

LA REGLA DE LA VENTAJA PARA EL CONCEBIDO  
Y EL AFORISMO “INFANS CONCEPTUS PRO IAM NATO  
HABETUR” EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

IAN HENRÍQUEZ HERRERA\*  
Universidad de Los Andes

RESUMEN

Se estudian los antecedentes de la regla de la ventaja para el concebido o doctrina del *commodum*, según la cual al concebido se le tiene en el derecho por nacido para todo lo que le favorezca. Se estudia también su cristalización posterior en un aforismo: *infans conceptus pro iam nato habetur*; su recepción en las codificaciones decimonónicas, y en especial, en la chilena. A partir de ello, se analizan las fundamentaciones que han recibido la regla y el aforismo, que han sido básicamente dos: la tesis de la paridad, de raíz romana justiniana y recepcionada en el derecho castellano, y la tesis de la ficción, de origen germano pandectístico, y recepcionada principalmente en el BGB y en el Código Civil italiano de 1942. Finalmente, se examina en cuál tradición se inserta la protección del concebido en nuestro Código Civil.

PALABRAS CLAVE: Concebido – nasciturus – paridad – ficción – BGB – Código Civil italiano de 1942 – Savigny – Andrés Bello.

ABSTRACT

A background for the advantage regulation for that who has been conceived or *commodum* doctrine –according to which that who has been conceived is regarded as born for everything that favors it– is discussed. Its subsequent realization in the aphorism *infans conceptus pro iam nato habetur* and its inclusion in XIX-century codes and, especially in the Chilean one, are also analyzed. From the above, the article presents an analysis of the bases for both the regulation and the aphorism; these bases have been essentially two: the parity thesis, of a Justinian Roman root and included in the Castilian law; and the fiction thesis of a pandectistic German origin and welcomed mainly by the BGB and by the Italian Civil Code of 1942. Finally, which tradition has been followed by the Chilean Civil Code to protect that who has been conceived is explored.

KEY WORDS: Conceived – Nasciturus – Parity – Fiction – BGB – Italian Civil Code of 1942 – Savigny – Andrés Bello.

---

\* Abogado, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes. Dirección Postal: Avenida San Carlos de Apoquindo 2.200, Las Condes, Santiago. Correo Electrónico: ihenriquez@uandes.cl

## I. INTRODUCCIÓN

En lo que sigue, estudiaremos los antecedentes de la regla de la ventaja para el concebido o doctrina del *commodum*, según la cual al concebido se le tiene en el Derecho por nacido para todo lo que le favorezca. De igual modo, estudiaremos su cristalización posterior en un aforismo: *infans conceptus pro iam nato habetur*; su recepción en las codificaciones decimonónicas, y en especial, en la chilena. A partir de ello, analizaremos las fundamentaciones que han recibido la regla y el aforismo, que han sido básicamente dos: la tesis de la paridad, de raíz romano justinianea y recepcionada en el derecho castellano, y la tesis de la ficción, de origen germano pandectístico, y recepcionada principalmente en el BGB y en el Código Civil italiano de 1942. Finalmente, intentaremos examinar en cuál tradición se inserta la protección del concebido en nuestro Código Civil.

Los autores nacionales coinciden en que los artículos 75 y 77 del Código Civil son expresiones del aforismo *infans conceptus pro iam nato habetur*, no siendo este punto problemático<sup>1</sup>; salvo en cuanto precisar que, en rigor, nuestro Código no contiene de manera expresa el aforismo, como sí sucede con otros (por ejemplo, la culpa grave se equipara al dolo, *ex art. 44*, o la buena fe se presume, *ex art. 707*). El aspecto verdaderamente problemático es la fundamentación de la regla: al concebido se le tiene por nacido porque se le equipara en su estatuto jurídico al ya nacido (tesis de la paridad), o porque para ciertos casos se finge que es una persona nacida aunque en realidad no lo sea (tesis de la ficción).

La cuestión no ha sido abordada en forma directa y expresa por nuestra doctrina. No obstante, autores extranjeros, aunque en forma vacilante, se inclinan por afirmar la raíz germana del Código de Bello en esta materia, basados, principalmente, en el texto del artículo 74 del Código Civil<sup>2</sup>. Las interpretaciones tradicionales que nuestra doctrina ha hecho de los artículos 74, 75 y 77 parecieran otorgarles la razón<sup>3</sup>. Así, por ejemplo, Claro Solar: “Pero si la existencia legal de la persona principia al nacer, anteriormente al nacimiento ha transcurrido un espacio de tiempo más o menos largo, durante el cual el niño vive aunque no con vida propia e independiente, sino íntimamente ligado a su madre, y la ley toma

<sup>1</sup> Véase, por todos, CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*<sup>2</sup> (1943, reimp. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), I, N° 415.

<sup>2</sup> CATALANO, Pierangelo, *Observaciones sobre la 'persona' del concebido a la luz del Derecho (de Juliano a Teixeira de Freitas)*, en *La persona en el sistema jurídico latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un código civil tipo en materia de personas* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995), p. 155; CASTÁN VÁSQUEZ, José María, *La recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justinianea sobre el comienzo de la existencia humana*, en *La persona en el sistema jurídico latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un código civil tipo en materia de personas*, citado, p. 180.

<sup>3</sup> V.gr. CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago, 1898), I., pp. 217-229; ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, *Curso de Derecho Civil*<sup>3</sup> (Santiago, Nascimento, 1962); PESCIO, Victorio, *Manual de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978), III, p.19; LYON, Alberto, *Teoría de la personalidad*, (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993), p. 40; DUCCI, Carlos, *Derecho Civil. Parte general*<sup>4</sup> (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), p. 112; VODANOVIC, Antonio, *Manual de Derecho Civil*<sup>4</sup> (Santiago, Lexis Nexis, 2003), pp. 199-203.

en cuenta esa existencia para garantizar su conservación y asegurar los derechos que han de corresponder a la criatura si llega realmente a tener una vida independiente. Antes del nacimiento la capacidad legal del niño es nula, pues no puede tener propiedad, ni créditos, ni deudas, no es una persona cuya representación sea necesaria o posible. Por una ficción, sin embargo, se le asimila al niño ya nacido para asegurarle la adquisición de los derechos que le corresponderán el día de su nacimiento y velar porque este nacimiento se efectúe”<sup>4</sup>.

Alessandri y Somarriva, en versión de Vodanovic, también sostienen que la protección del *nasciturus* es fruto de una mera ficción: “El legislador, por una ficción, considera existente a la criatura [que está en el vientre materno] en el momento en que es llamada a adquirir un derecho. Esta ficción se halla subordinada al hecho de que el nacimiento de esa criatura constituya un principio de existencia. Si esto no se produce, los derechos que le habrían correspondido pasan a otras personas. La ficción que nos ocupa 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”<sup>5</sup>.

No obstante, pensamos que un estudio acabado del contexto normativo en que fue redactado el Código chileno, de las fuentes utilizadas por Bello, de los problemas jurídicos que quiso resolver, llevan a concluir su adscripción a la tradición romano-castellana, y en consecuencia, a la tesis de la paridad, es decir, a la fundamentación basada en la paridad entre el concebido y el nacido.

Las consecuencias dogmáticas de una u otra fundamentación en el Derecho Civil chileno son diferentes, tanto en el ámbito patrimonial como extrapatrimonial.

a) En materia patrimonial. El artículo 77 pareciere, en principio, dar cabida suficiente a los problemas de índole patrimonial que pudieren suscitarse en relación a la persona del *nasciturus*, por lo cual, *prima facie* no habría diferencia en las consecuencias patrimoniales de seguirse una u otra tesis (la de la paridad o la de la ficción). Por lo pronto, en materia sucesoria y de guardas hay normas expresas (arts. 962 y 485); la responsabilidad civil ha sido subsumida en el art. 77 por vía jurisprudencial, aunque en tiempo reciente<sup>6</sup>; y no parece haber dificultad en reconducir a la estipulación a favor de otro las consecuencias jurídicas derivadas del derecho de seguros, específicamente del seguro de vida en que el beneficiario es un hijo póstumo.

Una única materia de índole patrimonial que no parece tan fácil de ser subsumida en el artículo 77, y que en derecho comparado tiene norma expresa, es la suspensión de la prescripción<sup>7</sup>. Aquí pudiere haber, entonces, una diferencia

<sup>4</sup> CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, 1931), pp. 221-222.

<sup>5</sup> ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel, *Curso de derecho civil* (Santiago, Nascimento, 1940), II, p. 21.

<sup>6</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 20.603, “Cortés León, Rossana y otros con I. Municipalidad de Rancagua”, 10 de marzo de 2004. Casación desierta. Lexis Nexis N° 30.157.

<sup>7</sup> Código Civil de Quebec, art. 2905 inc. 1°: “*La prescription ne court pas contre l'enfant à naître*”.

patrimonial derivada de seguirse la doctrina de la paridad o de la ficción.

b) En materia extrapatrimonial. Sin perjuicio de lo anterior, el aspecto que aparece más complejo es el de los derechos extrapatrimoniales del *nasciturus*, puesto que la norma del artículo 75 garantiza expresamente sólo la vida. Por consiguiente, si se adhiere a la teoría de la ficción, dicha norma, que habrá de considerarse excepcional, debería interpretarse restrictivamente, de manera tal que estarían excluidos de protección civil los otros derechos de la personalidad. Por el contrario, si se adhiere a la doctrina de la paridad, la norma habrá de considerarse como la expresión no patrimonial de la protección general del *nasciturus*.

En el tiempo actual, no puede sino tenerse en vista las consecuencias que las modernas biotecnologías reproductivas pueden provocar en el ámbito jurídico, y específicamente civil. En efecto, este tipo de tecnologías pueden generar una serie de situaciones en que se haga más patente la protección o desprotección civil de los derechos extrapatrimoniales del *nasciturus*. Conviene, entonces, pasar a revisar el origen de la regla y del aforismo.

## II. LA FORMACIÓN DE LA REGLA Y DEL AFORISMO

### 1. La formación de la regla

Los romanistas atribuyen al periodo clásico la creación de una regla por la cual al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le favorezca. Esta regla, de la ventaja o *commodum*, tiene fuerte asidero textual. Así, para d'Ors los textos que contienen la regla son: Gai. 1, 147; D.1, 5, 7; D. 1, 5, 26; D. 38, 16, 7; D. 50, 16, 231<sup>8</sup>. Para Pasquale Voci los textos que manifiestan este principio son: D. 1, 5, 7; D. 1, 5, 26; D. 5, 4, 3; D. 50, 2, 27 y D. 50, 16, 231<sup>9</sup>. Para Biondo Biondi la regla estaría contenida en D. 1, 5, 26<sup>10</sup>. La misma opinión sustenta Arangio-Ruiz<sup>11</sup>. Para Francesca Lamberti, los textos de Paulo D. 1, 5, 7; D. 5, 4, 3; D. 50, 16, 231 constituyen la base para las cláusulas generales de protección del concebido<sup>12</sup>.

Los autores nacionales adhieren a esta tesis, según la cual son textos clásicos los que contienen la regla en estudio. Así, Alejandro Guzmán cita los siguientes pasajes: Gai. 1, 147; D. 1, 5, 26; D. 1, 5, 7; D. 27, 1, 2, 6; D. 29, 2, 30, 1; D. 38, 16, 7; D. 50, 16, 153; D. 50, 16, 231<sup>13</sup>. María de los Ángeles Soza añade D. 1, 5, 5, 2-3; I. 1, 4 pr<sup>14</sup>. Francisco Samper da por descontada la presencia de la

<sup>8</sup> D'ORS, Alvaro, *Derecho privado romano*<sup>8</sup> (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991), p. 315 § 254.

<sup>9</sup> VOCI, Pasquale, *Istituzioni di diritto romano*<sup>5</sup> (Milano, Giuffrè, 1996), p. 70, n. 6.

<sup>10</sup> BIONDI, Biondo, *Istituzioni di diritto romano*<sup>4</sup> (Milano, Giuffrè, 1972), p. 113.

<sup>11</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano* (Buenos Aires, Depalma, 1973), p. 53.

<sup>12</sup> LAMBERTI, Francesca, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana* (Milano, Giuffrè, 2001), pp. 53-54.

