, p. 72; BALESTRI FUMIGALLI, “*Spes vitae*”, op. cit., p. 339; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1997, p. 39; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, op. cit., p. 14; ARCHI, voz “*Concepimento*”, en *Enciclopedia del Diritto*, op. cit., p. 356; LANFRANCHI, “*Nascituri (Diritto Romano)*”, en *NNDI*, XI, Torino, 1968, p. 14.

44 ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, op. cit., pp. 58 y 59.

45 Para una valoración crítica de la posición de ALBERTARIO, vid. STELLA MARANCA, “*Intorno al fr: 7, Dig. 1, 5. De statu hominum*”, op. cit., pp. 238 y ss. y ARANGIO RUIZ, “*Recensione a Albertario*”, op. cit., pp. 77 a 81.

46 ARANGIO RUIZ, “*Recensione al Albertario*”, op. cit., pp. 77 a 81.

status del concebido se fijaría atendiendo al momento de la concepción, al del nacimiento o al tiempo intermedio entre ambos, según el que resulte más ventajoso⁴⁷. No obstante, dentro de esta corriente doctrinal, algunos autores⁴⁸, sin negar que la máxima *conceptus pro iam nato habetur* proviene del derecho justiniano, sitúan su origen en las soluciones jurisprudenciales clásicas; los bizantinos tan sólo habrían generalizado el principio del *commodum* que ya se utilizaba para los casos concretos en derecho clásico.

En cuanto a los autores que defienden que la máxima *conceptus pro iam nato habetur* —enunciada de esta forma— sería un principio de origen moderno, mantienen que no puede entroncarse en ninguna de las épocas del derecho romano. No obstante, como reconoce Schulz⁴⁹, los juristas clásicos utilizaron algunas expresiones que asimilan la posición del concebido con el nacido, pero entiende que lo hicieron tan sólo con fines escolásticos y sin precisar su verdadero alcance⁵⁰. Igualmente, Albanese⁵¹, Balestri Fumigalli⁵² o Bonfante⁵³, entienden que la enunciación del principio no se encuentra en derecho romano —ni siquiera en derecho justiniano— pero reconocen que tiene “*indubbie radici romane*”⁵⁴.

Pese a las diferencias doctrinales observadas, como se puede observar, prácticamente todos los autores sitúan el origen de la máxima *conceptus pro iam nato habetur*, de forma más o menos matizada, en el derecho clásico⁵⁵. Y es que, en efecto, los textos jurídicos que expresan la idea de la equiparación entre concebido y nacido pertenecen a juristas clásicos: Gayo, Paulo, Juliano o Celso⁵⁶. Sin embargo, a nuestro entender, la equiparación del concebido al nacido en derecho clásico se utiliza como un recurso comparativo para explicar los beneficios que se le concedían al *nasciturus*: la posibilidad de instituirle heredero o sustituto en el testamento del *paterfamilias*, nombrarle tutor, ordenar legados en su favor, etc... siendo en derecho justiniano cuando se pro-

47 ARANGIO RUIZ, “*Recensione al Albertario*”, *op. cit.*, pp. 78.

48 IGLESIAS, *Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 121 y PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, *op. cit.*, p. 188.

49 SCHULZ, *Derecho romano clásico*, *op. cit.*, p. 72.

50 En este sentido también GIARO, “*L’art de comparer les cases*”, en *SDHI*, LX, 1994, pp. 507 y ss.

51 ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, *op. cit.*, p. 14.

52 BALESTRI FUMIGALLI, “*Spes vitae*”, *op. cit.*, p. 339.

53 BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 39.

54 En el mismo sentido, BONFANTE (*Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 39) que afirma que la máxima se debe tomar con cautela porque se encuentra en contradicción con otros principios enunciados en derecho romano y que niegan la personalidad del que está por nacer. Igualmente, LANFRANCHI (voz “*Nascituri*”, en *NNDI*, *op. cit.*, p. 14), observa que “*la massima conceptus pro iam nato habetur è però dovuta ad una generalizzazione effettuata dagli interpreti alla compilazione giustiniana, e non è valida neppure per l’ultima fase del diritto romano; anche per diritto giustiniano, infatti, che pur acentúa ulteriormente il favor per il nascituro, è sempre la nascita a costituire il requisito per l’acquisto della capacità giuridica*”. En este sentido, ARCHI (voz “*Concepimento*”, en *Enciclopedia del diritto*, *op. cit.*, p. 356), añade que “*non si può disconoscere che questi testi e alcune altre affermazioni del Digesto, tolte dal concreto dettato classico, e poste apoditticamente in evidenza (e con tenore a volte alterato) nell’opera legislativa di Giustiniano, abbiano potuto portare gli interpreti a generalizzazione assurde. Tale è tra l’altro la massima conceptus pro iam nato habetur che nella sua interpretazione letterale dice una stortura logica contraria ai principie positive del diritto romano di ogni epoca*”.

55 Salvo ROBERTI o BIONDI que mantienen posiciones más radicales, al afirmar que la máxima no surge en el ámbito del derecho romano sino en el de la patristica, por influencia de las enseñanzas de los padres de la Iglesia; consideran que el concebido es digno de protección jurídica al entender que el ser humano es una persona desde el momento de su concepción. Vid. ROBERTI, “*Nasciturus pro iam nato habetur nelle fonti cristiane primitive*”, en *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, pp. 67 y ss. y “*Il nasciturus e l’età nelle fonti patristiche*”, en *Arch. Giur.*, XCI, 1924, pp. 71 y ss. En el mismo sentido, vid. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952, pp. 339 y ss.

56 GAYO I, 147; D. 1, 5, 7 y D. 50, 16, 231 de Paulo; D. 1, 5, 26 de Juliano y D. 38, 16, 7 de Celso.

duzca la generalización en la aplicación de la máxima a todos los supuestos en que el *conceptus* pudiera obtener algún beneficio o ventaja, como se puede constatar en las fuentes por la situación en el título primero del Digesto “*De statu hominum*” de dos fragmentos de Paulo y Juliano –D. 1, 5, 7 y D. 1, 5, 26— que expresan que *qui in utero sunt perinde ac si in rebus humanis esset o in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*.

Si, como se ha tenido ocasión de comprobar, el origen de la máxima *conceptus pro iam nato habetur* no es una cuestión pacífica en la doctrina romanística, las diferencias se acentúan todavía más al analizar las construcciones doctrinales formuladas para explicar su significado y el posible reconocimiento de capacidad jurídica del concebido, que se pueden agrupar en las siguientes teorías:

A) Teoría de la ficción⁵⁷.- Esta tesis toma como punto de partida los textos que afirman que el concebido no está *in rerum natura* ni *in rebus humanis*⁵⁸, considerando así que el *nasciturus* no es persona porque tal condición se adquiere únicamente con el nacimiento, careciendo de capacidad jurídica y no pudiendo ser sujeto de derechos; así, la equiparación entre concebido y nacido constituiría una ficción jurídica con aplicación muy limitada. Como afirma Savigny⁵⁹, la regla *conceptus pro iam nato habetur* sería una simple ficción jurídica que no puede ser aplicada de forma general, sino sólo a un limitado número de relaciones jurídicas⁶⁰. La ficción se ocuparía, pues, de la vida futura del *nasciturus*, protegiéndola a través de leyes penales y civiles: sancionando las primeras a aquellos que lesionaran el derecho a la vida del feto y las segundas asegurando los derechos futuros hasta el nacimiento, momento en que le correspondería su adquisición. El concebido, según Savigny, no es persona cuya representación sea posible, no necesita tutor porque no se le puede llamar pupilo; en definitiva, no ostenta capacidad jurídica porque ni puede contraer deudas, ni tener créditos en su favor, ni ostentar la propiedad de las cosas⁶¹.

