

# BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXVIII

■ Núm. 2171

■ Octubre de 2014

## ESTUDIO DOCTRINAL



**El Artículo 29 del Código Civil y la situación jurídica del concebido.  
Una interpretación actual.**

**Rebeca Fariña**

# CONSEJO DE REDACCIÓN BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

## Director

D. Antonio Pau  
Registrador de la Propiedad y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y  
Legislación

## Secretario

D. Máximo Juan Pérez García  
Profesor Titular de Derecho Civil

## Consejo de Redacción

D. Enrique Peñaranda Ramos  
Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca  
Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán  
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excma. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías  
Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho civil  
Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.<sup>a</sup> Magdalena Nogueira Guastavino  
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.<sup>a</sup> Nieves Fenoy Picón  
Profesora Titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach  
Catedrático de Derecho Administrativo

D.<sup>a</sup> Teresa Armenta Deu  
Catedrática de Derecho Procesal

## Enlaces de contacto:

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

# El Artículo 29 del Código Civil y la situación jurídica del concebido. Una interpretación actual.\*

REBECA FARIÑA

Universidad de Navarra. (Personal Investigador en Formación)

## Resumen

*El texto del artículo 29 ha permanecido inalterado durante los 125 años de vigencia del Código Civil en un contexto cambiante. La expresión “efectos favorables” es la puerta a través de la que la nueva realidad social ha entrado en la interpretación del artículo vivificándolo y actualizando su contenido. Proponemos aquí una interpretación aplicando los criterios del artículo 3.1 bajo el prisma de los parámetros sociales, jurídicos y científicos que componen el retrato de la sociedad del siglo XXI, en que la norma ha de ser aplicada.*

## Abstract

*The legal text of article 29 has remained unchanged for over 125 years since the Civil Code came into force, but in a shifting context. The expression “beneficial effects” has provided the door by which the new social reality has influenced this rule’s interpretation, enlivening and updating its contents. A interpretation of the rule is here suggested by applying article 3.1. This interpretation will be made under the perspective of the social, legal and scientific factors that define today’s society in which the rule must be applied.*

## Palabras clave

*Derecho de la persona, nasciturus, persona, personalidad, efectos favorables, condición resolutoria, interpretación extensiva, ciencia, protección.*

## Key words

*Law of Persons, nasciturus, person, personality, beneficial effects, resolutive condition, broad interpretation, science, protection.*

\* Fecha de recepción: 21 de julio de 2014. Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2014.

## Sumario

### I. Introducción.

### II. Delimitación del supuesto de hecho:

2.1. Personalidad y persona. Concepto jurídico abstracto-formal.

2.2. Personalidad y persona. Concepto jurídico-ontológico

### III. Según el sentido de sus palabras. Criterio gramatical:

3.1. Primera proposición: “el nacimiento determina la personalidad”.

3. 2. Segunda proposición: “...pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”.

3. 2. 1. Situación jurídica del concebido. Sujeto de la protección.

3. 2. 2. Los efectos favorables. Ámbito objetivo de la protección.

3. 3. “Siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

3. 3. 1. Siempre que ... Y el tiempo. Ámbito temporal de la protección.

3. 3. 2. Condiciones antiguas y nuevas ¿condicionan?.

3.4 Recapitulación.

### IV. Antecedentes e iter codificador. Criterio histórico:

4. 1. Raíces romanas.

4. 1. 1. Derecho arcaico y clásico: ex iustis nuptiis y vulgo conceptus.

4. 1. 2. Derecho post-clásico: conceptus pro iam nato habetur.

4. 2. Recepción en el derecho histórico. Las partidas.

4. 3. Etapa codificadora.

4. 4. Recapitulación.

### V. En relación con el contexto. Criterio sistemático.

5. 1. Derecho privado. Función en el código civil.

5. 2. Derecho privado. Función más allá del código civil.

5. 3. Derecho público.

5. 3. 1. Los intereses del concebido en distintos ámbitos. Controversia.

5. 4. Recapitulación.

### VI. La realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado. Criterio sociológico:

6. 1. Avances médicos y científicos.

6. 2 Técnicas de reproducción humana asistida.

6. 3. Otros factores.

6. 4. Recapitulación.

### VII. Atendiendo al espíritu y finalidad de la norma. El criterio teleológico como conclusión.

### VIII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Suele definirse el Derecho Civil como aquella rama del Derecho Privado, su base, que regula las relaciones más habituales de la vida privada del ser humano: contempla a la persona en sí misma, en su dimensión familiar y en sus relaciones patrimoniales; la acompaña durante toda su vida e incluso después, a través de las normas que articulan la sucesión *mortis causa*. De ahí que tradicionalmente, la doctrina califique el Derecho Civil como Derecho de la persona. Entre nuestros juristas, ha sido Federico DE CASTRO quien en su “Derecho Civil de España” reseñó el papel central que le corresponde a la persona en el ordenamiento jurídico<sup>1</sup>. En el tiempo transcurrido desde entonces hasta ahora esa preeminencia de la persona en el Derecho positivo ha devenido en una premisa más teórica que real, frente al creciente protagonismo del contrato.

Atendiendo a la letra del Código Civil (Capítulo I, Título II, Libro I, arts. 29 a 34) son el nacimiento y la muerte natural los dos hechos determinantes respectivamente del comienzo y del fin de la personalidad jurídica. En otras palabras, podría decirse que la persona física existe para el Derecho desde que nace y desaparece del “mundo jurídico” cuando fallece. Esta afirmación, aunque alberga parte de verdad es falsa en ambos extremos: el Derecho civil no se desentiende de las relaciones jurídicas de la persona ni después de su muerte, ni antes de que llegue a nacer. Es a este último aspecto al que me quiero referir ahora: la situación jurídica del concebido no nacido.

