

COMIENZO DE LA EXISTENCIA Y PERSONALIDAD DEL QUE ESTA POR NACER

HERNÁN CORREA T.*

Prof. en la P. Universidad Católica de Chile

I. EL COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA**

El concepto de persona, incluso el meramente jurídico, no es una noción de carácter abstracto y carente de contenido real, capaz de ser llenada por cualquier sujeto que se adecue al modelo preestablecido. La persona es un ser concreto y particular: es el hombre tomado en su individualidad propia, al cual se reconoce una dimensión jurídica.

Siendo un concepto de contenido concreto: un ser humano, es fácil explicarse que también incluya una referencia al tiempo. El hombre es un ser temporal: comienza y acaba, nace y muere. Con la persona y la personalidad sucede otro tanto; un momento determina su inicio, otro su extinción.

Dejando aparte lo que corresponde a la persona jurídica, que no interesa directamente para el objeto de nuestro estudio, debemos fijarnos en la persona física. En el presente trabajo nos ocuparemos del comienzo de la personalidad.

El comienzo de la personalidad jurídica del ser humano ha estado históricamente ligado al nacimiento. Es a este acontecimiento natural al que se atribuye el efecto jurídico de servir de punto de partida para considerar a la criatura un nuevo sujeto de derechos: una persona. Sin embargo, por diversas consideraciones, en su mayoría relacionadas con la necesidad de fijar con certeza la existencia

* Domicilio del autor: P. Univ. Católica de Chile, Facultad de Derecho, Casilla 114-D. Santiago, Chile.

** Se citan algunas revistas extranjeras con las siguientes abreviaturas:
ADC = Anuario de Derecho Civil (España); *Per. y Der.* = Persona y Derecho (España);
RCDI. = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (España); RDP. = Revista de
Derecho Privado (España); RGD. = Revista General de Derecho (España); *Riv. Dir.*
Civ. = Rivista di Diritto Civile (Italia).

permanente del sujeto, se establecen alrededor del nacimiento otros requisitos o condiciones adicionales.

En el Derecho romano se exigían, en general, tres condiciones para estimar existente a la criatura recién nacida. Estas eran: 1º la separación completa del claustro materno (D. 25.4.1.1); 2º que el niño naciese vivo (para cuya demostración exigía la escuela proculeyana que hiciese escuchar su llanto, opinión que no prevaleció¹); y 3º que tuviese forma humana: *non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur* (D. 1.5.14). Discuten los romanistas sobre si era exigida, además, como requisito general, la viabilidad o aptitud del niño para seguir subsistiendo después de la separación².

En el Derecho germánico, en una primera etapa, para la adquisición de la capacidad jurídica, aparte del nacimiento, se requería el acogimiento del niño en el seno de su familia. Mientras la criatura no fuera recibida por el padre, podía ser expuesta o abandonada. La aceptación del padre podía darse por manifestaciones expresas, como recoger en brazos al niño colocado en el suelo, o tácitas, como proporcionarle alimentación³. Este sistema predominó durante largos siglos, siempre en lucha con el principio cristiano de la capacidad adquirida sólo por nacimiento. Este último criterio vino a imponerse en los primeros siglos de la Reconquista Española⁴.

¹ Cfr. ARIAS RAMOS, Juan, *Derecho romano* ⁹ (Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1963), I, p. 57; D'ORS, Alvaro, *Derecho privado romano* ⁶ (Eunsa, Pamplona 1986), § 216, p. 281, nt. 3.

² ARIAS RAMOS, J., (n.1), p. 58, dice que esta idea es muy discutible. SAVIGNY la niega rotundamente y agrega que la pretensión de los juristas modernos de exigirla "carece de todo fundamento jurídico" (SAVIGNY, Friedrich Karls Von, *Sistema del Derecho romano actual*², (trad. J. Mesía y M. Poley, Centro Editorial de Góngora, Madrid s.f.) 1 § 61, p. 310; ver también el Apéndice 3 del tomo 1, pp. 404-420).

³ PLANITZ, Hans, *Principios de Derecho privado germánico* (trad. de C. Melón Infante, Bosch, Barcelona 1957), p. 47. Añade que el niño era admitido en la *sippe* dentro de los nueve meses siguientes al nacimiento, mediante la imposición del nombre; "en él tomaba cuerpo de nuevo el miembro de la *sippe* que había muerto y le había dado el nombre". GARCÍA GALLO, Alfonso, *Curso de historia del Derecho español* ⁶, (Madrid 1956), I, pp. 587-588, señala que la facultad del padre para no acoger al niño existía ya en el Derecho romano pre-clásico y que obedecía a la idea de que la capacidad se adquiría exclusivamente por un acto voluntario de quien poseyéndola y siendo dueño de los seres carentes de ella se la transmitía.

⁴ Cfr. GARCÍA GALLO, A., (n. 3), pp. 587-588.

En la Alta Edad Media, con la cristianización de Europa, se comienza a tomar en cuenta el hecho de la recepción del sacramento bautismal. Se exige, entonces, que la criatura sea bautizada y se agregan además ciertos plazos de supervivencia. El Fuero Juzgo, por ejemplo, disponía que el niño fuera bautizado y viviera a lo menos diez días (FJ. 4.2.18); el Fuero Real, por su parte, exigía sólo el bautismo sin mencionar plazos (FR. 3.6.3). Con las Partidas se da un retorno a los criterios romanos: se exige el nacimiento y la figura humana (P. 4.6.5). La Ley 13 de las Leyes de Toro, por fin, establece tres requisitos: 1º que el niño naciese vivo; 2º que fuera bautizado; y 3º que "al menos después de nacido viviera veinticuatro horas naturales". Posteriormente, la ley española de Matrimonio Civil de 1870 (art. 60) añadiría al nacimiento, los requisitos de figura humana y veinticuatro horas de vida; exigencias que pasarían luego al Código Civil de 1889⁵.

