

EL NASCITURUS Y SU PROTECCIÓN  
A TRAVÉS DEL EMBARGO DE LOS BIENES HEREDITARIOS

Rosario de Castro-Camero  
Universidad de Sevilla

RESUMEN

El Edicto del pretor y la Jurisprudencia clásica coinciden en la necesidad de proteger la vida y las expectativas patrimoniales de los hijos concebidos, pero no nacidos. La defensa pretoria del *nasciturus* se desarrolló a través de distintos recursos jurisdiccionales, destacando entre ellos el embargo preventivo de los bienes hereditarios. La llamada *missio in possessionem ventris nomine* se hacía en nombre del niño que estaba por nacer, aun cuando era la madre la que materialmente recibía los bienes embargados. Para la custodia y administración de éstos, se designaba un curador que, además, velaba porque se le proporcionasen los necesarios alimentos.

PALABRAS CLAVE: *Nasciturus*, embargo, curador, alimentos, *benignior interpretatio*.

ABSTRACT

*The praetorian edict and the classical jurisprudence agree on the necessity to protect the life and patrimonial expectations of conceived but unborn children. The praetorian defence of the nasciturus was developed through different jurisdictional resources, highlighting the preventive seizure of heritage among them. The so-called missio in possessionem ventris nomine was made in the name of the unborn child, even when it was the mother who materially received the seized patrimony. For the custody and administration of these, a curator was appointed who also ensured that they were provided with the necessary food.*

KEYWORDS: *Nasciturus*, seizure, curator, food, *benignior interpretatio*.

SUMARIO: 1. PRESUPUESTOS. 2. REQUISITOS DE LA MISSIO. 3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN. 4. EL CUIDADO DEL PATRIMONIO EMBARGADO. 5. LA INTERPRETACIÓN MÁS BENIGNA A FAVOR DEL CONCEBIDO. 6. CONCLUSIONES.

## 1. PRESUPUESTOS

El fallecimiento del *pater familias* tenía importantes efectos para todos los que hasta ese momento habían permanecido bajo su potestad, que dejaban de estarlo y se convertían en personas independientes o pasaban a estar sometidos al poder de otro (el padre, en caso de muerte del abuelo); asimismo, la apertura de la sucesión traía consigo una serie de consecuencias patrimoniales de profundo calado que, de una manera u otra, alcanzaban a toda la familia. Ahora bien, un acontecimiento podía interferir significativamente en el normal desarrollo de la sucesión y retrasar el momento de la adjudicación de los bienes hereditarios. Nos estamos refiriendo a la posibilidad de que hubiera, al tiempo de producirse la muerte del causante, algún concebido en el ámbito de la familia que, de haber nacido en vida de éste, hubiese estado bajo su patria potestad.

La especial vulnerabilidad del *nasciturus*, que dependía de otros para mantener su vida y para defender sus expectativas sobre la herencia, encontraron en el pretor y en los recursos de su jurisdicción la protección que su situación requería. Asimismo, la jurisprudencia romana interpretó como muy necesaria la concesión de estas medidas al considerar que, por las mismas razones por las que se concedía la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, había también que proteger al no nacido. Es más, en caso de concurrencia de intereses, Ulpiano llega incluso a sostener, en D. 37,9,1,15 (*Ulp. 41 ad ed.*), que se debía favorecer a éste antes que al ya nacido; pues para el concebido lo que estaba en juego era su vida y, para el segundo, sólo el reconocimiento de su legitimidad<sup>1</sup>: *Et generaliter ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri: partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur.*

<sup>1</sup> Para F. BETANCOURT, *Vida intrauterina: «spem animantis» o «nasciturus»*, en A.J. Sánchez Sáez, (Coord.), *La protección jurídica del «nasciturus» en el Derecho español y comparado* (Granada 2018) p. 7, el jurista Ulpiano fundamenta su opinión en el *ius naturale*. Por su parte, J.A. BUENO DELGADO, *Some Considerations about the Figure of the «curator ventris» in Roman Law*, en *Rights of Citizen and their Protection* (2019) p. 122, n. 11, sostiene que este texto pone de manifiesto cómo la razón principal de la protección del concebido, era la defensa del más importante de sus derechos, el derecho a nacer (*...partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat...*).

---

*El nasciturus y su protección a través del embargo de los bienes hereditarios*

---

Entre los instrumentos que el pretor recogía en el Edicto para su defensa, destaca el del embargo preventivo de los bienes hereditarios hasta el momento del parto, la llamada *missio in possessionem ventris nomine*. El contenido de esta medida, según explica Ulpiano en D. 37,9,1 pr. (*Ulp. 41 ad ed.*), tenía como referente otro decreto pretorio (*bonorum possessio contra tabulas*) y se daba en nombre del concebido, cuya esperanza de vida e intereses se pretendían tutelar: *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit. Nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.*

Dos eran los bienes a proteger: por un lado, la vida del concebido, y de ahí el reconocimiento de alimentos para garantizar el buen curso de la gestación; por otro, los derechos que, eventualmente, pudiera llegar a tener sobre la herencia. La *missio in possessionem* servía para amparar ambos, ya que al quedar embargados los bienes y ponerlos en posesión del niño se le proporcionaban los alimentos necesarios y, al mismo tiempo, se impedía que un precipitado reparto de los bienes hiciera imposible que, una vez nacido, recibiera lo que le correspondía de la herencia.