Indudablemente, se trata de una cuestión sobre la que se ha escrito numerosa literatura jurídica desde la promulgación del Código Civil. Sin embargo, en época reciente, con algunas salvedades<sup>2</sup>, se echan en falta entre la civilística estudios que aborden la situación del concebido en el Derecho a la luz de los cambios sociales y de los importantes avances científicos de los últimos años, especialmente a la hora de interpretar y aplicar los artículos 29 y 30 del Código Civil. Si la equidad impulsó al legislador decimonónico a modificar la redacción del artículo 29 y flexibilizar así la rigidez de la regla general que establece el inciso primero, la realidad actual en que se ha de aplicar, tan diferente de aquella en que se elaboró el Código, exige una reinterpretación.

¿Qué alcance tiene en el Derecho civil actual la equiparación entre el concebido y el nacido que establece el artículo 29 CC? ¿Permiten los nuevos y precisos conocimientos acerca del desarrollo biológico de la vida intrauterina considerar al feto como persona a efectos jurídicos? ¿Puede el Derecho civil, en cuanto Derecho de la persona, presentar alguna solución ante la colisión entre los intereses del concebido y los de otros sujetos cuando están implicadas normas

<sup>1</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho civil de España”, II, Madrid, 1952 (reedición facsímil Madrid, Civitas, 2008), pp. 10-57. Entre los autores que se refieren al valor del Derecho de la Persona en la obra de DE CASTRO, destacan: ALONSO PÉREZ, M., “Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el *Derecho civil de España*”, ADC, nº36, 2983, pp. 1117-1127; GARRIDO DE PALMA, M., “El Derecho civil, protector del ser humano”, ADC, nº36, 1983, pp. 1359-1375. Bibliografía reciente sobre el Derecho Civil como Derecho de la persona y sobre la concepción de persona que subyace en el Código Civil: GARCÍA RUBIO, M.P., “La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, nº14, 2013, pp. 82-109; GETE-ALONSO y CALERA, M. del C., “Persona, personalidad, capacidad”, Tratado de derecho de la persona física I, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 61-120.

<sup>2</sup> ALISTE SANTOS, T., “La tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil”, Atelier, Barcelona, 2011; DE LA IGLESIA MONJE, M. I., “La protección del nasciturus y su proyección en la jurisprudencia civil actual”, RCDI, 2010, nº 726, pp. 2217-2226; GARRIDO DE PALMA, V., “El concebido y el menor de edad. Su protección por el Derecho civil (El Código civil en su 125 aniversario)”, RJN, nº 84, octubre-diciembre 2012, pp. 107-124; GETE ALONSO, M. C., *ut supra*; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Comentario a los artí 29 a 34 del Código Civil (Del nacimiento y extinción de la personalidad)”, Código Civil comentado, I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, 273-285.

de otras ramas del ordenamiento jurídico (por ejemplo, en el caso del derecho a la vida o a la integridad física)?

En las páginas que siguen se intenta esbozar una respuesta a estas preguntas, al hilo de la interpretación del artículo 29 CC en función de los criterios interpretativos recogidos en el artículo 3.1 CC<sup>3</sup>. Si bien se sigue el orden de aplicación que establece el artículo, el más relevante de entre todos ellos es el criterio sociológico. El contexto social, al introducir la percepción del tiempo en la interpretación (pues el contexto ha cambiado), actualiza los restantes criterios y permite adoptar una perspectiva dinámica respecto a los efectos favorables; es este caso el que posibilita “distinguir los tiempos” y concordar “los derechos”. *Distingue tempora et concordavit iura*.

## II. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO.

### 2.1 Personalidad y persona. Concepto jurídico abstracto-formal.

Indica el artículo 29 CC que: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. Tras la reforma introducida por la Disposición Final 3ª de la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil esas condiciones son: 1) el nacimiento con vida, y 2) el entero desprendimiento del seno materno.

El artículo, ubicado en el Capítulo I del Título II del Libro I “Del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil”, atribuye una consecuencia jurídica al hecho físico del nacimiento: el comienzo de la personalidad jurídica. Este término, utilizado en Derecho con distintas acepciones<sup>4</sup>, se emplea en este artículo con el sentido de la “aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas”<sup>5</sup> que se adquiere con el nacimiento y se extingue con el fallecimiento. En una primera aproximación podríamos decir, por tanto, que el artículo trata de la entrada del ser humano en la esfera jurídica, del momento a partir del cual el ser humano comienza a jugar un papel en la vida jurídica y es reconocido como sujeto de derechos. Ahora bien, establecida la regla general, introduce una excepción en virtud de la cual se considerará al no nacido, a efectos jurídicos, como si fuese ya nacido.

La comprensión de este precepto, sin embargo, no es tan sencilla como inicialmente pudiese parecer debido al contenido que se atribuye a esa personalidad jurídica y al concepto de persona que se deriva de ese contenido. A esto se añade la dificultad de hacer compatibilizar la regla general con la efectividad de la excepción que enseguida se introduce “pero el concebido se tiene por nacido...” y con la calificación jurídica que deba darse a la locución conjuntiva “siempre que”, ¿introduce una excepción a la excepción o tal vez una condición?

<sup>3</sup> Acerca de la interpretación de la ley en nuestro Derecho y, en especial, del contenido y aplicación en sede jurisprudencial del art. 3.1 *cfr.* PÉREZ ÁLVAREZ, M., “Interpretación y jurisprudencia: estudio acerca del artículo 3.1 del Código Civil”, Aranzadi, Pamplona, 1994.