El Código de Napoleón ignoró esta materia al tratar de la persona en general. Sin embargo, respecto de la capacidad para heredar estableció las condiciones de nacimiento y viabilidad (art. 725.2), exigencias que, a falta de norma especial, fueron extendidas a todos los casos por la doctrina y jurisprudencia. Se consagró así la teoría de la viabilidad que exige al recién nacido una aptitud para mantener la vida⁶.

Los criterios franceses no fueron recibidos plenamente por el resto de las codificaciones. La tendencia general es, por el contrario, a contentarse con exigir sólo el nacimiento.

En Alemania (R.F.A.), el BGB establece que la capacidad jurídica "comienza con la terminación del nacimiento" (§ 1). Por su parte, el art. 1 del Código Civil italiano prescribe que "la capacidad jurídica se adquiere en el momento del nacimiento". El Código Civil portugués es un tanto más explícito: "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento completo y con vida" (art. 66. 1º).

⁵ El Proyecto de 1851 preparado por GARCÍA GOYENA exigía figura humana y vivir cuarenta y ocho horas naturalmente desprendido del seno materno. Cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, (Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid 1852), 1, art. 107, p. 125.

⁶ Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Traité pratique de Droit civil français* (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1952), 1, nº 11, p. 10; CARBONIER, Jean, *Droit civil*. (Presses Universitaires de France, París 1955), 1, nº 49, p. 103; DUPONT DELESTRAINT, Pierre, *Droit Civil. Les personnes et les droits de la personnalité. La famille. Les incapacités*¹⁰, (Daloz, París 1982), pp. 2-3.

El Código Civil español sigue, asimismo, el criterio general del nacimiento; dice su art. 29: "El nacimiento determina la personalidad", añadiendo a continuación que "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". Sin embargo, de alguna manera parece mantener la tradición histórica al agregar condiciones que hacen pensar en el acogimiento, siquiera parcial, de la teoría de la viabilidad. El artículo siguiente, el 30, establece, por su parte, tres requisitos para reputar nacido al feto: 1º entero desprendimiento del seno materno; 2º figura humana; y 3º vida durante veinticuatro horas desde la separación completa de la madre.

Para que exista entero desprendimiento del seno materno, y en consecuencia se determine el momento del nacimiento, algunos autores han estimado que no basta la salida natural o artificial de la criatura, sino que es necesario que se rompa el cordón umbilical⁷.

Respecto de la exigencia de figura humana, se han formulado serias críticas por sugerir la ley la idea de que una mujer pueda dar vida a un ser que no sea humano. No obstante, en general, se acepta el requisito precisando que con él se alude a los seres humanos que "aun pensando —si es que es pensable— que pueden vivir natural o artificialmente hasta algunos días después del nacimiento, tienen tal tipo de irregularidad que, según la opinión común, su figura no es humana (por ejemplo, acéfalos, bicéfalos, etc.); en los que, además, su defecto pone de relieve la imposibilidad para seguir viviendo"⁸.

El plazo de veinticuatro horas es calificado por la doctrina como una *condicio iuris* que tiene por finalidad evitar dudas sobre el hecho

⁷ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*, (Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1949-1952, reimp. Civitas, Madrid, 1984), II, p. 103; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*¹⁰, (Bosch, Barcelona 1985), 1, 2, p. 217; CASTAN TOBEÑAS, José María, *Derecho civil español común y foral*¹⁴ (Reus, reimp. actualizada por J. L. De Los Mozos, Madrid 1987), 1, 2, p. 125.

⁸ ALBALADEJO, M., (n. 7), p. 216. DE CASTRO, F., (n. 7), p. 105, indica que la exigencia de figura humana es "una fórmula popular y expresiva para excluir de la condición de nacido a seres que, aunque nazcan vivos, el sentir popular no permite se les considere como personas: a) los fetos acéfalos, bicéfalos, hemicéfalos, cíclopes, etc., con deformaciones groseras y visibles, que pueden subsistir incluso algunos días, cuya falta de madurez evidencia la imposibilidad de vivir; b) la inmadurez fetal, en los casos en que, sin producir la muerte biológica inmediata, la misma falta de forma humana manifiesta su ineptitud para vivir; c) Los nacidos de mujer que no sean de raza humana, en el caso de que esto sea posible".

de haber nacido vivo el feto⁹ y que constituye de algún modo una presunción legal de viabilidad¹⁰. También, invocando preceptos del Código Civil (arts. 960, 964 y 745 CC) que hablan de criatura "viable", se ha defendido la idea de que la ley requiere también como condición general la aptitud para la vida del recién nacido, es decir, la viabilidad¹¹. La tesis, empero, no ha suscitado el apoyo de la doctrina, que se inclina por rechazarla al no encontrarle cabida en la norma del art. 30 CC¹². Se ha observado, no obstante, que en el requisito de figura humana podrían comprenderse algunos casos graves de ineptitud para seguir viviendo¹³.

En todo caso, la opinión dominante de la doctrina española es que la personalidad comienza con el nacimiento y que el transcurso del plazo de veinticuatro horas sólo tiene un efecto suspensivo. Una vez cumplido el término, debe considerarse que el niño es persona desde que ha nacido¹⁴.

