

# Comienzo de la existencia de la persona humana

---

Por Héctor Lázzaro<sup>307</sup>

## I. El sujeto de derecho

Sujeto de derecho o capaz de derechos, es solamente el hombre. Pero no todos los hombres eran en la sociedad romana sujeto de derecho. A más de ser hombres, se necesitan otras condiciones esenciales: ser libres (*“status libertatis”*) y en cuanto a las relaciones *iuris civilis*, ser ciudadanos (*“status civitatis”*).

El hombre que reúne en sí las condiciones que lo hacen capaz de derecho, es llamado con uso ya técnico, aunque no romano, “persona”, toma también el nombre de “personalidad”.

Los romanos distinguían con respecto a los derechos familiares y a los derechos patrimoniales: a la primera la llamaban *“connubium”* o *“ius connubii”*; la segunda, *“commercium”* o *“ius commercii”*.

## II. Persona por nacer

### II. 1. *Nasciturus*

¿Cuándo comienza la existencia de una persona física? Se suele afirmar que la persona comienza a partir de su nacimiento. Pero la noción estrictamente romana toma en consideración, para considerar el principio de la persona, al

---

<sup>307</sup> Prof. Extraordinario Consulto Univ. Nacional La Plata.

concebido (“*qui in utero est*”), más tarde llamado vulgarmente “*nasciturus*”, si bien para la efectivización de determinados derechos, hay que esperar que nazca con vida.

Por eso, al hijo concebido se lo considera entre los herederos; dice Gayo: “Como en muchos otros casos a los hijos póstumos se los considera como ya nacidos, está admitido que a dichos póstumos se les pueda dar tutores por testamento, lo mismo que los ya nacidos” (Sabino-Ulpiano., D. 38. 16. 3. 9), igualmente se los protege con un “*curator ventris*” (Modestino, D. 26. 5. 20. Ep.)

Si la mujer abortara, por lo menos a partir de la *ley Cornelia de sicariis et beneficio*, se lo considera un crimen, debiendo sufrir la pena de destierro (“*exilium*”) (Ulpiano, D. 48. 8. 8).

Encontramos en el Digesto textos en los cuales se habla del “*qui in utero est*” (como estando en el útero), quedando en paridad de situación con el nacido, puesto que se lo comprende como siendo en la realidad “*in rerum natura esse*” (Paulo, D. I. 5. 26). De aquí surge la regla “*nasciturus pro iam nato habetur*” (al concebido se lo tiene ya por nacido).<sup>308</sup>

El código civil de Vélez Sarsfield disponía en su artículo 63: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido, estás concebidas en el seno materno”. En la “nota” a dicho artículo dice el Codificador: “Las personas por nacer no son personas futuras. Pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar. El artículo 22 del Código de Austria dice: ‘Los hijos que aún no han nacido tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trata de sus derechos y no de un tercero’. Lo mismo el Código de Luisiana, artículo 29, y el de Prusia, artículo 10. Pero el Código de Chile, en su artículo 74, dice: ‘Que la existencia legal de toda persona principia al nacer’. Y agrega el Codificador: “Pero si los que aún no han nacido no son personas ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar a una mujer embarazada? En el derecho romano había acciones sobre este punto. *Nasciturus habetur pro nato, Nasciturus pro iam nato habetur si eius comodo azitur*, etc.”. Se oponen a estos, otros textos del Digesto. Savigny explica perfectamente que no hay contradicción entre ellos (Tomo II, pág. 11).<sup>309</sup>

Dice Vélez que feto ya concebido, aunque no nacido es por consiguiente persona de manera efectiva “porque ya existe en el vientre de la madre”. Recibe un nombre especial, se denomina “persona por nacer” o “*nasciturus*”, concepción, hecho que tiene lugar en un período que se extiende, según Hipócrates,

<sup>308</sup> Di Pietro, A. (1996). Derecho Privado Romano. Buenos Aires: Depalma, p. 80-81.

<sup>309</sup> *Código Civil Argentino* (1960). Buenos Aires: Lajuanne.

entre los ciento ochenta días (plazo mínimo del embarazo) y los trescientos días (plazo máximo) anteriores al parto. Aulio Gelio hace remontar la fijación de estos plazos, máximo y mínimo a la Ley de las XII Tablas.<sup>310</sup>

En resumen: con la concepción se inicia la existencia de la persona de existencia física, la que hasta el parto recibe el nombre de “persona por nacer”. Durante este período puede ser titular de derechos y obligaciones, con la salvedad de que estos derechos y obligaciones recién se consolidarán definitivamente sobre su cabeza, luego de operado el nacimiento, y si éste no se verifica se considera a la persona como si nunca hubiese existido (Juliano, D. 1, 5, 26).<sup>311</sup>

### III. La capacidad jurídica

#### III. 1. Existencia del hombre

Para que el hombre sea considerado como existente, y capaz de derechos, es preciso que sea totalmente separado del claustro materno;<sup>312</sup> en segundo lugar es necesario que nazca vivo;<sup>313</sup> en tercer lugar, que el parto sea perfecto, es decir, que el nace no sea un aborto;<sup>314</sup> por último, es preciso que tenga forma humana.<sup>315</sup>

Pero para algunos efectos jurídicos, se retrocede a una época anterior al nacimiento y se tiene también en cuenta el hombre, todavía no nacido, pero sin embargo ya concebido.<sup>316</sup>

Así, en algunos pasajes de nuestras fuentes legales, parece que los concebidos son plenamente puestos a la par con los nacidos. Juliano dice: “*Quis in utero sunt in Toto paene iure, civile in telligentum in rerum natura esse*”.<sup>317</sup> Y conforme a esto suena un proverbio vulgar: “*Conceptus o nasciturus propiam natur hebetar*”.