La lectura de D. 37,9, el título del Digesto dedicado específicamente al tratamiento de la *missio in possessionem ventris nomine*, nos lleva a la conclusión de que es al niño, a través de su madre, a quien se pone en posesión de los bienes hereditarios. Ciertamente, existen también en el Digesto fragmentos en los que se emplea el femenino *missa*, lo que podría llevarnos a pensar en la madre como destinataria del embargo. Entre ellos están: D. 3,2,15/19 (*Ulp. 8 ad ed.*) o D. 25,6,1 pr./6 (*Ulp. 34 ad ed.*). Ahora bien, conviene destacar que son textos que abordan esta cuestión de manera tangencial, a propósito de otra problemática, como por ejemplo la acusación de calumnia y sus consecuencias cuando se juraba en falso estar embarazada. Aunque ciertamente son varios los fragmentos en los que se alude a la mujer como a la que se pone en posesión de los bienes, a nuestro modo de ver se trata sólo de una mera detentación material. El decreto de embargo sería en nombre del niño, quien obtendría la posesión a través de persona interpuesta, a través de su madre (D. 29,3,9 [*Paul. 45 ad ed.*]: *Si mulier ventris nomine in possessione sit, aperiendae sunt secundae tabulae, ut sciatur, cui demandata sit curatio*). En esa línea Betancourt opina que la fuente que más luz proporciona al respecto es D. 40,4,13,3 (*Ulp. 5 disput.*), que recoge parte de una cláusula edictal en la que expresamente se dice cómo el embargo se decretaba a favor del concebido: *...edictum praetoris, quo ita cavetur «ventrem cum liberis in possessionem*

*esse iubebo*».<sup>2</sup> A su juicio, tanto el Edicto del pretor como la Jurisprudencia clásica central habrían atribuido la posesión de los bienes al niño en gestación, siendo a finales del período clásico cuando los juristas empezaron a asignarla a la madre, lo que explicaría que en algunos fragmentos se emplee el femenino *missa*.

En realidad, más que la posesión lo que se recibía era la custodia de los bienes. No cabe, pues, hablar de posesión en sentido estricto, ya que entre otras cosas no era posible que, con el paso del tiempo, se llegase a lograr su adquisición mediante usucapión. Así se recoge en D. 41,2,3,23 (*Paul. 54 ad ed.*), donde Paulo se hace eco de la opinión de Quinto Mucio Escévola, que entendía que tanto en los casos de *missio in possessionem ventris nomine* como en otros en los que se quería conservar algo o un propietario no daba la caución de daño temido, realmente lo que había era custodia más que posesión. Con la custodia se buscaba la conservación del patrimonio, tal y como explica Pomponio en una de sus obras dedicada a Quinto Mucio Escévola (D. 42,4,12 [*Pomp. 23 ad Q. Muc.*])<sup>3</sup>; pero en el caso particular del embargo en nombre del concebido podían incluso llegar

<sup>2</sup> D. 40,4,13,3 (*Ulp. 5 disput.*): *Sed et si ancilla cum filiis libera esse iussa sit, etsi nullos habeat, erit libera: vel si habeat quidem, filii autem eius ad libertatem pertinere non possint, idem erit dicendum: et si ipsa libera esse non possit, filii tamen eius pervenient ad libertatem. Nam haec adiectio «cum filiis» non facit condicionem, nisi mihi proponas aliam sententiam testatoris fuisse: tunc enim pro condicione erunt haec verba accipienda. Conditionem autem non facere argumento est et edictum praetoris, quo ita cavetur «ventrem cum liberis in possessionem esse iubebo»: placet enim, etsi nulli liberi sint, ventrem tamen ex edicto in possessionem mittendum.* F. BETANCOURT, *La defensa pretoria del «missus in possessionem»*, en *AHDE*. 52 (1982) pp. 426 s. y nn. 131 s. Cfr. también p. 374, n. 2. donde el autor recoge un completo elenco de fuentes relacionadas con la *missio* que nos ocupa. Más recientemente, sobre los recursos pretorios previstos para hacer efectivo el embargo de los bienes, cfr. ID., *Vida intrauterina* cit. pp. 7-9.

<sup>3</sup> D. 41,2,3,23 (*Paul. 54 ad ed.*): *Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus, ineptissimum est: nam qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit: et ideo, cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longam possessionem capere praetor causa cognita permittit.* D. 42,4,12 (*Pomp. 23 ad Q. Muc.*): *Idemque et in prodigo dicendum est ceterisque, qui curatorem ope iuvantur: nec enim quisquam proprie latitare eos dixerit.* A juicio de F. BETANCOURT, cit. p. 418, en puridad no existía *possessio* pero tampoco *custodia* en sentido técnico contractual. A. METRO, cit. pp. 82-84, distingue tres acepciones del término *custodia*: la primera, como vigilancia, siendo este su significado vulgar y el empleado en muchas figuras del derecho de familia; la segunda como un poder concreto sobre una cosa (*potestas rei*), que implica detentación y disponibilidad material, siendo susceptible de transformarse en posesión; y la tercera, como responsabilidad contractual. En los casos de *missio in possessionem*, el autor considera que la custodia atribuye no un poder particular y bien definido sobre la cosa, sino un conjunto variado de poderes dados en función de la actividad de vigilancia recogida en el decreto de embargo dictado por el magistrado.

*El nasciturus y su protección a través del embargo de los bienes hereditarios*

a venderse bienes de la herencia si ello era necesario para el buen desarrollo de la gestación. Naturalmente, se empleaba en primer lugar el dinero en efectivo y, sólo después, se recurría a los bienes cuyo mantenimiento fuera más gravoso (D. 37,9,1,20 [Ulp. 41 ad ed.]).

## 2. REQUISITOS DE LA MISSIO

Para ser decretada la *missio in possessionem ventris nomine*, era absolutamente imprescindible que la madre estuviera encinta tanto en el momento del fallecimiento del causante como cuando se solicitaba el embargo (D. 37,9,1,1 [Ulp. 41 ad ed.])<sup>4</sup>. Si se producía un aborto o se demostraba que la madre no estaba realmente embarazada, se retiraba la posesión de los bienes a la madre, dado que ésta se había concedido en nombre del *nasciturus* (D. 37,9,1,27 [Ulp. 41 ad ed.]: *Tamdiu autem venter in possessionem esse debet, quamdiu aut pariat aut abortum faciat aut certum sit eam non esse praegnatem*). Sin embargo, no era necesario para que la *missio* fuera decretada el que la madre estuviera todavía casada con el causante de la herencia. De ahí que, el Edicto del pretor no se refiriera a ella como *uxor*, pues podía suceder que en el momento del fallecimiento del padre ya estuvieran divorciados (D. 37,9,1,10 [Ulp. 41 ad ed.]: *Rectissime autem praetor nusquam uxoris fecit mentionem, quia fieri potest, ut mortis tempore uxor non fuerit, quae se ex eo praegnatem dicit*). Por otra parte, cabe destacar cómo, aunque habitualmente la relación de parentesco que unía al causante con el niño en gestación era de primer grado en línea recta, ésta podía ser incluso de segundo grado, en línea recta por supuesto, cuando el ascendiente intermedio había premuerto o se encontraba en cautiverio (D. 37,9,1,8 [Ulp. 41 ad ed.]: *Si filius ab hostibus captus sit, uxor eius praegnas in possessionem socii bonorum mittenda est: nam aliquo casu spes est id quod nascitur inter suos heredes futurum, ut puta si pater eius apud hostes decedat*).