<sup>4</sup> Por ejemplo en el Capítulo I del Título II del Libro I “personalidad” se emplea en un sentido distinto a aquel que tiene en el art. 10 de la Constitución cuando se refiere al *libre desarrollo de la personalidad* como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social y, en ambos casos, difieren del significado procesal del término: personalidad como aptitud para actuar válidamente en el proceso. CAPILLA RONCERO, F., voz “Personalidad”, Enciclopedia Jurídica Básica III, (director, MONTOYA MELGAR, A.), Civitas, Madrid, 1995, pp. 4871- 4873.

<sup>5</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., “Derecho Civil español común y foral” I, vol. 2, Reus, S.A, Madrid, 1987, p.118.

El Código dedica el Libro I a la persona, pero no ofrece (y tampoco conviene que lo haga) un concepto de persona. Sin embargo, el hilo argumental con el que hemos comenzado nos conduce a la *persona* a la que se dirige el Código Civil: el individuo investido de personalidad jurídica. *Persona* equivaldría a *sujeto de derechos* y, en la medida en que la persona por antonomasia es el ser humano, los seres humanos son persona para el Derecho<sup>6</sup>. Es este un concepto abstracto-formal<sup>7</sup> de persona característico de los Códigos decimonónicos cuyo origen se encuentra en el formalismo jurídico del siglo XIX. Se pueden destacar tres características fundamentales de esa noción:

1. Al contemplar a la persona únicamente en cuanto capaz de derechos y obligaciones, está “tomando la parte por el todo”; el ser humano en cuanto “personaje del mundo jurídico” es solamente una de las múltiples facetas que componen la riqueza de la vida humana. El ser humano actúa, vive en sociedad y, en la medida en que las relaciones sociales que entabla están reglamentadas por el Derecho, son relaciones jurídicas. Siendo protagonista de las relaciones sociales deviene en protagonista del Derecho, pero su existencia no se reduce a “lo jurídico”<sup>8</sup>.

2. La equivalencia entre *persona* y sujeto titular de derechos y obligaciones hace quebrar la equiparación entre persona y ser humano, propia del lenguaje común, ya que el ordenamiento atribuye a determinadas organizaciones sociales la aptitud para ser titulares de relaciones jurídicas: las personas jurídicas. En cuanto esto es así, hay *personas* que no son seres humanos, con una diferencia fundamental: respecto a las personas jurídicas, es el Derecho el que decide, atendiendo a diversos criterios, si les atribuye subjetividad jurídica. En el caso de las personas físicas no es así; la personalidad jurídica es una “manifestación de la esencia de la persona”, la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones es un atributo normal del hombre anclado en la naturaleza y dignidad humanas que el Derecho solo reconoce; es una cualidad inherente a la condición humana, no concedida sino reconocida y subsistente mientras subsiste la vida<sup>9</sup>.

3. Como consecuencia de la característica anterior, se produce una separación entre el sentido jurídico de persona y su sentido ontológico, entre lo que es persona para el Derecho y la realidad ontológica de persona. Se trata de un concepto cuyo contenido, adquisición y extinción son determinados por el legislador; su construcción es fruto de un razonamiento en el que se pueden dissociar materia y forma; persona y ser humano no podrían utilizarse como sinónimos. A este respecto, indica HERNÁNDEZ GIL que “a fuerza de entender que Derecho es lo dado, lo establecido como tal, se llega a la conclusión de que cualquier contenido puede ser Derecho. Esta indiferencia ante el contenido trae, a su vez, como resultado, no ya la posibilidad sino incluso la necesidad de prescindir de él, ateniéndose el jurista solo al elemento formal”<sup>10</sup>. El peligro que de aquí se deriva es evidente: “persona” se convierte en una noción vacía

<sup>6</sup>Sobre la evolución de este tópico, GARCÍA RUBIO, M.P., “La persona en el Derecho civil...”, *op. cit.*, pp. 84-85.

<sup>7</sup>Sobre la abstracción en el concepto de persona *cfr.* GETE-ALONSO y CALERA, M. del C., “Persona, personalidad, capacidad”..., *op. cit.*, pp. 64 y ss.; HERVADA XIBERTÁ, J., “Concepto jurídico y filosófico de persona”, La Ley 1981-1, pp. 942 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Curso de Derecho Civil” I, (coordinador, P. DE PABLO CONTRERAS), Colex, Madrid, 2011, (4ª ed.), pp. 321 y ss.

<sup>8</sup>Señalaba DE CASTRO que la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones no se puede identificar con *persona*; “ser persona no es solo la posibilidad de tener derecho, es *ser* en el Derecho y *tener* solo por ello, una situación jurídica, facultades, derechos y obligaciones”. DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho civil de España”, II..., *op.cit.*, p. 29.

<sup>9</sup>DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A., “La personalidad jurídica”, RDP, nºLXI, 1977, p. 106.

<sup>10</sup>HERNÁNDEZ GIL, A., “Metodología del Derecho”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, p. 162.

pudiendo decidir el legislador en cada momento, en cada país e incluso atendiendo a intereses extrajurídicos, quién es persona<sup>11</sup>.

Este concepto abstracto-formal se corresponde con lo que DE CASTRO denomina el concepto técnico de persona, “punto de convergencia de derechos y deberes”, ligada a otras categorías como capacidad jurídica y capacidad de obrar<sup>12</sup>.