<sup>13</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001), I, pp. 276-277 § 54 N° 4.

<sup>14</sup> SOZA, María de los Ángeles, *La vida humana incipiente en el Derecho Romano*, en *La Semana Jurídica* 72 (semana del 25 al 31 de marzo de 2002), doctrina.

regla en el derecho de los juristas, a propósito de la sucesión de los póstumos<sup>15</sup>.

Sin perjuicio de la importancia específica de cada uno de los textos citados, en nuestra opinión ameritan una atenta mirada los siguientes, puesto que resultan particularmente expresivos: Gai 1, 147; D. 1, 5, 7; D. 1, 5, 26.

Señala el primero (Gai 1, 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 si uiuis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. Hos etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit*” [“Puesto que en la mayoría de los casos los hijos póstumos son considerados como si hubieran nacido, también en este caso se admite darles tutores por testamento, si están en esa situación, siempre que en caso de nacer estando nosotros vivos, se coloquen bajo nuestra potestad. A ellos podemos instituirlos herederos, aunque no está permitido hacerlo con póstumos extraños”]<sup>16</sup>.

El texto de D. 1, 5, 7 refiere: “*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit*” [“El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviera entre las cosas humanas, siempre que se trata de las conveniencias de su propio parto, aunque, antes de nacer, en manera ninguna favorezca a un tercero”].

El tercer texto que reproducimos es D. 1, 5, 26: “*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur, et si praegnans mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit, postliminium habet, item patris vel matris conditionem sequitur. Praeterea si ancilla praegnans surrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emtorem pepererit, id quod natum erit, tamquam furtivum usu non capitur. His consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt, qui patronos habent*” [“Los que están en el útero, se reputa en casi todo el derecho civil que son como nacidos. Porque a estos se restituyen también las herencias legítimas, y si una mujer embarazada hubiere sido hecha prisionera por los enemigos, lo que hubiere nacido tiene el derecho de postliminio, y sigue también la condición del padre o de la madre. Además de esto, si una esclava embarazada hubiere sido hurtada, aunque hubiere parido en poder de un comprador de buena fe, lo que hubiere nacido, como cosa hurtada, no se usucapirá. A esto es consiguiente, que también el liberto, mientras pueda nacer un hijo del patrono,

<sup>15</sup> SAMPER, Francisco, *Derecho romano* (Santiago, Ediciones de la Pontífica Universidad Católica de Chile, 2003), p. 222.

<sup>16</sup> GAYO, *Instituciones jurídicas de Gayo*, (trad. cast. Francisco Samper, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000). Los destacados son nuestro. Gai 1, 147 pasó a Inst. 1, 13, 4: “Mas, como en otros muchos casos son considerados los póstumos como ya nacidos, plugo también en este que se pueda dar por testamento tutores no menos a los póstumos que a los ya nacidos, si no obstante se hallaren en situación tal, que si nacieran en vida de sus ascendientes, se harían herederos suyos y estarían bajo su potestad”. Versión GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, *Cuerpo del Derecho Civil Romano. A doble texto* (trad. cast., Jaime Molinas, Barcelona, 1889). Las sucesivas citas al *Corpus Iuris Civilis* corresponden a esta versión, salvo indicación en contrario.

sea de aquel derecho de que son los que tienen patrono”]<sup>17</sup>.

Durante la primera mitad del siglo XX fue bastante extendida la opinión sobre el origen bizantino, y no clásico, de la regla de la ventaja, a causa del influjo de un importante estudio de Emilio Albertario<sup>18</sup>. No obstante, dicha tesis parece hoy superada<sup>19</sup>.

La regla de la ventaja pasó del derecho romano clásico al bizantino<sup>20</sup>, y de éste al derecho común, tanto castellano como del resto de Europa<sup>21</sup>. En efecto, el derecho castellano es tributario directo de esta regla, que quedó plasmada explícitamente en la legislación de las Siete Partidas, y luego en los textos normativos derivados de ella<sup>22</sup>. En los juristas de transición del derecho común hacia la codificación, como Domat y Pothier, la regla mantiene su carácter de aplicabilidad general, y está considerada también en términos expresos a propósito de las liberalidades entre vivos o por causa de muerte y de las guardas<sup>23</sup>. Igual cosa ocurre con los comentaristas tempranos del *Code*, como Delvincourt y Rogron<sup>24</sup>.

Las codificaciones civiles de los siglos XVIII y XIX recogieron, en general, la doctrina de la ventaja, como lo muestran los arts. 29 del código de la Luisiana, art. 3 del código holandés, art. 21 del código austríaco, L. I c. III del código bávaro, art. 3 del código peruano<sup>25</sup>. La recepción del *commodum* en el Código Civil chileno será objeto de un apartado posterior.

Cabe hacer notar que, desde sus primeras formulaciones (Gai. 1, 147) la regla ha sido utilizada para resolver casos no previstos con antelación, e inclusive ha servido de fundamento para la creación de nuevos institutos jurídicos. Así, por ejemplo, en el texto gayano la tutela dativa de los póstumos se fundamenta en la regla; y en el *Corpus Iuris Canonici* (decretal *Cum inter* X, 4, 17, 2), nuevamente en base a la regla, se asenta el matrimonio putativo, en resguardo de la legitimidad de los hijos concebidos.

<sup>17</sup> El destacado es nuestro.

<sup>18</sup> ALBERTARIO, Emilio, *Conceptus pro iam nato habetur*, en *Bullet. Ist. Di Diritto Romano* 33 (1923).

<sup>19</sup> BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel, *El concebido en el Derecho Civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica*, en *Anuario de Derecho Civil* 54 (2001), p. 1154.

<sup>20</sup> C. 5, 27, 11, 4.

<sup>21</sup> COING, Helmut, *Derecho privado europeo* (1989, trad. cast. Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996), II, p. 359.

<sup>22</sup> *Partidas*, 4, 23, 3; *Partidas*, 4, 23, 4; *Partidas*, 4, 23, 5; *Partidas*, 7, 23, 8.

<sup>23</sup> DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, en *Ouvres Complètes de J. Domat*, nouvelle édition (Firmin Didot impresor, Paris, 1828), I, pp. 99-101; o bien DOMAT, Jean, *Las leyes civiles en su orden natural* (trad. cast. Felio Villarruelas y José Sardá, Barcelona, 1844), I, pp. 96-101; POTHIER, *Ouvres. Annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. Bugnet*<sup>2</sup>, VIII: Tratado de la sucesión (Paris, 1861), pp. 7-8.

<sup>24</sup> DELVINCOURT, *Cours de Code Civil* (Paris, 1824), p. 25; ROGRON, J.A., *Code Napoléon. Expliqué par ses motifs, par des exemples, et par la jurisprudence*<sup>2</sup> (Paris, 1843), pp. 11-12.

<sup>25</sup> Para la cita de este texto, como del resto de los códigos de este apartado, salvo el peruano, hemos usado *Concordancia entre el Código Civil Francés y los Códigos Civiles Extranjeros*<sup>2</sup> (1843, trad. cast. D. F. Verlanga Huerta y D.J. Muñiz Miranda, Madrid, 1847).

## 2. La formulación del aforismo

La doctrina de la ventaja ha quedado recogida en un aforismo que ha recibido diversas formulaciones, pero que básicamente responde a la siguiente: *infans conceptus pro iam nato habetur*. En general, la expresión del sujeto es lo que cambia en el aforismo: *qui un utero sunt, conceptus* o *nasciturus*. Así, por ejemplo, *conceptus pro iam nato habetur*<sup>26</sup>; *infans conceptus pro nato habetur quotiens de commodis eius agitur*<sup>27</sup>; *nasciturus pro iam nato habetur (quoties de commodo eius agitur)*<sup>28</sup>; muy similar, *nasciturus pro iam nato habetur, si de eius commodo agitur*<sup>29</sup>; abreviada *nasciturus pro iam nato habitur* (sic)<sup>30</sup>; *qui sunt in utero, pro iam natis habentur, quoties de eorum commodis et utilitate agitur*<sup>31</sup>.

El aforismo no está expresado en las reglas jurídicas del Digesto (50, 17), ni en las que contienen las Siete Partidas (7, 34), ni en el *Corpus Iuris Canonici*<sup>32</sup>. Tampoco en las *regulae iuris* de Bartolo<sup>33</sup>, en la *Glossa acursiana*<sup>34</sup>, ni en las *notae* de Godofredo a la *littera florentina*<sup>35</sup>. Aparece ya en las reglas jurídicas de las *Pandectae* de Pothier (1748)<sup>36</sup>, pero es muy probable que sea anterior. Hay antecedentes de que pudiese haber sido obra de comentaristas del *Corpus Iuris Canonici* durante el siglo XVI<sup>37</sup>. El uso de las expresiones *conceptus* o *nasciturus* hacen presumir que se trata de un aforismo de origen medieval<sup>38</sup>.

### III. LA FUNDAMENTACIÓN

A lo largo de la historia del derecho occidental, la regla de la ventaja o *commo-dum* ha tenido básicamente dos fundamentaciones. Una, más antigua y que arranca desde los juristas clásicos, es la que ha sido denominada “de la paridad”, inserta

<sup>26</sup> DOMINGO, Rafael; RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, Beatriz, *Reglas jurídicas y aforismo* (Pamplona, Aranzadi, 2000).

<sup>27</sup> GERNAERT, Lucio, *Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense*<sup>2</sup> (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000); CORNU, Gérard (dir.), *Vocabulario jurídico* (trad. cast. Jaime Restrepo y Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1995).

<sup>28</sup> GUTIÉRREZ-ALVIZ, Faustino, *Diccionario de derecho romano* (Madrid, Editorial Reus, 1995); la misma anterior en GARCÍA, Manuel, *Diccionario de jurisprudencia romana*<sup>3</sup> (2ª reimp., Madrid, Editorial Dykinson, 1993).

<sup>29</sup> DE-MAURI, L., *Regulae iuris* (Milano, Editore-Libraio della Real Casa, 1936).

<sup>30</sup> *Diccionario Espasa jurídico*<sup>9</sup> (Madrid, Espasa-Calpe, 2001).

<sup>31</sup> ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (Paris, 1891), s.v. hijo póstumo.

<sup>32</sup> Versión Friedberg (Lipsiae, 1881).

<sup>33</sup> *Commentaria in digesti novi partem* (Lugduni, 1552), II.

<sup>34</sup> *Corpus Iuris Civilis, Codicis Sacratissimi, Instituta, Accursii commentariis* (Lugduni, Sumptibus Claudij Landry, 1618).

<sup>35</sup> *Corpus iuris civilis cum glossis* (Paris, 1628).

<sup>36</sup> POTHIER, R.J., *Pandectae justinianeae, in novum ordinem digestae, cum legibus codicis, et novellis. Quae jus pandectarum confirmant, explicant aut abrogant* (Parisiis, 1818), L, sectio IV, 139 N° 1.

<sup>37</sup> Es la opinión de LEFEBVRE-TEILLARD, A., *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, en *Rev. hist. droit*, 72 (1994), pp. 504-505.

<sup>38</sup> Así, v.gr, la expresión *nascituris* se utiliza en la glosa de C. 6, 29 y *conceptus* en I. 1, 12, 9. *Corpus Iuris Civilis, Codicis Sacratissimi, Instituta, Accursii commentariis*, cit. (n. 34).

en la tradición romano-justiniana y castellana. Otra, más reciente, datada en el siglo XIX, que llamamos “de la ficción”, y está inserta en la tradición germana.

La primera, establece que la regla de la ventaja del concebido, se basa en una equiparación entre el nacido y el no nacido. Por consiguiente, su existencia se tiene por cierta, y se le reputa nacido para todo lo que le favorezca. La segunda, parte de la base de que el *nasciturus* no es un ser humano, no tiene existencia propia, es tan sólo una víscera o porción de la madre; pero se finge que existe para solucionar un elenco acotado de problemas prácticos, básicamente de tipo hereditario. En rigor, entonces, la doctrina de la ficción restringe la regla de la ventaja, puesto que ya al concebido no se le tiene por nacido para “todo” lo que le favorezca, sino que sólo para algunos casos específicos.