Como una excepción de vanguardia, el Código Civil argentino estima que el comienzo de la personalidad se produce con la fecundación. El art. 70 de dicho Código declara que "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de la persona...". El

⁹ CASTAN TOBEÑAS J., (n. 7), p. 127.

¹⁰ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, (Hijos de Reus, Madrid 1914), 1, p. 197.

¹¹ PÉREZ GONZÁLEZ, Blas, *El requisito de la viabilidad*, en RDP. 28, (1944), 325, pp. 273 y ss.

¹² ALBALADEJO, M., (n. 7), p. 152; CASTAN TOBEÑAS, J.M., (n. 7), p. 125; DE CASTRO, F., (n. 7), p. 109.

¹³ LA CRUZ BERDEJO, José Luis, *Manual de Derecho civil*, (Bosch, Barcelona 1979), p. 170.

¹⁴ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil* 6 (Tecnos, Madrid 1988), I. p. 232; DE CASTRO, F., (n. 7), p. 111.

Sin embargo, el plazo de veinticuatro horas es criticado en la actualidad. DORAL, José Antonio, *Concepto filosófico y concepto jurídico de persona*, en *Per. y Der.*, 2, (1975), p. 127, nt. 20, señala que no puede ser entendido ni como presunción *iuris et de iure* ni como *condictio iuris*, sino como residuo histórico; sostiene que se trata de una ficción innecesaria que, con una interpretación indebida, resulta injusta al permitir la muerte violenta sin que ésta signifique la muerte de una persona en su significado jurídico.

mismo precepto, empero, se encarga de morigerar los efectos de esta postura disponiendo que los derechos que se le defieran a la criatura sólo quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. De allí que este Código se cuida de fijar detalladamente lo que se entiende por nacimiento: así indica que no habrá distinción entre nacimiento espontáneo y por operación quirúrgica (art. 71 CC); que no importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer (art. 72 CC); que se reputa cierto el nacimiento con vida cuando se hubiere oído la respiración o la voz de los nacidos o se hubieran observado otros signos de vida (art. 73 CC), presumiéndose el nacimiento con vida en caso de duda (art. 75 CC); y que se consideran no existidos si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno (art. 74 CC).

El Código Civil chileno en esta materia se apartó del Código francés al adoptar el criterio del nacimiento como determinante de la existencia legal de la persona, y exigir sólo que el niño haya sido separado completamente de la madre y que sobreviviera un momento siquiera a la separación (art. 74 CC).

En un primer momento, Bello pensó en mantener el plazo hispánico de veinticuatro horas después del nacimiento: el art. 8, tít. I, del Proyecto de 1841-1845, señalaba, en su inciso 3º, que "se entiende existir aun el que sólo está concebido, con tal que sobreviva a su nacimiento veinticuatro horas a lo menos"; se rechazaban así las condiciones de nacer todo vivo, de tener figura humana y ser bautizado que establecía la legislación antigua española¹⁵. En el Proyecto de 1853 desaparece también el plazo de veinticuatro horas y la norma adquiere ya la fisonomía con la que será aprobada (art. 76)¹⁶.

¹⁵ Una nota puesta a la disposición fundamenta este cambio: "Nuestras leyes exigen además que nazca todo vivo y con figura humana y que haya sido bautizado. Lo primero pudiera dar lugar a cuestiones de historia natural y de fisiología, que, aun con el auxilio de estas ciencias, no será fácil resolver; lo segundo está sujeto a inconvenientes aún más graves. Pudiera, por ejemplo, morir el niño inopinadamente, y una omisión inculpable irrogaría perjuicio aun a las personas que hubieren tenido parte en ella. Este requisito propendería además a extender y perpetuar la práctica anticanónica del bautismo administrado por legos, que es demasiado común en Chile". Cfr. BELLO, Andrés, *Obras Completas*, (Nascimento, Santiago 1932), 4. 1. p. 25.

¹⁶ En nota a la disposición, don Andrés Bello rechazó la condición de seguir viviendo veinticuatro horas, por considerarla inútil: "La condición de vivir

Con tales antecedentes no es extraño comprobar que la doctrina nacional unánimemente rechace la teoría de la viabilidad, y que se la considere carente de "todo fundamento" y ocasión de "las mayores contradicciones e inconsecuencias"¹⁷.

Por regla general, existe en esta materia una gran uniformidad de criterios entre los autores. Se señala, así, que para que el nacimiento constituya un principio de existencia se requiere: 1º Que el niño haya nacido y se haya separado de la madre; y sobre ello se concuerda en que es indiferente la duración que haya tenido el embarazo como asimismo que el parto haya sido natural o provocado quirúrgicamente¹⁸; 2º que la separación sea completa; y 3º que el niño viva, después de la separación, un momento siquiera; se señala respecto de este último requisito que basta cualquier signo de vida propia e independiente¹⁹, no siendo necesario el llanto o grito que comúnmente lanza el niño cuando entra el aire a sus pulmones²⁰.

Se discute en cambio sobre la necesidad de que se haya roto el cordón umbilical. Claro Solar sostiene que sólo cuando se ha producido tal ruptura podrá considerarse a la criatura como completamente separada de la madre²¹. No obstante, otros autores han puesto de relieve que en tal caso la personalidad queda subordinada a la voluntad humana, lo cual no resulta admisible, sobre todo si se piensa que la ciencia médica actual ha comprobado que la vida independiente del nacido se da con prescindencia del corte del

veinticuatro horas después del nacimiento, no parece de utilidad alguna. ¿Se dirá que puede muchas veces ser dudoso si el recién nacido ha vivido o no un momento después de la separación? La misma duda se presentará para decidir si estaba vivo o no en el momento de cumplir las veinticuatro horas; añádese la dificultad de medir con absoluta precisión este espacio de tiempo". Cfr. BELLO, Andrés (n. 15), 2. p. 41.

