

SER HUMANO, PERSONA, *SUBIECTUM IURIS*:
LA *DIFFICILIS QUAESTIO* DE LA PROTECCIÓN DEL *NASCITURUS*

Eva María Polo Arévalo
Universidad Miguel Hernández

RESUMEN

La falta de formulación de un concepto abstracto y con significado técnico del término «sujeto de derecho» en Derecho romano, y el hecho de que el nacimiento de una persona no supusiera la adquisición *ipso iure* de la personalidad jurídica, ya que requería adicionalmente la concurrencia de un *status* privilegiado en el seno de la comunidad social y familiar, ocasiona que la reflexión acerca de la protección jurídica que debía otorgarse al *nasciturus* se presente en las fuentes como una *difficilis quaestio* cuya evolución no está exenta de significativas contradicciones.

PALABRAS CLAVE: Sujeto de derecho, *nasciturus*, Derecho romano.

ABSTRACT

There is no formulation in Roman law of a concept with a technical meaning of the term «subject of law». In addition, a person's birth did not cause the acquisition of legal capacity since it required the concurrence of status in the social community and the family. Therefore, the reflection on the legal protection that should be granted to the *nasciturus* is presented in the sources as a *difficilis quaestio* which evolution is full of contradictions.

KEYWORDS: Subject of law, *nasciturus*, Roman law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SER HUMANO, PERSONA, *SUBIECTUM IURIS*. 3. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL *NASCITURUS*.

Eva María Polo Arévalo

1. INTRODUCCIÓN

La protección del concebido no nacido es una materia que resulta compleja, no sólo por la propia naturaleza del tema, sino por la transversalidad y diversidad de ámbitos desde el que se puede investigar¹. En este trabajo me centraré en estudiar algunas ideas y principios que se pueden encontrar en las fuentes de Derecho romano y que sirvieron de fundamento para el reconocimiento de la tutela jurídica del *nasciturus*. A este respecto, hay que tener en cuenta que cualquier aproximación que se realice en el tema del concebido no nacido y la protección que se le otorgaba, se debe realizar con la cautela que exige entender que cuestiones como la capacidad jurídica, la personalidad o el sujeto de derecho resultan ajenas al Derecho romano, existiendo consenso doctrinal en la consideración de que, tanto la terminología como las elaboraciones teóricas en torno a estos conceptos, su naturaleza o significado, son discusiones que pertenecen a la dogmática moderna y, por tanto, aplicadas al Derecho romano suponen desvirtuar el pensamiento de los juristas de esa época².

2. SER HUMANO, PERSONA, *SUBIECTUM IURIS*

Las fuentes de Derecho romano no emplean el sustantivo *subiectum*, y, aunque sí se recurre en diversas ocasiones el verbo *subicio*³, en ningún caso se hace para otorgarle el significado de sujeto de derecho, sino para designar el sometido-

¹ La dimensión de la problemática que se plantea en torno al *nasciturus* es muy extensa, abarcando, entre otros temas, su estatuto jurídico, condición y *status*, fundamento de su protección, mecanismos para garantizar sus futuros derechos, derechos sucesorios, derecho a la vida, etc. En este trabajo me centraré en el fundamento que sirvió a los juristas romanos para proteger al concebido no nacido, pero se pueden ver algunos trabajos anteriores en los que he estudiado otras cuestiones: *Conceptus nondum natus en el Derecho Romano: Régimen sucesorio* (Madrid 2002); *Protección de la vida del conceptus nondum natus, en El Derecho penal: de Roma al derecho actual* (Madrid 2004); *Influencia del matrimonio y condición ciudadana de los padres en el status civitatis y familiae de los hijos, en El Derecho de Familia: de Roma al Derecho actual* (Huelva 2004) u *Origen y significado del principio conceptus pro iam nato habetur en el Derecho Romano y su recepción en Derecho Histórico Español y en el vigente Código Civil, en AFDUC*. 11 (2007) pp. 719 ss.

² En general, se puede afirmar que la nomenclatura técnica de la expresión «sujeto de derecho» no tiene su origen en la Ciencia jurídica, puesto que, no sólo los juristas romanos, sino también los medievales, emplearon esta expresión en su lenguaje, que sí se emplea a partir del siglo XVI. Vide a este respecto los trabajos de A. GUZMÁN BRITO, *Los orígenes de la noción de sujeto de Derecho* (Bogotá 2012) y con el mismo título en *REHJ*. 24 (2002) pp. 151 ss.

³ Se emplea el verbo *subicio* en sentido técnico cuando se refieren, por ejemplo, a *tormentis subicere, quaestioni subicere* —someter a tortura—, *supplicio subicere, poenam subicere* o *bestiis subicere* —con-

Ser humano, persona, subiectum iuris: la difficilis quaestio de la protección del nasciturus

miento de los esclavos y de los *alieni iuris* a la *potestas* del *paterfamilias*⁴ o también, ya en época postclásica, para señalar el sometimiento de los ciudadanos al poder público⁵. Del mismo modo, aunque el término «persona» aparece en algunos textos dotado de un significado técnico⁶, como por ejemplo en D. 36,1,57,1; D. 41,1,61,1 o D. 45,3,26, en general, como apunta Biondi, se utilizaba englobando a mujeres, varones, infantes y tanto libres como esclavos, sin que se le otorgara ningún significado científico⁷.