La doctrina de la paridad ha sido sostenida por romanistas contemporáneos como Pierangelo Catalano<sup>39</sup>, María Salazar Revuelta<sup>40</sup>, y Juan Manuel Blanch<sup>41</sup>, entre otros, y tiene antecedentes en los juristas clásicos. La doctrina de la ficción tiene su exponente mayor en Savigny<sup>42</sup>, y, al parecer, tendría antecedentes en Baldo<sup>43</sup>.

La principal consecuencia de una u otra fundamentación es el carácter general o excepcional de la equiparación entre el no nacido y el nacido. Para la doctrina de la paridad, la equiparación es general, siempre y cuando se trate del bien del *nasciturus*. Para la doctrina de la ficción, en cambio, la equiparación es excepcional. La técnica legislativa que se deriva de ellas es, por consiguiente, también diversa. Para la doctrina de la paridad, la equiparación no requiere texto expreso, puesto que constituye un principio general. Para la doctrina de la ficción, a la inversa, la equiparación habrá de requerir norma legal expresa. Entre los civilistas la cuestión ha sido tocada por Roberto Andorno<sup>44</sup> y José María Castán Vázquez<sup>45</sup>.

#### IV. LA REGLA DE LA VENTAJA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

##### 1. *Los antecedentes*

A nuestro juicio, existen argumentos importantes para afirmar que la regla de la ventaja o *commodum* está recogida en nuestro Código Civil. Para el desarrollo

<sup>39</sup> CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone* (Torino, Giappichelli Editore, 1990), I, pp. 185, esp. 202-203.

<sup>40</sup> SALAZAR, María, *Algunas consideraciones sobre la doctrina del nasciturus en la tradición romanística y en la codificación*, en HERRERA, Ramón; SALAZAR, María (eds.), *Problemática del derecho romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio* (Jaén, Universidad de Jaén, 1999), pp. 291-293.

<sup>41</sup> BLANCH, Juan Manuel, cit. (n. 19), p. 1163.

<sup>42</sup> SAVIGNY, *Traité de Droit Romain* (trad. cast. Ch. Guenoux, Paris, 1841), II, p. 3.

<sup>43</sup> “*ille vero qui est in utero non est homo sed effici speratur*” *In VI codicis librum commentaria* (Venise, 1616), cit. por LEFEBVRE-TEILLARD, A., cit. (n. 37), pp. 504-505, n. 63.

<sup>44</sup> ANDORNO, Roberto, *La distinction juridique entre les personnes et les choses. À l'épreuve des procréations artificielles* (Paris, 1996), pp. 138-142.

<sup>45</sup> CASTÁN VÁSQUEZ, José María, *Las recepciones en las codificaciones americanas de la tradición romana justiniana sobre el comienzo de la existencia humana*, en *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*, citado, pp. 167-184; EL MISMO, *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana. Del derecho justiniano a los códigos civiles*. Lección inaugural del curso académico 1994-1995, Universidad San Pablo Ceu (Madrid, 1994), pp. 6-7.

de tales argumentos, revisaremos la codificación comparada a la época de dictación del Código, el derecho vigente a la sazón y la doctrina castellana difundida.

a) La codificación comparada. Durante la época de elaboración del Código Civil chileno, es claro que el tratamiento jurídico del concebido estaba inserto en la tradición romano-justiniana, esto es, basado en la doctrina de la ventaja fundamentada en la paridad. Así, el artículo 29 del Código de la Luisiana: “Los hijos que están aun en el vientre de su madre, se considerarán como ya nacidos en todo lo concerniente a ellos; así pues, se les conservarán las herencias que pudieren sobrevenirles, les pertenecerán estas, y se les nombrarán curadores que guarden sus bienes”.

El art. 3 del Código Civil holandés: “El hijo concebido goza de los mismos derechos; y se le considera como nacido siempre que se trate de sus intereses. El hijo que nazca muerto, será considerado como si nunca hubiese existido”.

El § 21 del ABGB: “Están especialmente bajo la protección de las leyes: ...8º Los hijos concebidos, a menos que nazcan muertos”.

El Código Civil bávaro: “Del estado civil y natural. Libro I C. III. “Los hijos concebidos se reputarán como nacidos, si así conviene a su interés y si nacen después vivos. No se presumirá que el niño deba vivir sino cuando la madre hubiese parido en tiempo”.

El art. 3 del Código Civil peruano: “Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece”.

En estos textos, la regla por la cual el concebido se tiene por nacido para todo lo que le favorezca, coexiste y se complementa con la norma que señala que el hijo que nace muerto se reputará no haber existido jamás. Ésta no es contradictoria con la regla de la ventaja, sino que es el complemento necesario, así se desprende especialmente de los códigos luisiano y holandés<sup>46</sup>.

Los códigos de la época, además, señalaban como requisito para suceder el hecho de estar concebido. Así, los códigos francés<sup>47</sup>, prusiano<sup>48</sup>, austriaco<sup>49</sup>, de las Dos Sicilias<sup>50</sup>; de la Luisiana<sup>51</sup>. De igual modo, es rasgo común en la codifi-

<sup>46</sup> La complementariedad de la regla que tiene por nacido al concebido para todo lo que le favorezca y aquella que le tiene por jamás existido en caso de nacer muerto tiene antecedentes en textos de Paulus: “Lo que decimos, que el que se espera que nazca es tenido por sobreviviente, es verdad siempre y cuando se trata de derecho del mismo; mas no aprovecha a otros, sino habiendo nacido” (D. 50, 16, 231); “los que nacen ‘muertos’ no son considerados nacidos, ni procreados, porque nunca pudieron ser llamados hijos” (50, 16, 129). Esta misma complementariedad se aprecia con mucha claridad en Pothier. POTHIER, *Oeuvres*, cit. (n. 23), pp. 7-8.

<sup>47</sup> Art. 725 *Code*: “Para heredar es menester existir necesariamente en el instante en que se verifica la herencia. Por consiguiente, son incapaces de heredar: 1º El que no está aun concebido; 2º La criatura que no nació en estado de vivir; 3º El que murió civilmente”.

<sup>48</sup> De las Herencias. Del modo de verificarse y de las cualidades que se requieren para heredar. Tít. I, Parte I, 10 y 12. “Para heredar es necesario estar concebido”.

<sup>49</sup> De las cualidades que se requieren para heredar. “22. Para heredar es necesario existir al tiempo de verificarse la herencia. Así el hijo que no estuviere concebido o que no hubiere nacido con vida, no puede heredar”.

<sup>50</sup> Id. al *Code*.

<sup>51</sup> Art. 29.

cación comparada el nombramiento de curador de bienes y la conservación de las herencias al *nasciturus*.

Por las notas de Andrés Bello a los proyectos del Código Civil sabemos que tuvo a la vista todos estos códigos<sup>52</sup>. Llama la atención la similitud material de las normas objeto de estudio con el Código de la Luisiana, puesto que el Código Civil chileno contempla los resguardos que explicita el luisiano respecto del *nasciturus*: se le conservan las herencias y se le nombra curador de bienes, que como se indicó era el tratamiento característico de la época. Además, y en esto entronca con el holandés, expresa la regla por la cual al nacido muerto se le reputa no haber existido. Como se indicó, tanto el código luisiano como el holandés recogen no sólo la doctrina de la ventaja, sino expresamente el aforismo *infans conceptus pro iam nato habetur*. Según Robustiano Vera –comentarista temprano del Código Civil– el código luisiano es fuente del art. 74 del Código Civil chileno<sup>53</sup>. A su vez, el código luisiano tuvo como fuentes importantes los tratados de Domat y Pothier, las Siete Partidas, los comentarios de Febrero y otras fuentes españolas, lo que reafirma la hipótesis de la continuidad doctrinaria en esta materia<sup>54</sup>.

b) El derecho vigente. En el derecho vigente a la época de elaboración del Código Civil, la discusión dogmática en esta materia decía relación con la determinación de las siguientes categorías: nacimiento natural y nacimiento abortivo. La primera, aludía a un nacimiento dentro de tiempo naturalmente posible, tanto por su duración en sí, cuanto por la posibilidad física de acceso del esposo a la madre del niño. La segunda calificaba la ausencia de alguno de los dos elementos anteriores. Es decir, un nacimiento era abortivo cuando se producía extemporáneamente por prematuro; o bien, se equiparaba a abortivo cuando se excedía del plazo en que pudo haber acceso la mujer. Si el nacimiento era natural, el hijo heredaba; a diferencia del hijo de nacimiento abortivo. En ese entendido, eran cuatro los requisitos copulativos para ser tenido como hijo nacido en parto natural: nacer todo vivo, tener figura humana, vivir un periodo y ser bautizado.

El texto normativo directamente pertinente era la Nov. Rec. (lib. 10, tít. 5, ley 2), que reproducía el texto de la ley 13 de Toro (ley 2, tít. 8, lib. 5 R.)<sup>55</sup>, cuyo título era: “De los hijos abortivos, quiénes se digan tales para no suceder a sus padres”<sup>56</sup>. Según las notas al art. 76 del proyecto de 1853 (actual 74), ésta fue la

<sup>52</sup> En las advertencias que Bello escribió sobre sus notas a los Proyectos de Código Civil, se lee la mención a los códigos de Austria, Francia, Luisiana, Dos Sicilias, Prusia, Cerdeña, Holanda. BELLO, Andrés, *Obras completas* (Santiago de Chile, 1888), XII, nota al pie del inicio del Título Preliminar del Proyecto de 1853. En nota al artículo 76 cita el código Bávaro y el de Perú. El Proyecto de García Goyena fue utilizado para los arts. 1317, 1335, 1337, 1338, entre muchos otros. En efecto, en el Libro IV del Código Civil son variadas las referencias al Proyecto de García Goyena (arts. 1516, 1543, 1544, 1629, 1656, etc). Vid., además, LÓPEZ, Vitalicio, *Razón i fuente de la lei o concordancia del Código Civil con el proyecto de que se formó* (Santiago, 1858), p. VIII.

<sup>53</sup> VERA, Robustiano, *Código Civil de la República de Chile. Comentado i explicado* (Santiago, 1892), I, p. 60.

<sup>54</sup> LITVINOFF, Saúl, *Codificación en Luisiana*, en VV.AA. *La codificación: raíces y prospectiva. La codificación en América* (Buenos Aires, 2004), p. 133.

<sup>55</sup> En ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Comentarios a las Leyes de Toro*<sup>3</sup> (Madrid, 1826), p. 117.

<sup>56</sup> El comentario de Álvarez Posadilla a este texto clarifica su sentido: “En esta ley se trata de

situación que Bello quiso reformar. Es decir, la regla de ese artículo es una regla técnica para zanjar el problema de la sucesión de los hijos abortivos.

c) La doctrina castellana. En cuanto a la doctrina castellana difundida en Chile<sup>57</sup>, al tratar sobre el estado de las personas, distinguía aquellas nacidas de aquellas por nacer, o concebidas en el vientre de sus madres. Lo muestra un texto de especial difusión e influencia, la *Ilustración del Derecho español*, de Juan Sala. Se lee allí que según el natural estado de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer o concebidos en el vientre de sus madres, y que a éstos se les tiene por nacidos para todo aquello que les favorezca, sin perjuicio de que en el evento de no llegar a nacer, o de no cumplir el resto de los requisitos para tener por válido el nacimiento, se les repunte no haber existido jamás.<sup>58</sup>

Otro texto doctrinario de mucha importancia, tenido a la vista por Bello, fue la *Librería de escribanos, é instrucción jurídica theorico práctica de principiantes*, de Febrero, en la versión refundida de Tapia. En él se alude al *nasciturus* a propósito de la división de las personas y de la institución de heredero, aplicando el aforismo *conceptus pro iam nato habetur*<sup>59</sup>. Joaquín Escriche, en su *Diccionario Jurídico* mantiene la división de las personas entre nacidas o existentes en el vientre de la madre y a propósito de los póstumos dice que se consideran nacidos para los efectos del derecho, siempre que se trate de su bien<sup>60</sup>.