¹⁷ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*² (Imp. El Imparcial, Santiago 1942), 1, 1, n° 412, p. 220.

¹⁸ CLARO SOLAR, L., (n. 17), n° 409, p. 216; VIAL DEL RÍO, Víctor y LYON PUELMA, Alberto, *Derecho Civil. Teoría general de los actos jurídicos y de las personas*, (Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 1985), n° 244, p. 228.

¹⁹ PESCIO, Victorio, *Manual de Derecho Civil*, (Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1950), 3, n° 468, p. 24; VIAL, V. y LYON, A., (n. 18), n° 245, p. 229.

²⁰ CLARO SOLAR, L., (n. 17), n° 409, p. 216.

²¹ CLARO SOLAR, L., (nt. 17), n° 409, p. 217.

referido cordón²². Es esta la tesis que parece imponerse en la actualidad. Pensamos que en su favor juega también la historia del precepto, puesto que en nota al Proyecto de 1841-1845 don Andrés Bello rechazó la condición de que el niño fuera bautizado fundándose en que "pudiera morir el niño inopinadamente, y una omisión inculpable irrogaría perjuicio aún a las personas que no hubiesen tenido parte en ella"²³, razón que calza también en el supuesto que nos ocupa.

II. LA CONDICION JURIDICA DEL CONCEBIDO

1. La regla *nasciturus pro iam nato habetur*

Entre los romanos, si bien se determinó claramente que la capacidad comenzaba con el nacimiento, hubo interés para proteger al mero *nasciturus*, esto es, a la criatura ya concebida que todavía no ha nacido.

No se le reconoció como sujeto de derechos ni como persona, pues se sostenía que el feto no era más que una *portio mulieris* (D. 25.4.11), pero se le brindó protección reservándole los derechos deferidos, especialmente de naturaleza sucesoria, hasta el momento del nacimiento. Se trataba, no de un principio general, sino sólo de una regla que tenía aplicación en situaciones particulares previamente determinadas²⁴.

El aforismo *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de eius commodi agitur* es una máxima construida por los juristas del Derecho común, que comenzaron el proceso de extender los textos romanos que favorecían al *nasciturus*, considerándolo nacido en todos los casos en los que ello le resultara provechoso²⁵.

²² VIAL, V. y LYON, A., (n. 18), n° 244, p. 228; VODANOVIC, Antonio, *Curso de Derecho Civil. Parte general y los sujetos de Derecho*⁴, (Nascimento, Santiago 1971), 2, n° 999, p. 159.

²³ Véase la nota 15 de este trabajo.

²⁴ Cfr. ARIAS RAMOS, J., (n. 1), p. 58; VON SAVIGNY, F., (n. 2), p. 310.

²⁵ *Ibidem*.

Ya en las Siete Partidas puede apreciarse la expresión del principio en toda su amplitud:

"De mientras que estoviére la creatura en el vientre de su madre toda cosa que se faga o diga a pro della, aprovechan ende, bien assi como si fuesse nascido; mas lo que fuesse dicho o fecho a daño de su persona, o de sus cosas no le empesce" (P. 4.23.3).

La regla de que al concebido se le tiene por nacido para lo que le pueda favorecer, es consagrada también en el Derecho moderno. Algunas legislaciones, sin embargo, han preferido mantener el criterio romano de determinar expresamente los casos de su aplicación: el Código Civil alemán limita el favor al concebido a tres supuestos: derechos sucesorios (§§ 1923.2, 2108 y 2178 BGB), nombramiento de curador y medida provisional de alimentos (§§ 1912 y 1716 BGB), y pretensión de alimentos contra los culpables de la muerte de su padre o de otra persona legalmente obligada a alimentarle (§ 844.2 BGB). Así ocurre también en el Código francés que contiene la protección del concebido (aunque después de la reciente reforma con mayor fuerza) en las normas dedicadas a filiación y a materias sucesorias (arts. 311-4 y 725.2° CC).

En Portugal (art. 66.2.4° CC), Italia (art. 1 CC), Suiza (art. 31.2 CC), Guatemala (art. 1 CC), Ecuador (art. 69 CC), Brasil (art. 4 CC) y Chile (art. 75 CC), se consagra, en cambio, la reserva de los derechos del *nasciturus* como regla general aplicable a todos los casos en que aquél resulte favorecido.

2. Explicaciones de la protección

Grandes esfuerzos se han hecho para intentar explicar de modo satisfactorio cuál es la naturaleza jurídica de esta protección civil del concebido, surgiendo las más diversas teorías. A continuación, referimos las principales:

a) Personalidad del concebido

Para algunos, la personalidad no comienza con el nacimiento, sino con la concepción de un nuevo ser humano. El embrión, en consecuencia, es persona aunque aún no haya nacido y esto explicaría la protección que le acuerda la ley.

El problema que se presenta a esta teoría es el de justificar por qué teniendo el feto personalidad, cuando no llega a nacer se le tiene como no existido. Se habla, entonces, de una personalidad anticipada²⁶

²⁶ PLANOIL, Marcel, *Traité élémentaire de Droit civil* (Librairie Générale de Droit et

condicional²⁷ o futura²⁸.

En esta perspectiva debe situarse la normativa del Código Civil argentino, según la cual la existencia de la persona comienza con la fecundación. Dice su art. 70: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas, y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno naciesen con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".

Por si no quedara clara esta consideración de persona del *nasciturus*, el art. 63 se encarga de repetir que "son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". La mayoría de los tratadistas nacionales apoyan al legislador en esta solución²⁹.