57 SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. castellano por Mesía y Poley, Madrid, 1876., pp. 4 y ss.; FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 141; DEKKERS, *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé*, Paris, 1935, p. 195; KASER, *Das römische Privatrecht, I, op. cit.*, p. 236; MEINHART, “D. 50, 16, 231, Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrech des ungeborenen Kindes”, *op. cit.*, pp. 188 y ss.; SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano, op. cit.*, pp. 128 y ss.; LAMBERTI, *Studi sui “postumi nell’esperienza giuridica romana, I, op. cit.*, p. 83. En contra de esta teoría de la *fiction iuris*, GARCÍA GARRIDO, “Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano”, en AHDE, XXVII-XXVIII, 1957-1958, pp. 338 y ss.; CATALANO, *Diritto delle persone. Studi su origine e attualità del sistema romano, I, op. cit.*, p. 203; PUGLIESE, “Il ciclo della vita individuale nell’esperienza giuridica romana. Il diritto e la vita materiale”, en *Atti dei Convegni Lincei*, LXI, Roma, 1964, pp. 63 y ss.

58 GAYO II, 203; D. 30, 24, pr.; D. 38, 16, 1, 8; D. 37, 9, 1, pr.; D. 44, 2, 7, 3; D. 7, 7, 1; D. 25, 4, 1, 1 y D. 35, 2, 9, 1.

59 SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano...*, *op. cit.*, pp. 4 y ss. Le siguen en su teoría DEKKERS, *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé, op. cit.*, p. 195; KASER, *Das römische Privatrecht, I, op. cit.*, 1971, p. 236 y SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano, op. cit.*, pp. 128 y ss. También MEINHART (“D. 50, 16, 231, Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrech des ungeborenen Kindes”, *op. cit.*, pp. 188 y ss.) utiliza la palabra “*fiktion*” para referirse a la máxima jurisprudencial que equipara al concebido con el nacido. En este mismo sentido, señala LAMBERTI (*Studi sui “postumi nell’esperienza giuridica romana, I, op. cit.*, p. 54) que la expresión *in rerum natura intellegi* es una ficción debida a SALVIO JULIANO. En contra de la posición de SAVIGNY, CATALANO, “Los concebidos entre el Derecho romano y el Derecho latinoamericano...”, *op. cit.*, pp. 229 a 234 (también en *L’Osservatore Romano*, 1994, vid. “La famiglia sorgente della storia” y en *Diritto delle persone. Studi su origine e attualità del sistema romano, I, op. cit.*, p. 203) ha afirmado que el principio de igualdad no es consecuencia de una ficción sino de la constatación de una realidad, teniendo por tanto aplicación general y constituyendo una excepción los casos en que no se atiende al citado principio.

60 SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano...*, *op. cit.*, pp. 310 y 311.

61 SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano...*, *op. cit.*, p. 311.

B) Teoría de la personalidad jurídica del concebido.- Su principal representante es Albertario⁶² que entiende que el *ius civile*, a través de la máxima *conceptus pro iam nato habetur*, reconocía que el momento de la concepción es determinante para la concesión de la capacidad jurídica⁶³; se contraponía, pues, al *ius gentium* que sólo entendía relevante el momento del nacimiento. Albertario sostiene que los textos que expresan la equiparación entre concebido y nacido no encierran una afirmación metafórica, sino una noción jurídica precisa que se contrapone a la biológica que figura en los textos que expresan que el concebido no está *in rerum natura*⁶⁴.

C) Teoría de la reserva o pendencia de los derechos.- Sostenida por la mayoría de la doctrina⁶⁵ se caracteriza por considerar al *nasciturus* como una esperanza de vida humana que, como tal, ostenta unas expectativas de derechos deben tutelarse de forma anticipada a fin de que su adquisición definitiva no se vea frustrada; el nacimiento, por tanto es presupuesto indispensable para que los derechos del concebido adquieran efectividad; hasta entonces, esos derechos se encuentran pendientes de adquisición.

Esta posición doctrinal cuenta con dos vertientes: por un lado, los autores que niegan que el concebido sea sujeto del derecho, y, por otro, los que le otorgan una personalidad jurídica potencial. Los partidarios de la primera vertiente⁶⁶ sostienen que el *nascitu-*

62 ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, pp. 8 y ss. El autor sostiene que en el derecho clásico “*posto il principio che lo status si assume, quando vi siano iustae nuptiae, nel momento del concepimento; che pertanto anche in quel momento si assume lo status familiae, era dal ius civile ammessa la capacità a succedere del postumus suus e dal ius honorarium era accordata la bonorum possessio al postumus liber*”, aunque “*il diritto romano-classico non riconobbe mai nel concepito fuori della cecchia dei sui la capacità a succedere e nel concepito fuori della cerchia dei liberi la capacità di ottenere la bonorum possessio*”. En derecho romano-bizantino, sin embargo, “*il fatto del concepimento fa acquistare a tutti, in generale, il diritto a succedere*”. (ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, pp. 38 y 39).

63 ALBERTARIO (“*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, p. 7, n. 1) entiende que el derecho romano al fijar la regla de la adquisición del *status* en el momento de la concepción, consagrando la regla *conceptus pro iam nato habetur*, superó la noción fisiológica del concebido que no fue superada, sin embargo, por la doctrina estoica, que negaba al feto la consideración de ser, porque entendía que adquiriría el alma con la separación de la madre. Vid. también PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (reimp. Aalen, 1963), p. 198.

64 ARANGIO RUIZ (“*Recensione a Albertario*”, *op. cit.*, pp. 78 y 79) ha criticado la teoría de ALBERTARIO ya que según el autor el concebido no era para los juristas clásicos titular actual de derechos subjetivos ni tenía un *status* determinado; según el autor “*il retrotraer l’inizio della personalità fisica fino all’epoca del concepimento ha luogo solo in quanto serve alla salvaguardia dei diritti dell’infante che a suo tempo venga alla luce, non già in quanto di una gestazione non giunta a compimento si voglia fare il tramite per la trasmissione di diritti a terze persone*”.

65 LANFRANCHI, voz “*Nascituri*”, en *NNDI*, *op. cit.*, pp. 13 y 14; FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, p. 16; GARCIA GARRIDO, “*Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*”, *op. cit.*, p. 339; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano*, I, *Parte general-Proceso-Derechos reales*, Madrid, 1981, p. 58; IGLESIAS, *Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 120; GANDOLFI, voz “*Nascituro*”, en *Enciclopedia del Diritto*, *op. cit.*, p. 534; ARCHI, voz “*Concepimento*”, en *Enciclopedia del Diritto*, *op. cit.*, pp. 354 y ss.; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 37; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, *op. cit.*, p. 12; BALESTRI FUMIGALLI, “*Spes vitae*”, *op. cit.*, p. 339; FAGGELLA, “*Presunzioni che accompagnano il sorgere e lo sparire del subbietto dritto naturale nel Codice Civile Germanico comparato*”, en *Arch. Giur.*, XI, 1.902, pp. 473 y ss., pp. 492 y ss.; ROBERTI, “*Nasciturus pro iam nato habetur nelle fonti cristiane primitive*”, *op. cit.*, p. 68; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, *op. cit.*, p. 135; MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto...*, *op. cit.*, p. 68; GOMEZ-IGLESIAS, “*Nasciturus. El status jurídico...*”, *op. cit.*, p. 284; SALAZAR REVUELTA, “*Algunas consideraciones sobre la Doctrina del nasciturus en la tradición romanística y en la codificación*”, en *Actas de las Primeras Jornadas Andaluzas de Derecho Romano*, Jaén, 1999, p. 295.