Los beneficios que de la defensa pretoria se podían derivar alcanzaban sólo al concebido, no a terceros. De ahí que Paulo, aunque sostiene que para su protec-

<sup>4</sup> D. 37,9,1,1 (Ulp. 41 ad ed.): *Praegnatem esse mulierem oportet omnimodo nec dicere se praegnatem sufficit: quare nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnas fuit et mortis tempore et eo, quo mitti in possessionem petit*. Desde las XII Tablas se sostenía que, para que un nieto cuyo padre había premuerto pudiera heredar a su abuelo, debía existir en el momento del fallecimiento de éste. Tratándose de un concebido, el jurista Celso defiende su derecho sobre la herencia, dado que se consideraba que también existía (D. 38,16,7 [Cels. 28 dig.]: *Vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*).

ción era conveniente tratarlo como si ya hubiera nacido, estima que tal consideración presentaba algunos límites, como era que no favoreciera a terceros, pues para esto debía esperarse al nacimiento (D. 1,5,7 [Paul. de part.]: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*)<sup>5</sup>. Sólo indirectamente terceras personas podían beneficiarse de la protección recibida por el concebido. La madre, al tener al niño en su vientre, era la que recibía el patrimonio embargado y era también la que podía verse favorecida por un retraso en el cumplimiento de una pena que conllevara la muerte o el destierro. Ahora bien, era al niño al que se le reconocía como titular de esos beneficios y, por tanto, sujeto de derecho por ser considerado como ya nacido<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> En igual sentido se expresa el jurista en D. 50,16,231 (*Idem* [Paul.] *ad sc. Tert.*): *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstitie esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus*. A juicio de M.E. DE LAS CASAS LEÓN, *Reflections on the Maxim «Conceptus pro iam nato habetur»*, en *Rights of Citizen and their Protection* (2019) p. 106, estos dos fragmentos de Paulo, junto con D. 1,5,26 (*Iul. 69 ad ed.*) de Juliano son los que de forma más contundente reconocen al *nasciturus* una capacidad jurídica limitada.

<sup>6</sup> J.A. BUENO DELGADO, cit. pp. 115-120 opina que, desde que el embrión se encuentra en el útero, goza de determinados derechos, como si fuera persona y, en consecuencia, sujeto de derechos. Los artículos 63 y 70 del Código civil argentino de 1869 están redactados en este sentido, afirmando que desde la concepción comienza la existencia de las personas, a las que se le reconoce la posibilidad de adquirir ciertos derechos antes de su alumbramiento. Sin embargo, los arts. 29 y 30 del Código civil español dejan al *nasciturus* en situación de pendencia al establecer como condición el nacimiento con vida para que sea reconocida su personalidad jurídica con efectos retroactivos. Por su parte, M. SALAZAR REVUELTA, *Algunas consideraciones sobre la doctrina del «nasciturus» en la tradición romanística y en la codificación*, en R. Herrera Bravo-M. Salazar Revuelta (Coords.), *Problemática del Derecho Romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio* (Jaén 1999) pp. 290, 303-305 destaca cómo el art. 29 de Código civil español no sigue la huella de otros Códigos europeos, que consideran como excepcional la equiparación entre el concebido y el ya nacido, y se alinea con la tradición romanística de origen que aboga por igualarlos con carácter general. En relación con los Códigos civiles iberoamericanos, cfr. pp. 302., donde Salazar subraya cómo la gran mayoría de ellos (Chile, Argentina, Brasil, Perú, Paraguay) tienen como referente las Partidas, particularmente la 4,23,3, y abogan por el reforzamiento de la defensa del *nasciturus* a través de la referencia a él como «persona». En el mismo sentido se expresa S. BIALOSTOSKY, *Panorama del marco jurídico que ha reglamentado a la persona del concebido («nasciturus») desde el Derecho romano al derecho positivo mexicano*, en R. López Rosa-F. del Pino Toscano (Eds.), *El derecho de familia. De Roma al derecho actual* (Huelva 2004) p. 52 cuando sostiene que las leyes 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del título 23 de la Partida 4 son el centro a partir del cual se difundió por los distintos Códigos latinoamericanos el principio de igualdad entre el concebido y el nacido. En el contexto europeo, P. FERRETTI, «Nasciturus pro iam nato habetur si de eius commodo agitur»: *storia di un principio*, en F. Reinoso Barbero (Coord.), *Principios generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual* (Madrid 2014) pp. 700-706, distingue dos grandes grupos entre los códigos: en el primero estarían los Códigos austriaco, sajón y español, que igualan al *nasciturus* con el ya nacido; y en el segundo los que no acogen como principio general esa equiparación.

*El nasciturus y su protección a través del embargo de los bienes hereditarios*

Al ser vidas distintas, aunque dependiente la del concebido de la de la madre, se diferenciaba entre el *status* personal del hijo y el de su madre<sup>7</sup>. De tal forma que, aunque el parto se hubiera producido cuando ésta era esclava, el recién nacido sería libre si en algún momento de la gestación su madre lo fue. Pues, se consideraba que la desventura de la madre no debía alcanzar a su hijo. Así se expresa Marciano en D. 1,5,5,2-3 (*Marcian. 1 inst.*). Es más, incluso si la madre no había llegado a ser manumitida pero entre las cláusulas de una donación estaba prevista ésta al tiempo del parto, Modestino defendía que se fingiera que la misma había tenido lugar para que el hijo no se viera perjudicado por el incumplimiento de la cláusula (D. 1,5,22 [*Idem (Mod.) 12 resp.*])<sup>8</sup>. El emperador Adriano emitió varios rescriptos en esa misma línea, considerando que el hijo nacía libre y ciudadano romano aunque su madre hubiera sido condenada a la pena capital, tanto de muerte como de destierro (D. 1,5,18 [*Ulp. 27 Sab.*] *Imperator Hadrianus Publi-*

Entre estos últimos observa, a su vez, otros dos grupos; los que se limitan a establecer alguna norma a favor del concebido en materia de sucesiones y donaciones, entre los que estarían los Códigos francés, alemán y el del Reino de Italia; y, por otro, los Códigos suizo, portugués e italiano de 1942 que, aunque tampoco recibieron el principio romano, en la parte de su articulado dedicada a la persona, sí reconocen al *nasciturus* con carácter general ciertos beneficios.