Hoy también podría inscribirse en esta posición el art. 311-4 del Código Civil francés que parece admitir la personalidad del concebido bajo la condición de que nazca vivo y viable³⁰.

de Jurisprudence, París 1915), 1, n° 367, p. 140; RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Traité de Droit civil, d'après le Traité du Planiol*. (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París), 1, n° 827, p. 346.

²⁷ JOSSEBRAND, Louis, *Derecho civil*, (trad. S. Cunchillos y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa-América y Bosch editores, B. Aires 1950), 1, n° 184, p. 172; ARAMBURU, Mariano, *La capacidad civil*² (Reus, Madrid 1931), pp. 28-29 y 34. En Chile, GALACIO GÓMEZ, Rubén, *Ensayo de una teoría de los derechos eventuales*, (Nacimiento, Santiago s.f.), p. 47, contra la doctrina tradicional cree encontrar en el art. 77 del Código Civil el apoyo para considerar que el concebido es un sujeto de derecho bajo la condición de que nazca vivo y sobreviva a la separación.

²⁸ MESSINBO, Francesco, *Manuale di Diritto civile e commerciale*⁸, (Dott. A. Giuffrè, Milano 1952), 1, § 15, pp. 208-209. Cfr. DE CASTRO, F., (n. 7), p. 116, n. 3.

²⁹ Así, LLAMBIAS, Jorge, *Tratado de Derecho civil. Parte general*⁶ (Edit. Perrot, B. Aires 1975), 1, n° 324, p. 251; SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho civil argentino. Parte general*⁴ (Casa edit. de J. Menéndez, B. Aires 1928), n° 453, p. 196.

³⁰ El Código contiene esta regla a propósito de la filiación (art. 311.4: "Ninguna acción será admitida respecto a la filiación de un niño que no ha nacido viable"), pero la doctrina la eleva al carácter de norma general: cfr. MAZEAUD, Henri y LEÓN Jean, *Leçons de Droit civil*⁸ (actualizada por M. du Juglart, Edition Montchrestien, París 1981), 1, 2, n° 443, p. 509; DUPONT DELESTRAINT, P., (n. 6), p. 3.

b) Capacidad del concebido

Algunos autores, para explicar la protección brindada al que está por nacer, manifiestan que deben distinguirse en este caso los conceptos de personalidad y capacidad, de manera que aunque no sea posible reconocer en el feto una persona, sí puede admitirse que goza de una capacidad, siquiera limitada y condicionada.

Es el otorgamiento de esta capacidad provisoria, parcial o condicional, lo que permitiría al embrión adquirir derechos aun antes de su nacimiento³¹.

c) Derechos subjetivos del concebido

Otros juristas, considerando la situación del concebido desde el punto de vista de los derechos que le son atribuidos, buscan nuevas explicaciones para esta cuestión, sin entrar a reconocer ni personalidad ni capacidad en el *nasciturus*.

Se sostiene, entonces que se trata de derechos sin sujeto³², o que no se protegen derechos sino intereses del que está por nacer³³. Por fin, ciertos autores estiman que existen meras expectativas o una

³¹ Se habla de capacidad provisoria: SANCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil* (Madrid 1911), 2, p. 179; BIANCA, C. Massimo, *Diritto civile I. La norma giuridica. Isoggetti*, (Dott. A. Giuffrè, reimp. Milano 1984), p. 203; otros, de capacidad limitada: ENNECCERUS, Ludwin, *Tratado de Derecho civil. Parte general*² (trad. B. Pérez y J. Alguer, Bosch, Barcelona 1953), 1, 1, § 77, p. 329; LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general* (trad. M. Izquierdo, Edersa, Jaén 1978), p. 111; de capacidad condicional: GANGI, Calogero, *Personae fisiche e persone giuridiche*² (Dott. A. Giuffrè editore, Milano 1948), p. 30. GARCÍA AMICO, Manuel, *Instituciones de Derecho civil. Parte general* (Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1979), 1, p. 326; ESTÍN CANOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*,⁷ (Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979), 1, p. 197; BONET RAMÓN, Francisco, *Compendio de Derecho civil*, (Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959), 1, nº 176, p. 331.

³² WINDSCHIED, Bernardo *Diritto delle Pandette*,⁹ (trad. C. Fadda y P. Bensa, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino 1925), 1, § 52, p. 120.

³³ Dice MALDONADO, JOSÉ, *La condición jurídica del nasciturus en el Derecho español* (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1946), p. 212: "Porque aquí creo que se encuentra el punto neurálgico del problema. En el hecho de que la ley protege un interés en atención a un futuro titular que todavía no existe". CASTÁN Tobeñas, (n. 7), p. 129, habla también de protección de intereses eventuales.

situación de pendencia de derechos³⁴.

d) Ficción de nacimiento

En forma compatible con algunas de las posiciones ya referidas que niegan la personalidad o capacidad al concebido, se afirma que existe aquí un caso típico de *fictio iuris*.

El Derecho, para efectos prácticos, fingiría que existe una persona cuando en realidad todavía no la hay. Es la tesis sostenida por Von Savigny³⁵. También aluden a esta idea algunos tratadistas españoles³⁶. En nuestro país, la postula Claro Solar: "esta ficción — escribe— basta para el propósito perseguido por el legislador, sin que sea necesario atribuir a la criatura por nacer una capacidad que supone vida propia e independiente"³⁷.

e) El concebido como persona jurídica

En este intrincado panorama de posiciones, algún ilustre autor alemán ha querido encuadrar la situación del *nasciturus* dentro del concepto de persona jurídica. El embrión constituiría, de este modo, una persona jurídica tácita o técnica³⁸.