Se ve, pues, que en el contexto doctrinario el concebido tiene existencia jurí-

los requisitos que deben concurrir en los hijos recién nacidos para que se digan partos legítimos y naturales, y no abortivos, y por consiguiente hereden ó no á sus padres, porque el hijo póstumo es heredero de su padre, aunque el padre haya instituido á otros herederos, ignorando ó sabiendo el embarazo de su muger, pues nacido que sea rompe el testamento del padre; pero como sucede muchas veces que los recién nacidos mueren á poco tiempo de nacer, y se esciten dudas sobre si son naturalmente nacidos ó abortivos, en cuyo caso no heredarían, esta ley XIII de Toro, para quitar las dudas quiso prescribir los requisitos que debían de concurrir en el póstumo que recién nacido muere, para que se le tenga no por abortivo, sino por parto natural y legítimo cuanto á los efectos civiles". *Ibíd.*, p. 118. El destacado es nuestro.

<sup>57</sup> Entre los autores modernos influyeron en Bello, Sala, Tapia, García Goyena y Escriche, todos los cuales hemos considerado. Cfr. GUZMÁN, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), p. 370.

<sup>58</sup> "1. Estado de los hombres no es otra cosa que *condición ó manera, en que los omes viven ó están*, l.4 tít. 23 P. 4. Esta condición viene, ó de la misma naturaleza, ó de la voluntad de los hombres, y por eso el estado de los hombres se divide en natural y civil. 2. Según el natural estado de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer ó concebidos en el vientre de sus madres. Estos, cuando se trata de su bien ó comodidad, se consideran nacidos, l.3, tít. 23, P. 4 con tal que despues nazcan vivos; pues si nacieren muertos se reputan no nacidos, l.8. tít. 33 P.7. Y es menester advertir, que para tenerse por nacido vivo, en cuanto á los efectos del derecho, requiere la ley 2 tít. 5 lib. 10 de la Nov. Recop. que nazca todo vivo, y haya vivido 24 horas, y sido bautizado, y ademas nacido en tiempo que pueda naturalmente vivir (...)". SALA, Juan, *Sala hispano-chileno, ó ilustración del derecho español* (Paris, 1845), I, p. 20. Este libro fue editado como texto de estudio para "los que siguen la carrera de las Leyes en las escuelas de la república chilena" (p. IX).

<sup>59</sup> FEBRERO, José, *Librería de jueces, abogados y escribanos*, refundida por Eugenio Tapia (*Febrero novísimo*), (Valencia, 1828), pp. 1-2, 343-344.

<sup>60</sup> ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (Paris, 1891).

dica, en base, nuevamente, al aforismo *conceptus pro iam nato habetur*, entendida como regla de paridad. Esto es prácticamente obvio, puesto que estaba vigente la Partida IV, que contenía la doctrina romana clásica.

## 2. *El proceso de elaboración del Código*

La regulación del *nasciturus* en los trabajos preparatorios del Código Civil, las notas a los Proyectos de Código y los autores tenidos a la vista por Bello, dan cuenta de la recepción de la regla de la ventaja en la línea doctrinal romano-castellana, según veremos a continuación.

a) El *nasciturus* en los trabajos preparatorios del Código<sup>61</sup>. El proyecto de 1841-1845 contenía una norma que exigía capacidad natural y civil para suceder y afirmaba la capacidad sucesoria del *nasciturus* (art. 8), cumpliendo el requisito de sobrevivir al nacimiento veinticuatro horas a lo menos<sup>62</sup>. De igual modo, el libro de los contratos y obligaciones convencionales contenía una norma muy similar a propósito de la capacidad para recibir donaciones<sup>63</sup>. El proyecto de 1846-1847 mantiene el mismo texto y numeración del anterior artículo 8 relativo a la capacidad para suceder, añadiéndole un inciso que considera válidas las asignaciones testamentarias a favor de personas que no existen pero se espera que existan<sup>64</sup>. En cuanto a la capacidad para recibir donaciones, el texto tampoco sufrió mayores modificaciones<sup>65</sup>. De estos proyectos se colige que para Andrés Bello el concebido tenía existencia natural y civil y era distinto de las personas futuras que se espera que existan<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> Hemos usado la versión de BELLO, Andrés, *Obras Completas* (Santiago, 1887), XI, XII y XIII.

<sup>62</sup> “Es incapaz de suceder en una herencia o legado la persona que no exista natural i civilmente en el momento de deferirse dicha herencia o legado./ Pero si sucede por derecho de transmisión, con arreglo al artículo 5 de este título, bastará existir en el momento de deferirse la sucesión de la persona que transmite./ Se entiende existir aun el que solo está concebido, con tal que sobreviva a su nacimiento veinticuatro horas a lo menos./ I no se reputará haber existido en el momento de deferirse una herencia o legado el que naciere mas de trescientos dias despues de dicho momento”.

<sup>63</sup> Tít. XX de las donaciones entre vivos. Art. 3: “Es incapaz de recibir entre vivos la persona que no existe natural o civilmente en el momento de la donación./ Se entiende existir aun el que solo está concebido con tal que sobreviva a su nacimiento veinte i cuatro horas a lo ménos./ I no se reputará haber existido en el momento de la donacion el que naciere mas de trescientos dias despues de dicho momento./ Lo dicho se entiende sin perjuicio de las donaciones indirectas a personas que no existen, pero se espera que existan”.

<sup>64</sup> El texto del inciso adicionado es: “Las asignaciones testamentarias a favor de personas que no existen, pero se espera que existan, valdrán i se sujetarán a las reglas de las asignaciones fiduciarias o indirectas”.

<sup>65</sup> Cambió la numeración, puesto que pasó a ser art. 209, ahora en el tít. XXI. En el inciso final se añadió la expresión “o eventuales” luego de “indirectas”.

<sup>66</sup> La existencia civil del *nasciturus* era incontrovertida, a tal punto que no tuvo asomo alguno en la célebre discusión sostenida por Bello y Güemes en las páginas de “El Araucano”, a propósito del proyecto del libro sobre sucesión por causa de muerte, uno de cuyos temas centrales fue precisamente la capacidad para suceder. Puede verse en COOD, Enrique, *Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile* (Santiago, 1883), I, pp. 177-230. No obstante, la confusión entre concebido y persona futura ha estado presente en nuestra doctrina

En el proyecto de 1853 aparece por primera vez un Libro I “De las personas”, con un tít. II “Del principio i fin de la existencia de las personas”, cuyos artículos 76 y 79 contienen la base de los definitivos artículos 74 y 77. El proyecto Inédito reitera los artículos 76 y 79 del proyecto de 1853, omitiendo las notas a pie de página, cuyo estudio trataremos en el apartado siguiente.

b) Las notas de Bello en los proyectos de Código. El art. 8 del proyecto de 1841-1845 tiene unas llamadas a pie de página, signadas (h) e (i), que corresponden a las que figuran en el manuscrito inédito del llamado Primer Proyecto<sup>67</sup>, y en lo substancial son muy similares a las notas del art 76 del proyecto de 1853, a partir de lo cual es fácil colegir la relación entre estos artículos. Esta hipótesis se refuerza por la comparación con los comentarios de Bello en *Los 50 artículos del Código Civil explicados por su autor*<sup>68</sup>.

La cita que se repite en los textos del Primer Proyecto y el de 1841-1845 es: LLÁMAS, *comment. a la lei 13 de Toro* N° 9. La cita de Sancho Llámás y Molina corresponde al *Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres leyes de Toro*. En los números 9 a 15 del comentario a la ley XIII, Sancho Llámás explica en detalle cuándo y por qué un parto habrá de considerarse abortivo, y en consecuencia, el hijo no será heredero<sup>69</sup>. El contenido de la cita de Llámás clarifica el sentido de la regla que quiso Bello establecer: disipar dudas respecto de cuándo un hijo hereda a su padre, o si se quiere, en categorías de la época, cuándo un parto es natural o abortivo. Esta hipótesis se refuerza por otra nota al artículo 76 del proyecto de 1853, que señala que se modifica la ley 2, t. 5°, lib. 10 de la Nov. Recop., la que establecía una regla para determinar cuándo los hijos eran o no abortivos<sup>70</sup>. Del comentario que Bello transcribe al pie de este artículo queda de manifiesto su intención: 1) establecer una regla de certeza para estos casos, 2) disminuir los

más autorizada. Así, Claro Solar: “Se entienden existir naturalmente y ser, por lo mismo, capaces de suceder las personas naturales, aun no nacidas, que se hallaban concebidas en el momento de abrirse la sucesión a que son llamadas. Ellas se encuentran comprendidas entre aquellos que se espera que existan (...)”. CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979), VII, p. 64, N° 71; en el mismo sentido DUCCI, Carlos, *Derecho Civil. Parte general*<sup>3</sup> (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988), pp. 98-99.

<sup>67</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro; DE ÁVILA MARTEL, Alamiro; DÁVILA, Oscar; MELO, Luis, *El “Proyecto no completo de un Código Civil para Chile escrito por el señor D. Mariano Egaña”* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978), pp. 19-20.

<sup>68</sup> BELLO, Andrés, *Los 50 artículos del Código Civil explicados por su autor* (Valparaíso, 1878).

<sup>69</sup> LLÁMAS Y MOLINA, Sancho, *Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres leyes de Toro* (Madrid, 1852), p. 127.

<sup>70</sup> “Por evitar muchas dudas, que suelen ocurrir acerca de los hijos que mueren recién nacidos, sobre si son naturalmente nacidos, ó son abortivos: ordenamos y mandamos, que el tal hijo se diga naturalmente es nacido, y que no es abortivo, cuando nació vivo todo, y que á lo menos despues de nacido vivió veinte i cuatro horas naturales, y fue bautizado antes que muriese: y si de otra manera nacido, murió dentro del dicho término, ó no fue bautizado, mandamos que el tal hijo sea habido por abortivo, y que no pueda heredar á sus padres, ni á sus madres, ni á sus ascendientes. Pero si por la ausencia del marido, ó por el tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente, mandamos que aunque concurran en el dicho hijo las calidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legítimo” (Nov. R. 10.5.2).

requisitos en pro de la igualdad<sup>71</sup>.

Las notas de Bello permiten también acercarnos a las fuentes romanas. En el proyecto de 1853 los artículos 76 y 79 tienen como notas referencias al Digesto justinianeo. Respecto del artículo 76: “L. 123<sup>72</sup>. De verb. signif.- L.3, C. De port (sic) -humis her”; respecto del artículo 79: “L. 26, De statu hom.-L. 3, Si pars hered.- L. 7, de rebus dub.- L. 36 de solution<sup>73</sup>”. La primera cita del artículo 79 (L. 26, De statu hom.) corresponde a D. 1.5.26.69 (Juliano) y es uno de los textos que configuraron la regla *conceptus pro iam nato habetur*<sup>74</sup>. El resto de las citas de ambos artículos corresponden a reglas sucesorias relativas a los póstumos. Una vez más, entonces, se ve la concatenación de ambos artículos, y se refuerza la hipótesis de que la regla del actual art. 74 (76 del proyecto de 1853) es una regla para zanjar las disputas sobre los hijos abortivos, como lo es el actual 77 (79 del proyecto) respecto de los póstumos, a quienes se les tiene por nacidos para todo lo que les favorezca.

Las notas al art. 77 del proyecto de 1853 (actual 75) son: “L. 3, t. 23, p. 4<sup>a</sup>.- L. 11, t. 31, p. 7<sup>a</sup>”. El texto de la primera nota, corresponde a la Partida 4, 23 (Del estado de los omes), que distinguía entre personas nacidas y personas por nacer. La Ley 3, titulada “*En que estado, e de que condicio es la criatura, mientras que sea en el vientre de su madre*”, contiene en forma clara la regla de la ventaja<sup>75</sup>, al disponer: “*Demientras que estouiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga,*

<sup>71</sup> “La condición de vivir veinte i cuatro horas despues 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 despues de la separacion? La misma duda se presentará para decidir si estaba vivo o no en el momento de cumplir las veinte i cuatro horas: añádase la dificultad de medir con absoluta precision este espacio de tiempo./ El nacer todo vivo i tener figura humana, son condiciones que darian lugar a dudas i cavilaciones. La de ser bautizado fomentaría la práctica anti-canónica del bautismo administrado sin necesidad por personas incompetentes. (Donoso, Inst. Can. Lib. 3, cap. 2, n. 39). Agréguese que según la Constitucion no parece necesario el bautismo para el goce de los derechos civiles. Un turco puede residir entre nosotros, comprar i vender, testar, heredar i ser heredado, i naturalizarse tambien. La Constitucion no le prohíbe ninguna de estas cosas”. Nota al art. 76 del Proyecto de 1853, en BELLO, Andrés, cit. (n. 61), XII.

