

LA REGLA “*CONCEPTUS PRO JAM NATO HABETUR*” EN LOS ARTS. 74 Y 77 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Ian Henríquez Herrera*

INTRODUCCIÓN

La regla por la cual al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le favorezca tiene sus antecedentes remotos en el derecho de los juristas clásicos. Como se sabe, el pensamiento jurídico romano clásico era aporético, problemático y casuístico, y en consecuencia no es dable esperar encontrar una regla abstracta de aplicación general. Sin embargo, de muchas *responsa*¹ de juristas se colige la equiparación del nacido y el no nacido en el *ius civile*, toda vez que se trate de justas nupcias. En el derecho justiniano la regla de paridad fue ampliada en base al *commodum*, transformándola en una regla de *ius gentium*². Fue en esta época que se consolidó la doctrina que luego los glosadores transformarían en brocardo³.

* El autor es Doctor en la Universidad de los Andes.

¹ Gai. Inst.1, 147; D.1,5,7; D.1,5,26; D.27,1,2,6; D.29,2,30,1; D.38,16,7; D.50,16,153; D.50,16,231.

² Según Emilio Albertario, la paridad del concebido con el nacido en el derecho romano clásico es una regla de *ius civile*, sólo aplicable a justas nupcias. Para el caso del vulgo se aplica el *ius gentium* y en consecuencia es el nacimiento el que determina la capacidad jurídica. Esa diferenciación se perdió en el derecho post-clásico justiniano. Los bizantinos mezclaron ambos estatutos en base al *commodum*, estableciendo la doctrina por la cual al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le favorezca. ALBERTARIO, EMILIO, *Studi di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1933, v.1, pp. 1 a 60, esp. 59. En la ciencia romanista contemporánea, importantes autores, como Pierangelo Catalano, plantean que según los *Digesta* de Justiniano, la paridad del concebido y del nacido es un principio de carácter general. En ese sentido, se habla de una igualdad ontológica entre el *nasciturus* y el ya nacido, cuya observación por parte de los juristas habría dado fruto a este principio de la paridad. Vid., CATALANO, Pierangelo. *Diritto e Persone I*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990, p. 185, y especialmente 202-3; SALAZAR REVUELTA, María. “Algunas

El derecho castellano es tributario directo de esta doctrina, la que quedó plasmada explícitamente en la legislación de las Siete Partidas, y luego en los textos normativos derivados de ella⁴. 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 a propósito de las guardas⁵. Igual cosa ocurre con los comentaristas tempranos del *Code*, como Delvincourt y Rogron⁶. En paralelo, la doctrina tedesca se aleja de esta línea de pensamiento bajo el influjo de Savigny, quien afirma que la paridad entre el *nasciturus* y el nacido es tan solo una ficción elaborada con fines prácticos⁷. Estas dos doctrinas diferentes encontraron asidero en las codificaciones de los siglos XVIII y XIX⁸.

consideraciones sobre la doctrina del *nasciturus* en la tradición romanística y en la codificación" en HERRERA BRAVO, Ramón y SALAZAR REVUELTA, María (coord.), *Problemática del Derecho Romano ante la Implantación de los Nuevos Planes de Estudio*, Universidad de Jaén, Jaén, 1999, p. 289; CASTÁN VÁSQUEZ, José María. *La Tradición Jurídica sobre el Comienzo de la Vida Humana. Del Derecho Justiniano a los Códigos Civiles*, lección inaugural del curso académico 1994-95, Universidad San Pablo Ceu, Madrid, 1994, pp. 6-7; SOZA RIED, María de los Ángeles, "La vida humana incipiente en el derecho romano", en *La Semana Jurídica*, nº72, sección Doctrina. E contra, TALAMANCA, MARIO, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 41-2.

³ CALASSO, FRANCESCO, *Medioevo del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 532-4.

⁴ Partida IV, Tit. XXIII (Del estado de los omes), Ley III.- En que estado, e de que condicio es la criatura, mientras que sea en el vientre de su madre; Partida IV, Tit. XXIII, Del Estado de los Omes; Partida IV, Tit XXIII, Ley IV; Partida IV, Tit. XXIII, Ley V.- De la criatura que nasce de la muger preñada, non audiendo forma de ome; Partida VII, Tit. XXXIII, Ley VIII.- Del declaramiento de otras palabras, voz "Herencia".