Ante un panorama tan intrincado, no sorprende que haya quie-

³⁴ VON TUHR, Andreas, *Derecho civil*, (Depalma, B. Aires 1946), 1, 2, p. 17; TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di Diritto privato*, (Dott, A. Giuffrè, Milano 1986), p. 68; GARCÍA VALDECASAS, Guillermo *Parte general del Derecho civil español*, (Civitas, Madrid 1983), p. 196, hablan de meras expectativas. DE CASTRO, F., (n. 7), p. 123, MARÍN PÉREZ, Pascual, *Derecho civil*, (Tecnos, Madrid 1983), p. 77, y ALBALADEJO, M., (n. 7), p. 213 sostienen que se trata de una situación de pendencia. GALGANO, FRANCESCO, *Diritto privato*⁵, (Cedam, Padova 1988), p. 72, habla de "reserva de derechos". OPPO, Giorgio, *L'inizio della vita umana*, en *Riv. Dir. Civ.*, 28, (1982), 5, p. 502, prefiere la expresión "tutela 'anticipada' del futuro interés del nacido".

³⁵ VON SAVIGNY, F., (n. 2), p. 279.

³⁶ Así, MALDONADO, (n. 33), p. 215; CASTÁN TOBEÑAS, J., (n. 7), p. 129, LACRUZ, J., (n. 13), p. 171.

³⁷ CLARO SOLAR, L., (n. 17), n° 416, p. 223.

³⁸ KOHLER, Josef, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, (Carl Heymanns Verlag, Berlín 1906), I § 151, pp. 356-357. Cfr. VON TUHR, A., (n. 34), p. 17.

nes desesperen en el esfuerzo por justificar lógicamente la tutela del concebido y terminen por declarar con humilde resignación que "el asunto no tiene una explicación satisfactoria"³⁹.

3. Nuestro criterio

En verdad, este cúmulo de opiniones tan disímiles, muchas de las cuales pecan de contradicciones internas (no se puede hablar de capacidad sin que exista una persona que sustente esa capacidad; no puede haber derechos con sujetos que no poseen capacidad, etc.), nos demuestra que sigue subyacente la idea romana, hoy insostenible científicamente, de que el feto no es más que una víscera o una parte del cuerpo de la madre, que carece de autonomía⁴⁰. Por eso, se afirma que el verdadero fundamento de la protección legal del concebido es que se ve en él una *spes hominis*, esto es, una esperanza de que pueda llegar a ser hombre y por tanto persona⁴¹.

Pero en la actualidad, la biogenética y la medicina han demostrado y vuelto a demostrar que el cigoto desde el mismo instante de la fusión de los gametos masculino y femenino, constituye ya un individuo humano plenamente configurado. El embrión cuenta desde la concepción con un código genético completo en el que, como en una cinta magnética, se encuentran grabados todos los caracteres que llegará a tener el niño si el embarazo no es interrumpido.

Existe, por ende, un ser humano nuevo, original, desde el mismo

³⁹ VODANOVIC, A., (n. 22), p. 164.

⁴⁰ Cfr. BARASSI, Lodovico, *Instituciones de Derecho civil*, (trad. R. García de Haro de Goytisolo, Bosch, Barcelona 1955), 1, p. 47; Ruggiero, Roberto De, *Instituciones de Derecho civil*, (trad. R. Serrano y J. Santa Cruz, Reus, Madrid) § 35, p. 340; GANGI, C., (n. 31), p. 17; GARCÍA VALDECASAS, G., (n. 34), p. 196; PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho civil español*,² (Edit. Aranzadi, Pamplona 1972), 1, p. 310; JOSSEMAND, L., (n. 27), n° 184, p. 172.

⁴¹ DE CASTRO, F., (n. 7), p. 117; ROTONDI, Manuel, *Instituciones de Derecho privado*, (trad. F. Villavicencio, Labor, Barcelona 1953), n° 84, p. 157; SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del Diritto Civile*, (Dott. E. Jovene, reimp. Napoli 1981), p. 6; también OPPO, G., (n. 34), p. 513, habla de "persona humana en formación".

momento de la concepción⁴². Ciertamente es que se trata de una vida en situación de dependencia respecto de la madre. Pero esto no autoriza para asimilarlo a los órganos de su cuerpo ni menos para afirmar que se trata de una porción o parte de su ser corporal. En efecto, la dependencia que se establece entre el niño y la madre es, propiamente, sólo de carácter extrínseco, en el sentido de que a través de la conexión entre ambos, realizada por la placenta, el feto recibe el oxígeno y la alimentación necesarios para sus funciones vitales y puede, a su vez, liberar los residuos resultantes de la degradación efectuada por sus actividades autónomas⁴³. En suma, la dependencia de la criatura por nacer respecto de su madre no se distingue sustancialmente de la que existirá con posterioridad al alumbramiento; se trata de una diferencia de grado, no esencial. Y es evidente que no puede negarse el carácter de persona a un niño ya nacido por el hecho de no mantener autónomamente su vida y depender de terceros para sobrevivir; como tampoco se la negará al enfermo adulto que ha perdido la capacidad para valerse por sí mismo⁴⁴.