## 2. 2. Persona y personalidad. Concepto jurídico-ontológico.

Si, en lugar de tomar como referencia el ámbito de los derechos y deberes, tomamos como referencia la realidad, nos encontramos con una noción de persona que existe fuera y antes del Derecho. Persona es en este sentido un *prius* respecto al ordenamiento jurídico cuya dignidad exige un deber general de respeto por parte de los demás individuos con que convive en la sociedad y, en especial, por parte del legislador<sup>13</sup>. Entendida no como abstracción sino como categoría ontológica, la persona es portadora de un valor institucional que impregna el conjunto de normas e instituciones del ordenamiento jurídico<sup>14</sup>. Y la personalidad jurídica es entonces un *dato natural*: “todo hombre es persona; allí donde hay un ser humano, hay una persona en sentido jurídico. Advirtiéndose que esta personalidad jurídica no es solamente la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones sino que, además, comporta la titularidad de derechos y deberes naturales [...] ser persona en sentido ontológico implica por definición, ser persona en sentido jurídico”<sup>15</sup>. Refuerza este razonamiento, el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, es decir, al reconocimiento de esa personalidad jurídica que todo hombre posee por el mero hecho de serlo, pues solo se reconoce lo ya existente.

Cuando el Código Civil en el inciso primero del artículo 29 establece el nacimiento biológico como momento del nacimiento de la personalidad jurídica implícitamente está concibiendo, por continuar con la metáfora, un concepto técnico de persona. El *nasciturus* queda entonces “fuera del ordenamiento jurídico”. Sin embargo, la fuerza de la tradición, como más adelante veremos y la fuerza de la realidad son incompatibles con la construcción teórica. La existencia del no nacido se proyecta inevitable, aunque limitadamente, fuera

<sup>11</sup> En el ideario nacionalsocialista, por ejemplo, *persona* o sujeto de derechos era el individuo miembro del pueblo alemán. “Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist”. Es decir, el ordenamiento jurídico solo reconocía como miembro de la comunidad jurídica al miembro del pueblo alemán y era miembro del pueblo alemán el que tenía sangre alemana. Carl LARENZ expone esta noción en “Rechtsperson und subjektives recht”, Berlín, 1935.

<sup>12</sup> En DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho civil de España”, II..., *op.cit.*, pp. 32 y 22, el insigne jurista explica el doble significado jurídico de persona: concepto técnico y valor institucional.

<sup>13</sup> En este sentido, indican DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que reconocer al hombre como persona en el orden jurídico “significa reconocerle la aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones o, si se quiere, de relaciones jurídicas. Pero significa sobre todo que las normas jurídicas han de darse y aplicarse teniendo en cuenta la dignidad del hombre como persona y sus atributos”. DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sistema de Derecho Civil”, I, Tecnos, Madrid, 2012, (12ª ed.), p. 201.

<sup>14</sup> ALONSO PÉREZ, en “Reflexiones sobre el concepto y el valor de la persona en el Derecho Civil de España”, tras hacer un breve repaso por las acepciones que del término de persona se han elaborado a lo largo de la Historia, indica que: “el Derecho se limita a recibir, como una entidad preexistente, la valoración integral de la persona. Estamos pues, ante una categoría dada y no creada por las normas jurídicas. [...] La norma parte de la idea ontológica de persona como *ente racional, autorreflexivo, libre y convivente, portador de una dignidad*”. ALONSO PÉREZ, M., “Reflexiones sobre el concepto y el valor de la persona ...”, *op. cit.*, pp. 1123 y 1124.

<sup>15</sup> HERVADA XIBERTÁ, J., “Concepto jurídico y filosófico de persona”, *La Ley* 1981-1, pp. 942 y ss.



del claustro materno afectando a otras personas; sus intereses pueden entrar en conflicto con los de otros sujetos que forman parte de la esfera social y jurídica a la que alcanza su existencia<sup>16</sup>.

En Derecho español, desde un punto de vista legislativo, se soluciona mediante una equiparación entre el concebido y el nacido respecto a aquello que le resulte beneficioso. Desde un punto de vista dogmático, se acude a diversas teorías: teoría de la ficción, de la pendencia de las relaciones jurídicas, derechos subjetivos sin sujeto, sujeto transitoriamente indeterminado, etc<sup>17</sup>. Cuando el Código Civil en el inciso segundo del art. 29 prevé que el “concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables...” está tomando en consideración las relaciones jurídicas y derechos que surjan en su favor durante la gestación y posibilitando la protección de sus intereses.

En definitiva, el artículo engloba dos aspectos: por una parte, plantea una solución para la tutela jurídica de un sujeto que, según la letra de la ley, carece de personalidad jurídica; por otra, plantea el problema de armonizar la regla general y la excepción con los conceptos de personalidad jurídica y de persona que subyacen en el articulado del Código. Quedan fuera del supuesto de hecho del precepto las personas jurídicas y el *nondum conceptus*.

Sin embargo, el Tribunal Supremo previó en la sentencia de 28 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6622) la posible aplicación analógica del art. 29 CC. El Tribunal declara que las entidades que carezcan de personalidad jurídica pero se hallen en proceso de constitución pueden suceder por testamento siempre que lleguen a constituirse de forma válida. En mi opinión, adopta una posición errónea ya que la razón que llevó al legislador a introducir el inciso 2º del art. 29 CC, proteger los intereses del ser humano no nacido, no es extensible a las personas jurídicas. Estas últimas carecen del valor de la dignidad que, como ya hemos señalado exige un especial deber de respeto y protección de la persona humana. Además, el concebido no nacido ya “es”, existe, mientras que las personas jurídicas no constituidas, en tanto que no reúnen los requisitos legalmente previstos, carecen de existencia real.

### III. SEGÚN EL SENTIDO DE SUS PALABRAS. CRITERIO GRAMATICAL.

El punto de partida de la interpretación es el propio texto del artículo 29, inalterado a pesar del transcurso del tiempo. El significado de las palabras a través de las que se expresa, el sentido de sus tres enunciados encadenados entre sí y relacionados con el artículo siguiente, aportan un matiz de “fijeza” y seguridad que los demás criterios irán matizando.