⁵ DOMAT, Jean, *Las leyes civiles en su orden natural*, trad. de Felio Villarruelas y José Sardá, 2ª ed., Barcelona, Imprenta de José Taulo, 1844, T.I, pp. 96 a 101; POTHIER, *Oeuvres. Annotées et mises en corrélation avec le code civil el la législation actuelle par M. Bugnet*, 2ª ed., Paris, Editoriales Cosse et Marchal y Henri Plon, Paris, 1861, t.8, pp. 7-8.

⁶ DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, Paris, Chez Delestre-Boulage, Libraire, 1824, Tit. III Des Successions, Chap. III Des Qualités requises pour succéder, p. 25; ROGRON, J.A., *Code Napoléon. Expliqué par ses motifs, par des exemples, et par la jurisprudence*, 2ª ed., Paris, Thorel, 1843, pp. 11-2.

⁷ SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, t.1, p.279.

⁸ vid. VERLANGA HUERTA F. y MUÑOZ MIRANDA, I., (trad.), *Concordancia entre el Código Civil Francés y los Códigos Civiles Extranjeros*, Madrid, Imprenta de D. Antonio Yenes, 2ª ed., 1847.

La doctrina civilista chilena ha querido ver en el art. 74 del Código Civil chileno una muestra de adhesión a la doctrina de la ficción de Savigny, y con ello establece como regla general la no existencia legal del *nasciturus*, y su consideración excepcional para fines determinados (beneficiario de legados o donaciones)⁹. Nuestra hipótesis de trabajo es que la doctrina nacional dominante ha errado en este punto, puesto que un estudio de las fuentes utilizadas por Bello, de su pensamiento romanista, del contexto normativo en que se gestaron los textos de los arts. 74 y 77 y de la propia sistemática del código, llevan a concluir la presencia de la regla *nasciturus pro jam nato habetur* en el Código Civil chileno.

I. LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO¹⁰

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. El proyecto de 1846-1847 mantiene el mismo texto y numeración del artículo, añadiéndole un inciso que consideraba válidas las asignaciones testamentarias a favor de personas que no existen pero se espera que existan. Por lo pronto, de estos proyectos se colige que para Andrés Bello el concebido tenía existencia natural y civil y era distinto de las personas futuras.

En el proyecto de 1853 aparece por primera vez un Libro I “De las personas”, con un tit. II “Del principio i fin de la existencia de

⁹ Así, v.gr. CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago, 1898, t. I., pp. 217 a 229; ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio. *Curso de Derecho Civil*, 3° ed., Nascimento, Santiago, 1962; ETCHEBERRY, Leonor y VELOSO, Paulina. “Proposiciones relativas a una nueva normativa en ciertas materias de filiación”, en *Familia y Personas*, BARROS, Enrique (coord), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p.24; FIGUEROA YANEZ, Gonzalo. *Persona, pareja y familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p.43; FIGUEROA YANEZ, Gonzalo. *Derecho civil de la persona. Del genoma al nacimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 72 y 150; GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El Derecho privado constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001, p.92. En contra, CORRAL TALCIANI, Hernán, “Comienzo de la persona y personalidad del que está por nacer”, en *RD (UCV) XIII (1989-90)* pp. 33-50; DONOSO, CRESCENTE, “Los derechos del niño antes de nacer”, en QUINTANA....

¹⁰ BELLO, Andrés, *Obras Completas*. Santiago, Dirección del Consejo de Instrucción Pública (ed.), Imprenta Pedro Ramírez, 1887, tt. XI, XII y XIII.

las personas”, cuyos artículos 76 y 79 contenían 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 un apartado siguiente.

II. 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 Primer Proyecto¹¹, 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*¹².

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* nº 9. La cita de Sancho Llámás y Molina corresponde al *Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, y en los números 9 a 15 del comentario a la ley XIII explica en detalle cuándo y por qué un parto habrá de considerarse abortivo, y en consecuencia, el hijo póstumo no habrá de heredar¹³. 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.5º lib.10 de la Nov. Recop., la que establecía una regla para determinar cuándo los hijos eran o no abortivos¹⁴. Por lo demás, del

¹¹ BASCUÑAN, Anibal, *Nota de la redacción a la Breve explicación de Melo*, en *BSDP*, 2 (1993), p.51, citado por GUZMÁN BRITO, Alejandro, DE ÁVILA MARTEL, Alamiro, 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, p.13 nota al pie nº15.