Ahora bien, si hemos de reconocer, sobre la base de los datos proporcionados por las ciencias biológicas, que desde el momento de la fecundación existe un ser humano completo: un hombre, es forzoso concluir que existirá también desde ese mismo instante una persona desde el punto de vista ontológico, criterio que, como ya hemos señalado, el Derecho no puede dejar de recibir. No nos parece coherente declarar, entonces, que la personalidad jurídica corresponde al hombre de manera necesaria, y a renglón seguido justificar la

⁴² Las antiguas teorías de la animación retardada: infusión del alma con posterioridad a la concepción, en cierta forma, resucitadas por GAPO, Javier, *El aborto y el comienzo de la vida humana*, (Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid 1979), pp. 242 y ss., no pueden ser aceptadas. Como señala BONIFACIO HOMINGS, *L'aborto e il momento dell'ominizzazione*, en *Il Diritto alla Vita*, (Gino Concetti, edizioni Logos, Roma 1981), p. 29, si "según la ciencia el proceso de hominización tiene su inicio con la concepción, la lógica exige que esté presente el alma humana, esto es, el principio animador del proceso hominizante".

⁴³ Cfr. SERRA, Angelo, *Il neoconcepto è un soggetto umano*, en *Il Diritto alla Vita* (Gino Concetti, edizioni Logos, Roma 1981), p. 19.

⁴⁴ Por eso no resulta convincente la tesis de DORAL, J., (n. 14), p. 125, que justifica la falta de personalidad del *nasciturus* por la ausencia de autonomía.

negación de dicha personalidad a ciertos seres humanos por el sólo hecho de no haber nacido⁴⁵.

Pensamos, pues, que resulta imperioso revisar las normas civiles que, expresa o tácitamente, niegan la personalidad al *nasciturus*, introduciendo disposiciones similares a las contenidas en el Código argentino que reconozcan en el feto una persona por nacer⁴⁶.

No se nos oculta que puede ser conveniente, a efectos de preservación de la seguridad jurídica, restringir la transmisión de ciertos derechos cuando el *nasciturus* no llega, en definitiva, a nacer. Pero parece necesario, en tal evento, circunscribir esa limitación al campo de los derechos civiles patrimoniales, y quizá a determinados derechos en los que cambios bruscos de titularidad podrían provocar efectos perniciosos, como sucedería, por ejemplo, en lo que se refiere a la sucesión por causa de muerte. Mas, esta excepción no debería ser óbice para declarar en forma general la personalidad del concebido, terminando con una discriminación arbitraria e injustificada⁴⁷.

⁴⁵ Resulta paradójico, por ejemplo, que DE CASTRO, F., (n. 7), pp. 30-31, después de un brillante esfuerzo por establecer que la cualidad de persona es, ante todo, ese valor especial o dignidad jurídica que tiene el hombre ante el Derecho, afirme luego categóricamente, pero sin fundamento, que "el embrión, ni jurídica ni filosóficamente, hay por qué considerarlo persona: su protección jurídica penal y civil, directa e indirecta, está suficientemente garantizada y justificada como esperanza de persona" (p. 117).

⁴⁶ Sería conveniente tal vez revisar los conceptos dogmáticos tradicionales, y ahondar en el concepto de persona natural que da el Código Civil chileno: "todos los individuos de la especie humana" (art. 55 CC), poniéndolo en relación con la fórmula "la ley protege la vida del que está por nacer" (art. 75 CC), hoy elevada a rango constitucional (art. 19, n° 1 Const.). En nuestro medio, se ha defendido, en congruencia con estas disposiciones, que procede el recurso de protección (art. 20 Const.) cuando se afecta el derecho a nacer del concebido: Cfr. SORO KLOSS, Eduardo, *Derecho a la vida y recurso de protección*, en RDJ., 81, sec. Derecho, p. 60. En este sentido, es valioso el intento de ZAPATA LARRAIN, Patricio, *Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el Derecho chileno*, en RChD., 15, (1988), 2 y 3, p. 375 y ss., de deducir de las normas constitucionales la reformulación del concepto civil de persona y la inclusión del concebido dentro de dicha categoría.

⁴⁷ La idea de que existe una personalidad sólo para efectos civiles, que, por excepción, no comienza desde la concepción sino con el nacimiento, rompe el concepto unitario de la personalidad. Si se es persona se lo es para todo el Derecho. No es posible que el feto sea persona, por ejemplo, para el Derecho penal o de seguridad social, y no lo sea para el civil.

Al respecto coincidimos plenamente con lo expuesto por el Profesor peruano Fernández Sessarego quien sostiene que "no existe razón valedera alguna para que la subjetividad que se atribuye al ser humano, antes de nacer, no sea actual y efectiva, aunque algunos de los derechos que se le imputen por el ordenamiento puedan estar condicionados, pero sólo a título resolutorio"; estos derechos serían los de carácter patrimonial, como el de adquirir por herencia o donación. En cambio, "los derechos extrapatrimoniales que por su propia condición se reconocen en favor del concebido, como son el derecho a la vida o a la representación, no pueden, por su propia naturaleza, estar sujetos a condición alguna"⁴⁸. Discrepamos no obstante de la idea que sugiere este autor al comentar las nuevas disposiciones del Código Civil peruano, respecto a que el *nasciturus* quedaría comprendido dentro de la categoría general de "sujeto de derecho" como entidad diferente de la "persona natural"⁴⁹; pensamos que ello favorece las tendencias formalistas y va en desmedro de la protección jurídica integral que se pretende acordar al que está por nacer; en efecto, cualquier vulneración o limitación a los derechos de la criatura concebida podría justificarse en que ella, siendo sujeto de derecho, no alcanza aún la categoría de persona, única a la cual el ordenamiento jurídico otorga cobertura protectora máxima⁵⁰.

⁴⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Tratamiento jurídico del concebido*, en *RDJ.*, 84, sec. Derecho, p. 42.