<sup>16</sup> Ante esta situación, surge inmediatamente la pregunta sobre el criterio que se debe aplicar, ¿qué interés prevalece? Cuando se produce un conflicto entre los derechos de un nacido, menor, y los de otros sujetos, el Código Civil se inclina siempre por la protección de los intereses del menor. Muestra de ello son las expresiones de las que está surcado su articulado: “salvo si son dañosos para los hijos...” (art. 90 CC), “en interés del menor...” (arts. 20, 94, 161, 172 o 173 CC); “en beneficio de los hijos...” (art. 92, 154, 159 o 188 CC) “en interés del hijo” (arts. 137 156, 170 CC). Como es natural, también la jurisprudencia adopta el criterio del interés superior del menor. ¿Qué ocurre en cambio con el no nacido? Como veremos, los criterios son dispares en función de si los intereses en conflicto se ubican en el ámbito del Derecho Privado o del Derecho Público.

<sup>17</sup> Recogen estas teorías los siguientes autores: ALISTE SANTOS, T. J., “La tutela judicial efectiva del nasciturus ...”, *op.cit.*, pp. 71 y ss; ARROYO i AMAYUELAS, E., “La protección a concebido en el Código Civil”, Civitas, Madrid, 1992, pp. 70 y ss; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido”, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 16 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, J., “Derecho Civil español común y foral”, I, 2..., *op.cit.*, pp. 128 y ss; DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho Civil de España II...”, *op.cit.*, pp. 115 y ss.

### 3. 1 Primera proposición: “el nacimiento determina la personalidad”

Puesto que ya anteriormente se abordó la noción de *personalidad*, me centraré ahora en el sentido de los otros dos términos. Si invertimos la redacción, el legislador establece que la personalidad viene determinada por el nacimiento. ¿Qué significa en este contexto *determina*? La Real Academia de la Lengua Española define este verbo como “fijar los términos de algo; señalar, fijar algo para algún efecto” que, en este caso, sería jurídico: la adquisición de la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. COMAS lo interpreta como “constituir” ya que, en los debates parlamentarios sobre la primera versión del artículo, los redactores “establecieron el principio de que la personalidad jurídica *se constituye* por el nacimiento”. En su opinión, empero, la personalidad se constituye de dos modos: “de una manera perfecta y definitiva, sí, por el nacimiento; de una imperfecta y condicional, por la concepción”<sup>18</sup>. SÁNCHEZ ROMÁN, por su parte, atribuye al nacimiento el carácter de “causa general de capacidad jurídica en el nacido”<sup>19</sup> de modo que, en este sentido, *determinar* podría significar “causar” o “ser causa de”. Realmente, el nacimiento no constituye ni crea la personalidad jurídica, es más bien una *conditio sine qua non* para que nuestro Derecho positivo reconozca al ser humano una cualidad esencial que va ligada, no a un concreto hecho físico sino a la naturaleza humana. En todo caso, ateniéndonos al significado que probablemente le quiso dar el legislador decimonónico, “determinar” podría entenderse en el sentido de “causar” o “ser causa de adquisición de”. La vinculación entre el hecho biológico del *nacimiento* y la vida jurídica tiene un origen antiguo y, en consecuencia, es también antiguo el debate acerca del preciso momento en que se entendía producido el nacimiento. En Derecho Romano, los proculeyanos consideraban nacido al niño cuando emitía algún grito, mientras que la escuela sabiniana hablaba del “nacimiento perfecto”. Justiniano adopta este último criterio<sup>20</sup>, que es el que ha llegado a nuestra legislación<sup>21</sup>. El nacimiento perfecto se identifica con la ruptura del cordón umbilical o *entero desprendimiento del seno materno* a que hace referencia el actual artículo 30 CC. La independencia física se erige en presupuesto para la adquisición de capacidad jurídica. Este primer inciso consagra la teoría del nacimiento, en virtud de la cual determinar el instante preciso del nacimiento y dejar constancia de él, tiene capital importancia por sus considerables consecuencias jurídicas. En sentido estricto, implica que el ser humano es para el Derecho a partir del nacimiento: puede adquirir y transmitir derechos, se individualiza e identifica mediante la inscripción del nacimiento y del nombre y apellidos en el Registro Civil, se empieza a contar su edad, etc. La excepción a favor del concebido, se introduce precisamente, para mitigar las consecuencias injustas a que esta rigidez podía dar lugar. DE CASTRO habla de “razones de equidad”. Conviene no perder de vista que, si la condición humana está presente en el feto desde la concepción, su existencia, identidad e individualidad, su cualidad de ser diferente a cualquier otro están presentes ya durante la gestación. El nacimiento cambia la situación del concebido en relación al mundo que lo rodea, pero no lo cambia a él mismo, repito, en cuanto a su existencia, identidad o individualidad. Es un ser humano único desde la concepción.

<sup>18</sup> COMAS ARQUÉS, A., “Diario de Sesiones del Senado”, núm. 34 de 31 de enero de 1889, p. 1069.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F., “Estudios de Derecho Civil II”, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1889, p. 160.

<sup>20</sup> C. 6, 29, 3 y D. 1, 5, 14. Sobre la noción técnico-jurídica de nacimiento en Derecho Justiniano, cfr. GANDOLFI, G., “Nascita”, Enciclopedia del Diritto, XXVII, Giuffrè Editore, Varese, 1977, pp. 507-530.