<sup>7</sup> Sobre la existencia del concebido antes de nacer y su independencia respecto de la vida de su madre, cfr. S. BIALOSTOKY, cit. p. 51, que a propósito trae a colación un breve fragmento de Terencio Clemente, D. 50,16,153 (*Terent. 11 leg. Iul. et Pap.*): *Intellegendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est*, en el que se reconoce que el feto existe cuando éste sigue vivo en el momento del fallecimiento de su madre.

<sup>8</sup> D. 1,5,5,2-3 (*Marcian. 1 inst.*): *Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt: sufficit enim liberam fuisse eo tempore quo nascitur, licet ancilla concepit et contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci (nec interest iustis nuptiis concepit an vulgo), quia non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est. 3. Ex hoc quaesitum est, si ancilla praegnas manumissa sit, deinde ancilla postea facta aut expulsa civitate pepererit, liberum an servum pariat. Et tamen rectius probatum est liberum nasci et sufficere ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse. D. 1,5,22 [*Idem (Mod.) 12 resp.*]: Herennius Modestinus respondit, si eo tempore enixa est ancilla, quo secundum legem donationis manumissa esse debuit, cum ex constitutione libera fuerit, ingenuum ex ea natum. Justiniano se hace eco de este planteamiento en IJ. 1,4 pr., si bien alude al jurista Marcelo como responsable del mismo: *Ingenuus is est, qui statim ut natus est liber est, sive ex duobus ingenuis matrimonio editus, sive ex libertinis, sive ex altero libertino, altero ingenuo. sed et si quis ex matre libera nascatur, patre servo, ingenuus nihilo minus nascitur: quemadmodum qui ex matre libera et incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licet ancilla conceperit. et ex contrario si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere qui in utero est. ex his et illud quaesitum est, si ancilla praegnas manumissa sit, deinde ancilla postea facta peperit, liberum an servum pariat? et Marcellus probat, liberum nasci: sufficit enim ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse: quod et verum est. 1. Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit illi in servitute fuisse et postea manumissum esse: saepissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.**

*cio Marcello rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederet. Sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit et in potestate patris).* Asimismo ordenaba el aplazamiento de los procedimientos por adulterio para evitar que esto pudiera perjudicar al hijo si eventualmente se dictaba una sentencia condenatoria que sembrara dudas sobre la legitimidad del niño en gestación (D. 37,9,8 [Paul. 1 de adult.]): *Si ventris nomine mulier missa sit in possessionem, divus Hadrianus Calpurnio Flacco differendam accusationem adulterii rescripsit, ne quod praeiudicium fieret nato).*

### 3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Las fuentes ponen de manifiesto cómo la protección proporcionada por el pretor encontró amplio eco en la jurisprudencia, que coincidía en entender que, a efectos jurídicos, al concebido se le debía considerar como ya nacido. Esto era especialmente evidente en lo relativo al derecho privado, pero también alcanzaba al derecho público.

En consecuencia, al tenerle por nacido, no perdía su derecho sobre la herencia legítima, ni tampoco el de postliminio (D. 1,5,26 [Iul. 69 dig.]: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem 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.*); el padre le podía nombrar un tutor en su testamento e incluso disponer una sustitución pupilar si lo estimaba conveniente (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 uiuis nobis nascantur, in potestate nostra fiant; <nam> hos etiam heredes instituere possumus cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit*)<sup>9</sup>. Es más, la preterición del mismo en el testamento de su padre suponía

<sup>9</sup> En opinión de M. SALAZAR REVUELTA, cit. pp. 294 s., Gai. 1,147 es una de las fuentes más importantes para atribuir un origen clásico al principio general de protección del *nasciturus* en Roma. Por su parte, P. FERRETTI, cit. pp. 685-687 estima que es en D. 1,5,7 (Paul. de part.) y en D. 1,5,26 (Iul. 69 dig.) donde mejor se observa el planteamiento clásico que equipara al concebido con el ya nacido en todo lo que le pudiera beneficiar, aunque con formulaciones diferentes. A su modo de ver, la expresión *in rebus*

*El nasciturus y su protección a través del embargo de los bienes hereditarios*

la nulidad absoluta y automática de éste, como comprobamos en D. 29,2,84 (Pap. 16 quaest.)<sup>10</sup>: *Ventre praeterito si filius qui fuit emancipatus aut ex heres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas. Sed si vacuo ventre mulier fuit et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intelligitur: emancipatus aut ex non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnatem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? Et ideo decreto filio succurrendum est, quia, sive frater ei nascatur sive non nascatur, patri heres futurus est. Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est.*