¹² BELLO, ANDRÉS, *Los 50 artículos del Código Civil explicados por su autor*, Valparaíso, Imprenta El Mercurio, 1878.

¹³ LLÁMAS Y MOLINA, Sancho, *Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, Cía. Imprenta del Reino, 1852, p. 127.

¹⁴ “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,

comentario que Bello transcribe al pie de este artículo queda de manifiesto su intención: establecer una regla de certeza para estos casos y disminuir los requisitos en pro de la igualdad¹⁵.

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 justiniano: “L.123¹⁶. De verb.signif.- L.3,C. De port-humis her”; “L.26, De statu hom.-L.3, Si pars hered.- L.7, de rebus dub.- L.36 de solution”¹⁷. La tercera cita (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 jam nato habetur*¹⁸. El resto de las citas corresponden a reglas

cuando nació vivo todo, y que á lo menos despues de nascido vivió veinte i cuatro horas naturales, y fue bautizado antes que muriese: y si de otra manera nascido, 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”.

¹⁵ “La condición de vivir veinte i cuatro horas después del nacimiento, no parece de utilidad alguna. ¿Se dirá que puede muchas veces ser dudoso si el recién nacido ha vivido o no un momento después de la separación? La misma duda se presentará para decidir si estaba vivo o no en el momento de cumplir las veinte i cuatro horas: añádase la dificultad de medir con absoluta precisión este espacio de tiempo./ El nacer todo vivo i tener figura humana, son condiciones que darían 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 Constitución 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 también. La Constitución no le prohíbe ninguna de estas cosas”. BELLO, Andrés, *Obras completas*, o.c. t. XII., nota al art. 76.

¹⁶ Para Borja esta cita se trataría de una errata, debiendo ser el texto correcto 129. BORJA, Luis, *Estudios sobre el Código Civil Chileno*, Roger y Chernoviz Editores, París,1901, t. II, p.188.

¹⁷ Hemos transcrito las notas de Bello. Tales citas corresponden a los siguientes textos justinianos: 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.

¹⁸ “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”. Versión GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, *Cuerpo del Derecho Civil Romano. A doble texto, traducido al castellano del latino*, Jaime Molinas (Edit.), Barcelona, 1889.

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 de los hijos póstumos y abortivos.

Andrés Bello no mencionó expresamente 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 Código¹⁹. 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 *conceptus pro jam nato habetur*²⁰. En consecuencia, es altamente probable el traspaso de esta doctrina a nuestro Código. Para Savigny, en cambio, el énfasis no está en la regla *conceptus pro jam nato habetur*, sino en el texto de Ulpiano conocido como *portio mulieris*, de L.I, 1, de inspic. Ventre (XXV,4)²¹, 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*²². 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

¹⁹ “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, *Obras Completas*, o.c., t.XII, nota al pie del inicio de Título Preliminar del Proyecto de 1853.

²⁰ POTHIER, *Oeuvres. Annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. Bugnet*, 2ª ed., Paris, Editoriales Cosse et Marchal y Henri Plon, Paris, 1861, t.8, pp. 7-8, 77; DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, Paris, Chez Delestre-Boulage, Libraire, 1824, Tit. III Des Successions, Chap. III Des Qualités requises pour succéder, p. 25; ROGRON, J.A., *Code Napoléon. Expliqué par ses motifs, par des exemples, et par la jurisprudence*, 2ª ed., Paris, Thorel, 1843, pp. 11-2.

²¹ Dice este texto, en lo pertinente, “...partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum”.

²² SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, t.1, p.279.

madre²³. Es notoria la semejanza formal con el texto del definitivo art. 74.

III. EL CONTEXTO DE LA LEGISLACIÓN PATRIA A LA SAZÓN

Antes de la dictación del Código Civil, la discusión dogmática en lo pertinente decía relación con la determinación de las siguientes categorías: nacimiento natural, 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 período, 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.)²⁴, cuyo título era: “De los hijos abortivos, quiénes se digan tales para no suceder á sus padres”²⁵. Según la propia confesión de Bello, plasmado en sus notas al art. 76 del

²³ SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, traducción del alemán de Ch. Guenoux, Firmin Didot Frères (editor), Paris, 1841, t. II, p.3. Hay traducción castellana: *Sistema de Derecho Romano Actual*, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, t.1, p. 273.