<sup>72</sup> Para Borja esta cita se trataría de una errata, debiendo ser el texto correcto 129. BORJA, Luis, *Estudios sobre el Código Civil Chileno* (Paris, 1901), II, p. 188. Rauveau da por descontado que la cita es 129, RAUVEAU, Rafael, *Las raíces románicas del Código Civil* (Santiago, Editorial Universitaria, 1949), p.17.

<sup>73</sup> Hemos transcrito las notas de Bello. Tales citas corresponden a los siguientes textos justinianeos: D. 50, 30, 17; C. 6, 29, 3 pr.; D. 1, 5, 26; D. 5, 4, 3; D. 34, 5, 7; D. 46, 3, 36.

<sup>74</sup> “Los que están en el útero, se reputa en casi todo el derecho civil que son como nacidos. Porque a estos se restituyen también las herencias legítimas, y si una mujer embarazada hubiere sido hecha prisionera por los enemigos, lo que hubiere nacido tiene el derecho de postliminio, y sigue también la condición del padre o de la madre. Además de esto, si una esclava embarazada hubiere sido hurtada, aunque hubiere parido en poder de un comprador de buena fe, lo que hubiere nacido, como cosa hurtada, no se usucapirá. A esto es consiguiente, que también el liberto, mientras pueda nacer un hijo del patrono, sea de aquel derecho de que son los que tienen patrono” (D.1, 5, 26, 69).

<sup>75</sup> La recepción de esta regla en nuestro actual art. 75 del Código Civil fue notada por Solange Doyharçabal, en su artículo *Comentario al artículo 75 del Código Civil*, en VV.AA., *La vida ante el Derecho. VI Jornadas Chilenas de Derecho Natural* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996), p. 208.

*o se diga, a pro della, aprouechase ende, bien assi como si fuesse nascida; mas lo que fuesse dicho, o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, non le empesce (...)*<sup>76</sup>.

La segunda nota del artículo 77 del proyecto de 1853 corresponde a la Partida 7, 31, 11, que, a propósito de la ejecución de las penas, señala que si una mujer embarazada es condenada a muerte, no se le debe ejecutar sino hasta que dé a luz, puesto que si el hijo que es nacido no debe recibir penas por el yerro de su padre, “mucho menos la meresce el que esta en el vientre, por el yerro de su madre”<sup>77</sup>.

c) Los autores tenidos a la vista por Bello. Salvo a Sancho Llámas, Andrés Bello no mencionó expresamente otras fuentes doctrinales para estos artículos. Sin embargo, él mismo identificó a Pothier, Delvincourt, Rogron y Savigny como autores tenidos a la vista para la generalidad del Código<sup>78</sup>. Los tres primeros, al tratar sobre el *nasciturus*, sea respecto de la capacidad sucesoria, sea respecto del nombramiento de curador, elaboran su doctrina en atención a la máxima *infans conceptus pro iam nato habetur*<sup>79</sup>, en el sentido de regla de paridad a la usanza de los juristas clásicos. Igual cosa puede observarse en Merlin, también considerado en general por Bello<sup>80</sup>. Luis de Molina, autor de la segunda escolástica o escolástica española, utilizado por Bello respecto de la sucesión por causa de muerte, alude a los póstumos en *De iustitia et jure*, en la *disputatio* 175 (*De praeteritione et exhaereditatione tam descendendum, quam ascendentium*), a propósito de la preterición testamentaria, afirmando que ésta torna nulo el testamento<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> *Las Siete Partidas*, en *Los Códigos Españoles. Concordados y anotados* (Madrid, 1872), III.

<sup>77</sup> *Las Siete Partidas*, versión con la glosa de Gregorio López (Barcelona, 1844).

<sup>78</sup> “Se cita frecuentemente a Delvincourt, *Cours du droit Civil* (Paris 1824), el *Código Civil francés con el comentario de Rogron* (Paris 1834); los *varios tratados de Pothier; Savigny, Droit Romain, etc.*”. En BELLO, Andrés, cit. (n. 61), XII, nota al pie del inicio del Título Preliminar del Proyecto de 1853.

<sup>79</sup> Señala Pothier, con motivo de la existencia necesaria para suceder: “*Il faut décider autrement à l’égard des posthumes. L’enfant ou autre parent du défunt qui n’était pas encore né, à la vérité, lors de la mort du défunt qui a donné ouverture à sa succession, mais qui était au moins conçu, succède au défunt lorsqu’il naît, comme s’il fut déjà né lors de l’ouverture de la succession, suivant cette règle de droit, qui in utero est, pro iam nato habetur quoties de ejus commodum agitur. Le temps de sa naissance a, en ce cas, un effet rétroactif au temps de sa conception.*”. POTHIER, *Oeuvres*, cit. (n. 23), p. 7. En Delvincourt subyace el mismo sistema: “*L’héritier étant, comme nous l’avons vu, saisi du moment de la mort, il s’ensuit que c’est cette époque seule qu’il faut considérer pour déterminer sa capacité; et comme le néant ne peut avoir aucun droit, il est évident que la première qualité requise pour succéder, est l’existence au moment de l’ouverture de la succession. L’enfant conçu étant regardé comme existant toute les fois qu’il s’agit de ses intérêts, succède, pourvu toutefois qu’il naisse viable*”. DELVINCOURT, cit. (n. 24), p. 25. Rogron, comentando el art. 725 del *Code* se remite también a la regla *qui in utero est*: “*=Exister. Puisque c’est au moment même du décès d’une personne que l’héritier est saisi, il faut nécessairement qu’il existe à cette époque. Pas encore conçu. Ainsi, l’enfant conçu au moment de l’ouverture de la succession est capable de succéder. Conséquence de ce principe, qu’il est réputé né lorsqu’il s’agit de ses intérêts*”. ROGRON, J. A., cit. (n. 24), p. 460.

<sup>80</sup> MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (Paris, 1827), VI, s.v. “*enfant*”, § 1, t. XII; s.v. “*posthume*”.

<sup>81</sup> MOLINA, Luis de, *De iustitia et iure* (Moguntiae, Excudebat Nicolaus Heyll Sumptibus Haredum Joannis Godefridi Schonuvenderi, 1659), II, d. 175, 30.

Como se ve, a través del estudio de las fuentes, normativas y doctrinarias, de los arts. 74, 75 y 77, se puede apreciar una línea de continuidad entre el Código promulgado y el derecho romano-castellano; y en especial, respecto de la regla de la ventaja, la que, por consiguiente, debe entenderse recepcionada en nuestro Código Civil.

#### V. EL AFORISMO EN EL CÓDIGO CIVIL

El aforismo no está contenido de modo explícito en el Código Civil chileno, como sí lo está en otros<sup>82</sup>. No obstante, su recepción sea en el artículo 75 o en el artículo 77 está suficientemente asentada en la doctrina nacional, no siendo este un punto problemático. Se trata, pues, de una línea doctrinaria que arranca tempranamente y perdura hasta hoy.

Así, Claro Solar, comentando el art. 75 señala que la legislación romana formuló el principio de que el que ha de nacer se considera nacido para todo lo que le favorece; “principio que los autores modernos expresan diciendo: ‘*nasciturus pro jam nato habetur si de ejus comodo agitur*’”<sup>83</sup>.

Barros Errázuriz, comentando el art. 77, expresa similar opinión: “este principio, admitido ya en el derecho antiguo, se contenía en el siguiente aforismo ‘*infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*’, es decir, que el que ha de nacer se considera nacido para todo lo que le favorece”<sup>84</sup>.

Alessandri y Somarriva, en la versión de Vodanovic, mantienen la doctrina, cuando refieren que: “La reserva de los derechos en beneficio del ser humano simplemente concebido es una política legislativa que viene desde el Derecho Romano, que formuló el principio de que el que está por nacer se considera nacido para todo lo que le favorece (*Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*)”<sup>85</sup>.

Victorio Pescio, en relación al art. 77, notaba igual cosa, puesto que: “el principio establecido en el art. 77 tiene su origen en el Derecho Romano: según los autores, se formulaba con la máxima ‘*Nasciturus pro jam nato habetur si de ejus comodo agitur*’. El concebido se reputa nacido para todo lo que le favorece”<sup>86</sup>.

Más recientemente, el mismo Vodanovic ha señalado que nuestro ordenamiento jurídico protege tanto la vida como los derechos que le corresponderían al *nasciturus* si naciese vivo, puesto que “desde el Derecho Romano reina el principio de que el que ha de nacer se considera nacido para todo lo que le favorece”<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> V. gr. C.C. español, art. 29; C.C. peruano, art. 1; C.C. venezolano, art. 17; C.C. boliviano, art. 1, C.C. panameño (1917), art. 41, etc.

<sup>83</sup> CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 1), N° 415.

<sup>84</sup> BARROS, Alfredo, *Curso de derecho civil. Primer año* (Santiago, Nascimento, 1930), p. 173, N° 147.

<sup>85</sup> VODANOVIC, Antonio, *Curso de derecho civil, basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga* (Santiago, Nascimento, 1945), I, p. 769.

<sup>86</sup> PESCIO, Victorio, *Manual de derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958), III, p. 32, N° 476.

<sup>87</sup> VODANOVIC, Antonio, *Manual de derecho civil. Parte preliminar y general* (Santiago, Lexis Nexis, 2003), I, p. 202.

Se trata, pues, de un aforismo presente en nuestro código, aunque de modo implícito. En todo caso, en tanto aforismo, es decir, expresión lingüística de un enunciado de razonabilidad práctica, no requiere consagración positiva para su uso y vigencia. Precisamente esa es una particularidad de los principios o reglas jurídicas. Mas, al caso, el aforismo *infans conceptus* sí tiene correlato positivo, sea *ex art. 75 ó 77*.

## VI. LA DOCTRINA DE LA PARIDAD COMO FUNDAMENTO DEL “COMMODUM” EN EL CÓDIGO CIVIL

Pensamos que las razones señaladas al estudiar la regla de la ventaja en el Código Civil chileno, son suficientes para demostrar que éste la recoge inserta en la tradición romano-castellana. En efecto, dado que la doctrina de la paridad era dominante a la sazón, y considerando que Bello quiso dar línea de continuidad y no provocar una ruptura con el pasado, por consiguiente, no cabe sino concluir el traspaso de la doctrina de la paridad a nuestro Código Civil.

No obstante lo anterior, para despejar cualquier hipótesis de adscripción de Bello a la teoría de la ficción —como lo sugiere implícitamente la interpretación tradicional del artículo 74 que ha hecho la doctrina chilena—, es menester dar cuenta de su pensamiento como romanista, dado que aquí se dejó notar una cierta influencia savignyana en el punto que nos importa, influencia que, como se verá fue parcial, formal y aparentemente dubitativa.

### 1. *La fundamentación de la regla en el pensamiento romanista de Bello.*

Es posible identificar dos modelos de pensamiento romanista en el codificador chileno. Uno, influido por la sistemática de Heinecio y vertido en las *Instituciones de Derecho Romano*<sup>88</sup>, y otro de influencia variada, entre la que destaca, respecto de nuestro objeto de estudio, la ejercida por Savigny, y vertido en sus manuscritos inconclusos publicados como *Principios de Derecho Romano*<sup>89</sup>.

Las *Instituciones de Derecho Romano* fueron publicadas en 1843 en forma anónima, pero hoy no se discute la autoría de Bello<sup>90</sup>. Fue escrita siguiendo como modelo a las *Instituciones* de Heinecio (1681-1741) y concebida como un manual para uso de estudiantes. De su lectura se desprende que para Andrés Bello el *nasciturus* era un heredero, aunque aun no hubiera nacido<sup>91</sup>. De hecho era sus-

<sup>88</sup> BELLO, Andrés, *Instituciones de Derecho Romano*<sup>3</sup> (Santiago, 1878).