*humanis esse* que encontramos en D. 1,5,7 (Paul. de part.) hace alusión al ya nacido, no siendo el único texto en el que se emplea con ese sentido, como puede apreciarse en D. 37,9,1 pr. (Ulp. 41 ad ed.). Sin embargo, Juliano habla en D. 1,5,26 (Iul. 69 dig.) de *in rerum natura esse* y recoge un amplio elenco de supuestos concretos en los que aparecen asimilados el concebido y el ya nacido. Ferretti explica esta dualidad con base en lo que uno y otro jurista querían destacar; así, para Juliano, lo importante era subrayar la existencia para el derecho del concebido (*in rerum natura esse*) mientras que, para Paulo, lo más relevante era equiparlo en disciplina con el ya nacido (*in rebus humanis esse*) en todo aquello que pudiera beneficiarle. Sobre el desarrollo posterior del principio, cfr. pp. 689-705. M.E. DE LAS CASAS LEÓN, cit. p. 105 opina que Gai. 1,147 expresa claramente la esencia de la máxima de origen medieval *conceptus pro nato habetur*. S. BIALOSTOKY, cit. p. 51 considera que la formulación clásica que encontramos recogida en el Digesto hunde sus raíces en una *lex Regia*, que disponía que cuando la mujer embarazada moría, se le debía extraer el feto ante la posibilidad de que éste sobreviviera, y en las XII Tablas, que consideraba al *nasciturus* como un nuevo *suus* en la familia. Sobre la relevancia de la existencia o no de una unión legítima entre los padres del niño para determinar la equiparación del concebido con el ya nacido, cfr. A. GÓMEZ-IGLESIAS, «Nasciturus», el «status» jurídico del concebido, en SCDR. 9-10 (1997-1998) pp. 282, 290-293, 297-307, 318 s. Para este autor, la regla general clásica sólo se aplicaba cuando se trataba de justas nupcias; por lo que, cuando el niño era fruto de una unión ilegítima, el momento a tener en cuenta pasaba a ser el del nacimiento. Gayo, en sus Instituciones, se habría hecho eco de esta dualidad en fragmentos tales como Gai. 1,89 y 1,90; asimismo, ésta también puede encontrarse en fuentes atribuidas a otros juristas como D. 1,5,18 (Ulp. 27 Sab.) o D. 1,5,19 (Cel. 29 dig.). A la norma general clásica se le fueron añadiendo, de forma paulatina, excepciones que determinaron que, finalmente, se extendiera a los hijos ilegítimos en época postclásica. Una muestra de la evolución que experimenta el principio originario durante el período clásico la localizamos en D. 27,1,2,6 (Mod. excus.): *Qui in uteri est etsi in multis partibus iuris eum iam natis componitur, tamen neque in hac inquisitione, neque in reliquis numeribus civilibus patri prodes, idque dictum est in constitutione divi Severi*. Entre otros, este texto pone de relieve cómo el desarrollo de la doctrina del *commodum*, que vinculaba la asimilación entre el concebido y el nacido sólo en la medida en que fuera favorable para él, tuvo un papel extraordinario para la introducción de estos cambios. El Derecho justiniano habría recibido esta particular concepción jurídica del *nasciturus* y, con el tiempo, nuestro Código civil en su art. 29 también lo hizo, en combinación con el régimen clásico de adquisición de la personalidad.

<sup>10</sup> M. SALAZAR REVUELTA, cit. pp. 296-298, señala que, aunque es en el ámbito del derecho sucesorio donde resulta más evidente la protección del concebido, también se observa en otras medidas como pueden ser por ejemplo la prohibición del aborto o de la aplicación de determinadas penas a la madre si la ejecución de las mismas podía perjudicar de alguna manera la gestación.

Paralelamente, respecto al ámbito de la vida pública, juristas como Labeón defendieron que si la concepción había tenido lugar siendo el padre senador, debía considerarse al hijo como miembro de este orden aunque su padre hubiera perdido después tal condición (D. 1,9,7,1 [Ulp. 1 leg. Iul. et Pap.]: *Item Labeo scribit etiam eum, qui post mortem patris senatoris natus sit, quasi senatoris filium esse. Sed eum, qui posteaquam pater eius de senatu motus est, concipitur et nascitur, Proculus et Pegasus opinantur non esse quasi senatoris filium, quorum sententia vera est: nec enim proprie senatoris filius dicitur is, cuius pater senatu motus est antequam iste nasceretur. Si quis conceptus quidem sit, antequam pater eius senatu moveatur, natus autem post patris amissam dignitatem, magis est ut quasi senatoris filius intellegatur: tempus enim conceptionis spectandum plerisque placuit*).

Otra medida de protección fundamental era el reconocimiento de alimentos al niño, los cuales comprendían no sólo la comida y bebida sino también el vestido y el alojamiento de la madre, además del mantenimiento de sus esclavos (D. 37,9,4 [Paul. 41 ad ed.])<sup>11</sup>; pues, proporcionándole a ella lo necesario para la subsistencia del niño, conforme a la dignidad del padre fallecido, se garantizaba la vida que se estaba desarrollando en su vientre (D. 37,9,1,19 [Ulp. 41 ad ed.]: *Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet: et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum potum vestitum tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris*).

Los gastos que la satisfacción de estos alimentos generaba se cargaban a la herencia (D. 37,9,9 [Ulp. 15 Sab.]), con independencia de que la madre tuviera bienes propios o dote suficiente para atenderlos, puesto que la medida pretoria se daba a favor del niño que estaba gestándose (D. 37,9,5 pr. [Gai. 14 ad ed. prov.]: *Curator ventris alimenta mulieri statuere debet. Nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit, quia videntur quae ita praestantur ipsi praestari qui in utero est*). Ahora bien, era requisito imprescindible que la madre actuara de buena fe. Porque si solicitaba la *missio in possessionem* a sabiendas de no estar embarazada, los gastos le serían reclamados a ella por beneficiarse de algo que no le correspondía (D. 37,9,3 [Hermog. 3 iur. epit.]: *Sumptus autem ab ea facti bona fide non repetuntur*).

<sup>11</sup> D. 37,9,4 (Paul. 41 ad ed.): *Habitatio quoque, si domum defunctus non habuit, conducenda erit mulieri 1. Servis quoque mulieris, qui necessarii sunt ad ministerium eius secundum dignitatem, cibaria praestanda sunt*.

---

*El nasciturus y su protección a través del embargo de los bienes hereditarios*

---

La ley penal también protegía la vida del *nasciturus*, de ahí la gravedad con la que la ley Cornelia de sicarios y envenenadores (81 a.C.) castigaba a quien, con violencia, atentara contra la misma (D. 48,8,8 [Ulp. 33 *ad ed.*]<sup>12</sup>: *Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exigit*). El uso de venenos o la provocación de una caída intencionada que pudiera poner en peligro el embarazo, tradicionalmente, habían tenido como sanción la pena de deportación a una isla y la confiscación de todos los bienes, pero en época severiana podía incluso suponer la muerte para los individuos de más baja condición (*humiliores*) y el exilio para los *honestiores* (D. 48,8,3,5 [Marcián. 14 *inst.*]: *Legis Corneliae de sicariis et veneficis poena insulae deportatio est et omnium bonorum ademptio. Sed solent hodie capite puniri, nisi honestiore loco positi fuerint, ut poenam legis sustineant: humiliores enim solent vel bestiis subici, altiores vero deportantur in insulam*). En opinión de De las Casas León, este fragmento y otros como D. 48,19,39 (*Tryph. 10 disput.*), en el que se refieren las consecuencias de una interrupción voluntaria del embarazo, ponen de manifiesto que el concebido era una realidad jurídica diferente a la de la madre, con protección específica. El ser un feto en desarrollo, que daba lugar a una persona con vida propia era, a su juicio, la razón de esta consideración<sup>13</sup>.