66 ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano*, I, *op. cit.*, p. 58; FUENTESECA, *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, p. 16; GARCIA GARRIDO, “*Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*”, *op. cit.*, p. 339; IGLESIAS, *Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 120; GANDOLFI, voz “*Nascituro*”, en *Enciclopedia del Diritto*, *op. cit.*, p. 534; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, *op. cit.*, p. 135; ARCHI, voz “*Concepimento*”, en *Enciclopedia del diritto*, *op. cit.*, pp. 354 y ss.; GOMEZ-IGLESIAS, “*Nasciturus. El status jurídico...*”, *op. cit.*, p. 284.

rus no tiene personalidad jurídica propia, pero tal circunstancia no impide que el ordenamiento jurídico lo tome en consideración como entidad futura⁶⁷: no es que se reconozca al feto como sujeto de derecho sino que se protegen los intereses de éste en cuanto futura persona, mediante la adopción anticipada de medidas específicas para que sus derechos no se vean frustrados cuando se produzca el nacimiento; el momento que constituye el paso de la pendencia a la efectividad de las situaciones jurídicas es el nacimiento.

Los partidarios de la segunda vertiente⁶⁸, manteniendo la reserva de derechos a favor del concebido, opinan que tiene en determinadas hipótesis una personalidad jurídica potencial o condicionada al nacimiento. Para éstos, el *nasciturus* es una esperanza de vida que el Derecho no puede ignorar y por ello debe tutelar determinadas situaciones haciendo una reserva de derechos que redundarán en su favor cuando nazca. Por lo tanto, el concebido tendría otorgada una personalidad jurídica condicionada al nacimiento, de tal manera que en caso de que no llegara a nacer, se le tendría por no existido nunca y la reserva de los derechos decaería. En esta última línea se encuentra Albanese⁶⁹ que no atribuye personalidad jurídica actual al *nasciturus*, pero sí entiende que éste es portador de algunas expectativas de derechos que son consideradas dignas de tutela. Por ello, el ordenamiento jurídico le dota, en algunas hipótesis, de una personalidad jurídica potencial. Bonfante⁷⁰ también afirma que la capacidad jurídica del *nasciturus* se debe calcular desde el momento de la concepción siempre y cuando beneficie a éste⁷¹. Igualmente, Faggella⁷² sostiene que el concebido debe ser considerado como un ser humano en formación y, por ello, tendrá otorgada una personalidad jurídica condicionada al nacimiento⁷³.

En nuestra opinión, la equiparación del concebido con el nacido no supone el reconocimiento de su capacidad jurídica porque la concesión de la *capacitas* a un suje-

67 A este respecto, ARCHI (voz “*Concepimento*”, en *Enciclopedia del diritto*, op. cit., pp. 334 y ss.) niega la personalidad del concebido puesto que, según el autor, así aparece formulado en D. 25, 4, 1, 1 y D. 36, 2, 9, 1; entiende que, con las expresiones utilizadas en GAYO I, 147, D. 38, 16, 7 y D. 1, 5, 26, los juristas clásicos quisieron poner de manifiesto que al concebido *ex iustis nuptiis* le estaban reservados ciertos derechos supeditados siempre a que el nacimiento se produjera; esos derechos serían adquiridos de forma retroactiva desde el momento de la concepción. En el mismo sentido, GOMEZ-IGLESIAS, “*Nasciturus. El status jurídico...*”, op. cit., p. 284.

68 FAGGELLA, “*Presunzioni che accompagnano il sorgere...*”, op. cit., pp. 492; ROBERTI, “*Nasciturus pro iam nato habetur nelle fonti cristiane primitive*”, op. cit., p. 68; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit., p. 37; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, op. cit., p. 12; BALES-TRI FUMIGALLI, “*Spes vitae*”, op. cit., p. 339.

69 ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, op. cit., p. 12.

70 BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit., p. 37.

71 Según BONFANTE (*Istituzioni di diritto romano*, op. cit., p. 38) “*il vero principio è il seguente: il concepito non è attualmente persona: essendo peraltro pur sempre una persona eventuale, in fieri, gli si riservano e si tutelano quei diritti che dal momento della nascita gli sarebbero devoluti ad inoltra la capacità giuridica, in quanto ciò gli giovi, si calcola dal momento della concezione, non da quello della nascita*”.

72 FAGGELLA, “*Presunzioni che accompagnano il sorgere...*”, op. cit., p. 492 y ss.

73 FAGGELLA sostiene que “*prima della nascita, l'uomo può acquistare dei diritti, purchè sia concepito. Il diritto romano e tutte le legislazioni ammettono questo principio. Fin all'epoca del suo concepimento, egli è già una speranza di un essere capace di diritti, un essere in via di formazione, che nel termine prefisso dalla natura deve venir fuori ed avere la personalità umana*”. El autor se opone a la teoría de la ficción porque no se finge una persona realmente existente, sino que se reservan los derechos para cuando nazca: si existe un ser en formación, se deben conservar los derechos, condicionados siempre a que se produzca su nacimiento. La teoría se concreta en las siguientes proposiciones: “*a) La conservazione dei diritti è condizionata assolutamente alla nascita del fanciullo vivente; è una conservazione, cioè, assolutamente condizionata; b) Essa è stabilita esclusivamente nell'interesse in el vantaggio del nascituro; talchè non giova ad altri, sebbene se ne potessero giovare se si trattasse di un fanciullo già nato; c) Se il fanciullo non giunga a maturità per aborto, o nasca morto, i diritti si avranno come non mai acquisiti e conservati, ed egli come non mai esistito nè concepito*”. (FAGGELLA, “*Presunzioni che accompagnano il sorgere...*”, op. cit., pp. 492 y ss.).

to venía marcada por la exigencia de una serie de requisitos en el momento del nacimiento del individuo⁷⁴ y una serie de presupuestos adicionales, decisivos para el otorgamiento de la *capacitas*⁷⁵. Parece, pues, evidente que el ser humano concebido no tenía reconocida capacidad jurídica, pero esta afirmación no debe conducir a la creencia de que el concebido fuera ignorado por el derecho porque, como se ha tenido ocasión de comprobar, numerosos textos regulan la posición de éste en orden a su existencia futura; incluso en D. 50, 17, 187 se llega a afirmar que el *paterfamilias* que muere dejando a su mujer embarazada, no puede decirse que carezca de descendencia⁷⁶. En efecto, el concebido era una *portio mulieris* pero en cierto modo se encontraba *in rerum natura*, *in rebus humanis*, como *spes vitae* y, en definitiva, como futuro ser, y, por ello, para determinados casos y en exclusiva ventaja suya se le otorgaba tutela jurídica, reservándole o anticipándole determinados derechos de forma provisional que se convertirían en definitivos en el momento de la verificación del nacimiento.