²⁴ En ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Comentarios a las Leyes de Toro*, 3ª ed., Madrid, Imprenta de Don Antonio Martínez, 1826, p. 117.

²⁵ El comentario de Álvarez Posadilla a este texto clarifica su sentido: “En esta ley se trata de 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 mujer, 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”. ALVAREZ POSADILLA, Juan, *Comentarios a las Leyes de Toro*, 3ª ed., Madrid, Imprenta de Don Antonio Martínez, 1826, p. 118. El destacado es nuestro.

proyecto de 1853, ésta fue la situación que quiso reformar. Es decir, la regla de ese artículo es una regla técnica para zanjar el problema de la sucesión de los hijos abortivos.

En cuanto a la doctrina castellana difundida en América, 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 Real de España*, 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 madres²⁶. Otro texto doctrinario de mucha importancia fue el *Librería de escribanos, é instrucción jurídica theorico práctica de principiantes*, de Febrero. En él se alude al *nasciturus* a propósito de la institución de heredero, aplicando la regla *conceptus pro jam nato habetur*²⁷. 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 considera nacido para los efectos del derecho, siempre que se trate de su bien²⁸. Se ve pues que en el contexto doctrinario el concebido tiene existencia jurídica, en base, nuevamente, a la regla *conceptus pro jam nato habetur*. Esto es absolutamente comprensible, puesto que estaba vigente la Partida IV, que contenía esta regla.

IV. EL PENSAMIENTO ROMANISTA DE BELLO

Es posible identificar dos modelos de pensamiento diferentes en el codificador chileno, uno influido por la sistemática de Heineccius y vertido en las *Instituciones de Derecho Romano*, otro influido por la sistemática de Savigny y vertido en sus

²⁶ SALA, Juan, *Ilustración del Derecho real de España*, Valencia, Imprenta de Joseph de Orga, MDCCCIII, t.1., p.4., citado por CASTÁN VÁSQUEZ, José M., *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana*, lección inaugural del curso académico 1994-95, Universidad San Pablo Ceu, Madrid, 1994, p.11.

²⁷ FEBRERO, J., *Librería de escribanos, é instrucción jurídica theorico práctica de principiantes*, Imprenta de Pedro Marin, Madrid, MDCCLXXXIX, t.1, p.96, citado por CASTÁN VÁSQUEZ, José M., *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana*, o.c. p.12.

²⁸ Citado por CASTÁN VÁSQUEZ, José M., *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana*, o.c., pp 12-3.

manuscritos inconclusos, publicados como *Principios de Derecho Romano*.

Las *Instituciones de Derecho Romano* fueron publicadas en 1843 en forma anónima, pero hoy no se discute la autoría de Bello. Fue escrita siguiendo como modelo a las *Instituciones* de Heineccius y concebida como un manual para uso de estudiantes. De la lectura de las *Instituciones de Derecho Romano*²⁹ se desprende que para Andrés Bello el *nasciturus* era un heredero, aunque aún no nacido. De hecho era susceptible de ser desheredado y el póstumo preterido podía romper el testamento. Además, se desprende con claridad la diferencia entre el *nasciturus* y la persona incierta³⁰.

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. 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 Escuela Histórica-, aparece de manera clara que el proyecto fue abandonado en una fase experimental³¹. En consecuencia, no representa lo que podríamos llamar un pensamiento madurado y asimilado plenamente por Bello.

Asentado lo anterior, pasemos a describir dicho manuscrito. 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,

²⁹ Sobre la autoría de Bello de esta obra, publicada como anónima, véase, por todos, HANISCH, HUGO, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, Santiago, 1983, p.207.

³⁰ BELLO, ANDRES, *Instituciones de Derecho Romano*, 3ªed., Librería Central de Servati, Santiago, 1878, pp. 38, 94, 110-1.

³¹ Véase YUTEMA, Hessel, "Introducción al Derecho Romano de Andrés Bello", en *Obras Completas de Andrés Bello*, Ediciones del Ministerio de Educación de Venezuela, Caracas, 1959, t.XIV, pp. XLIII-LII.

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; 3ª, que tenga la forma de la especie humana. Bello en este punto se refiere a la regla *conceptus pro jam nato habetur* en forma expresa y alude a ella como una ficción, señalando al igual que Savigny que la capacidad natural principia con el nacimiento completo³². 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).