#### 4. EL CUIDADO DEL PATRIMONIO EMBARGADO

Para velar por el correcto cumplimiento de las medidas pretorias decretadas, particularmente el embargo y la proporción de alimentos, se procedía al nombramiento de uno o dos curadores, que recibían el encargo de vigilar el embarazo y el uso que del patrimonio se hiciera. Tal y como afirma Bueno Delgado, puede considerarse a este *curator ventris* como un representante del pueblo romano,

<sup>12</sup> Como subraya F. BETANCOURT, *Vida intrauterina* cit. p. 9, no era necesario que de estos actos resultase la muerte de la madre o del feto para incurrir en el supuesto de la *lex Cornelia*.

<sup>13</sup> D. 48,19,39 (*Tryph. 10 disput.*): *Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit milesiam quandam mulierem, cum esset in asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. Sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est*. Siguiendo a M.E. DE LAS CASAS LEÓN, cit. pp. 108 s., de la sanción del aborto (y de otros ejemplos como la nulidad del testamento que no mencione al *nasciturus*) puede extraerse la conclusión de que la máxima *conceptus pro nato habetur* no recoge una mera ficción, al ser el feto una realidad que ya existe. Tampoco A. GÓMEZ-IGLESIAS, cit. p. 285, considera que se trate de una ficción, dado el carácter imperativo que el Edicto pretorio otorgaba a los recursos para su protección.

al que se le encomendaba la protección de un hijo de la República, pues así es como Ulpiano se refiere al niño en gestación en D. 37,9, 1,15 (*Ulp. 41 ad ed.*)<sup>14</sup>. La designación de un curador podía ser solicitada tanto por la mujer puesta en posesión como por los acreedores y también por el que esperaba heredar. En ocasiones se recurría a dos personas diferentes, una para cuidar del embarazo y otra para hacerlo del patrimonio hereditario, pero lo habitual era que se nombrara sólo una para ambas tareas, el *curator ventris bonorumque* (D. 37,9,1,18 [*Ulp. 41 ad ed.*]: *Hoc autem iure utimur, ut idem curator et bonis et ventri detur: sed si creditores instant vel qui sperat se successurum, diligentius atque circumspectius id fieri debet et plures, si desiderantur, dandi sunt*).

De nombrarse sólo un curador para el hijo, éste se ocuparía de proporcionar a la madre lo necesario para que el embarazo prosperase, asumiendo los acreedores la misión de custodiar el caudal hereditario; cuando el encargo alcanzaba al niño y al patrimonio, el curador respondía de la administración de los bienes y los interesados en la herencia a lo que debían prestar una especial atención era a su elección, procurando que fuera una persona idónea (D. 37,9,1,17 [*Ulp. 41 ad ed.*]). La designación debía realizarse entre los tutores nombrados por el padre en su testamento, parientes y afines, sustitutos, amigos del causante o bien sus acreedores. Aunque es bastante amplio el círculo, cabía la posibilidad de que no

<sup>14</sup> J.A. BUENO DELGADO, cit. pp. 115, 122, por otra parte, distingue este *curator ventris* del *custodes ventris*. Mientras que el primero se daba en interés del concebido, el segundo tenía como función velar no sólo por el feto sino también por los intereses del padre del niño, de su familia y del pueblo romano. Con este último se intentaban evitar abortos, falsas atribuciones de paternidad, simulaciones de parto y posibles sustituciones de recién nacidos. En relación con la *custodia ventris*, A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel Diritto romano* (Milano 1966) pp. 13-17, considera que hay que separarla de la *custodia partus*, que jugaba un importante papel en los casos de suposición de parto y consistía en la asistencia al mismo. La *custodia ventris*, también intentaba impedir la suposición de parto de la viuda, pero se refería a la observación de las habitaciones en las que la mujer embarazada residía durante el último mes de gestación. En cualquier caso, tanto una como otra eran expresión de una actividad de custodia en sentido vulgar, entendida como vigilancia. A. GÓMEZ-IGLESIAS, cit. pp. 287-289, opina que el momento del parto era de especial trascendencia porque, a efectos jurídicos, conllevaba el paso de una situación de pendencia a otra de efectividad, de ahí las cautelas previstas para evitar la suposición de parto o la sustitución de un hijo muerto por otro vivo. Para este autor, lo que se protegía era la esperanza de vida (*spes nascendi, spes vitae o spes animantis*), al igual que sucedía en otras situaciones como la del *statuliber* o la del *captivus*, quienes también podían llegar a tener personalidad jurídica en el futuro gracias a su manumisión o por derecho de postliminio.

*El nasciturus y su protección a través del embargo de los bienes hereditarios*

hubiera acuerdo entre los acreedores y los interesados en la herencia; pudiéndose nombrar en ese caso un *bonus vir* (D. 37,9,1,23 [Ulp. 41 *ad ed.*])<sup>15</sup>.