⁴⁹ Dice FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., (n. 48), p. 43, que el recurso técnico de diferenciar las expresiones de sujeto de derecho y persona reside en la necesidad de aprehender sistemáticamente, a nivel normativo, la dimensión sociológico-existencial, que integra el fenómeno jurídico, y en la cual el ser humano se hace presente de cuatro diversos modos: ser humano antes de nacer, ser humano después de nacer, ser humano organizado con otros como persona jurídica y ser humano agrupado con otros sin utilizar la categoría de persona jurídica. "Es así —continúa— como se diferencia formalmente el *concebido* de la persona natural (o de existencia visible), en cuanto el primero es ser humano *antes* de nacer y la segunda ser humano *después* de nacido".

⁵⁰ Por otro lado, la clasificación de FERNÁNDEZ SESSAREGO sugiere la contraposición analógica entre los términos "concebido-persona natural" y "agrupación sin personalidad jurídica-persona jurídica"; de cual podría deducirse que la cobertura de protección jurídica ha de ser parcial y reducida para el *nasciturus* e íntegra y completa para la persona natural.

Sabemos que, en la actualidad, las tendencias sociales que han determinado la aprobación de leyes despenalizadoras del aborto así como la experimentación sobre embriones, constituyen un dique importante en el cauce que lleva al reconocimiento de la personalidad del feto, pues esto trae como corolario ineludible la defensa de su derecho a nacer y vivir. Hoy, en las naciones que han legalizado lo que eufemísticamente se denomina "interrupción del embarazo", al concebido se reconocen toda clase de derechos, menos el de vivir para disfrutarlos⁵¹. Confiamos, sin embargo, en que la idea de que el *nasciturus* es persona terminará por imponerse; y observamos que de hecho ya se abre paso, aunque todavía tímidamente, en la doctrina⁵²

⁵¹ DUPON DELESTRAINT, P., (n. 6), p. 3.

⁵² Por ejemplo, sustentan esta solución HERVADA, Javier y ZUMAQUERO, José, *Textos internacionales de derechos humanos*, (Eunsa, Pamplona 1978), p. 143, n. 239; FERNÁNDEZ NIETO, Marcelo, *El Derecho a la Vida*, en *RGD.*, 42, (1986), 504, p. 3.680; HERRERA JARAMILLO, FRANCISCO, *El derecho a la vida y el aborto*, (Eunsa, Pamplona 1984), pp. 167 y ss. En Alemania, se ha llegado a calificar de contraria al derecho natural la privación de personalidad del *nasciturus*: WOLF, Ernst, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Lehrbuch*, (C. Heymanns Verlag K.G. Köln, Berlin-Bonn-München 1982), 3, pp. 183 y ss.

Es cierto, no obstante, que la ciencia civilística se niega todavía a dar el paso necesario para incluir al concebido en la categoría de persona; y se hacen distinciones que, reconociendo la subjetividad del que está por nacer, permiten no considerarlo plenamente como persona. Es la tesis de FERNÁNDEZ SERRANO a la que ya se hizo referencia (n. 48), y la de PERLINGIERE, Pietro, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, (Jovene, Camerino 1972), p. 139, quien nos dice que "el ordenamiento contiene una forma de tutela de la personalidad también a favor de los nascituri, que aún no tienen la capacidad jurídica".

Pero da la impresión de que se trata de un paso que se desea dar, no obstante las contradicciones legislativas. En España, país donde se acaba de dictar una legislación sobre reproducción asistida y manipulación de embriones por la cual se llega incluso a tratar de "preembriones" a las criaturas antes de la implantación (al respecto puede verse nuestro trabajo *La nuova legislazione spagnola sulle tecniche di riproduzione artificiale e sui procedimenti affini*, en *Riv. Dir. Civ.*, 35, (1990), 1, pp. 79 y ss.), un destacado civilista, LLEDO YAGUE, FRANCISCO *La ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida*, en *ADC.*, 41, (1988), 4, p. 1263 sostiene, en abierta crítica a las disposiciones legales, que "es razonable, por tanto concluir que cuando se habla de persona, la tutela y protección jurisdiccional debe llegar incluso al momento preembrionario (*etiam nunc*)..."

y también en la legislación⁵³.

Es ésta además la solución que parece más acorde con los textos internacionales relativos a los denominados derechos humanos, tales como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (art. 6), la *Declaración Americana de Derechos del Hombre* (art. 17) y la *Declaración de los Derechos del Niño* (considerandos y principios 6 y 9)⁵⁴.

Recibido: 4.9.90

Aceptado: 4.10.90

⁵³ Aparte de lo ya reseñado sobre el Código Civil argentino tenemos también las disposiciones del Código Civil mexicano, (art. 22, que establece que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tienen por nacido para los efectos declarados en el Código), del Código Civil venezolano (art. 17, que señala que el feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien, y que para que sea reputado como persona basta que haya nacido vivo).

Particular interés tienen los preceptos de los recientes Códigos Civiles de la República Democrática Alemana, de Perú y de Paraguay. El § 363.2 del ZGB señala que "puede ser heredero sólo aquél que es vivo al momento de la apertura de la sucesión o que, siendo ya concebido, nace vivo después de la apertura de la sucesión". Más explícito es el art. 1 del Código peruano, dispone: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo". El art. 28 del Código paraguayo, por su parte, dice: "La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado. La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuera por instantes después de estar separado del seno materno". El art. 37 de este Código agrega que "son absolutamente incapaces de hecho: a) Las personas por nacer".

⁵⁴ Cfr. HERVADA, Javier y ZUMAQUERO, José, (n. 52), p. 143, n. 239 y p. 109, n. 146.