V. LA CODIFICACIÓN COMPARADA

Muchos de los códigos promulgados contenían un apartado sobre las personas. Entre ellos pueden distinguirse, según lo que nos ocupa, dos tipos: aquellos códigos que aluden al goce de los derechos civiles, sin mención a la concepción o al nacimiento, como el Francés³³, el de las Dos Sicilias³⁴, el Sardo³⁵, el del Cantón de Vaud³⁶; aquellos códigos que aluden al goce de los derechos civiles, con referencia a la concepción o

³² BELLO, Andrés, *Principios de Derecho Romano*, en *Obras Completas de Andrés Bello*, Ediciones del Ministerio de Educación de Venezuela, Caracas, 1959, t.XIV, pp.316-8.

³³ Código Francés: Libro I, De las Personas, Tít. I, del goce y de la privación de los derechos civiles. Cap. I Del goce de los derechos civiles. "Art. 10. El goce de los derechos civiles es independiente de la calidad de ciudadano, la cual no se adquiere ni se conserva sino según lo establecido en la ley constitucional".

³⁴ Dos Sicilias: Libro I De las Personas. Tít. I. Del goce y de la privación de los derechos civiles. Cap. I Del goce de los derechos civiles. "Art. 9 El ejercicio de los derechos civiles y políticos corresponderá a los nacionales (...)".

³⁵ Cód. Sardo. Libro I De las Personas. Tít. I Del goce y de la privación de los derechos civiles. Cap. I Del goce de los derechos civiles. "Art. 18. Todo súbdito sardo goza de los derechos civiles, á menos que por hecho propio los haya perdido. Los súbditos no católicos gozan de estos derechos conforme á las leyes, reglamentos y usos que les conciernen".

³⁶ Cód. del Cantón de Vaud. Libro I De las personas. Tít. I Del goce y de la privación de los derechos civiles. Cap. I Del goce de los derechos civiles Art. 5. Como el 10 del Code.

al nacimiento, como el de La Luisiana³⁷, el Holandés³⁸, el Austriaco³⁹, el Bávaro⁴⁰, el Prusiano⁴¹, el Peruano⁴² y pese a no ser sancionado finalmente como código, al Proyecto de García Goyena⁴³. Entre los textos del segundo grupo, todos reconocen la regla "*pro jam nato habetur*", salvo el de Prusia, que pende el goce de los derechos civiles al hecho del nacimiento o a otra condición. 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 regla que señala que el hijo que nace

³⁷ Código de La Luisiana. Libro I De las Personas. Tít. I. De la distinción de las personas. "Art. 28. Los hijos que nacen muertos, serán considerados como si nunca hubiesen nacido ó como si nunca hubiesen sido concebidos. Art. 29. Los hijos que están aún en el vientre de su madre, se considerarán como ya nacidos en todo lo concerniente á ellos; así pues, se les conservarán las herencias que pudieren sobrevivirles, les pertenecerán estas, y se les nombrarán curadores que guarden sus bienes".

³⁸ Cód. Holandés. Libro I De las personas. Tít. I Del goce y de la privación de los derechos civiles. "Art. 1. El goce de los derechos civiles es independiente de los derechos políticos; éstos solamente se adquieren con arreglo a la ley fundamental"; "Art. 2. La esclavitud y todas las demás servidumbres personales, sea cualquiera su naturaleza ó denominacion, quedan abolidas en el reino: todos los hombres que se encuentren en él son libres y capaces de gozar de los derechos civiles"; "Art. 3. 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".

³⁹ Cód. Austriaco. Parte Primera. Cap. I. De los derechos inherentes á la calidad de las personas. "Art.21: Están especialmente bajo la protección de las leyes: ...8º Los hijos concebidos, á menos que nazcan muertos".

⁴⁰ Cód. Bávaro. Del estado civil y natural. Libro I C. III. "Los hijos concebidos se reputará como nacidos, si así conviene á su interés y si nacen despues vivos. No se presumirá que el niño deba vivir sino cuando la madre hubiese parido en tiempo".

⁴¹ Cód. Prusiano. "Art.82. Los derechos del hombre penden de su nacimiento, de su estado, y de ciertos hechos ó circunstancias á que dan las leyes un efecto determinado".