Las atribuciones de este curador eran bastante amplias, siendo él quien decidía de qué manera se proporcionaban los alimentos (D. 37,9,1,19 [Ulp. 41 *ad ed.*]; D. 37,9,5 pr. [Gai. 14 *ad ed. prov.*]). Se le exigía que actuara con la misma diligencia que los curadores de los menores y que los tutores de los impúberes; en consecuencia, debía velar por el cobro de las deudas vencidas y evitar que alguno de los bienes hereditarios se perdiese por usucapión de un tercero (D. 37,9,1,21-22 [Ulp. 41 *ad ed.*]: *Item si periculum est, ne interim res usu capiantur, ne debitores tempore liberentur, idem curare debet. 22. Ita igitur curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum*). No obstante, a diferencia de otros curadores, podía incluso llegar a vender bienes del patrimonio hereditario si ello era necesario, empezando por las cosas que, más que aumentarlo a través de los frutos, lo gravaban (D. 37,9,1,20 [Ulp. 41 *ad ed.*]: *Deminutio autem ad hos sumptus fieri debet primum ex pecunia numerata: si ea non fuerit, ex his rebus, quae patrimonium onerare magis impendio quam augere fructibus consueverunt*). A pesar de ello, Metro sostiene basándose en D. 26,7,48 (*Hermog. 1 iur. epit.*) que el *curator ventris* no desarrollaba, a diferencia del curador del loco, del pródigo o del pupilo, una verdadera *administratio* del patrimonio, limitándose su actividad a custodiarlo y vender sólo aquellos bienes que se pudieran deteriorar<sup>16</sup>. El nombramiento de un curador era, sin duda, una garantía para los intereses de los acreedores y herederos, pero su falta o el retraso de su designación no era óbice para que la *missio in possessionem* tuviera efecto. Los bienes hereditarios eran en todo caso entregados a la madre y, a lo sumo, lo que podía hacerse era inventariarlos, ponerles un guarda

<sup>15</sup> D. 37,9,1,17 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Quotiens autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis. Sed si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permittendum in custodia bonorum esse: si vero non tantum ventri, sed etiam bonis curator datus est, possunt esse securi creditores, cum periculum ad curatorem pertineat. Idcirco curatorem bonis ex inquisitione dandum, idoneum scilicet, oportet creditores curare vel si quis alius est, qui non edito partu successionem speret. D. 37,9,1,21-22 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Item si periculum est, ne interim res usu capiantur, ne debitores tempore liberentur, idem curare debet. 22. Ita igitur curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum*.*

<sup>16</sup> D. 26,7,48 (*Hermog. 1 iur. epit.*): *Inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur. A. METRO, cit. pp. 86-88, pone de relieve cómo la administración confería a quien la tenía poderes más amplios que la custodia. De hecho, en el citado fragmento de Hermogeniano, la facultad de enajenar bienes del *curator ventris* aparece separada de la custodia, como algo distinto a ella.*

a aquellos que lo necesitasen (ganado, cosecha) y nombrar un árbitro para que, en caso de conflicto, decidiese lo que se podía gastar (D. 37,9,1,24-25 [Ulp. 41 *ad ed.*])<sup>17</sup>.

## 5. LA INTERPRETACIÓN MÁS BENIGNA A FAVOR DEL CONCEBIDO

Por último, observamos también cómo estaba firmemente arraigado el criterio de la interpretación más benigna a favor del *nasciturus* en aquellos supuestos en los que su expectativa hereditaria era más débil, bien porque se dudaba de su legitimidad, se trataba de un póstumo extraño, hubiese sido expresamente desheredado o bien porque se cuestionara incluso que la madre estuviera embarazada<sup>18</sup>. En todos esos casos, siempre que la mala fe no fuera manifiesta, el pretor debía decretar el embargo para proteger de esa manera la vida del niño. Así lo dispuso el emperador Adriano en un rescripto dirigido al pretor Claudio Próculo, teniendo como referente la solución ofrecida por el edicto Carboniano (D. 37,9,1,14 [Ulp. 41 *ad ed.*]: *Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur vel nurus vel esse vel fuisse vel ex eo praegnas non esse contendatur: decretum interponit praetor ad exemplum Carboniani edicti. Et ita divus Hadrianus Claudio Proculo praetori rescripsit, ut summatim de re cognosceret et, si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessione mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. Apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnas sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat. Idemque est et si status mulieri controversia fiat*)<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> D. 37,9,1,24-25 [Ulp. 41 *ad ed.*]: *Quod si nondum sit curator constitutus (quia plerumque aut non petitur aut tardius petitur aut serius datur), servius aiebat res hereditarias heredem institutum vel substitutum obsignare non debere, sed tantum pernumerare et mulieri adsignare. 25. Idem ait ad custodienda ea, quae sine custodia salva esse non possunt, custodem ab herede ponendum (ut puta pecoris, et si nondum messis vindemiave facta sit): et si fuerit controversia, quantum deminui oporteat, arbitrum dandum). Si el inventario realizado por los herederos difería del realizado por el curador, prevalecía este último (D. 37,9,1,26 [Ulp. 41 *ad ed.*]).*

<sup>18</sup> En el caso concreto de los póstumos extraños, sólo se decretaba el embargo cuando la madre no tenía bienes ni forma alguna de proporcionar alimentos al niño durante el embarazo (D. 37,9,6 [Ulp. 41 *ad ed.*]: *Extraneo postumo herede instituto non aliter venter in possessionem mittitur, nisi mater aliunde se alere non possit, ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur*).

<sup>19</sup> Ahora bien, mientras que el edicto Carboniano preveía que se pusiera en posesión al póstumo sólo en la parte en la que fue instituido; en el caso del no nacido la posesión era de todo el patrimonio (D. 37,10,1,8 [Ulp. 41 *ad ed.*]; D. 42,4,1 [Ulp. 12 *ad ed.*]).

---

*El nasciturus y su protección a través del embargo de los bienes hereditarios*

---

Cuando la institución hereditaria de un póstumo estaba sometida a condición o a término o generaba problemas de interpretación, Ulpiano, optando por la interpretación más benigna, consideraba que no sólo el pretor debía conceder el embargo sino que debía tenerse por bien gastado el dinero empleado en proteger su expectativa de vida, aun cuando al final no llegase a heredar (D. 37,9,1,9 [Ulp. 41 *ad ed.*]: *Sed et si quis ventrem exheredasset: «qui mihi intra menses tres mortis meae natus erit, exheres esto» vel «qui post tres menses», venter in possessionem utique mittetur, quia aliquo casu suus heres futurus est: et sane benigniorem esse praetorem in hanc partem oportebit, ne qui speratur ante vitam necetur*)<sup>20</sup>.

