

## LA PERSONA ANTES DEL NACIMIENTO

Como lo he indicado con anterioridad, el contenido de éste documento ha sido obtenido de la obra de Diego Espín Cánovas, la cual titula MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, volumen uno, parte general, de la Editorial Revista de Derecho Privado, de Madrid España. Diego Espín Cánovas fue catedrático de Derecho Civil, Magistrado del Tribunal Supremo. Recibió el premio Jerónimo González en el año de 1957, en su Quinta edición que fue revisada y ampliada.

El presente tema lo desarrolla a partir de la página 229. Tomo de su contenido, aquello que considero de vital importancia para el mayor entendimiento del concepto. Espero, de igual forma, sea aprovechado por todos aquellos que tenga acceso al presente documento.

LA PERSONA ANTES DEL NACIMIENTO: Postumidad. El Derecho romano llegó, bajo Justiniano, a la concesión de personalidad al concebido para lo que le favoreciese, como se ha visto: pero frente a este principio, en el Derecho sucesorio se encuentra otro supuesto que niega la testamentifacción pasiva al póstumo, es decir, al nacido después de la confección del testamento, por considerarlo inserta persona. Progresivamente, se fue reconociendo capacidad para suceder testamentariamente a los póstumos con referencia tan sólo, según el Derecho Civil, a los sui heredes y sus descendientes. Los postumi alieni, esto es, los que nacen fuera de la familia del testador, pueden obtener, sin embargo, la bonorum possessio secundum tabulas. En la última época del Derecho romano se admite la posibilidad de instituir a cualesquiera clases de póstumos.

En la sucesión intestada se entiende por póstumos los nacidos después de la muerte del de cuius; les corresponde en la sucesión intestada el lugar de los sui heredes, si hubieran estado sometidos a la potestad del causante en vida de éste.

Aparece, pues, la postumidad, en Roma, de una parte como una incapacidad para la designación del póstumo como heredero en testamento porque el testador debía tener idea clara del instituido, o sea, persona certa; la incapacidad va desapareciendo para ciertas categorías de póstumos y finalmente para todos. De otra parte, el sus póstumo es protegido, tanto en la sucesión testamentaria, haciendo inválido el testamento, por su preterición, como en la sucesión intestada, al incluirle entre los heredes sui. El derecho moderno para ya de esta última fase del Derecho romano, como hace el Código Civil español.

Para que el póstumo pueda llegar a adquirir los derechos a su favor, es preciso que nazca con los requisitos legales, es decir, en las condiciones que determina la ley; si no sucede así no se habla de póstumos, sino de criaturas abortivas, o sea, los concebidos que no llegan a nacer con los requisitos legales.

La ley civil alude al póstumo, unas veces por este nombre, y otras hablando del concebido y no nacido o simplemente del concebido.

Véase el Art. 941 del Código Civil guatemalteco, el cual dice que el hijo póstumo o el nacido después de hecho el testamento, si no hubieren sido desheredados de manera expresa y el testador hubiere distribuido desigualmente sus bienes entre los hijos, tendrán derecho a una

parte de la herencia equivalente a la porción que les correspondería si toda la herencia se hubiere repartido en partes iguales.

Si los herederos testamentarios no son hijos del testador, el hijo póstumo y el nacido después de hecho el testamento que no hubiere sido desheredado expresamente, tendrán derecho al cincuenta por ciento de la herencia. En ambos casos la porción hereditaria que corresponda al hijo póstumo o al nacido después de hecho el testamento, se deducirá a prorrata de las porciones correspondientes a los herederos testamentarios.

El hijo preterido se reputa desheredado. Y es aquél que no es mencionado en el testamento.

Situación jurídica del concebido: Como se dijo, la ley, después de determinar como principio de la personalidad el nacimiento, siguiendo el Derecho romano, considera como nacido al concebido, para todos los efectos que le sean favorables. Por tanto, el concebido, prescindiendo de la protección que recibe del derecho público, principalmente al penar el aborto, está protegido por el derecho privado al atribuirle una cierta capacidad. No se crea, sin embargo, que se trata de una atribución definitiva de capacidad mediante la ficción de personalidad, pues, el fundamento de la tutela es la posibilidad de nacimiento, y el objeto de la misma, derechos eventuales, no actuales. La atribución de capacidad al concebido, es, pues, meramente condicional, como claramente se advierte en la ley cuando dice, siempre que nazca con las condiciones que expresa la legislación. Esta capacidad condicional tampoco es plena, sino parcial, limitada a lo que le sea favorable.