El hombre, para los juristas romanos, no es equiparable al «sujeto de derecho» y la gran división de las personas, de la *conditio hominum*, para Gayo lo es en libres y esclavos⁸, lo que pone de relieve es que, en Roma, la personalidad jurídica no era un atributo de la naturaleza humana sino consecuencia de un *status* privi-

dena o pena impuesta a alguien—. Vid. H.G. HEUMANN-CH.A. SECKEL, s.v. «subigere», en *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (Jena 1869) p. 580.

⁴ Entre otros textos, D. 1,6,1 (*Gai. 1 Inst.*): *De iure personarum alia divisio sequitur, quod quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt*; D. 12,2,24. (*Paul. 28 ad ed.*): *Multo magis proderit patri religio filii, cum quo etiam iudicium consistere potest. ipsi autem referentes condicionem eorum, quibus subiecti sunt, non faciunt deteriores*; y D. 14,4,1,4. (*Ulp. 29 ad ed.*): *Potestatis verbum ad omnem sexum, item ad-omnes, qui sunt alieno iuri subiecti, porrigendum erit*.

⁵ Según Orestano, el empleo de *subiectum* para designar al «súbdito», en el sentido de «sometido al poder político» se produce a partir de la promulgación del *Codex Theodosianus* (año 438 d.C.); vide R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano* (Torino 1968) pp. 275 ss.; *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (Torino 1961) p. 95 y *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche* (Bologna 1978) pp. 116 ss.

⁶ D. 36,1,57,1 (*Pap. 20 quaest.*): *Imperator titus antoninus rescripsit in tempus directo data libertate non esse repraesentandam hereditatis restitutionem, quando persona non est, cui restitui potest*; D. 41,1,61,1. (*Hermog. 6 iuris epit.*): *Usus fructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur*; D. 45,3,26 (*Paul. 1 man.*): *Usus fructus sine persona esse non potest et ideo servus hereditarius inutiliter usum fructum stipulatur. legari autem ei posse usum fructum dicitur, quia dies eius non cedit statim: stipulatio autem pura suspendi non potest. quid ergo, si sub condicione stipuletur? nec hoc casu valeat stipulatio, quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petito ex ea suspensa sit*.

⁷ B. BIONDI, *La terminología romana come prima dommatica giuridica*, en *Studi in onore di Arancio-Ruiz II* (Napoli 1953) pp. 55 ss., que sigue la tesis de R. HIRZEL, *Die Person Begriff und Name derselben im Alterium*, en *Sitzungsberichte der Königlich Bayerischen Akademie der Wissenschaften* (1914) pp. 39 ss. No obstante, existen autores como S. SCHLOSSMAN, *Persona und im Recht im christlichen Dogma* (Leipzig 1906), que entienden que el término persona tiene en las fuentes un significado técnico que comprendía el concepto de «hombre» al que se le había atribuido personalidad jurídica.

⁸ *Gai. 1,9 y 10*. Gayo, en el siglo II, hablando de la *conditio hominum* distingue entre hombres libres y esclavos y, dentro de la primera categoría, entre *ingenui* y *libertini*. Igualmente, Marciano, en D. 1,5,5 pr., mientras que Ulpiano, en el siglo III, va a distinguir en D. 1,1,4 un *tria genere* de hombres libres, esclavos y libertos, dando a entender, por tanto, que a medida que evoluciona el pensamiento jurisprudencial, se va entendiendo que los libertos eran una categoría distinta a los hombres libres, por lo que, finalmente, Justiniano les dedica en las Instituciones un título entero, el quinto del libro primero.

Eva María Polo Arévalo

legiado concedido por el Derecho a aquellos seres humanos en los que concurrían la condición de libre, ciudadano romano y *sui iuris*, esto es, el *paterfamilias*. Así, para el Derecho romano no sólo había seres humanos a los que se despojaba de la cualidad personal otorgándoles el tratamiento jurídico de «objeto», sino que, entre aquellos que sí eran considerados «personas», el único al que se le reconocía como «sujeto de derecho» —siempre adoptando la terminología moderna— era al *paterfamilias*. Las mujeres estaban sometidas a la autoridad paterna, marital o tutelar durante toda su vida; los extranjeros tenían reconocidos algunos pocos derechos —*ius commercium* o *ius conubium*— y los descendientes de ese *paterfamilias* se encontraban sujetos a su *patria potestas*, de tal forma que era aquél quien absorbía la capacidad de éstos y sólo adquirían la posición de *sui iuris* cuando el *paterfamilias* fallecía⁹.

Teniendo en cuenta la especificidad y singularidad que tenía el Derecho romano en esta materia, parece que las palabras de Catalano respecto a la inoportuna aplicación de conceptos como «personalidad» o «capacidad jurídica» que eran absolutamente extraños al *ius Romanum* no pueden ser más acertadas, ya que, en efecto, el individualismo propio de otras épocas resulta ajeno a la mentalidad romana¹⁰, teñida de un marcado colectivismo y pluralismo, que no entendía al individuo como tal sino en su dimensión comunitaria como miembro de la *civitas* e integrante de un grupo familiar¹¹.

⁹ Existen en Derecho romano muchas limitaciones de la capacidad según el *status* que posea cada sujeto, su edad, su sexo, su estado de salud e incluso su religión. Así, en cuanto al *status civitatis*, se distinguían los ciudadanos romanos de los extranjeros y, dentro de los extranjeros, 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*, sin embargo, 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*.