<sup>89</sup> BELLO, Andrés, *Principios de Derecho Romano*, en *Obras Completas de Andrés Bello* (Ediciones del Ministerio de Educación de Venezuela, Caracas, 1959), XIV.

<sup>90</sup> Sobre la autoría de Bello de esta obra, publicada como anónima, véase, por todos, AMUNÁTEGUI, Miguel LUIS, *Vida de don Andrés Bello* (Santiago, 1882), p. 346; HANISCH, Hugo, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano* (Santiago, Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, 1983), p. 207. Para una nota sobre su reconocida condición de romanista, véase SCHIPANI, Sandro, *La Codificazione del diritto romano comune* (Torino, Giapichelli, 1999), cap. VIII; CUMMING, Alberto, *Don Andrés Bello y el derecho romano*, en *Boletín del Seminario de Derecho Público* 11 (1942), 19-20, pp. 17-23; CASTÁN VÁSQUEZ, José M., *El humanismo de Andrés Bello y su proyección en el Derecho Civil iberoamericano*, en *Revista de Derecho* 190 (1991), p. 13; GUZMÁN, Alejandro, *La codificación*, cit. (n. 57), p. 370.

<sup>91</sup> “Hai curadores que se dan exclusivamente a los bienes, v.g., a los del deudor que se oculta,

ceptible de desheredación y el póstumo preterido podía romper el testamento<sup>92</sup>. Además, se desprende con claridad la diferencia entre el *nasciturus* y la persona incierta<sup>93</sup>. El pensamiento de Heinecio, en quien se basó Bello para la redacción de sus *Instituciones*, por cierto daba cuenta del uso del brocardo *infans conceptus pro iam nato habetur*, con carácter de aplicabilidad general<sup>94</sup>.

A su vez, Vinnio (1588-1741), otro autor de notoria influencia durante la época de Bello, conocía y utilizaba la regla de la ventaja, como se manifiesta en su comentario a Inst. 1, 13: “Lo que se ha dicho acerca del nombramiento de tutor para los descendientes ya nacidos, hácese aquí extensivo también a los póstumos; esto es, a aquellos que al tiempo de hacerse el testamento están aún en el útero; y dice el emperador que también a estos puede dárseles tutor en testamento por la razón de que aquellos que están en el vientre de su madre, en muchas cosas del derecho se reputan por nacidos, a saber siempre que se trate de su utilidad, como en el caso propuesto”<sup>95</sup>.

Andrés Bello comenzó a preparar los *Principios de Derecho Romano* alrededor de 1848. Poco antes había conocido la obra de Savigny, muy probablemente a través de la traducción francesa de Guenox de 1841<sup>96</sup>. Todo indicaría que ese texto impresionó fuertemente a Bello, al punto de intentar cambiar la sistemática del tratamiento del Derecho Romano, e inclusive reformular el sistema de los proyectos de Código. No obstante, por razones que los historiadores del Derecho no han podido precisar —se hipotetiza exceso de trabajo, otras prioridades, o el descubrimiento de la oposición entre la situación chilena y los dogmas de la

a los del heredero aun no nacido, i los del ciudadano cautivo. Aquí tratamos particularmente de los curadores que se dan a personas ciertas, que por defecto de edad, o por un vicio del alma o del cuerpo son incapaces de administrar sus intereses”. BELLO, Andrés, *Instituciones*, cit. (n. 88), p. 38.

<sup>92</sup> “Entre los hijos existentes al tiempo de hacerse el testamento, i los póstumos o los que nacían despues, había varias diferencias: 1ª pasados en silencio los póstumos de cualquier grado i sexo, el testamento era válido en su oríjen; 2ª todos ellos rompen igualmente el testamento; 3ª a las hijas póstumas de cualquier grado podía desheredar *inter coeteros*, pero dejándoles algun legado para que no pareciesen olvidadas; i 4ª a los póstumos varones de cualquier grado debía desheredarse por nombre, esto es, por una designacion individual”. *Ibíd.*, p. 94.

<sup>93</sup> “Antiguamente no se podía dejar herencia, legado ni fideicomiso a persona incierta. Podíase con todo legar a una persona incierta que perteneciese a cierto órden o número determinado. Los póstumos se miraban como ya nacidos, i por consiguiente como personas ciertas para la sucesion lejítima, mas no para la testamentaria i los legados. Introdújose despues la práctica de instituir o desheredar necesariamente a los póstumos suyos; pero a los póstumos ajenos podían dejarse solo fideicomisos; i por derecho pretorio se les daba la posesion de los bienes *secundum tabulas*”. *Ibíd.*, pp. 110-111.

<sup>94</sup> VINNIO, Arnoldo, *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las instituciones imperiales de Justiniano*, comentado por Heineccio (trad. cast. D.J.P y B, Barcelona, 1846), Libro I tít. III y XIII, Libro III tít. I.

<sup>95</sup> *Ibíd.* Por el comentario de Vinnio a Inst. 2, 13, sobre la desheredación de los póstumos, podría pensarse que éste es otro de los gestores de la ficción. Dice el texto: “pues entonces por una ficción del derecho se retrotrae el nacimiento. Mientras, empero, que está en el útero no es aún hombre o animal, sino que tan solo hay esperanza de que sea un ser animado; ni está en la potestad de su padre antes de que nazca (...)”.

<sup>96</sup> HANISCH, Hugo, *Andrés Bello*, cit. (n. 90), p. 358, n. 6.

Escuela Histórica—, aparece de manera clara que el proyecto fue abandonado en una fase experimental<sup>97</sup>. En consecuencia, no representa lo que podríamos llamar un pensamiento madurado y asimilado plenamente por Bello. Sin ir más lejos, de haber adherido a los postulados de Savigny, Bello no habría emprendido ni perseverado en su magna tarea codificadora.

Para Savigny, en cambio, el punto de partida doctrinal está en un texto de Ulpiano conocido como *portio mulieris*, en D. 25, 4, 1, 1<sup>98</sup>, por el cual, según el jurista alemán, el feto no es todavía una criatura humana, le falta existencia propia, debiéndosele considerar parte de la madre. Savigny introduce explícitamente la noción de ficción para tratar sobre el *nasciturus*: “Muchos textos del derecho romano dicen terminantemente que, durante la gestación, el feto no es todavía una criatura humana, le falta existencia propia, debiéndosele considerar como formando parte de la madre, mientras que otros, por el contrario, le asimilan al infante ya nacido. Esta última regla, atentamente considerada, hace desaparecer toda contradicción. La primera expresa la realidad de las cosas en un estado presente; la segunda es una simple ficción que no puede aplicarse sino a un cierto número de hechos especialmente determinados y en muy estrecho límite”<sup>99</sup>.

Este autor resuelve la pretendida contradicción de los textos romanos del siguiente modo: para los juristas romanos el *nasciturus* no existe, y sólo se finge que existe para poder solucionar, con criterio práctico, un cierto número de hechos determinados y muy limitados. Para Savigny la capacidad natural comienza al momento del nacimiento, es decir, en el momento en que una criatura humana está completamente separada de su madre<sup>100</sup>.

Conocida la doctrina de Savigny plasmada en su *Sistema de Derecho Romano*, pasemos a describir el manuscrito inconcluso de Andrés Bello. En su libro I—sin nombre— figura un título III, “Del derecho de las personas”. El párrafo 3º señala que la capacidad de derecho es lo que constituye la persona y el derecho positivo puede rehusar esta capacidad a ciertos individuos o bien crear personas jurídicas. El párrafo 4º es especialmente pertinente, puesto que señala que la capacidad de derecho principia en el nacimiento, que es una condición precisa de la capacidad de las personas naturales y produce efectos importantes, que hacen necesario distinguir el verdadero del aparente. Nacimiento verdadero es el que reúne las condiciones siguientes: 1º, que el niño se haya separado completamente de la madre; 2º, que dé señales de vida después de la separación, un momento que sea; 3º, que tenga la forma de la especie humana .

Bello en este punto se refiere a la regla *conceptus pro iam nato habetur* en forma expresa y alude a ella como una ficción, señalando al igual que Savigny

<sup>97</sup> Véase YUTEMA, Hessel, *Introducción al Derecho Romano de Andrés Bello*, en *Obras Completas de Andrés Bello* (Caracas, Ediciones del Ministerio de Educación de Venezuela, 1959), XIV, pp. XLIII-LII.

<sup>98</sup> Dice este texto, en lo pertinente, “...partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum” (D. 25, 4, 1, 1).

<sup>99</sup> SAVIGNY, Friedrich Von, *Sistema de Derecho Romano actual* (trad. cast. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1878), I, pp. 278-279.

<sup>100</sup> SAVIGNY, Friedrich Von, *Traité*, cit. (n. 42), II, p. 3.

que la capacidad natural principia con el nacimiento completo<sup>101</sup>. Para Bello en su momento –como posteriormente para Vélez Sársfield, quien adhiere a la paridad<sup>102</sup>– no hubo contradicción entre la regla y el pensamiento de Savigny. Coincide cronológicamente la escrituración de estos manuscritos con la elaboración del Proyecto de 1853, el primero en el cual Bello introduce un párrafo referido al inicio de las personas, estableciendo allí la regla del nacimiento del art. 76 (74 del Código definitivo).

Es clara la influencia de Savigny en los *Principios de Derecho Romano*, y es notoria la semejanza formal de un pasaje del *Sistema de Derecho Romano* con el texto del definitivo art. 74:

## Savigny

“La capacité naturelle commence au moment de la naissance, c’est-à-dire, au moment où une créature humaine est complètement séparée de sa mère”<sup>103</sup>.

## Art. 74:

“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”

Como se ve, Bello recibió un fuerte influjo de la doctrina de la ficción, a través de su pensamiento romanista. No obstante, pensamos que existen razones graves para descartar la adhesión del codificador chileno a la teoría de la ficción en las normas de los arts. 74 y 77, las que pasamos a revisar en los apartados siguientes.

## 2. El intento de Bello de expresar la doctrina castellana bajo la sistemática de Savigny.

Sabido es que Bello solió introducir sutiles –pero relevantes– modificaciones a los textos que tuvo en vista<sup>104</sup>. El texto savignyano dice “la capacidad natural”. El texto de Bello dice “la existencia legal”. La diferencia se hace más notoria si se considera que en el manuscrito de los *Principios de Derecho Romano* Bello habla de “capacidad de derecho”. Por lo tanto, no puede ser casual el giro lingüístico.

<sup>101</sup> “La capacidad natural principia con el nacimiento completo, pero antes del nacimiento transcurre un tiempo en que el niño vive ya, aunque su vida está ligada a la de la madre. Hay textos que dicen formalmente que durante la gestación el niño no tiene existencia propia, y debe considerarse como una parte de la madre (l.9 § 1 ad leg. Falcid., l.I §1 de insp. Ventre); otros textos lo asemejan al niño nacido (l.26 de statu hom., l.231 de V.S.); de donde el principio moderno *Nasciturus habetur pro nato*. Este segundo concepto es una ficción que se aplica dentro de límites estrechos específicamente determinados”. BELLO, ANDRÉS, *Principios de Derecho Romano*, en *Obras Completas de Andrés Bello*, Ediciones del Ministerio de Educación de Venezuela, citado, t. XIV, pp. 316.

<sup>102</sup> Véanse sus notas a los artículos 63 y 70 del Código Civil argentino.

<sup>103</sup> SAVIGNY, Friedrich Von, *Traité*, cit. (n. 42), II, § XLI.

<sup>104</sup> V. gr. el art. 19 del Código Civil chileno, que aparentemente es una copia directa del art. 13 del Código de la Luisiana. No obstante, al indicar el nuestro “cuando el sentido de la ley”, introdujo una modificación substancial en relación a su fuente directa.

Ilumina esta cuestión el texto del proyecto de 1841-1845, pues, como se señaló en su momento, resulta claro que para Bello el concebido tenía existencia natural y civil. Es claro que la expresión “existencia legal” quiso significar algo distinto de “capacidad natural”. Pero además Bello omitió utilizar otras expresiones, como “capacidad de derecho” —que usó en los *Principios de Derecho Romano*—, o “capacidad civil”. En ese entendido, la expresión “existencia legal”, tendría un carácter más restringido que la segunda, “capacidad civil”, y la expresión “capacidad natural” sería más general aún. La “capacidad natural” constituiría un género, que contendría la “capacidad civil”. Dentro de esta última tendría cabida una tipología especial, cual es la “existencia legal”.