⁴² Libro Primero de las personas y sus derechos, Sección Primera de las personas según su estado natural, Título Primero De los nacidos y por nacer: "Art. 1º. El hombre, según su estado natural, es nacido ó por nacer"; "Art 2º. El hombre, desde que nace, tiene los derechos que le declaran las leyes"; "Art. 3º Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece"; "Art. 4º. El nacido y el que está por nacer necesitan, para conservar y transmitir estos derechos, que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción; que vivan cuando menos veinticuatro horas, y que tengan figura humana".

⁴³ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfica, Madrid, 1852, t. 1, p.121. Dice el art. 107: "Para los efectos legales, solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales". (Imprenta de la Sociedad Tipográfica, Madrid, 1852, t.1, p.121).

muerto se reputará no haber existido jamás. Ésta no es contradictoria con el brocardo, sino que es el complemento necesario, así se desprende especialmente de los códigos luisiano y holandés⁴⁴.

Los códigos de la época pueden agruparse también entre aquellos que contienen un apartado para señalar requisitos de capacidad para suceder y los que no. Entre los primeros, se cuenta el Francés⁴⁵, Prusiano⁴⁶, Austríaco⁴⁷, Dos Siciíias⁴⁸, Bávaro. Sólo este último no aludía a la concepción como requisito para suceder. Entre los segundos destaca el de La Luisiana, que pese a no contar con dicho apartado, sí contempla a los concebidos como sujeto sucesorio⁴⁹. De igual modo, es rasgo común en la codificación comparada el nombramiento de curador de bienes y la conservación de las herencias al *nasciturus*.

En la codificación comparada el concebido era sujeto de tratamiento jurídico, sea a propósito de las personas, sea a propósito de la capacidad sucesoria. Los códigos luisiano, holandés, bávaro, peruano, austríaco y el proyecto de García Goyena recogen la regla *conceptus pro jam nato habetur*. Por las notas de Andrés Bello a los proyectos del Código Civil

⁴⁴ 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: D. L. L. tit. XVI 231. "IDEM [Paulus] *libro singulari ad Senatusconsultum Tertullianum*.- "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". L. 129 de verb sign. PAULUS *libro I. Ad legem Iuliam et Papiam*.- "los que nacen 'muertos' no son considerados nacidos, ni procreados, porque nunca pudieron ser llamados hijos" (usamos el sistema de citas de Bello).

⁴⁵ 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 aún concebido; 2º La criatura que no nació en estado de vivir; 3º El que murió civilmente".

⁴⁶ De las Herencias. Del modo de verificarse y de las cualidades que se requieren para heredar. Tit. I. Parte I. 10 y 12. "Para heredar es necesario estar concebido".

⁴⁷ 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 ó que no hubiere nacido con vida, no puede heredar".

⁴⁸ Id. al *Code*.

⁴⁹ Cf. art. 29.

sabemos que tuvo a la vista todos estos códigos⁵⁰. 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, pero 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 regogen el brocardo *conceptus pro jam nato habetur*⁵¹.

VI. RAZONES PARA DESCARTAR LA ADHESIÓN DE BELLO A LA TEORÍA DE LA FICCIÓN EN ES ESTA MATERIA

En nuestra dogmática está suficientemente asentado que Bello adhirió a la teoría de la ficción de Savigny en materia de personas jurídicas⁵². También es notoria la similitud del definitivo art. 74 con el texto savignyano del *Sistema de Derecho Romano*, como también es manifiesto el influjo de este libro en el pensamiento romanista de Bello plasmado en sus *Principios de Derecho Romano*. Sin embargo, pensamos que existen razones fuertes para descartar la adhesión del codificador chileno a la teoría de la ficción en las normas de los arts. 74 y 77.

Sabido es que Bello solió introducir sutiles -pero relevantes- modificaciones a los textos que tuvo en vista⁵³. El texto savignyano dice "la capacidad natural". El texto de Bello dice "la

⁵⁰ BELLO, ANDRÉS, *Obras completas*, o.c., t. XII.

⁵¹ Conviene hacer notar que el codificador chileno mantuvo, en términos generales, el esquema de la codificación comparada: destinar un apartado específico al tratamiento de las personas, situándole al principio del código. Sin embargo, innovó en cuanto al resto de la sistematización, puesto que en ninguno de los otros códigos existe un apartado sobre el inicio y fin de las personas.