La tutela jurídica concedida al *conceptus* se explica por los juristas mediante la equiparación con el nacido, que no constituía una regla general aplicable a cualquier supuesto sino a casos concretos, sobre todo en materia hereditaria. Siguiendo a Catalano, la introducción de conceptos abstractos como persona, personalidad, sujeto de derecho o capacidad jurídica, han conducido al trastrocamiento de principios y normas romanas. En efecto, si los juristas no efectuaron ninguna teoría de la capacidad jurídica ni definieron lo que era persona referida al ser humano ya nacido, resultaría demasiado extraño que formularan reglas generales para el *nasciturus*.

El derecho sucesorio es el ámbito en el que mejor se puede examinar la cuestión planteada acerca de la capacidad del *conceptus nondum natus*. En efecto, el *postumus suus* era objeto de *vocatio ab intestato* desde la época de las XII Tablas, ya que era considerado *heres suus* desde que estaba concebido por la regla de la fijación del *status*; no obstante, a nuestro juicio, el reconocimiento del *postumus suus* como heredero legítimo del padre no puede llevar a pensar que el póstumo tuviera atribuida capacidad sucesoria, al menos tal y como se conoce modernamente. En las fuentes aparece el nacimiento del póstumo como condición *sine qua non* para que éste adquiera la cuota hereditaria que tenía reservada. A este respecto D. 38, 16, 3, 9 establece que el póstumo es lla-

74 El nacimiento por sí sólo no tenía entidad suficiente para que el ser humano tuviera atribuida capacidad jurídica; con independencia de las múltiples exigencias respecto del *status*, edad, sexo, etc. que se impusieron, al parecer se hacía necesaria en el momento del nacimiento la intervención del *paterfamilias* para realizar un acto denominado *tollere liberos*, por el que el padre debía recoger al hijo que previamente había sido colocado a sus pies, aceptándolo en la familia y sometándolo a su potestad o abandonarle no procediendo a su reconocimiento, por lo que el hijo quedaría considerado como *vulgo conceptus*. A este respecto, vid. VOLTERRA, "L'efficacia delle costituzione imperiali emanate per le provincie e l'istituto dell'expositio", en *Studi Besta*, I, 1938; CARCOPINO, "Le droit romain de 'exposition des enfants et le gnomon de l'idiologue", en *Mémorie de Società Natural des Antiquaires de Francia*, VII, 1924-1927, pp. 84 y ss.; COSTA, *Storia del diritto romano dalle origini alle compilazioni giustiniane*, Torino, 1925, p. 128, p. 213; LANFRANCHI, "Ius exponendi" e obbligo di alimentare nel diritto romano classico", en *SDHI*, IV, 1940, pp. 5 y ss.; GUALANDI, "Tollere liberos" in un passo di Petronio", en *RISG*, VI, 1952-1953, pp. 413 y ss.

75 El derecho romano, como es sabido, presenta un amplio elenco de sujetos y limitaciones según el *status* que poseían, la edad, el sexo, estado de salud e incluso su religión. Con referencia al *status civitatis*, los *latini* tenían un régimen particular, gozando los *latini veteres* o *prisci* de una situación bastante cercana a los *cives*, ya que poseían el *ius commercium*, el *ius conubium* o el *ius migrandi*. Los *peregrini dediticii* tenían la posición más desfavorecida porque tenían vetado el acceso a la ciudadanía romana y se regían por el *ius gentium* únicamente. Pero incluso entre los *cives* romanos existía diferenciación: su capacidad jurídica venía marcada por el lugar que ocupaban dentro de la jerarquía familiar, ya que sólo el *paterfamilias* o *sui iuris* tenía reconocida la plena capacidad. Respecto al *status libertatis*, sólo las personas libres tenían reconocida capacidad jurídica, siendo los mejor situados los *ingenui* que no tenían que cumplir las obligaciones y deberes que tenían los *liberti*.

76 D. 50, 17, 187 (147).- (CELSUS libro XVI Digestorum).- *Si quis praegnantem uxorem reliquit, non videtur sine liberis decessisse.*

mado por la ley de las XII Tablas a la herencia legítima *si fuerit editus* y que se suele hacer esperar a los agnados, reiterando de nuevo *si fuerit editus*⁷⁷. En D. 5, 4, 3 también consta que al *conceptus* se le tenía en consideración puesto que se le reservaban sus derechos hasta el momento de su nacimiento: *ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent*, exigiendo el nacimiento para la adquisición de sus derechos⁷⁸. Igualmente cabe deducir de D. 5, 4, 4 que la cuota hereditaria reservada al concebido no se le entregaba hasta que naciera: *Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata accrescere; si plures, quam tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est*⁷⁹.

De todo lo anterior, se desprende que al concebido le fueron reconocidos derechos sobre la herencia de su ascendiente, ya que éste fijaba su *status familiae* en el momento de la concepción, naciendo inevitablemente *heres suus* del causante. Pero, como se ha afirmado con anterioridad, si hay algo que aparece reflejado de forma clara en las fuentes es que el momento de adquisición de la capacidad jurídica era el nacimiento; hasta entonces el concebido se tenía en cuenta porque *quodammodo in rerum natura est* pero siempre supeditado y condicionado a que su nacimiento se verificara. Esta norma general se ve claramente reflejada en los textos referentes a los derechos hereditarios del concebido; en ellos se constata que éste no adquiría ningún derecho hereditario hasta su nacimiento.

En efecto, en D. 10, 2, 7, insertado en el título “*Familia eriscundae*”, trata de una institución hereditaria conjunta en el que se produce una situación de dependencia, bien por haber sido instituido bajo condición, encontrarse en poder de los enemigos o estar concebido y no haber nacido todavía⁸⁰; el heredero ejercita su acción en reclamación de la herencia y se plantea la cuestión de lo que ocurriría si posteriormente se cumple la condición del otro instituido o se produce el regreso del *captivus* o el nacimiento del *postumus*: se afirma a este respecto que se deberá repartir la herencia entre todos los instituidos:

D. 10, 2, 7.- (*VENULEIUS libro VII. Stipulationem*).- *Si heres suus, quum sub conditione adiectum coheredem, aut apud hostes adiectum eo haberet, dixerit se heredem esse, et actione expertus vicerit, deinde conditio heredis extiterit, vel postliminio redierit, an victoriae commodum debeat cum eo communicari –nam indubitate iudicati actio ei in solidum competit—? Et electionem coheredi dandam, id est aut communicandam eam, aut experiundi faciendam potestatem huic, qui post victoriam coheredis effectus sit heres, aut reversus sit in civitatem. Idemque observandum, si postea natus sit postumus; non emin his personis silentium imputari potest, quum ad hereditatem post victoriam coheredis pervenerint.*

La justificación que ofrece el texto es muy significativa: se afirma que cuando el heredero estaba litigando por la herencia, el póstumo nada podía hacer porque se encontraba concebido; por lo tanto, resulta lógico que le aproveche la victoria del heredero, siendo para él la mitad de la herencia en el momento de su nacimiento. La expresión empleada para designar al póstumo –*postea natus sit postumus*— da a entender que su nacimiento es condición indispensable para que se pudiera proceder al posterior reparto de la herencia. Igualmente, la afirmación de que al póstumo se le debe exonerar de

77 D. 38, 16, 3, 9.- (*ULPIANUS libro XIV ad Sabinum*).- *Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus...*

78 D. 5, 4, 3.- (*PAULUS libro XVII ad Plautium*).- *Antiqui libero ventri ita prospererunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent, sicut apparet in iure hereditatum...*

79 D. 5, 4, 4.- (*ULPIANUS libro XV ad Edictum*).- *Et si pauciores fuerint nati, residuum ei prorata accrescere; si plures, quam tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est.*

80 Vid. PESCANI, “*Studi sul Digestum vetus*”, en *BIDR*, LXXXIV, 1981, p. 205.

toda culpa porque, según el texto, llegó a la herencia *post victoriam coheredis prevenerint*, pone de manifiesto que mientras estaba concebido no había adquirido ningún derecho sucesorio.