Estos textos de Ulpiano son expresión de la extensión del criterio de la interpretación más benigna o más humana, sobre todo, en época de los Severos. En concreto, este jurista nos ofrece en su obra numerosos fragmentos en los que este principio prevalece. Otro interesante fragmento donde se reconoce la existencia del concebido y su capacidad de dejar sin validez el testamento del abuelo cuando su padre muere en cautiverio, si hubiera sido preterido, es D. 28,3,6,1 (Ulp. 10 *Sab.*). Mientras que al padre, debido a la *capitis deminutio* máxima que había sufrido, no se le reconocía su existencia (...*nec enim creditur in rebus humanis fuisse*), a su hijo se le protegía hasta el punto de provocar la nulidad de todo el testamento<sup>21</sup>.

## 6. CONCLUSIÓN

Para concluir nos gustaría destacar un par de aspectos sobre la protección ofrecida por el pretor al *nasciturus*. El primero es que, aun cuando el instrumento

<sup>20</sup> En la misma línea se expresa en D. 37,9,1,3 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Quare et si ita exheredatio facta sit: «si mihi filius unus nascetur, exheres esto», quia filia nasci potest vel plures filii vel filius et filia, venter in possessionem mittetur: satius est enim sub incerto eius qui edetur ali etiam eum qui exheredatus sit, quam eum qui non sit exheredatus fame necari: raturumque esse debet, quod deminutum est, quamvis is nascatur, qui repellitur.* Cuando el embarazo no prosperaba por aborto natural, se consideraba como deuda con cargo a la herencia lo gastado durante el tiempo que los bienes estuvieron embargados (D. 37,9,1,4 [Ulp. 41 *ad ed.*]).

<sup>21</sup> D. 28,3,6,1 (Ulp. 10 *Sab.*): *Sed si pater eius, qui mortis avi tempore in utero fuit, apud hostes erat, nepos iste patre in eadem causa decedente post mortem avi succedendo testamentum rumpet, quia supra scripta persona ei non obstat: nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cum in ea causa decedat, quamquam captivus reversus patris sui iniustum faceret testamentum in eo praeteritus.* Para un análisis detallado de las fuentes que se hacen eco de este criterio de interpretación en la obra ulpiana, cfr. A. PALMA, *Humanior Interpretatio. «Humanitas» nell' interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi* (Torino 1992) pp. 96-151. Coincidimos con este autor a propósito de su exégesis sobre D. 28,3,6,1 (Ulp. 10 *Sab.*), al considerar que con la expresión *fuisse in rebus humanis* se hace referencia a la existencia. Cfr., en particular, pp. 120-122.

más eficaz era el de la *missio in possessionem ventris nomine*, hubo otros edictos en la misma línea. Las continuas referencias que hace la Jurisprudencia romana al edicto Carboniano, cuando expone sus argumentos para justificar una determinada interpretación, son ejemplo de ello (D. 37,9,1,14-15 [*Ulp. 41 ad ed.*]; D. 37,10,5,3 [*Ulp. 41 ad ed.*]). El segundo punto a destacar, que a nuestro juicio aparece perfectamente expresado en D. 37,10,5,3 [*Ulp. 41 ad ed.*]), es que entre la salvaguarda del interés patrimonial de los herederos y la atención de los alimentos del *nasciturus*, prevalecía la protección de la vida de éste aun cuando no llegara a heredar y como consecuencia de ello la herencia hubiese experimentado una disminución: *An autem vescendi causa deminuere possit is qui ex Carboniano missus est, videamus. Et si quidem satis impubes dedit, sive decrevit praeses sive non, deminuet vescendi causa et hoc minus restituet hereditatis petitori. Quod si satis dare non potuit et aliter alere se videtur non posse, deminuendi causa usque ad id, quod alimentis eius necessarium est, mittendus est. Nec mirum debet videri hereditatem propter alimenta minui eius, quem fortasse iudicabitur filium non esse, cum omnium edictis venter in possessionem mittatur et alimenta mulieri praestentur propter eum, qui potest non nasci, maiorque cura debeat adhiberi, ne fame pereat filius, quam ne minor hereditas ad petiorem perveniat, si apparuit filium non esse.*

El Derecho romano protegía al concebido y sus expectativas sobre la herencia, lo que implícitamente conllevaba admitir que existía y que tenía capacidad para actuar en la vida jurídica, aun cuando fuera a través de la madre y sólo fuese de forma limitada. Son numerosos los ejemplos en los que el Derecho romano contemplaba la posibilidad de que un tercero viniera a completar la capacidad jurídica de una persona, como es el caso del impúber *sui iuris* a través de su tutor, sin negar por ello su condición de sujeto de derecho. Es más, éste incluso podía llegar a solicitar la *cautio rem pupilli vel adulescentis salvam fore* valiéndose de uno de sus esclavos, cuando era todavía *infans* y no podía por sí mismo valerse para plantear al futuro tutor la estipulación por la que se comprometía a custodiar su patrimonio (D. 46,6,2 [*Ulp. 79 ad ed.*])<sup>22</sup>. Reconocer que el concebido existe significa reconocer que es una realidad, y el ser humano sólo tiene una forma de «ser», ya que la vida es una desde la gestación hasta la muerte sin interrupciones,

<sup>22</sup> D. 46,6,2 (*Ulp. 79 ad ed.*): *Si pupillus absens sit vel fari non possit, servus eius stipulabitur: si servum non habeat, emendus ei servus est: sed si non si tunde ematur aut non sit expedita emptio, profecto dicemus servum publicum apud praetorem stipulari debere.*

---

*El nasciturus y su protección a través del embargo de los bienes hereditarios*

---

aunque no lo sea en plenitud hasta el momento del alumbramiento. Es esto lo que se finge para proteger algunos de sus derechos, su nacimiento, pero no su existencia. La medida fundamental para la protección de su vida y de sus expectativas jurídicas fue, a nuestro juicio la *missio in possessionem ventris nomine*. Medida de carácter imperativo que colocaba al *nasciturus* como prioridad para el derecho por encima de los intereses patrimoniales de otros herederos y de los acreedores. Pues, en última instancia, tal y como Ulpiano nos explica en D. 37,9,1,15 (*Ulp. 41 ad ed.*), realmente de lo que se trataba era de proteger a un hijo de la República (*...verum etiam rei publicae nascitur*).