¹⁰ En palabras del autor, «ma i principi romani hanno trovato ostacoli negli astrattismi in el soggettivismo dei diritti statali e della stessa Pandettistica tedesca: la discriminazione del nascituro rispetto al nato è stata possibile attraverso l'uso di concetti quali "personalità giuridica", "capacità giuridica": concetti estranei allo *ius Romanum*». P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano I* (Torino 1990) pp. 167 ss. y pp. 196 ss.

¹¹ El ciudadano romano no existe como ciudadano particular, sino que adquiere sentido dentro de la comunidad familiar y social —*familia* y *gens*— dentro de la *civitas*, como componente de una

Ser humano, persona, subiectum iuris: la difficilis quaestio de la protección del nasciturus

3. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL NASCITURUS

El estudio de cualquier tema relacionado con el *nasciturus*, como se ha tenido ocasión de mencionar, se debe realizar con la precaución que requiere entender que la noción jurídica de «persona» en Derecho romano no coincide con la de ser humano; por lo tanto, el nacimiento de un nuevo ser humano no se iba a constituir en un hecho relevante en el caso de que ese evento no supusiera la integración de un nuevo ciudadano romano mediante su incorporación a su comunidad familiar. Así, el hijo de una esclava, de padres extranjeros o desconocidos —el *vulgo conceptus*— no interesaba al *ius romanorum* más allá de la dimensión particular e individual de los efectos que podría suponer su advenimiento; podía beneficiar al dueño de la esclava, porque con ese nacimiento obtendría un nuevo esclavo; a la madre, que podía obtener el *ius liberorum* o ver reconocido algún derecho sucesorio¹², o incluso a ambos padres, evitando penalizaciones que en época clásica imponían alguna que otra norma que promovía la natalidad¹³. Pero más allá, el *vulgo conceptus* no tendría demasiada importancia social y, por ende, jurídica. Por el contrario, el concebido *ex iustiis nuptiis* y de padre romano sí constituía un valor relevante, y no sólo por lo que representaba como futuro sucesor de aquél, sino por la importancia que encarnaba como ulterior ciudadano de la

comunidad política que continúa existiendo más allá de los ciudadanos que son las piezas de una entidad superior, cuya vida se prolonga en el espacio y en el tiempo más allá de ellos.

¹² El *senatusconsultum Tertullianum* concedía relevancia al número de hijos también para obtener el *ius liberorum* o admitir a la madre en su herencia. Vid. en este sentido, IJ. 3,3,2. (*De Senadoconsulto Tertulliano*). *Postea autem senatusconsulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviae, deferenda cautum est, ut mater ingenua trium liberorum ius habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato mortuorum, licet in potestate parentis est, ut scilicet, quum alieno iuri subiecta est, iussu eius adeat, cuius iuri subiecta est.* (Véase también PS. 4,9,14).

¹³ Las fuentes romanas que tienen en cuenta un nacimiento o le restan eficacia, en ocasiones están reflexionando en el marco de disposiciones que vieron la luz en época clásica, tales como la *lex Iulia et Papia Poppaea* o la *lex Aelia Sentia* o el *senatusconsultum Tertullianum*, que favorecían la natalidad, penalizando a aquellos que permanecían solteros o que, estando casados, carecían de hijos. La *lex Iulia et Papia Poppaea* atribuía y restringía la capacidad sucesoria a determinadas personas en función del número de hijos, liberaba a la mujer de la tutela o admitía a la patrona en la sucesión del liberto difunto. Vid. a este respecto, Gai. 1,145: *Tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum tutela liberantur feminae* y 1,194. *... Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium <liberorum iure, libertinae uero quattuor, si in patroni> liberorumue eius legitima tutela sint;* Gai. 3,44: *Sed postea lex Papia cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret et eo modo concederet eis etiam sine tutoris auctoritate testamentum facere, prospexit, ut pro, numero liberorum quos liberta mortis tempore habuerit, uiriles pars patrono debeat. Ergo ex bonis eius quae omnino quattuor incolumes liberos reliquerit quinta pars patrono debetur; quodsi omnibus liberis superstes fuerit, tota hereditas ad patronum pertinet.*

Eva María Polo Arévalo

República. Ésta es, en mi opinión, la base sobre la cual se fundamentará la protección del *nasciturus*, que se reconocerá de forma primigenia en la esfera privada, alcanzando posteriormente la pública en Derecho clásico, y culminando en la etapa justiniana con la equiparación ontológica con el nacido para los efectos que le pudieran beneficiar.

En las fuentes se observa que se favorece al hijo que se había concebido en justas nupcias porque, para la fijación de su *status* se tomaba como referencia el momento de la concepción, garantizando así que, al nacer, adquiriera esa condición más favorable, ya que las posibles eventualidades que pudieran acontecer en el *status* de sus padres a lo largo del desarrollo gestacional le pudieran afectar¹⁴. Del mismo modo, el aborto será considerado un hecho especialmente deleznable, no sólo porque supusiera acabar con la vida del concebido, sino por la dimensión familiar, social, pública y colectiva que adquiriría su presencia. Y por ello, Cicerón, en su *oratio Pro Cluentio*¹⁵, afirmará que el aborto es un delito que afectaba a la familia, pero también a la *civitas*¹⁶, porque cuando una mujer abortaba suprimía la esperanza de vida que debía custodiar —*corporis custodia*—, la del padre —*spem parentis*—, su recuerdo y su nombre —*memoriam nominis*—, la continuidad de

¹⁴ La regla se encuentra enunciada por Gayo en 1,89: *nam hi, qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore, quo nascuntur; itaque si ex libera nascuntur, liberi fiunt, nec interest, ex quo mater eos conceperit, cum ancilla fuerit: at hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt*. También Celso en D. 1,5,19, afirma que *cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: vulgo quaesitus matrem sequitur*. Incluso en el caso de la *adrogatio*, según consta en D. 1,7,15, *vel qui in utero fuerunt, quum arrogatetur, simili modo in potestatem arrogatoris rediguntur*.