En dos textos referidos al nombramiento de tutor para el *postumus* resulta significativo el régimen de responsabilidad establecido para éste: si el concebido nacía, podía exigirse al tutor responsabilidad mediante el ejercicio de la *actio tutelae*; por el contrario, si el futuro pupilo no llegaba a nacer, el tutor respondía de su mala gestión con la *actio negotiorum gestorum*⁸¹. Ulpiano afirma que el tutor nombrado en testamento para un póstumo no es tutor hasta que éste nazca; por tanto, las acciones que se pueden ejercitar contra éste serán distintas para el caso de que se verifique el nacimiento que para el supuesto en que se produzca un aborto:

D. 3, 5, 29 [28 H. 30 V].- (*CALLISTRATUS libro III. Edicti monitorii*).- *Quum pater testamento postumo tutorem dederit, isque tutelam interim administraverit, nec postumus natus fuerit, cum eo non tutelae, sed negotiorum gestorum erit atendum. Quodsi natus fuerit postumus, tutelae erit actio, et in eam utrumque tempus veniet, et quo antequam nasceretur infans, gessit, et quo posteaquam natus sit.*

D. 26, 2, 19, 2.- (*ULPIANUS libro XXXV ad Edictum*).- *Testamento datus postumo tutor nondum est tutor; nisi postumus edatur; datur tamen adversus eum substituto pupilli negotiorum gestorum actio. Sed si partus editus fuerit, deinde hic tutor, priusquam quidquam generet, remotus a tutela fuerit, et hic eadem actione tenebitur; si quid plane gessit post editum partum, de eo quoque, quod ante gessit, tutelae iudicio tenebitur, et omnis administratio in hac actione veniet.*

Igualmente, en diversos fragmentos dedicados a los legados, se exige el nacimiento del póstumo para la adquisición del legado; en efecto, si el legado es conjunto y el póstumo no llega a nacer, el legatario designado junto con el póstumo adquirirá la totalidad como si el *conceptus* nunca hubiera existido.

D. 30, 15, 1.- (*PAULUS libro III ad Sabinum*).- *Si quis unam summam filiabus legaverit, ut etiam de postuma sentiret, si ea non est nata, superstiti solidum debebitur.*

D. 30, 16, 2.- (*POMPONIUS libro V ad Sabinum*).- *Si Titio et postumis legatum sit, non nato postumo totum Tituis vindicabit. Sed et si testator Titio et postumis viriles partes dari voluisset, vel etiam id expressisset, totum legatum Titio debetur non nato postumo.*

D. 30, 17, 1.- (*ULPIANUS libro XV ad Sabinum*).- *Si quis ita legaverit: "si quia filia mihi genitur, ei heres meus centum dato", pluribus natis videtur singulis tantundem legasse; quod ita accipiendum est, nisi evidens sit contraria sententia testatoris.*

Y no sólo la adquisición de los legados, sino la de la herencia en su totalidad se supedita al efectivo nacimiento del póstumo:

D. 34, 5, 5 (6), 1.- (*GAIUS libro I. Fideicommissorum*).- *Si tibi et postumo suo vel alieno hereditatem restituere quis rogaverit,*

D. 34, 5, 6 (7).- (*MECIANUS libro III. Fideicommissorum*).- *vel ex parte te, et ex parte postumum heredem instituisset, legatumve similiter vel fideicommissum dedisset,*

81 Vid. VOCI, "La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini", en *IURA*, XXI, 1970, pp. 71 y ss. Sobre la responsabilidad del *negotiorum gestor*, vid. SEILER, *Der tratestand der negotiorum gestio im römischen recht*, Köln-Graz, 1968 y las recensiones de WESENER, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXVII, 1969, pp. 267 y ss.; LUZZATTO, en *SDHI*, XXXV, 1969, pp. 479 y ss.; D'ORS, en *AHDE*, XLII, 1972, pp. 861 y ss.; LARQUET, en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, LVIII, 1980, pp. 524 y ss.

D. 34, 5, 7 (8).- (GAIUS libro I. Fideicommissorum).- *utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur. Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto; sin autem natus fuerit, utrosque accipere, quantum cuique relictum est, ut uno nato, pars tibi dimidia debeatur; duobus natis, tertia tibi debeatur; tribus natis, quia trigemini quoque nascuntur, quarta debeatur. Et nostra quidem aetate Serapias Alexandrina mulier ad Divum Hadrianum perducta est cum quinque liberis, quos uno foetu enixa est; sed tamen quod ultra tres nascitur, fere portentosum videtur.*

En las fuentes citadas se desprende que el nacimiento del concebido resulta indispensable para la adquisición de cualquier derecho, ya que mientras tanto sólo tendría reservada bien su parte de la herencia o la totalidad —según concurriera con otros herederos del causante o fuera el único—⁸². Ni siquiera en el sistema pretorio de sucesión se le concede al concebido la *bonorum possessio*, sino una *missio in possessionem*⁸³ con facultades de disposición restringidas y únicamente a fin de proporcionar todo lo necesario para garantizar su nacimiento⁸⁴.

En definitiva, la equiparación entre concebido y nacido de la que dejan constancia las fuentes a través de la máxima *conceptus pro iam nato habetur*, debe ser entendida como un recurso comparativo para explicar los beneficios que se concedían al *nasciturus*, situado más en el plano de la dialéctica jurídica que en el de la realidad. A nuestro juicio, no es posible que esa equiparación constituyera una ficción porque ello implicaría el reconocimiento de personalidad jurídica actual del concebido, idea que, como se ha podido comprobar, no se encuentra reflejado en las fuentes.

Las normas vigentes en derecho romano referidas al la concepción serán el punto de partida para la regulación del derecho histórico español, que siempre dispensará, con mayor o menor laxitud, protección al ser humano en formación; ahora bien, para encontrar la máxima *conceptus pro iam nato habetur* habrá que esperar a Partidas, ya que ningún cuerpo legal anterior recoge el principio de derecho romano de forma general sino circunscrito al ámbito del derecho hereditario.