<sup>21</sup> LETE DEL RÍO apunta que otra tesis considera que el nacimiento tiene lugar con la salida del feto del seno materno, aunque no se hubiese producido el corte del cordón umbilical y la personalidad se entiende adquirida desde ese momento; LETE DEL RÍO, J. M., “Derecho de la persona”, Tecnos, Madrid, 1991, (2ª ed.), p. 42.

### 3. 2. Segunda proposición: “...pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”

#### 3. 2. 1 Situación jurídica del concebido. Sujeto de la protección.

Estos son los términos de la excepción que el legislador introduce a la teoría del nacimiento. “Se tiene por nacido” no es más que una traducción al castellano actual de la expresión “bien así como si fuese nacido” de las Partidas (P. 4, 23, 3) que, a su vez, hunde sus raíces en el adagio latino: *conceptus pro iam nato habetur*<sup>22</sup>. Y encierra una equiparación que constituye el eje del sistema español actual de salvaguarda de los derechos del concebido; es una pieza clave en la interpretación del artículo 29 CC ya que nos conduce directamente a considerar la situación jurídica del *nasciturus*, sujeto de la equiparación. A pesar de que *stricti iuris* la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento, el concebido será considerado jurídicamente como un nacido respecto a las situaciones que le resulten beneficiosas. ¿Significa esto que el concebido tiene personalidad jurídica? La doctrina se ha pronunciado al respecto en diversos sentidos; mencionamos aquí las principales teorías:

1. Algunos autores consideran que la equiparación entre concebido y nacido anula la premisa anterior, de manera que la capacidad jurídica comenzaría con la concepción<sup>23</sup>, a la par que la condición de *persona* del feto. El nacimiento opera como causa modificativa de la personalidad, que adquiere plenitud en ese momento, y como condición resolutoria de los derechos atribuidos durante la gestación, en caso de que el feto no llegase a nacer.

2. Otro variado grupo de autores entiende que el *nasciturus* no es persona y, sin embargo, sí tiene personalidad jurídica en tanto que el ordenamiento establece cauces para posibilitar que adquiera derechos o bienes. El calificativo que se atribuye a esa personalidad es muy variado: anticipada (implica una atribución inmediata de derechos desde la concepción)<sup>24</sup>, provisional o condicional<sup>25</sup> (adquisición de la personalidad sometida a la condición suspensiva del nacimiento con los requisitos previstos en la ley).

3. Ficción jurídica<sup>26</sup>: un tercer grupo de autores entienden que el concebido ni es persona ni tiene personalidad jurídica, de modo que el ordenamiento acude a una ficción para salvaguardar sus intereses, en cuanto titular futuro de los mismos. En otras palabras, durante la gestación y por

<sup>22</sup> Al hilo del criterio histórico, se explica someramente su origen y recepción en el Derecho Histórico. Capítulo IV, epígrafes 4.1 y 4.2.

<sup>23</sup> Se adscriben a esta teoría: ARAMBURO (ARAMBURO Y MACHADO, M., “La **capacidad civil: estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen, según la filosofía del derecho, la historia de la legislación y el derecho vigente en España**”, Reus, Madrid, 1931); COMAS, A., (DSS, núm. 34 de 31 de enero de 1889) y GARCÍA VALDECASAS, G., “Parte general del Derecho civil español”, Civitas, Madrid, 1983. Entre autores más recientes destacan: ALISTE SANTOS, *ut supra*, y STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G., “Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido”, La Ley, 1982, T.II, pp. 1100-1119. En la doctrina extranjera, destaca ENNECCERUS, L., *et al.*, “Tratado de Derecho Civil”, I, Vol. 1, (traductores, B., PÉREZ GONZÁLEZ, y J. ALGUER y MICÓ, ), Bosch, Barcelona, 1934, pp. 328 y 329. Esta teoría fue criticada en su momento por DE CASTRO. ALONSO PÉREZ manifiesta su desacuerdo con la opinión del maestro interpretada en el momento presente y la contextualiza. ALONSO PÉREZ, M., “Reflexiones sobre el concepto...”, *op. cit.*, p. 1126. CASTÁN objetaba la dificultad de probar el momento de la concepción. CASTÁN TOBEÑAS, J., “Derecho civil común y foral”, t.I, vol. 2..., *op. cit.*, p. 121.

<sup>24</sup> GARCÍA CANTERO, G., “El derecho a nacer (aspectos civilísticos del aborto)”, RGLJ, nº 6, Año CXXX, Junio 1981.

<sup>25</sup> Por ejemplo, ESPÍN CÁNOVAS, D., “Manual de Derecho Civil español” I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 260-263.

<sup>26</sup> Sobre la ficción jurídica; es de lectura muy aconsejable: BONILLA Y SAN MARTÍN, A., “La ficción en el Derecho”, Discurso leído en la Real Academia de Ciencias morales y políticas el 1 de diciembre de 1912, Estudio de Filosofía Jurídica, Madrid, 1912. Una

razones de seguridad jurídica, el concebido tiene una personalidad “ficticia” ya que *el ser tenido por nacido* implicaría simular que ocurrió algo no sucedido (el nacimiento). MALDONADO entiende que este es el sistema al que recurre el legislador en el artículo 29 CC<sup>27</sup>. Fuera de nuestras fronteras, SAVIGNY ya se había referido a la ficción aplicada a la situación del concebido, pero la admitía solamente cuando de ella se derivase alguna ventaja expresamente para el concebido<sup>28</sup>.