Conforme a los artículos 962 y 1390 del Código promulgado, para ser capaz de suceder y de recibir donaciones es necesario existir natural y civilmente<sup>105</sup>. Desde la promulgación del Código y hasta nuestros días se ha entendido que el *nasciturus* es capaz de suceder y de recibir donaciones<sup>106</sup>. Luego, el *nasciturus* existe natural y civilmente. Sin embargo, la existencia legal de toda persona principia al nacer, en consecuencia el *nasciturus* no tiene existencia legal. Es decir, el *nasciturus* tiene existencia natural y civil pero no legal.

Para dilucidar la cuestión anterior podemos remitirnos al objetivo específico que tuvo la norma del art. 74, según se desprende de las notas de Bello y del contexto legal y doctrinario. La regla de la “existencia legal” es una regla específica, de alcance limitado, tendiente a resolver la disputa de hijos abortivos y su capacidad sucesoria. Esta tesis se refuerza por la exégesis que García Goyena hizo de la expresión “Para efectos legales” del artículo 107 de su Proyecto, en el que señala que dicha expresión equivale a “sobre herencias”, añadiendo que “en este sentido han hablado todos los Códigos antiguos y modernos”<sup>107</sup>.

Existen otras variadas razones para afirmar que Bello, en este punto, no siguió la teoría de la ficción savigniana. En efecto, Bello suprimió en el artículo 74 los requisitos que enunció en los *Principios de derecho romano* (dar señales de vida, tener forma humana). De igual modo, si Bello hubiese querido seguir la tesis de la ficción el giro lingüístico ya denunciado (“capacidad natural” por “existencia legal”) no se hubiese justificado y la redacción de los arts. 77 y 962 podría haber sido mucho más simple: Sólo las personas son capaces de suceder.

Así, también, de seguir la tesis de la ficción, habría resultado más coherente que señalase en las citas de fuentes el texto de Ulpiano *portio mulieris* —que es el que cita Savigny—, y no aquellos que son expresión de la regla *conceptus pro iam*

<sup>105</sup> Las expresiones “*existir natural y civilmente*” fueron eliminadas de los arts. 962 y 1390 por la Ley 7.612 de 21 de octubre de 1943. Arturo Alessandri, el principal gestor de la iniciativa, no menciona los motivos de esta supresión, pero puede suponerse que se debió a un afán de correspondencia al derogarse la muerte civil. Véase: ALESSANDRI, Arturo, *Reformas introducidas al Código Civil por la ley N° 7.612*, en RDJ. 40 (1943), Derecho, pp. 105-122, EL MISMO, *El Código Civil chileno y sus reformas*, en RDJ. 45 (1948), Derecho, pp. 37-67.

<sup>106</sup> VERA, Robustiano, *Código Civil de la República de Chile. Comentado i explicado* (Santiago, 1892), IV, p. 30; DOMÍNGUEZ A., Ramón; DOMÍNGUEZ B., Ramón, *Derecho sucesorio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990), I, p. 196.

<sup>107</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid, 1852), p. 123.

*nato habetur* como regla de paridad. De hecho, Bello cita directamente como fuente a Savigny en otros artículos del Código<sup>108</sup>, cosa que en este caso no ocurrió. Por lo demás, cuando Bello quiso establecer derechamente una ficción jurídica en el Código, lo hizo con mención expresa de ella. Los arts. 545 y 984 C.C. así lo reflejan.

Por el contrario, que la excepción o regla especial esté constituida por la “existencia legal” se colige una vez más de la finalidad que tuvo la norma: dirimir la cuestión de los hijos abortivos. Como bien lo nota Guzmán para la generalidad del Código, lo que fundamentalmente hizo Andrés Bello fue recoger el antiguo derecho romano-castellano vigente en Chile y formularlo de acuerdo con la técnica codificadora<sup>109</sup>.

Del mismo modo, el carácter técnico y específico de la regla de existencia legal se refuerza por su calificativo de presunción<sup>110</sup> (Mensaje del Código Civil, párrafo 6º). Por lo demás, el uso del verbo “reputar” es indiciario de que la rea-

<sup>108</sup> V. gr. arts. 1081, 1085, 1490.

<sup>109</sup> GUZMÁN, Alejandro, *La codificación del Derecho*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 8 (1984), p. 29; EL MISMO, *La codificación civil*, cit. (n. 57), p. 364; EL MISMO, *La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas*, en LARROUMET, Christian (dir.), *L'avenir de la codification en France et en Amérique Latine* (Paris, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2004), p. 73. Según Bernardino Bravo la codificación chilena está basada en el derecho indiano y patrio, BRAVO, Bernardino, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989), pp. 332-345, esp. 340-341. Robustiano Vera en 1892 expresó similar juicio: “Es verdad que el señor Bello tuvo a la vista los principales Códigos de Europa; pero los estudió a todos para enriquecer su conocimiento i poder aprovechar aquello que creyó conveniente a nuestro modo de ser i a nuestras costumbres; mas su punto de partida fue el derecho español, que nos reja hasta entonces (...)”, VERA, Robustiano, *Código Civil*, cit. (n. 106), I, p. XI. Morla Vicuña manifestó que Bello “no introdujo innovaciones sino donde las ventajas eran evidentes i los obstáculos superables sin perniciosas consecuencias. He aquí las mas esenciales de las reformas operadas: (...) 2º Fijó reglas absolutas acerca del nacimiento i estincion de las personas, i redujo asi los plazos de la perjudicial posesion provisorias”. MORLA Vicuña, *Códigos Chilenos* (1882), Prefacio, citado en *Obras Completas de Don J. V. Lastarria* (Santiago, 1914), XIII, p. 9. Luis Herrera, en igual sentido, afirma que el Código de Bello no es un código original, puesto que mantuvo la tradición normativa vigente, HERRERA, Luis, *Don Andrés Bello López*, en *Revista de Derecho* 169 (1981), p. 51. Véase, además, DE ÁVILA MARTEL, Alamiro, *Andrés Bello. A short essay on his life and work* (Santiago, Editorial Universitaria, 1981), pp. 61, 64; LIRA U., Pedro, *Andrés Bello* (México, Fondo de Cultura Económica, 1948), p. 189. El mismo codificador chileno escribió en *El Araucano* de 21 de mayo de 1841: “Contrayéndonos al proyecto de codificación, nos atrevemos a decir que esta obra es de menor magnitud y dificultad para nosotros que lo fue el Código de Las Partidas en el siglo décimo tercio, lo primero porque las innovaciones de que ahora se trata son mucho menos considerables, puesto que no se piensa en crear (...)” (GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codificador* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982), II, p. 177. Recientes estudios jurídicos concluyen que en materia de Derecho de Familia “del examen comparado de las disposiciones del Código Civil con las del Derecho castellano, surge como inevitable corolario que Bello sólo en muy contadas ocasiones modificó el Derecho anterior” (DOUGNAC, Antonio, *Esquema del derecho de familia indiano* (Santiago, Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2003), p. 360.

<sup>110</sup> Sobre la relación y diferencia entre ficción y presunción, véase MARÍ, Enrique, *La teoría de las ficciones* (Buenos Aires, Editorial Universitaria Buenos Aires, 2002), p. 361.

lidad normativa creada es la inexistencia del *nasciturus*, en el evento de que no llegue a nacer según las reglas técnicas ya indicadas. De manera tal que, si el hijo es abortivo, se *reputará* no haber existido jamás. Este mismo verbo, reputar, es usado en otras disposiciones, en las que se crea una realidad normativa –ficticia–, así, v.gr., los arts. 567, 570, 571, 573, 580, 581. Este verbo venía del art. 8 del Proyecto de 1841-1845, ligado al art. 74. Es usado, también, por Pothier, en el contexto de la regla *conceptus pro iam nato habetur*<sup>111</sup>.

Por consiguiente, en forma análoga a lo ocurrido en el Tít. II del Libro IV, Andrés Bello “se valió de Savigny en controlada medida”<sup>112</sup>, tan sólo a efectos de la sistemática y de la forma, pero no en el fondo de la materia regulada, manteniendo en su esencia el derecho romano castellano vigente. En rigor, el párrafo 2º del tít. II del libro I del Código Civil chileno, mantiene el esquema ya trazado en C. 6, 29 y en la P. 4. 3: están las reglas respecto de la ruptura del testamento (C. 6, 29, 1 a 3) y una regla de cómputo de plazos (C. 6, 29, 4; P. 4, 23, 4). Es decir, lo mismo que los artículos 74 y 76 del Código Civil. En el caso de este último, el párrafo contiene, además, la norma del artículo 75, que es el equivalente de la P. 4, 23, 3, y la del artículo 77, que es una manifestación técnica del texto de D. 1, 5, 26, 9.

### 3. Las características de la doctrina de la ficción en la Codificación comparada.

Al comparar el tratamiento que el Código Civil chileno da al concebido, con aquel dado por otros códigos que suscriben la doctrina de la ficción, se nota con claridad la distancia entre uno y otros. Esto refuerza la adhesión del Código de Bello a la doctrina de la paridad. En efecto, el BGB, que es el mejor exponente de la doctrina de la ficción, señala en el § 1 que la capacidad jurídica de los hombres comienza desde la consumación del nacimiento: “*Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt*”<sup>113</sup>.

De igual modo, a propósito de las sucesiones indica en el § 1923 (1) que sólo puede ser heredero quien viva al tiempo de la muerte del causante, y quien aún no viva pero estuviere concebido, se tiene por nacido antes de la muerte del causante: “*Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt. 2. Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren*”<sup>114</sup>.

Bajo esta doctrina, por consiguiente, el concebido no tiene existencia alguna, es una mera ficción normativa. Nótese que el § 1 se refiere a la capacidad jurídica de los hombres, lo que a todas luces es distinto y más extenso que “la existencia legal de las personas”. El § 1923 (1) es todavía más elocuente, puesto que el

<sup>111</sup> “*Pour que le posthume puisse être réputé avoir succédé, il faut qu’il soit né vivant*”. Previo a esta explicación, Pothier enuncia el brocardo en cuestión. POTHIER, *Oeuvres*, cit. (n. 23), VIII, tratado de las sucesiones, p. 8.

<sup>112</sup> GUZMÁN, Alejandro, *La codificación civil*, cit. (n. 57), p. 371; EL MISMO, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república (II)*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2 (1977), pp. 127-130.

<sup>113</sup> “La capacidad jurídica de los hombres comienza desde la consumación del nacimiento”.

<sup>114</sup> “Sólo puede ser heredero quien viva al tiempo de la muerte del causante. 2. Quien aún no viva al tiempo de la muerte del causante, pero estuviere ya concebido, se tiene por nacido antes de la muerte del causante”.

concebido no vive aún. Es pura abstracción de la norma. Por ello que cualquier efecto jurídico que le ligue o ataña requiere norma expresa. Así, los §§ 331,1 y 844 reglan las prestaciones después del fallecimiento y las pretensiones del tercero en caso de muerte, regulándose a través de estas normas la calidad de beneficiario del seguro de vida por parte del *nasciturus*, o de beneficiario de alimentos, o su titularidad para la reparación de los perjuicios, respectivamente.

Por su parte, el Código Civil italiano de 1942 señala en el artículo 1º: “*Capacità giuridica. La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita*”.

La expresión es muy clara: lo que se adquiere con el nacimiento es la “capacidad jurídica”, y hay ciertos derechos que la ley le reconoce al concebido, que están subordinados al evento del nacimiento. Otro tanto ocurre con el Código Civil japonés, *ex arts. 721*<sup>115</sup> y *886*<sup>116</sup>. El primero, equipara el concebido al nacido para efectos del derecho de indemnización de perjuicios. El segundo, efectúa tal equiparación para efectos sucesorios. Se trata de equiparaciones específicas, excepcionales, de alcance limitado.