La *Lex Romana Visigothorum*⁸⁵ acogió el principio general de equiparación del concebido con el ser humano ya nacido tan sólo en materia sucesoria y en relación con los *legitimi concepti*, de conformidad con la regla general vigente en derecho clásico recogida en las Instituciones de Gayo⁸⁶. Será la doctrina cristiana la que propugnaría la existencia del concebido como ser independiente de los padres y con alma propia; no obstante, la fórmula de protección de los derechos del concebido, de acuerdo con la corriente germánica dominante también en esta época, continua siendo la suspensión de la partición hereditaria hasta el momento del nacimiento, por lo que se observa perfectamente que el concebido no es considerado ser capaz de adquirir derecho alguno, debiendo esperar a la verificación del parto en cualquier caso⁸⁷.

82 D. 5, 4, 3; D. 5, 4, 4; D. 38, 16, 3, 9; D. 38, 16, 3, 10; D. 29, 2, 30, 6; D. 34, 5, 7 (8), pr.

83 Vid., entre otros, D. 5, 2, 6, pr.; D. 29, 2, 30, 1; D. 37, 9, 1, pr.; D. 37, 9, 1, 12; D. 38, 15, 2, 4; D. 38, 17, 2, 11; D. 37, 9, 1, 11; D. 37, 11, 3; D. 37, 9, 7, pr.; D. 38, 17, 1, 5.

84 Vid. D. 37, 9, 1, 2, *in fine*; D. 37, 9, 1, 11; D. 37, 9, 1, 5; D. 37, 9, 1, 15.

85 Vid. *Lex Romana Visigothorum, a cura di Gustavus Haendel, Lipsia, 1849, ristampa Aalen, 1962.*

86 *Lex Romana Visigothorum* II, 3, 2 (Gaius).- *...legitime concepti pro natis habentur, nisi quod melior est conditio psthumae quam natae...*

87 Los principios germánicos sufrieron igualmente una atenuación a través de la influencia romana y cristiana, ya que, con anterioridad, se consideraba al concebido como un ser privado de derechos cuya vida incluso se podía destruir, mientras que ahora tratan al menos de proteger sus derechos patrimoniales, retrasando la partición de la herencia hasta el momento de su nacimiento. PLANITZ, *Principios de derecho privado germánico*, trad. española por Melón Infante, Barcelona, 1957, p. 47.

El Fuero Juzgo⁸⁸ tampoco se ocupa de la protección del concebido de forma general sino tan sólo a efectos sucesorios, permitiendo al póstumo que heredara junto con el resto de hermanos⁸⁹. Respecto a los fueros locales y territoriales de los siglos XII y XIII, aparece en ellos un reconocimiento de derechos hereditarios, o más exactamente, de expectativas de derechos y la mayoría predicen esos derechos o garantías tanto respecto de los concebidos de matrimonio legítimo como ilegítimo⁹⁰; no obstante, el Fuero de Soria, el de Brihuega o el de Molina, por ejemplo, sólo conceden derechos a los hijos legítimos⁹¹. En cualquier caso, mientras el hijo se encuentra concebido, los fueros tan sólo establecen la custodia de los bienes hereditarios y además por un tiempo limitado de nueve meses, en virtud de la presunción de paternidad del ese hijo concebido⁹².

Por lo que se refiere al Fuero Real⁹³, también se encuentran recogidos derechos sucesorios del concebido, pero únicamente en caso de que el padre muriera sin dejar descendientes. Se regulan, sin embargo, las precauciones que deben adoptarse en relación con la viuda encinta y se permite que los bienes hereditarios queden inventariados en poder de la mujer hasta el momento del parto⁹⁴.

Habría, pues, que esperar a Partidas para encontrar en este punto una regla general que recuerde al derecho romano. En efecto, a diferencia de la regulación existente hasta este momento, este cuerpo legal, fiel a su tradición romanista, recoge una regla de carácter general en la que se establece el beneficio del concebido a través de su equiparación con el nacido. Así, en Partidas IV, 23, 3 se acoge la máxima romana *concep-*

88 *Fuero Juzgo en latín y castellano*, Madrid, Real Academia Española, 1971. Edición facsímil de Madrid, por Ibarra, Impresor de Cámara de S. M., 1815, que reproduce el *Forum Iudicum*.

89 Fuero Juzgo, IV, 2, 20.- *De los que nacen depuse de la muerte del padre.- Nos fazemos servicio a Dios quando conseiamos aquellos que an de nacer: E por ende establecemos que si el marido muriere, e dexa la mujer preñada, el fñio que naciere depuse sea heredado equalmiente en la buena del padre con los otros fñios. E si non dexare nengun fñio e diere su buena a quien quisiere, mandamos que pueda dar la quarta parte, e las tres partes debe aver aquel que nació depuse de la muerte del padre. E si el marido o la muier leyendo casados, ante que ayen fñios, el marido a la muier, o la muier al marido, el uno al otro, dieron de su buena e depuse ovieren fñios, aquella donacion non vala; mas los fñios ayen toda la buena de su padre, fueran ende la quinta parte que puede dar por su alma a quien quiera. Mas si el uno dellos, o el mariod o la muier ante que fuesen en uno diere el uno al otro alguna cosa de su buena, aquel debe valer; e atal donacion non debe desfecha por los fñios que nacen depues.*

90 Vid. a este respecto Fuero de Cuenca, X, 30; Fuero de Teruel, 338; Fuero de Béjar, 262; y Fuero de Zorita, 213.

91 Vid. Fuero de Soria, 323; Fuero de Brihuega, 210 y Fuero de Molina, XI, 3. En la Compilación Privada de Derecho Aragonés (Biblioteca de la Universidad de Zaragoza, XLI, pp. 1 a 16), se establece también una clara distinción entre el hijo legítimo y el ilegítimo, que sólo heredará si el padre le instituyó heredero dejándole una cantidad determinada. Vid. LOSCERTALES, "*Textos para el estudio del Derecho Aragonés en la Alta Edad Media*", en AHDE, I, 1924, pp. 397 y ss., en especial p. 402.

92 Vid. MUÑOZ y ROMERO, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, Madrid, 1847, p. 541; GALO SANCHEZ, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, 1919, p. 283; y UREÑA y BONILA SAN MARTIN, *Fuero de Usagre*, Madrid, 1907, p. 33; y MALDONADO Y FERNANDEZ DE TORCO, *La condición jurídica del nasciturus en el derecho español*, Madrid, 1946, pp. 100 y ss., n. 15 a 21.

93 *Fuero Real del Rey D. Alfonso El Sabio*, copiado del Codice del Escorial, Real Academia de la Historia (Madrid, 1836), Valladolid, 1990.

94 Fuero Real, III, 6, 3.- *Si el que muriere dexar su muger preñada, e non oviere otros fñios, los parientes propincos del muerto en uno con la muger escriban los bienes del muerto antel alcalle, e tengalos la muger: Et si despues nasciere fñio o fija, e fuer baptizado, aya todos los bienes del padre: et porque non se pueda facer engaño en la nascencia del fñio o de la fija, el alcalle con los parientes sobredichos ponga dos mugeres bonas al menos que esten delante a la nascencia con lumbre, e non entre y otra muger a aquella ora, fuera aquella que la oviere a servir a la paricion. Et esta sea bien catada que non pueda facer engaño; et si la criatura muriere ante que sea bautizada, hereden su buena quel pertenesce los parientes mas propincos del padre, e no de la madre: e si despues que fuere baptizada muriere, heredelo la madre.*

tus pro iam nato habetur para todo lo que le fuera favorable, añadiendo, además, que lo desfavorable no se tenga en cuenta⁹⁵:

Partida IV, 23, 3.- *Demitra que estouiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della aprouechase ende, bien assi como si fuesse nascida; más lo que fuesse dicho, o fecho a daño de su persona o de sus cosas non le empesce.*

Ahora bien, la regulación de los derechos hereditarios del concebido —acogida en su integridad del derecho romano— se basa en la suspensión de la adquisición de la herencia en las sucesiones *ab intestato*⁹⁶, por lo que, en realidad, se constata que en ningún caso se está persiguiendo la equiparación entre concebido y nacido sino poner de manifiesto su toma en consideración por el ordenamiento jurídico, estableciendo una reserva de derechos en su favor pero condicionando la adquisición de los mismos a su nacimiento.