Art. 1 del Código Civil, hace referencia de la personalidad civil, al indicar que ésta comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.

Al respecto se hacen aplicaciones concretas de ese derecho: Así, les permite recibir donaciones, los considera herederos forzosos al disponer que su preterición anula la institución de heredero, protege sus derechos en la herencia del padre premuerto hasta que se verifique el parte; su nacimiento es causa de revocación de donaciones, pone a salvo su legitimidad siempre que se den los requisitos legales, y concede derechos de alimentos a la viuda que quede encinta, aun cuando sea rica, habida consideración de la parte que en ellos pueda tener el póstumo.

De las diversas teorías ideadas para explicar la situación del nasciturus, parece insuficiente las que hablan de derechos condicionales o expectativas del concebido, ya que estos derechos o expectativas presuponen igual que los derechos subjetivos perfectos, un sujeto de derecho; menos aceptable aún es la construcción de los derechos sin sujeto, ya que esta teoría es inadmisibles; tampoco nos parece exacto construir la situación del concebido como un caso de indeterminación del sujeto hasta el nacimiento; se piensa que, el ordenamiento jurídico, atendiendo a la especie humana que el concebido representa, le otorga una capacidad jurídica condicionada al hecho del nacimiento con los requisitos legales; ni hay, pues, carencia de sujeto, ni está indeterminado ni hay por qué hablar de una ficción de personalidad, ni basta el considerar condiciones a los derechos atribuidos al concebido; éste es sujeto de derecho con una capacidad condicional.

La consideración del concebido como sujeto con capacidad condicionada al nacimiento en forma legal debe estar en armonía con la atribución de derechos a aquél, pues siendo la capacidad condicional, también deben serlo los derechos que adquiere el concebido; entendiéndolo así el legislador, en el caso de herencia a que esté llamado un concebido, suspende la división mientras dura la gestación, ordenando mientras la administración y seguridad de los bienes; en cambio, en el caso de donación hecha al meramente concebido, permite que sea aceptada por quien le representaría, caso de haber ya nacido, sin esperar el cumplimiento de la condición de que pende la definitiva adquisición de la donación.

La capacidad condicional que tiene el concebido es sólo la capacidad de derecho; para remediar su absoluta y forzosa incapacidad de obrar, la ley no dicta una regla general, pero en el caso de la donación habla de las personas que legítimamente representarían al concebido si se hubiese verificado ya su nacimiento, disposición que a falta de otra concreta cabe generalizar a todo supuesto, estimando que es representante legal del concebido el que lo sería de haber nacido ya. Esta interpretación procede no ya por analogía de la ley, sino por propia aplicación de la misma, ya que favorable es, sin duda, la existencia de un representante para el ejercicio de los derechos que competen al que no puede valerse por sí.

**EL NO COCEBIDO:** Su consideración por el derecho. El ordenamiento jurídico se preocupa de proteger la situación del ya concebido por la esperanza de persona que significa, pero no establece una protección para el aún no concebido y, sin embargo, es posible en el derecho que por el juego de ciertas instituciones se atribuyan derechos sucesorios a personas aún no concebidas, como por ejemplo, los hijos que tengan tales personas. ¿Es posible el reconocimiento de derechos a seres aún no concebidos? El código a diferencia del francés, no les declara expresamente incapaces de suceder, pero la doctrina llega a esta solución a través de la ley al pensar que éste exige o el nacimiento o la concepción para que exista personalidad civil. Pero con razón se preguntan los juristas que donde está la prohibición para que una persona instituya heredero al hijo que pueden tener determinados cónyuges. En realidad, la ley no considera como incapacidad para suceder el no estar aún concebido, ni puede considerarse nula la institución de heredero a su favor, por ser persona incierta, ya que el propio texto legal exceptúa el caso de que por algún evento pueda resultar cierta, de suerte que no se cree que, en tesis general, pueda afirmarse la imposibilidad de atribución de derechos al no concebido, siempre que sea susceptible de determinación; aunque, naturalmente, la definitiva adquisición de tales derechos depende de que llegue a ser engendrado y nazca con los requisitos legales.

Determinadas instituciones de derecho sucesorio, como la institución fideicomisaria, anotan que un testador puede llamar como segundos herederos a los hijos que los primeramente instituidos tengan al tiempo del fallecimiento del testador o puedan engendrar con posterioridad. La doctrina considera estos casos como excepcionales frente al principio general de incapacidad del no concebido y la misma posición sigue la jurisprudencia internacional.