¹⁵ Cic., *Clu.* 9,32. *Memoria teneo Milesiam quamdam mulierem, cum essem in Asia, quod ab heredibus (secundis) accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis ab egisset, rei capitalis esse damnatam; nec iniuria, quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiae, designatum rei publicae civem sustulisset*. En este discurso, Cicerón relata el caso de Gneo Magio, que había instituido heredero a su hijo concebido, dejando un legado de dinero a su mujer para el supuesto de que éste naciera y, por tanto, adquiriera la herencia y previendo para el caso de que el hijo no llegara a nacer que la mujer no percibiera cantidad alguna, disponiendo que fuera sustituto de su hijo, como *heres secundus*, su sobrino, hijo de Oppianico. Cicerón acusa a Oppianico de haber pagado a su cuñada Aurea una gran cantidad de dinero para que abortase, habiéndola inducido a cometer el aborto, que finalmente había provocado también su muerte. Vid. E. NARDI, *Aborto e denaro in antichi dati*, en *Atti della Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna* 65 (1976-1977) pp. 29 ss., en especial pp. 31 y 32 y E. COSTA, *Cicerone giuriconsulto II* (Bologna 1927) p. 125.

¹⁶ Vid. también D. 48, 19, 39. (*Tryph.* 10 *disp.*). *Cicero in oratione pro Cluentio Avito scripsit, Milesiam quamdam mulierem, quum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatum*. Para un análisis comparativo de los textos de Cicerón y de Trifonino, vide R. MENTXACA, *El aborto en el derecho romano: Consideraciones sobre las fuentes jurídicas clásicas*, en *Estudios de Deusto* 31 (1983) pp. 307 ss., en concreto pp. 309 a 311.

Ser humano, persona, subiectum iuris: la difficilis quaestio de la protección del nasciturus

la estirpe —*subsidium generis*—, un heredero de la familia —*heredem familiae*— y también un futuro ciudadano del Estado —*rei publicae civem*—.

Especialmente significativo, a mi juicio, resulta un texto de Ulpiano, contenido en D. 37,9,1,15, en el que, recogiendo el testimonio antes citado de Cicerón y a propósito del edicto Carboniano, afirma que, igual que al impúbero se le auxilia con este edicto para que pueda ingresar en la familia, con mayor justificación se debe auxiliar al concebido, porque no sólo representa un heredero para el padre sino también una *spes civis* para la república —*verum etiam Reipublicae nascitur*—: D. 37,9,1,15 (*Ulp. 41 ad ed.*): *Et generaliter ex quibus causis carbonianam bonorum possessionem puero praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri: partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur.*

En este texto se percibe la sensibilidad existente en la época respecto a la necesidad de tutelar al concebido para que pudiera completar su desarrollo dentro del cuerpo de la madre y finalmente naciera. De ahí que se afirme que, igual que al impúbero se le auxilia con el edicto Carboniano para que pueda entrar en la familia, con mayor justificación se debe auxiliar al concebido para que nazca porque éste no beneficia con su nacimiento únicamente al padre, sino a toda la república. Así, la necesidad de que la tutela de los intereses del *nasciturus* trascienda la esfera privada, dando un salto a la pública, que se había defendido vehementemente por Cicerón, es reclamada también por Ulpiano, siendo especialmente relevante, a mi juicio, el establecimiento de un paralelismo entre el *nasciturus* y los hijos ya nacidos, poniendo de relieve que ambos necesitan auxilio conforme a los intereses que se ven concernidos en cada caso. Con esta correlación, en mi opinión, el jurista está ofreciendo el fundamento para el reconocimiento de la protección jurídica en el ámbito público del *nasciturus*, constatando que la vida humana es una continuidad, que tiene su origen en la concepción y que, por tanto, requiere de amparo también en esta etapa prenatal.

Es cierto que el nacimiento se presenta como el momento más relevante en la vida humana, ya que es entonces cuando se produce la adquisición del *status libertatis, civitatis* y *familiae* y, por tanto, constituía el punto de inflexión en el que se consideraba que la existencia de un nuevo ser en el mundo podía producir efectos jurídicos. El nacimiento era el momento en que fisiológicamente se alcanzaba la independencia del recién nacido respecto de la madre, pudiendo consi-

Eva María Polo Arévalo

derar que existía una nueva vida humana. Ahora bien, no hay que olvidar que en las fuentes existen varios textos que se presentan como contradictorios cuando se delibera acerca de si el nacimiento de un hijo producía efectos jurídicos o, por el contrario, no se debía tener en cuenta, siendo en este sentido un tema muy complejo puesto que esta cuestión se examina desde las distintas normas jurídicas vigentes y resulta muy difícil establecer un criterio general a este respecto¹⁷. Pese a ello, sí queda claro en las fuentes que es el momento del nacimiento cuando se podía considerar la existencia de un nuevo ser humano, ya que *qui «mortui» nascuntur* —afirma Paulo— *neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt*¹⁸ y que, en el aspecto puramente fisiológico, el concebido no tendría la consideración de *homo* y estaría considerado como una *portio mulieris* al carecer de independencia física respecto de la madre¹⁹. Sin embargo, en el plano jurídico, la cuestión no se presenta tan clara y el modo en el que entendían los juristas romanos la vida antes de ese nacimiento y la posición que otorgaban al *nasciturus* es una cuestión más difícil²⁰.