En el derecho posterior a Partidas —leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación— se obvia cualquier referencia a la figura del concebido; no se establecen disposiciones en su favor ni mucho menos una regla general que regule su posición dentro de los citados cuerpos legales.

Por lo que se respecta al vigente Código Civil, al acoger en su artículo 29 el principio de equiparación entre concebido y nacido, la polémica suscitada en la doctrina romanística en torno a la posición del concebido en el ordenamiento jurídico se puede trasladar en idénticos términos a la civilística. No obstante, previamente a entrar en el análisis del artículo 29 es necesario realizar una sucinta referencia a los Proyectos de Código Civil⁹⁷, en los que se constata la falta de recepción del principio *conceptus pro iam nato habetur*, salvo el proyecto de Código Civil de 1836, que recoge en su artículo 15 la regla general de protección al concebido equiparando la posición del concebido y del nacido “*en cuanto concierne a su utilidad*”⁹⁸, aunque no cuando pudiera reportar un beneficio de terceras personas. No obstante, la equiparación entre concebido y nacido continúa siendo un recurso retórico y no una verdadera asimilación de los derechos entre uno y otro; prueba de ello, es que éste precepto no sólo es el único que hace referencia al concebido, sino que, además, le denomina “*el que se halle en el vientre de su madre*”, poniendo de manifiesto la carencia de entidad propia del concebido respecto de su madre. Por último, se exige como *conditio sine que non* para que el concebido goce del beneficio que le concede esta norma que nazca vivo, por lo que la adquisición efectiva de los beneficios que pudieran corresponderle quedaría en cualquier caso supeditado al nacimiento.

No se recogerá de nuevo la formulación general de protección del concebido hasta el Código Civil actual, ya que tanto los proyectos de 1851 y 1882 como el ante-

⁹⁵ Llama la atención BUSTOS PUCHE (“*Reflexión crítica sobre el comienzo de la personalidad jurídica*”, en Boletín Oficial del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, IV, 1987, pp. 15 y ss.) sobre el calificativo de “*persona*” con el que se denomina al concebido en esta partida, aún a pesar de carecer de personalidad jurídica, según el autor.

⁹⁶ Partida VI, 6, 16.- *Como quando alguno ome muere sin testamento e dexa su muger que es preñada, no deuen los parientes del finado tomar la herencia, fasta que sean ciertos si es assi o non.- Sin testamento muriedo algud ome, dexado su muger preñada o cuydado q lo era: dezimos q nin hermano nin otro pariente del muerto, non deue entrar la heredad del finado; ate deue esperar; fasta q la muger encaesca. E estoce, si el fijo o la fija nasciere biuo: el aura la heredad en los bienes del padre. Se establece también en Partidas III, 22, 7 la figura de un curador, siempre que la mujer solicitara la posesión de los bienes hereditarios.*

⁹⁷ Vid. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, IV, vols. 1 y 2, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970.

⁹⁸ Proyecto de Código Civil, artículo 15.- *Los que se hallen en el vientre de su madre se reputan nacidos en cuanto concierne a su utilidad; más para gozar de este beneficio es preciso que después nazcan vivos.*

proyecto de 1885-1888, regulan tan sólo derechos sucesorios del concebido que no puede adquirir hasta su nacimiento. En efecto, en el artículo 19 del proyecto de Código Civil de 1869, si bien se afirma que “*el individuo luego que es procreado está ya bajo el amparo y protección de la ley, que le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código*” y que al concebido “*se le tiene por nacido*”, se añade a continuación que tal asimilación es “*sólo para los efectos declarados en el presente Código*”.

En la línea del proyecto de 1869 se sitúa la primera redacción del Código Civil, ya que, después de establecer que el nacimiento determina la personalidad, se añadía —si bien sin hacer referencia al concebido— “*sin perjuicio de los casos en que la ley retrotrae a una fecha anterior los derechos del nacido*”. Tan sólo se reconoce, pues, una retroacción de los derechos —no de la personalidad— a una fecha anterior al nacimiento, por lo que se debía esperar a que se produjera ese acontecimiento, considerando que los derechos del nacido se habían adquirido con anterioridad. Como ha puesto de manifiesto Clemente de Diego⁹⁹, los hechos jurídicos que afectaban al concebido quedaban pendientes del nacimiento posterior que, si no se verificaba, supondría que no había existido jamás, no habiendo tenido lugar nunca aquel reconocimiento de capacidad.

La dicción del precepto, sin embargo, no llegó a buen fin porque el legislador quería acoger la formulación del derecho romano que ya había sido recogida por el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de mayo de 1886, en la que expresamente se refería al póstumo afirmando que “*la ley estima vivo en todo lo que le es beneficioso*”¹⁰⁰. Este deseo de establecer una fórmula genérica de protección al concebido aparece en la exposición de motivos que precede a la edición oficial reformada del Código Civil, donde se establece que “*también se ha modificado, no el concepto, sino la forma del artículo 29, que declara la condición y los derechos de los póstumos. Decía este artículo, en su redacción primitiva que aunque el nacimiento determina la personalidad humana, la ley retrotrae en muchos casos a una fecha anterior los derechos del nacido. Hallándose estos casos señalados en diversos lugares del Código, y siendo todos aquellos en que podía optar el póstumo a algún beneficio, esta disposición no alteraba el precepto de nuestra antigua legislación que consideraba al póstumo como nacido para todo lo que le fuera favorable. Mas para que no pueda quedar duda de que este mismo es el sentido del artículo 29, se ha variado su redacción, adoptando la fórmula genérica y tradicional de nuestro antiguo derecho*”.

Cabe realizar una llamada de atención en cuanto a la terminología empleada en la exposición de motivos, ya que se emplea el término póstumo, circunscrito al ámbito hereditario¹⁰¹, denotando así la tendencia a restringir el campo de aplicación de los derechos del concebido al ámbito del derecho sucesorio; sin embargo, el término póstumo quedará eliminado en el artículo 29 del Código Civil vigente que empleará finalmente la expresión “*concebido no nacido*”. El artículo 29 introduce así el principio general de protección al concebido que supuso un cambio de orientación respecto a los cuerpos legales anteriores, disponiendo textualmente que “*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*”¹⁰². Cabe destacar la ubicación del precepto se

99 CLEMENTE DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral*, II, Parte general, Madrid, 1903, p. 77.

100 Revista General de Legislación y Jurisprudencia, LIX, 1887, p. 849.

101 Póstumo significa, en sentido estricto, el que nace tras la muerte del padre o, en sentido laxo, el que nace en vida del padre pero después de haber otorgado testamento, en su nueva acepción fijada a partir de la *lex Iunia Vellea*.