4. Sujeto transitoriamente indeterminado: esta tesis elaborada por DE CASTRO<sup>29</sup> tiene como presupuesto la consideración del concebido como una *spes proli* o “persona en formación”<sup>30</sup>. No es persona ni ostenta personalidad jurídica, pero está llamado a alcanzar el *estadio* de persona y durante la gestación pueden surgir derechos y relaciones jurídicas que le resulten favorables; respecto a ellas, será un sujeto indeterminado hasta el nacimiento. El ordenamiento jurídico, para evitar que el hecho de nacer con posterioridad sea un perjuicio, las paraliza en espera de que este evento se produzca. En otras palabras, se crea una situación de pendencia, provisional, durante la que el conjunto de bienes y derechos que le corresponderán si nace quedan “en suspenso”, protegidos y reservados a través de medidas preventivas, impidiéndose también su atribución a otros posibles interesados. Son un ejemplo paradigmático las medidas previstas en los arts. 965 y 966 (seguridad y administración de los bienes hereditarios y suspensión de la

---

explicación detallada de la ficción aplicada a la situación jurídica del concebido en ARROYO Y AMAYUELAS, E., “La protección al concebido en el Código Civil...”, *op. cit.*, pp. 79-106.

<sup>27</sup> MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., “La condición jurídica del nasciturus en el derecho español”, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946, pp. 216-217. Siguen esta teoría, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario a los artículos 29 a 34”, Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, (directores, M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), I, vol. 3º, Edersa, Madrid, 1993, p. 767, (también se adhiere a la teoría de la personalidad sometida a condición suspensiva); CARRASCO PERERA, Á., “Derecho civil”, Tecnos, Madrid, 2011, p. 73; DELGADO ECHEVERRÍA, “La persona física”, Elementos de derecho civil I..., *op. cit.*, p. 19. En contra, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, *op. cit.*, p. 123; DE CASTRO Y BRAVO, “Derecho civil de España”, II..., *op. cit.*, p. 120 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Comentarios a los artículos 29 a 34 del Código Civil...”, *op. cit.*, p. 285.

<sup>28</sup> VON SAVIGNY, F. K., “System des heutigen römischen Rechts”, II, Scientia Verlag Aalen, 1981, (2ª ed.), p. 12.

<sup>29</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho civil de España”, II..., *op. cit.*, pp. 117 y ss. Críticas en: ARROYO i AMAYUELAS, E., “La protección al concebido...”, *op. cit.*, p. 127; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Derecho de la persona”, Editorial Montecorvo S.A, Madrid, 1976, p. 168; BUSTOS PUECHE, J. E., “El Derecho civil ante el reto de la nueva genética”, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 36 y ss; COMAS ARQUÉS, A., “La revisión del Código Civil. Parte general especial”, Imprenta y Litografía del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1895, p. 62.

<sup>30</sup> La consideración del nacido como esperanza de persona tuvo gran acogida entre la doctrina tradicional: CLEMENTE DE DIEGO se refiere una *spes proli* (esperanza de vida) en CLEMENTE DE DIEGO, F., “Instituciones de Derecho Civil español”, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1929, p. 167; DE CASTRO habla de “esperanza de persona” en DE CASTRO y BRAVO, F., “Derecho Civil de España II...”, *op. cit.* p. 117; MANRESA Y NAVARRO indica que “desde el momento de la concepción hay un germen de personalidad humana, existe un ser en embrión, que el Derecho no puede desatender en manera alguna” en MANRESA Y NAVARRO, J. M., “Comentarios al Código Civil español”, I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1956, (7ª ed.), p. 345. En cuanto a autores más recientes, ALBALADEJO habla de “germen de persona” en ALBALADEJO GARCÍA, M., “Derecho Civil I. Introducción y Parte General”, Edisofer, Madrid, 2004, p. 220); ALONSO PÉREZ considera al concebido como “persona *in fieri*, un devenir ininterrumpido desde su génesis hasta su muerte, en cuya trayectoria vital todos los momentos son engranajes imprescindibles de la personalidad” en ALONSO PÉREZ, M., “Reflexiones sobre el concepto...”, *op. cit.*, p. 1126; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN se remiten a la STC 53/1985 en que se indica que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico objeto de protección en DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, “Sistema de Derecho civil” I, ..., *op. cit.*, p. 206); DELGADO ECHEVERRÍA basa la protección en el hecho de que la vida del concebido es un bien jurídico, cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., en LACRUZ BERDEJO, “Elementos de Derecho Civil”, vol. 1, Dykinson, Madrid, 2008, (2ª ed.), p. 10; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ sostiene que el concebido es un ser humano y, en cuanto tal, sujeto de derechos en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Curso de Derecho Civil I” ..., *op. cit.*, p. 345; ARROYO i AMAYUELAS indica que “el concebido es la persona humana en el período que va desde el inicio de la gestación hasta el nacimiento, ...”, en ARROYO i AMAYUELAS, E., “La protección al concebido en el Código Civil” ..., *op. cit.*, p. 17 y, en el mismo sentido, CALLEJO RODRÍGUEZ señala que el concebido es “la persona humana en el período que transcurre desde su concepción al nacimiento con las condiciones del artículo 30CC”, (CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Aspectos civiles de la protección del concebido...”, *op. cit.*, p. 23). Estos autores ya no hablan de “persona en formación” si no de ser humano.

herencia). Si se produce el nacimiento, con los requisitos establecidos en el artículo 30 CC, el ya nacido (titular definitivo, determinado) adquiere personalidad jurídica y, por tanto, adquiere también los derechos y bienes correspondientes, retro trayéndose los efectos favorables al momento de la concepción.

Otras dos posturas, de escasa relevancia en nuestro país son: aquella que considera que la excepción no contiene una equiparación si no una presunción<sup>31</sup>, y la que califica los derechos atribuidos al concebido durante la gestación como derechos subjetivos sin sujeto, en tanto que este no es sujeto de Derecho hasta que nazca. Su principal exponente fue WINDSCHEID<sup>32</sup>.