⁵² Sobre la influencia de Savigny en el pensamiento jurídico de Andrés BELLO, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello Codificador*, Santiago, Universidad de Chile, 1982, t. 1, p. 260, nota n° 586.

⁵³ V.gr., el art. 19 del Código Civil chileno, que aparentemente es una copia directa del art. 13 del Código de La Luisiana, pero al indicar el nuestro "cuando el sentido de la ley", se introdujo una modificación substancial en relación a su fuente directa.

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. 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 el segundo, "capacidad civil", y aun la "capacidad natural" sería más extensa, comprensiva o abarcativa.

Conforme a los artículos 962 y 1390 del Código promulgado, para ser capaz de suceder es necesario existir natural y civilmente⁵⁴. El *nasciturus* es capaz de suceder y de recibir donaciones. 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, según se desprende de las notas de Bello y del contexto legal y doctrinario. La regla de la "existencia legal" es, entonces, una regla específica, de alcance limitado, tendiente a resolver la disputa de hijos abortivos y su capacidad sucesoria.

Existen otras variadas razones para afirmar que Bello, en este punto, no siguió la teoría de la ficción savigniana: 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. De igual modo, de seguir la tesis de la ficción, habría resultado más coherente que señalase en las citas de

⁵⁴ 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 nº 7.612" *RDJ* t. 40 (1943) pp. 105-122, EL MISMO, "El Código Civil chileno y sus reformas", *RDJ* t.45 (1948) pp. 37-67.

fuentes el texto de Ulpiano *portio mulieris* -que es el que cita Savigny-, y no aquellos que son expresión de la regla *conceptus pro jam nato habetur*. 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 ficción 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. Del mismo modo, se colige del uso del verbo “reputar”. En efecto, este mismo verbo es usado en otras disposiciones, en las 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, y es usado también por Pothier, en el contexto de la regla *pro jam nato habetur*⁵⁵.

VII. LA INFLUENCIA DE CLARO SOLAR EN LA CIVILÍSTICA NACIONAL POSTERIOR

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 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, Chacón destina la sección primera del título segundo de su *Estudio Comparativo* a dilucidar cuándo la criatura nace viable, criticando los requisitos de la legislación vigente -nacer todo vivo, vivir veinticuatro horas, recibir el bautismo- y valorando positivamente que nuestro Código eliminase tales exigencias. Fabres incorpora a la doctrina la distinción entre expectativa de existencia y la existencia misma⁵⁶. Con Claro Solar, en cambio, se inaugura un giro dogmático, al incorporar la doctrina savignyana⁵⁷. En efecto, en

⁵⁵ POTHIER, *Oeuvres. Annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. Bugnet*, 2ª ed., Paris, Editoriales Cosse et Marchal y Henri Plon, Paris, 1861, t.8, pp. 7-8.

⁵⁶ FABRES, José Clemente, *Instituciones de Derecho Civil Chileno*, Imprenta del Universo de G. Helfmann, Valparaíso, 1863, pp. 11-2.

⁵⁷ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago, 1898, t. I., pp. 217 a 229.

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 distingue entre la existencia natural y la legal. Sólo esta última sería constitutiva de la personalidad. Así, Barros Errázuriz, Pescio, Alessandri, Somarriva -por mostrar tan sólo a los más influyentes- se limitan a reiterar esta doctrina⁵⁸.

VIII. CONCLUSIONES.

Existen razones fuertes para considerar que nuestro Código Civil en los arts. 74 y 77 recoge la regla *conceptus pro jam nato habetur*. Tales razones son la finalidad de la regla del art. 74, sumado al contexto en la cual se gesta. Dicha finalidad fue establecer una regla precisa para dirimir las controversias sobre partos abortivo o naturales y el contexto está dado por la legislación castellana vigente, que en la Partida IV consagraba expresamente la regla *conceptus pro jam nato habetur*. Andrés Bello no substituyó el sistema vigente a la sazón por uno nuevo, sino que -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.

A su vez el artículo 77 es manifestación de uno de los aspectos de la regla *conceptus pro jam nato habetur*. 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, tenían similares normas. Nuestro Código, además, contempla los mismos resguardos al *nasciturus* que el Código de Luisiana.

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, salvo Savigny, quien elaboró una doctrina propia: la de la ficción. Por las razones

⁵⁸ 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 y 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, H., "El Concepto Jurídico de Persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria", *RChD* XVII (1990) pp. 35-85.

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.