Cabe recordar que algunos textos consideran al concebido como algo que no está *in rerum natura* ni *in rebus humanis* e incluso, como se acaba de mencionar, lo reducen a una mera parte del cuerpo de la madre, como podrían serlo sus vísceras. Es clásica la referencia la afirmación de Papiniano en D. 35,2,9,1, que pone de manifiesto que el no nacido *homo non recte fuisse dicitur*²¹, y la de Ulpiano que

¹⁷ Vid. a este respecto, E.M.^a POLO ARÉVALO, Presupuestos para la adquisición de la capacidad sucesoria, en J.M. González Porras y F.P. Méndez González (Coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García II* (Madrid 2004) pp. 3893 ss., en el que, teniendo en cuenta el casuismo imperante en esta materia, se estudian los requisitos presentes en las fuentes para considerar acontecido un nacimiento.

¹⁸ D. 50,16,129 (Paul. 1 ad leg. Iul. et Pap.): *Qui «mortui» nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt*. Respecto a este fragmento, vid. G. GANDOLFI, voz «Nascita (Storia)», en *EdD.* 27 (Milano 1977) pp. 511 s. Vide también PS. 4,9 6. *Aborsus et abactus venter partum efficere non videtur* y D. 38,8,1,8. (Ulp. 46 ad ed.). *Si quis proximior cognatus nasci speretur, in ea conditione est, ut dici debeat, obstare eum sequentibus. Se ubi natus non est, admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur*.

¹⁹ D. 35,2,9,1 y D. 25,4,1,1.

²⁰ Por ello, algunos autores, entre los que destaca Albertario, entienden que la capacidad jurídica se adquiere en el caso de los concebidos *ex iustis nuptiis* en el momento de la concepción y no al nacer, si bien esa capacidad está supeditada y condicionada al efectivo nacimiento del concebido. Vide E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*, en *Studi di diritto romano: persone e famiglia* (Milano 1932) p. 16.

²¹ D. 35,2,9,1. (Pap. 8 quaest.): *...quia partus nondum editus homo non recte dicitur*.

Ser humano, persona, subiectum iuris: la difficilis quaestio de la protección del nasciturus

lo consideraba una *portio mulieris*²². Conforme a estos dos textos parecería fácil afirmar que el concebido no estaba considerado en sí mismo en Derecho romano sino como parte del cuerpo de la mujer, lo cual, unido a que algunos textos se refieren al concebido como *venter* o incluso *uterus*²³ y otros lo contraponen a las cosas que están *in rebus humanis*²⁴, se podría concluir que la anterior premisa es correcta. Pero nada más alejado de la realidad, en mi opinión, porque lo cierto es que cuando Gayo, Pomponio, Papiniano o Ulpiano realizan estas afirmaciones, no lo llevan a cabo en abstracto sino en un contexto muy determinado en el que se hace necesario precisar que el concebido, hasta que no nace, no existe físicamente en el mundo exterior como realidad independiente²⁵.

Así, cuando Gayo, en Instituciones, 2,203, afirma que mediante el legado *per damnationem* puede legarse una *res quae in rerum natura non est*, poniendo como ejemplo lo que naciera de una esclava, también añade que sólo era posible si *modo futura est*, dejando constancia que ese nacimiento que, en puridad, no existe como realidad, sí se espera que llegue a serlo²⁶. E igualmente, cuando Ulpiano afirma en D. 25,4,1,1 que *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* —y que ha servido a muchos para extraer esta frase de contexto y elevarla a regla general aplicable al *nasciturus*— no se debe olvidar que está realizando su afirmación respecto al *senatusconsulta de liberis agnoscendis*, el cual, *evidentissime apparet* que *locum non habuisse*, añadiendo después que, una vez la mujer hubiera dado a luz, el marido sí podría entonces utilizar el interdicto para que se lo exhiba o directamente se lo lleve²⁷. Cobra, por tanto, sentido la afirmación en el marco

²² D. 25,4,1,1 (Ulp. 24 ad ed.): ...*partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum...*

²³ 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.

²⁴ D. 37,9,1 pr.; D. 38,16,1,8 y D. 28,6,10,1.

²⁵ Vid. a este respecto, P. FERRETTI, In *rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico* (Milano 2008) pp. 30 ss. y B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo 1979) pp. 12 ss.