El tratamiento del Código Civil chileno es diverso. En efecto, en primer término lo que principia con el nacimiento, *ex art. 74*, es la existencia legal (no la capacidad jurídica), y nuestro código contiene dos normas de protección general: una, el art. 77, que subsume todas las hipótesis de reserva de derechos patrimoniales; otra, el art. 75, que protege el derecho a la vida. Además, contiene otras normas que utilizan expresiones propias del derecho de los juristas clásicos para referirse a *qui in utero sunt*.

Los juristas romanos no tuvieron óbice para llamar al concebido hijo: hijo que aún no ha nacido (*liberi qui nondum nati sunt*), hijo en el vientre (*liber in ventre*), e incluso lisa y llanamente *infantes*<sup>117</sup>. Tales expresiones fueron conservadas en el texto original del Código Civil chileno promulgado en 1855, en normas que perduran hasta hoy: hijo que está en el vientre (art. 354, art. 486), hijo que está por nacer (art. 356). Como es evidente, la misma expresión “el que está por nacer” (art. 491), es traducción de *nasciturus*, que para los clásicos es sinónimo de concebido. Por consiguiente, mal podría afirmarse la adhesión del Código Civil chileno a la doctrina de la ficción, y por el contrario, se evidencia aún más la raíz romano-castellana de nuestro código en esta materia.

## VII. EL GIRO DE LA DOCTRINA NACIONAL HACIA LA TEORÍA DE LA FICCIÓN

### 1. *La influencia de Claro Solar*

Para los comentaristas más tempranos del Código Civil chileno los arts. 74 y 77 no fueron objeto de análisis problemático, puesto que, ora evidenciaban la

<sup>115</sup> Art. 721. Equiparación del concebido: A los efectos del derecho de indemnización de daños y perjuicios, el concebido se tiene por nacido.

<sup>116</sup> Art. 886. Capacidad del concebido [hereditaria]: 1. El concebido se tiene por nacido a efectos de la sucesión hereditaria. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará cuando el concebido nazca muerto.

<sup>117</sup> GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado*, cit. (n. 13), p. 275 § 54 N° 1.

reducción de requisitos para el goce de derechos civiles, en comparación con la anterior legislación vigente, ora reiteraban la discusión propia del derecho castellano respecto de la viabilidad o vitalidad del nacido. En efecto, Fabres alude a la distinción en doctrina entre expectativa de existencia y la existencia misma<sup>118</sup>. Robustiano Vera dice que “la personalidad arranca de la concepción de las personas naturales para todos los efectos civiles que les son favorables i nacieren aunque sea un instante”<sup>119</sup>. Lastarria, en sus *Instituta*—acorde con la intención de escribir un manual de enseñanza—, se limita, en esta materia, a reiterar el texto del articulado del Código, pero hace notar que “No puede hacerse donación entre vivos a persona que no existe natural i civilmente en el momento de la donación”<sup>120</sup>. Juan Antonio De Armas es uno de los pocos comentaristas tempranos que niega toda personalidad al *nasciturus*<sup>121</sup>.

Con Claro Solar, en cambio, se produce un giro dogmático, al incorporar la doctrina savignyana<sup>122</sup>. En efecto, en Claro Solar vemos reproducido casi literalmente el pensamiento del autor del *Sistema de Derecho Romano*, y con él se inaugura una línea doctrinaria que permaneció sin variaciones durante casi todo el siglo pasado, que se sustenta en la doctrina de la ficción, y que entiende que la existencia legal es constitutiva de la personalidad. Este giro dogmático tiene antecedentes en Chacón, quien cita ya a Savigny al comentar los arts. 74 y 77 del Código Civil<sup>123</sup>.

Así, Barros Errázuriz, Pescio, Alessandri, Somarriva—por mostrar tan sólo a los más influyentes— se limitan a reiterar esta doctrina<sup>124</sup>.

Nótese, en cambio, como el ecuatoriano Borja, comentando el artículo 77 dice: “Si bien la redacción del artículo no es clara, en resumen enuncia el principio: *la criatura que está en el vientre materno se reputa nacida cuando se trata de su utilidad*”<sup>125</sup>.

<sup>118</sup> FABRES, José Clemente, *Instituciones de Derecho Civil Chileno* (Valparaíso, 1863), pp. 11-12.

<sup>119</sup> VERA, Robustiano, cit. (n. 106), I, p. 47.

<sup>120</sup> LASTARRIA, José V., *Instituta del Derecho Civil chileno*, en *Obras Completas de Don J. V. Lastarria*, cit. (n. 109), pp. 28, 229-230.

<sup>121</sup> DE ARMAS, Juan A., *Comentario de siete títulos del Código Civil* (Santiago, 1886), pp. 94-95.

<sup>122</sup> CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 1), pp. 217-229.

<sup>123</sup> CHACON, Jacinto, *Exposición razonada i estudio comparativo del Código Civil chileno* (Santiago, 1890), I, pp. 73-75.

<sup>124</sup> En Fueyo no hemos encontrado un tratamiento expreso de la cuestión, sin embargo pareciera desprenderse del contexto de su pensamiento que rechazaría la tesis de la ficción, así en FUEYO, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990), pp. 23, 589. Por su parte, Hernán Corral ha insistido en la necesidad de una reconstrucción unitaria del concepto persona, acabando así con la dicotomía natural-legal. CORRAL, Hernán, *El Concepto Jurídico de Persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria*, en *RChD*. 17 (1990), pp. 35-85. De modo paradójico, pese a dominar la doctrina de la dualidad de existencia (natural-legal), que sólo atribuye personalidad al nacido, en la literatura jurídica chilena reciente son abundantes los trabajos que reconocen personalidad al embrión humano. Para una muestra bibliográfica, HENRÍQUEZ, Ian, *Las recientes modificaciones en derecho europeo sobre biotecnologías reproductivas*, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco* 5 (2004), p. 173, n. 25.

<sup>125</sup> BORJA, Luis, *Estudios sobre el código civil chileno* (Paris, 1901), II, p. 210.

René Demogue, un observador imparcial de nuestro código y ajeno a la fuerte influencia doctrinaria que ejerció Claro Solar, admite, a mediados de la década del '20, la personalidad del concebido no nacido: "Si esta persona ha sido ya concebida, el Código Civil chileno (art.77) considera que tiene una existencia subordinada al hecho de que nazca viva; no hace, en este caso, sino admitir, en una forma diferente, la personalidad del ser simplemente concebido..."<sup>126</sup>

De igual modo, Galecio señala que el *nasciturus* tiene una capacidad que sólo puede obrar en su favor, remitiéndose al brocardo *conceptus pro iam nato habetur*<sup>127</sup>. Sin embargo, esta doctrina ha pasado inadvertida, pues, en expresión de Catalano, "ha sufrido el prestigio de la pandectística"<sup>128</sup>, en nuestro caso, mediada por la influyente *opera juris* de Claro Solar, quien, a diferencia de Bello, sí siguió en este punto muy de cerca de Savigny.

## 2. El argumento "per rubricam"

Uno de los argumentos que se suele utilizar en nuestro medio para afirmar que el concebido no existe como sujeto de derecho, es *per rubricam*. El artículo 74 está inserto en el título cuya rúbrica es "del principio de la existencia de las personas". Por consiguiente, lo que allí se norma es, precisamente, dicho principio.

El argumento que examinamos, *per rubricam*, es, de suyo, muy débil como fundamento del razonamiento jurídico. Por cierto, nadie afirmaría seriamente que la buena fe se presume sólo en materia posesoria, dado que el art. 707 está en el tít. VII del Lib. II. Como tampoco, no se continúa sustentando la posición, basada en un argumento *per rubricam*, de que el régimen supletorio de la responsabilidad civil es el régimen contractual, puesto que este tipo de responsabilidad se regla bajo el epígrafe del efecto de las obligaciones.

Lo curioso es que el argumento *per rubricam*, que es deficitario, ha tenido más importancia incluso que el tenor literal del mismo artículo 74. Como se sabe, dicho artículo alude a la "existencia legal". No dice "la capacidad jurídica de los hombres", como sí lo hace el BGB; ni usa otras expresiones similares. Sin embargo, la "existencia legal", que es un término técnico utilizado para zanjar la disputa de los hijos abortivos, ha sido entendida —*per rubricam*— como sinónimo de personalidad.

Sin perjuicio de la influencia de Claro Solar, y de la extraña pervivencia del argumento *per rubricam*, el hecho es que nuestra doctrina ha venido reaccionando en las últimas décadas en contra de la interpretación tradicional, que equipara existencia legal a capacidad jurídica. Hemos de mencionar los trabajos de Patricio Zapata Larraín, de Hernán Corral Talciani y de José Joaquín Ugarte, que ya han afirmado el carácter estrictamente patrimonial de la norma del artículo 74<sup>129</sup>. Nuestra investigación, como se colige fácilmente, se inserta en esta línea de reinterpretación doctrinaria.

<sup>126</sup> DEMOGUE, René, *Los actos jurídicos en provecho de las generaciones futuras*, en *RDJ*. 23 (1926), Derecho, p. 42.

<sup>127</sup> GALECIO, Rubén, *Ensayo de una teoría de los derechos eventuales* (Santiago, Editorial Nascimento, s.d.), pp. 46-47.

<sup>128</sup> CATALANO, Pierangelo, *Observaciones sobre la 'persona' del concebido*, cit. (n. 2), p. 140.

<sup>129</sup> ZAPATA, Patricio, *Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el*

## VIII. CONCLUSIONES

Existen razones fuertes para afirmar que nuestro Código Civil recoge la regla de la ventaja para el concebido, contiene implícitamente el aforismo que le expresa: *infans conceptus pro iam nato habetur*, y que esta regla y aforismo están fundamentados en la doctrina de la paridad. Son especialmente indiciarios de esto los arts. 74, 75, 77, 962 y 1390. En efecto, Andrés Bello no sustituyó el sistema vigente a la sazón por uno nuevo, sino que estableció una regla precisa para dirimir las controversias sobre partos abortivos o naturales y –acorde con el valor que le asignaba a la certeza jurídica y a la igualdad– disminuyó y precisó los requisitos para ser tenido como parto natural. Dicha regla se insertaba en el contexto de la legislación castellana vigente, que en la Partida IV consagraba expresamente la regla de la ventaja. Tal es la función del artículo 74, y la expresión “existencia legal” es un concepto técnico, de alcance específico.

El art. 75 consigna como fuente directa la Partida 4, 23, 3 que contiene la regla en cuestión. Igual cosa ocurre con el art. 77, una de cuyas fuentes es D. 5,26, es decir, el texto de Paulo que expresa la regla de la ventaja. A su vez el artículo 77 es manifestación de uno de los aspectos de la regla del *commodum*. Si no se cumple con la regla del art. 74, se finge legalmente que la persona no ha existido jamás. Los códigos luisiano y holandés, que recogían el brocardo ajenos a la doctrina de la ficción, tenían similares normas. Finalmente, todos los autores doctrinarios tenidos a la vista por Bello adherían a la doctrina por la cual al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le favorezca, en tanto regla de paridad, salvo Savigny, quien elaboró una doctrina propia: la de la ficción. Por las razones que ya hemos estudiado podemos descartar la adhesión de Bello a la teoría de la ficción en esta materia.

El estado actual de nuestra doctrina, que adhiere implícitamente a la teoría de la ficción, tendría su origen en la adhesión temprana de Claro Solar al pensamiento de Savigny, basado en una aplicación errónea del pensamiento del jurista alemán a nuestra legislación.

De esta forma, podemos concluir que en nuestro Derecho común, general y supletorio el *nasciturus* o *infans conceptus* tiene reconocimiento civil. De igual forma, acorde con la regla de la ventaja, que se encuentra presente en la sistemática del Código y está fundamentada en la tesis de la paridad, y según el aforismo que subyace en las normas codificadas, se le tiene por nacido para todo lo que le favorezca.

[Recibido el 30 de mayo y aprobado el 12 de junio de 2005].

---

*derecho chileno*, en *RDJ*. 15 (1988), Derecho, p. 382; CORRAL, Hernán, *El embrión humano: del estatuto antropológico al estatuto jurídico*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (1997), pp. 47-62; UGARTE, José Joaquín, *El derecho a la vida de la persona humana en la fase embrionaria y su protección constitucional*, en *RDJ*. 99 (2002), Derecho, pp. 91-119, esp. 114.