102 Artículo 29.- *El nacimiento determinará 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.*

sitúa en el libro primero titulado “*De las personas*”, capítulo dedicado al nacimiento y extinción de la personalidad civil y que, además, no se establece distinción respecto al origen legítimo, ilegítimo o natural del hijo concebido¹⁰³.

La protección del concebido, como se observa, no supone una retroacción de derechos sino una equiparación de su posición con el nacido —al menos en el plano meramente teórico— operando ésta asimilación en todos aquellos supuestos que resulte beneficioso para el concebido. Ahora bien, el código civil, al acoger la fórmula genérica del derecho romano, no resuelve la polémica que existía en torno a la posición que ocupa el concebido en el marco del ordenamiento jurídico¹⁰⁴.

En nuestra opinión, si bien el Código Civil emplea la fórmula de que “*al concebido se le tiene por nacido*”, pudiendo parecer que su dicción literal signifique que el concebido ya ha nacido, el examen sistemático de los preceptos del código civil referidos a éste denotan claramente que se trata de una fórmula simplemente retórica, adoptada en esos términos a imitación del derecho romano e histórico¹⁰⁵. En efecto, el artículo 966 suspende la división de la herencia hasta el nacimiento; resulta evidente que si al concebido se le tuviera ya por nacido, se le entregaría su parte¹⁰⁶.

Por lo que se refiere a las donaciones a los concebidos, el artículo 627 da efectividad a las donaciones a los concebidos, si bien añade que se deberá esperar a su nacimiento. Por ello, la donación se podrá aceptar por el representante del concebido “*si se hubiera verificado su nacimiento*”, por lo que, como señala Díez Picazo y Gullón¹⁰⁷, sólo está legitimado para aceptar la donación el representante, nunca el concebido. Además, la donación al concebido no significa que el donante pierda la titularidad actual del bien donado y tampoco se le obliga a entregar la donación.

Igualmente, el artículo 644.1 establece que las donaciones que efectúe una persona sin hijos serán revocables en el caso de que el donante tuviera hijos con posterioridad “*aunque sean póstumos*”. En este caso concreto, la acción de revocación prescribe a los cinco años, por lo que la nulidad de la donación debe solicitarse, comenzando el plazo “*desde que se tuvo noticia del nacimiento del último hijo*”, no computándose la concepción¹⁰⁸.

103 Vid. también sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 1927, que reconoce unos derechos a una hija natural respecto del padre fallecido, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, CLXXIV, 1929, p. 237.

104 Incluso ha habido autores como BERCOVITZ (“*El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los estados civiles en el derecho civil*”, en Revista de Derecho Privado, 1973, pp. 1 y ss.) que han entendido la situación del concebido no nacido como un estado civil, ya que, puesto que el estado civil es concebido como la cualidad jurídica de la persona por una especial situación en la organización jurídica que determina su ámbito propio de titularidad jurídica con carácter personal, de orden público y general, no cabe duda de que nos hallamos ante un estado civil, al referirnos a la situación del concebido no nacido.

105 Como afirma GARRIDO DE PALMA (“*El derecho civil, protector del ser humano*”, en Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre, 1983, p. 1.369), contemplando las precauciones que establece la ley cuando la viuda cree haber quedado encinta, las donaciones hechas a los concebidos y su posición ante las disposiciones *mortis causa*, se revela claramente el *favor legis civilis* hacia el concebido y hasta donde el derecho civil está pendiente de protegerle en las distintas situaciones y relaciones jurídicas en las que necesita amparo y tutela.

106 Vid. sobre el tema, ALCANTARA SAMPELAYO, “*Atribuciones patrimoniales a favor de “conceptorius”*”, en Revista de Derecho Privado, XXXVII, número 431, Febrero 1953, pp. 93 y ss. y ROCA SASTRE, “*Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los nascituri*”, en Estudios sobre Sucesiones, I, 1981, pp. 249 y ss. (= en Revista de Derecho Privado, XXX, número 350, Mayo 1946, pp. 313 y ss.).

107 DIEZ PICAZO-GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, I, op. cit., p. 218.

108 Respecto a la cuestión de si sería de aplicación la regla del art. 29 para solicitar la revocación una vez conocida la existencia de la concepción, no esperando al nacimiento, a nuestro juicio, este precepto como norma especial debe prevalecer sobre el art. 29 y esperar al nacimiento del hijo. En contra, MALDONADO Y FERNANDEZ DE TORCO, *La condición jurídica del nasciturus en el derecho español, op. cit.*, pp. 223 y 224. El autor entiende que la regla general del artículo 29 no tiene en este supuesto concreto de la revocación de donaciones un precepto especial que impida su aplicación.

En definitiva, como ya se ha tenido ocasión de afirmar, la equiparación entre concebido y nacido no se produce en el Código Civil; como ya afirmara Manresa y Navarro¹⁰⁹, en su comentario al artículo 29, “*la primera parte del artículo es determinante: no se reputa que existe persona hasta que hay un ser humano con vida propia, independiente de la de su madre*”, ahora bien, continúa el autor, “*desde el momento de la concepción hay un germen de personalidad humana, existe un ser en embrión, que el derecho no puede desatender en manera alguna*”. Por ello, como señala Garrido de Palma¹¹⁰, todos los derechos o relaciones quedan, en tanto acaece el nacimiento en las condiciones que señala el artículo 30, en situación de pendencia subordinados a la condición de que el *nasciturus* no sea un aborto; si esto ocurre, no se produce la pérdida de los derechos sino la falta de adquisición del los mismos.

Para concluir, resulta relevante a este respecto la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de octubre de 1903¹¹¹, que si comprende dentro del concepto “nacido” a los concebidos; se afirma textualmente que “*definida, como se halla en el artículo 29 del Código Civil, la significación jurídica que debe darse a la palabra “nacido” obligando a tener como tal al concebido para todos los efectos que le sean favorables es consecuencia precisa de lo expresado la de que al ocuparse los Tribunales de determinar el alcance de las palabras con que favoreció (se refiere al testador) con un legado de cantidad a los bisnietos que hubieran nacido antes de su fallecimiento, tengan que comprender entre ellos a los que en dicha época estuvieran ya concebidos, y nacieran y hayan subsistido en las condiciones del artículo 30 de dicho cuerpo legal*”. Ahora bien, pese a tal razonamiento, la sentencia no deja de afirmar que para que se produzca la adquisición del legado dejado por el bisabuelo, el concebido deberá nacer en las condiciones del artículo 30. Luego, en realidad, no se produce la equiparación entre concebido y nacido sino la toma en consideración de esa vida futura¹¹².

109 MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, I, Madrid, 1956, p. 345.

110 GARRIDO DE PALMA, “*El nasciturus y el derecho civil*”, en *Revista de Derecho Notarial*, CXX, Abril-Junio 1983, pp. 123 y ss., pp. 126 y 127.

111 *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XCVI, p. 514.

112 Igualmente, las sentencias del T.S. de 5 de junio de 1926 y 15 de marzo de 1927, aplican el artículo 29 del Código Civil para favorecer a una hija concebida en una indemnización por un accidente laboral del padre, volviendo a reiterar que debe nacer en las condiciones previstas en el artículo 30 del Código Civil.