²⁶ En el mismo sentido se pronuncia Paulo en D. 7,7,1 pr. (Paul. 2 ad ed.), respecto a la inexistencia *in rerum natura* del hijo de una esclava que todavía no ha nacido: *Opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quemadmodum cum stipulamur «quod ex arethusa natum erit».*

²⁷ D. 25,4,1,1 (Ulp. 24 ad ed.): *Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti. extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit.*

Eva María Polo Arévalo

del senadoconsulto, en tanto que, mientras no haya nacido el hijo, el marido no podrá solicitar ninguna de las facultades que le otorgaba. Igualmente, en D. 30,24 pr., Pomponio pone de manifiesto que se puede legar aquello que *in rerum natura adhuc non sit*, como *quidquid illa ancilla peperisset*²⁸. Y también en D. 44,2,7,3, en el que Ulpiano se refiere al nacimiento de una esclava afirmando que *haec enim nondum erant in rebus humanis*, está refiriéndose a si perjudica o no la excepción de cosa juzgada en caso de que haya pedido una esclava. En la reflexión, nótese que dice que *ista exceptio non noceat*, salvo que en la petición se hubiera estimado el parto de la esclava porque entonces *consequens erit dicere exceptionem obiciendam*²⁹. Por lo tanto, poniéndolo en el contexto, parece evidente, y así lo analiza Ulpiano, que tanto los frutos que da una cosa como el hijo de una esclava, derivan de la propia cosa o de la propia esclava y, por tanto, según consta en el texto, son de la misma materia que lo que se pidió. En mi opinión, si estos textos se analizan en relación con el contexto en el que están siendo desarrollados, lo cierto es que se puede percibir que se están refiriendo al aspecto puramente material —fisiológico— del ser *nasciturus*, esto es, de su existencia en el mundo exterior y parece evidente que ello no sería predicable de él³⁰.

Frente a estos fragmentos, que poniéndolos en contexto adquieren sentido, cobran más relevancia las expresiones que los juristas emplearon para referirse al concebido como algo presente, actual, que existe y que tiene sentido por sí mismo, si bien se encuentra lógicamente en el cuerpo de la mujer. Expresiones como *qui in utero sunt*³¹, *conceptus*³², *nondum nati*, *partum nondum editus*³³, *qui in ventre est*³⁴, indican una concepción del *nasciturus* como entidad *per se*, como

²⁸ D. 30,24 pr. (Pomp. 5 ad Sab.): *Quod in rerum natura adhuc non sit, legari posse, veluti «quidquid illa ancilla peperisset», constitit: vel ita «ex vino quod in fundo meo natum est» vel «fetus tantum dato».*

²⁹ D. 44,2,7,3 (Ulp. 75 ad ed.): *De fructibus eadem quaestio est et de partu: haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est: magisque est, ut ista exceptio non noceat. plane si in restitutionem vel fructus vel etiam partus venerunt aestimative sunt, consequens erit dicere exceptionem obiciendam.*

³⁰ No se entiende que otros textos referidos al parto de una esclava contradigan la existencia en cierto modo del concebido, como cuando Gai. 2,203 afirma que no podría ser objeto de legado *per damnationem* el parto de una esclava porque *in rerum natura non est* (=Pomponio y Paulo en D. 30,24 pr. y D. 7, 7, 1, respectivamente) o Ulpiano en D. 44, 2,7,3, que al referirse a la cosa juzgada afirma que el parto de la esclava *nondum in rebus humanis*, en tanto que la esclava tenía consideración de *res* y sus hijos de frutos.

³¹ D. 1,5,7; D. 1,5,26; D. 50,16,161 y Ulp. XXII,15 y 19.

³² D. 38,13,7 y D. 38,16,1,8.

³³ D. 37,9,1 pr. y D. 35,2,9,1.

³⁴ D. 1,5,5,2 y 3.

Ser humano, persona, subiectum iuris: la difficilis quaestio de la protección del nasciturus

alguien —*qui*— alejado de los intentos de cosificación o sin relevancia ninguna por ser una mera víscera materna. El ser humano concebido está alojado en el cuerpo de la madre, pero no es parte de ella, al menos ontológicamente, sino que tiene entidad por sí mismo. Forma parte del cuerpo de la madre fisiológicamente hablando puesto que no tiene independencia física de ella, pero ello no quiere decir que los juristas romanos lo entendieran como mera porción de ésta. Como había manifestado Cicerón, el concebido está custodiado por el cuerpo de la madre —*corporis custodia*—, que lo tiene en su interior y, por ello, debe cuidar —*custodiar*—. Por ello, Juliano en D. 1,5,26 afirma del *conceptus* que *intelleguntur in rerum natura esse*³⁵; Celso en D. 38,16,7 que *quodammodo* que *in rerum natura esse existimatur*; y Paulo en D. 1,5,7 que *perinde ac si in rebus humanis esset*, que evidencia la existencia de un ser humano en formación que sólo necesitará completar su desarrollo gestacional para nacer para que ese nacimiento produzca toda su efectividad jurídica.

Es cierto que en ninguno de estos textos aparecen afirmaciones absolutas respecto a la existencia actual del concebido, pero queda claro que se considera —*existimatur, intelleguntur, quodammodo o perinde ac si*— que éste existe. Lo que se está pretendiendo a mi juicio es evitar que se le conceptúe como una «cosa», intentando evitar que quede cosificado de acuerdo con la clasificación gayana de personas, cosas y acciones e introduciendo al concebido en el segundo tipo y no en el primero con el fin de poder concederle protección jurídica. El término que más frecuentemente se emplea para denominar al concebido es *qui in utero est* o *quod in utero est* cuando no se tiene una certeza sobre el número de concebidos existente. Y también es significativo que se utilice *partus* para denominar tanto al *nasciturus* como al ya nacido porque pone de manifiesto la continuidad en el desarrollo de la vida prenatal y el nacimiento³⁶.