---

<sup>310</sup> Aulio Gelio (1953). *Noches Aticas*. Buenos Aires: El Ateneo, p. 131-134.

<sup>311</sup> Juliano, D. I. 5, 26.

<sup>312</sup> Ghirardi, J. C. y Alba Crespo, J. J. (1999). *Manual de Derecho Romano*. 9ª edición. Córdoba: Euducor, p. 157-158.

<sup>313</sup> I, 2, D, 1,5.

<sup>314</sup> Papiniano, L. 9, 1 D. *Ad leg. Falc.*, 35,2: “*Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*”; y Ulpiano, más enérgicamente, L. 1, 7, D. *De insp. V.*, 25,4: “*Partus enim. antequam edatur, mulieris portio estvel viscerum*”.

<sup>315</sup> Paulus: *Rec. Sente.*, 4. 9. 6. “El aborto puede ser también vivo. El tiempo mínimo para el parto perfecto es dado desde los seis meses cumplidos”.

<sup>316</sup> *Idem*.

<sup>317</sup> *Idem*.

Pero estas máximas, como se ordenaron los principios generales expresados por los romanos, deben ser entendidas con cautela y admitidas con las debidas restricciones; tomadas al pie de la letra son falsas y están en contradicción con otras enunciadas por los mismos romanos, las cuales niegan la personalidad del que está para nacer.<sup>318</sup>

Tal solución romana concuerda exactamente con la de nuestro Código Civil. No ignoramos que en la doctrina civilista de nuestro país la opinión de quienes basándose en un fragmento de Paulo, reproducido en el Digesto (D., 1. 5. 7.), y otro de Ulpiano (D., 25, 4, 1, 1), sostenían que Vélez se había apartado de la doctrina romana. La cual habría considerado, siempre según esta línea de pensamiento, a la persona no existente recién desde el momento del parto, ya que antes el *nasciturus* no habría sido parte del vientre de la madre (*pars viceram matris*), al cual por una ficción se entendía como ya nacido únicamente en los casos en los que se trataba de hacer adquirir un derecho, y ello sujeto a la condición que se produjese el nacimiento con vida, situación con la cual dichos derechos se consolidaban definitiva e irrevocablemente.

Para Bonfante, el verdadero principio es el siguiente: el concebido no es actualmente persona; siendo, empero, siempre una persona eventual, “*in fieri*”, se le reservan y se tutelan aquellos derechos que desde el momento del nacimiento se le habrían transmitido, y además, su capacidad jurídica se calcula, en cuanto sea preciso, desde el momento de la concepción, no desde el momento del nacimiento.<sup>319</sup>

### III. 2. *Época postclásica*

En el Bajo Imperio, para el *status libertatis* se sigue el criterio de que no importa si la madre fuera esclava en el momento de la concepción o del nacimiento, sino que bastaba que hubiera sido libre en cualquier momento intermedio del embarazo (Marciano, I, 5. 5. 2. 3; Paulo, 2. 24. 1-3). Tampoco quedan dudas de que se pueda en su nombre pedir la *bonorum possessio* o un *curator ventris* (Ulpiano, D. 37. 9, 1).<sup>320</sup>

---

<sup>318</sup> *Idem.*

<sup>319</sup> Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. 4ª edición. Madrid: Reus, p. 3.

<sup>320</sup> Di Pietro, A. ob. y ed. cit., p. 81.

## IV. El Código Civil de Vélez Sarsfield

### Libro I, Título IV:

De la existencia de las personas antes del nacimiento (artículos 70 a 79).

Art. 70: Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiera nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si lo concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de ser separados de su madre.

Art. 74: Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran nacido.

Art. 75: En caso de duda de si hubieren nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario.

Art. 76: La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el maximun y minimun de la duración del embarazo.

Art. 77: El maximun de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días, y el minimun de ciento ochenta días, excluido el día del nacimiento. Esta presunción no admite prueba en contrario.<sup>321</sup>

## V. Código Civil y Comercial

### Libro Primero, Parte General, Título I, Persona Humana (artículos 19 y 20)

#### Capítulo I, Comienzo de la existencia.

Art. 19: La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

Art. 20: Duración del embarazo. Época de la concepción: Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento.

Si no nace con vida, se considera que nunca existió. El nacimiento con vida se presume.<sup>322</sup>

---

<sup>321</sup> *Código Civil Argentino* (1960). Buenos Aires: Lajuanne.

<sup>322</sup> *Código Civil y Comercial de la Nación* (2015). 1ª reimpresión. Buenos Aires: La Ley.