La idea que literatos y juristas expresan con bastante reiteración en sus textos es que el *nasciturus* es una *spes*, esto es, como una esperanza de vida³⁷, como una

³⁵ Con el verbo «*intelleguntur*» se está constatando una realidad P. CATALANO, *Diritto e persone* cit. pp. 203 s., y C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana* (Pisa 2009) p. 94 y *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, en *IVRA* 59 (2011) pp. 403 ss.

³⁶ D. 1,5,5,2 y 3.

³⁷ Para un análisis del significado técnico-jurídico del término *spes* en materia de Derecho de familia, «*Status personarum, Derecho de sucesiones y Derecho de obligaciones y su evolución en el Derecho clásico y justinianeo*», vid. M. BARTOSEK, *La spes en droit romain*, en *RIDA*. 2 (1949) pp. 19 ss. (= en

Eva María Polo Arévalo

vida que está por llegar. Las fuentes no ofrecen un concepto de *nasciturus* —como tampoco lo ofrecen de persona— y pueden encontrarse numerosas expresiones que aluden al *nasciturus*, y otras en las que se pone de manifiesto de forma más o menos evidente la existencia de un ser humano que está desarrollándose. Así, la referencia a *qui nasci speratur*³⁸, *spes vitae*³⁹, *spem nascendi*⁴⁰ y *spem animantis*⁴¹, o, ya en época justiniana, *homo fieri speratur*⁴². Igualmente, Gayo, en 2,13,1, también se refiere a esa espera al mencionar *qua postumus aut postuma sperabatur* y también en D. 38,8,1,8, se habla de *si quis proximior cognatus nasci speretur*. Y en las fuentes literarias aparece el concebido designado con términos como *hominēs*⁴³, *puer*⁴⁴, *liberi*⁴⁵ o *concepta spes liberorum*⁴⁶, o Scribonio Largo, en el *praefacio*

Mèlanges de Visscher I (Bruxelles 1949) pp. 10 ss.). Vid. también C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano. Lezioni dettate nella Università di Napoli* I (Napoli 1900) pp. 137-140 y M. BALESTRI FUMAGALLI, *Spes vitae*, en *SDHI*. 49 (1983) pp. 337 ss. y A. GÓMEZ-IGLESIAS, *Nasciturus. El status jurídico del concebido*, en *SCDR*. 9-10 (1997) pp. 288 s., que mantiene que hasta final de la época republicana no existiría un concepto elaborado de *spes* aplicado al *nasciturus*.

³⁸ D. 50,16,231.

³⁹ D. 37,9,1 pr. y D. 37,9,1,8.

⁴⁰ D. 38,16,1; D. 1,5,7 y D. 37,9,1 pr.

⁴¹ D. 11,8,2.

⁴² D. 7,4,14.

⁴³ Juv., *Sat.* 6, 596. *...tantum artes huius, tantum medicamina possunt, quae steriles facit atque homines in uentre necandos conducit. gaude, infelix, atque ipse bibendum porridge quidquid erit; nam si distendere uellet et uexare uterum pueris salientibus, esses...*

⁴⁴ Pl., *Truc.*, acto I, escena 2, 200-201: *DIN. Quid ais tu? quae numquam fuit praegnas, qui parere potuit? nam equidem illi uterum, quod sciam, numquam extumere sensi. AST. Celabat metuebatque te, ne tu sibi persuaderes, ut abortioni operam daret puerumque ut enicaret.*

⁴⁵ Cic., *Clu.* 44, 125. *Dum vero eum fuisse Oppianicum constabit qui tabulas publicas municipii manu sua corrupisse iudicatus sit, qui testamentum interleverit, qui supposita persona falsum testamentum obsignandum curaverit, qui eum cuius nomine id obsignatum est interfecerit, qui avunculum filii sui in servitute ac vinculis necaverit, qui municipes suos proscribendos occidendosque curaverit, qui eius uxorem quem occiderat in matrimonium duxerit, qui pecuniam pro abortione dederit, qui socrum, qui uxores, qui uno tempore fratris uxorem speratos que liberos fratremque ipsum, qui denique suos liberos interfecerit, qui cum venenum privigno suo dare vellet, manifesto deprehensus sit, cuius ministris consciisque damnatis ipse adductus in iudicium pecuniam iudici dederit ad sententias iudicum corrumpendas – dum haec, inquam, de Oppianico constabunt, neque ullo argumento Cluentianae pecuniae crimen tenebitur, quid est quod te ista censoria sive voluntas sive opinio fuit, adiuvare aut hunc innocentem opprimere posse videatur?*

⁴⁶ Sen., *Consolatio ad Helviam*, 16,3. *Non te maximum saeculi malum, inpudicitia, in numerum plurius adduxit; non gemmae te, non margaritae flexerunt; non tibi diuitiae uelut maximum generis humani bonum refulserunt; non te, bene in antiqua et seuera institutam domo, periculosa etiam probis peiorum detorsit imitatio; numquam te fecunditatis tuae, quasi exprobraret aetatem, puduit, numquam more aliarum, quibus omnis commendatio ex forma petitur, tumescentem uterum abscondisti quasi indecens onus, nec intra uiscera tua conceptas spes liberorum elisisti.*

Ser humano, persona, subiectum iuris: la difficilis quaestio de la protección del nasciturus

de *De compositione medicamentorum liber*, de *spem dubiam hominis*. El *nasciturus* como *spes* carece para los juristas romanos de personalidad jurídica actual, pero podría alcanzarla con el nacimiento y, por tanto, necesita de protección jurídica para salvaguardar sus posibles derechos en el momento de nacer. Por ello, en D. 50,17,187, se afirma que aquél que muere dejando a su mujer embarazada no se puede decir que no deje descendencia.

Por lo tanto, el *nasciturus* se presenta en las fuentes como una realidad que, por su propia evolución, llegará a ser «persona» y, aunque aparece fisiológicamente concebido como parte de la madre, al no tener independencia física respecto de ésta, parece claro que se tiene en cuenta que sí lo será a su nacimiento. Así, se muestra como necesario atender a los intereses de esa vida humana en formación, esa esperanza, esa realidad que existe como entidad propia dentro de la madre y, por tanto, en mi opinión, el fundamento para su tutela jurídica se muestra de esta forma clara, poniéndose de manifiesto que debe auxiliársele a fin de que se produzca su nacimiento y, con él, los efectos jurídicos que lleva aparejado.

Las cuestiones que se plantean estarán relacionadas, de esta forma, con los ámbitos de protección, los límites de la tutela y los mecanismos necesarios para lograr su efectividad. Así, ya se ha mencionado que en materia de *status personarum* se concedía protección al concebido *ex iustis nuptiis* al tomar como referencia para la fijación de su condición en el momento de la concepción⁴⁷ y también, en cierta manera, se protegía su vida por una *lex regia* que prohibía enterrar a una mujer embarazada sin que se le practicara una cesárea para que naciera su hijo⁴⁸, por la costumbre que existía de diferir la aplicación de la pena capital hasta el momento del nacimiento de su hijo⁴⁹ y por la punición del aborto provocado por la mujer o por un tercero⁵⁰.

No obstante, la principal esfera de protección del concebido, y quizás el ámbito en el que se observa una mayor profusión de textos es el sucesorio, ya que la presencia de un concebido originaba una incertidumbre en cuanto al destino

⁴⁷ Gai. 1,89.

⁴⁸ D. 11,8,2 (*Marcell. 28 dig.*): *Negat lex Regia, mulierem, quae praegnans mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur; qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*. Respecto al alcance que tiene la referencia a la muerte de la *spem animantis* por contravención de la *lex*, vid. M. BALESTRI FUMIGALLI, *Spes vitae* cit. pp. 344 ss.

⁴⁹ D. 1,5,5,2; D. 1,5,18; D. 37,9,8; D. 48,19,3 y PS. I,12,4. Vide M.P. BACCARI, *Sette note per la vita*, en *SDHI*. 70 (2004) pp. 507 ss.

⁵⁰ D. 1,5,17; D. 48,8,8; D. 47,11,4 y D. 48,19,39.

Eva María Polo Arévalo

de esa herencia que le pudiera corresponder, que sólo se despejaría una vez aconteciera o no su nacimiento. La solución adoptada por los juristas romanos consistió en esperar a que se resolviera esa situación —esto es, a que se verificara o no el nacimiento— suspendiendo todo el proceso sucesorio⁵¹, en el caso de que no hubiera herederos del mismo grado, o reservando la parte que le correspondería al nacer en caso de que sí los hubiera⁵².

En Derecho pretorio se le concederá una mayor atención, estableciendo una protección adicional para asegurar el propio desarrollo natural del concebido y garantizarle así su nacimiento. Por eso se le concede una *missio in possessionem* de los bienes hereditarios⁵³, para que la madre pudiera tomar de la herencia todo lo necesario para asegurar el completo desarrollo gestacional, garantizando la subsistencia del concebido y, finalmente, su nacimiento⁵⁴.

En Derecho justinianeo se completará el régimen de tutela jurídica del *nasciturus* con la formulación de la máxima *conceptus pro iam nato habetur*⁵⁵ que viene a expresar la equiparación entre concebido y nacido⁵⁶, culminando así el proceso tuitivo del concebido no nacido en el Derecho Romano.

⁵¹ D. 5,1,28,5; D. 29,2,30,6; D. 38,16,3,9; D. 38,7,5,1 o D. 5,4,3.

⁵² 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.

⁵³ Vide, 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.

⁵⁴ Vide D. 37,9,1,2, *in fine*; D. 37,9,1,11; D. 37,9,1,5; D. 37,9,1,15.

⁵⁵ Respecto al origen y significado de la máxima, vide E.M.^a POLO ARÉVALO, *Origen y significado del principio conceptus pro iam nato habetur* cit., pp. 719 ss. En este trabajo se exponen las teorías de la ficción jurídica, por la que el concebido no tendría personalidad jurídica aunque en determinados casos se fingiría su atribución; la teoría de la capacidad jurídica del concebido por ser la constatación de una realidad y la posición intermedia, que son los autores que piensan que el concebido es tenido en consideración por su futura personalidad y, no teniendo capacidad actual, puesto que la adquirirá a su nacimiento, se le reservan sus derechos hasta ese momento.

⁵⁶ Gai.1,47: *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*; D. 38,16,7 (*Cel. 28 dig.*): *vel si vovo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*; D. 50,16,231(*Paul. lib. sing. ad Senastusconsul. Tertull.*): *Quod dicimus, eum, qui nasci speratur, pro superstitie esse, tunc verum est, quum de ipsius iure quaeritur; aliis autem non prodest, nisi natus.*