Como puede verse, la pluralidad de opiniones en torno a la situación jurídica del concebido es notoria. Algunos autores incluso se han adscrito a más de una teoría, se han formulado críticas a todas ellas y, en ocasiones, no resulta sencillo distinguir, cuando tal distinción se produce, entre la interpretación que un autor realiza del artículo 29 CC y su propia postura al respecto. La doctrina española ha secundado en su mayoría la teoría de la situación de pendencia o sujeto jurídico indeterminado<sup>33</sup>. Son, por tanto, los postulados sobre los que se sustenta los que tomamos como punto de referencia para contrastar la interpretación del artículo en el contexto social del siglo XIX y en el actual. Se pueden resumir en la provisionalidad, el carácter preventivo, responder a razones de equidad<sup>34</sup>, interpretar los requisitos del artículo 30 CC como una condición suspensiva y la retroactividad. *Ser tenido por nacido* y, en consecuencia, sujeto de derechos y obligaciones es una situación “en suspenso” desde que se conoce la existencia del concebido hasta que se reúnan las condiciones establecidas por la ley; entonces su efectividad se retrotrae a la concepción. De ahí que se distingan dos momentos a los que se extiende el “mecanismo protector” del artículo 29 CC: la gestación, caracterizada por el paréntesis de interinidad, y el nacimiento en las condiciones legales que genera la retroacción de los efectos favorables sin necesidad, en opinión de DE CASTRO, de acudir a la ficción jurídica.

### 3. 2. 2 Los efectos favorables. *Ámbito objetivo de la protección.*

Una vez introducida la excepción a favor del concebido, el legislador se refiere al objeto a que esta se extiende: “todos los efectos que le sean favorables”. El contenido de los efectos favorables delimitará el alcance de la excepción; en consecuencia, de la protección. ¿Qué se entiende por *favorable* para el concebido? La mayor parte de la doctrina coincide en tres aspectos: a) El adjetivo “favorable” debe ser interpretado en el sentido de todo aquello que resulte beneficioso para el que nacerá, aunque se aprecian diferencias en cuanto al contenido:

<sup>31</sup> COMAS ARQUÉS, A., “La revisión del Código Civil. Parte general especial” ..., *op. cit.*, p. 62; LASSO GAITE, J. F., “Crónica de la Codificación española”, 4. vol. I, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970, p. 117; MUCIUS SCAEVOLA, Q., “Código Civil”, I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949, (6ª ed), p. 478; SÁNCHEZ ROMÁN, F., “Estudios de Derecho Civil”, I..., *op. cit.*, p. 169.

<sup>32</sup> WINDSCHEID, B., “Lehrbuch des Pandektrechts”, Literarische Anhalt, Frankfurt a. M., 1900 (reimpresión de la 8ª ed., Keip Verlag, Goldbach, 1997), pp. 198-199.

<sup>33</sup> A modo de ejemplo: ALBALADEJO GARCÍA, M., “Derecho civil”, I..., *op. cit.*, p. 221; BUSTOS PUECHE, J. E., “El derecho civil ante el reto de la nueva genética”..., *op. cit.*, pp. 36-39; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario a los artículos 29 a 34”..., *op. cit.*, p. 771; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Aspectos civiles de la protección al concebido”..., *op. cit.*, p. 24; CASTÁN TOBEÑAS, J., “Derecho civil español”..., *op. cit.*, p. 123; DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sistema de Derecho civil I”..., *op. cit.*, p. 220; LETE DEL RÍO, J. M., “Derecho de la persona”..., *op. cit.*, pp. 46 y 48.

<sup>34</sup> DE CASTRO, como ya se ha señalado, consideraba que la introducción de esta excepción tenía su origen en razones de equidad: evitar que el concebido resulte perjudicado por el hecho de nacer en un momento posterior a aquel en que hubiesen surgido los derechos o relaciones jurídicas favorables a él.

DE CASTRO lo entiende como “darle la facultad, en sí favorable de adquirir derechos”<sup>35</sup>; ARROYO I AMAYUELAS, como la “posibilidad de ser titular de un derecho patrimonial”<sup>36</sup> y Díez Pícazo y Gullón Ballesteros se refieren, concretamente, a las “adquisiciones basadas en títulos no onerosos”<sup>37</sup>; b) Una vez que un derecho, atribución o situación es calificada como favorable, el concebido también adquiere los componentes desfavorables (por ejemplo, las posibles deudas que formen parte de la herencia a la que tenga derecho); es decir, no se produce una separación entre lo beneficioso y lo perjudicial; c) El efecto ha de ser favorable para el concebido y no para terceros; en caso contrario, no se aplicaría el artículo 29 CC; el empleo del pronombre “le” lleva implícita una clara referencia al concebido<sup>38</sup>.

Algunos de estos *efectos* se encuentran expresamente previstos en las normas; otros se han ido identificando a partir de la labor de la doctrina y jurisprudencia. Apoyándose en la amplitud de la formulación del artículo y en la indeterminación de los “efectos favorables” lo han aplicado a supuestos beneficiosos para el concebido, tanto de carácter patrimonial como personal. Pues esta expresión escogida por el legislador bien podría incluirse en la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados (buena fe, orden público, buenas costumbres...) que dejan al Juez un cierto margen de apreciación para valorar las circunstancias de hecho y realizar una aplicación más justa de la norma<sup>39</sup>. En este caso, el único contenido “determinado” es el beneficio que debe reportar al concebido y la concreción de ese contenido, como decimos, ha venido fundamentalmente de las decisiones jurisprudenciales. La mayor parte de la doctrina coincide en entender que, si bien originariamente la tutela jurídica del concebido se centraba en el derecho sucesorio, nada impide hoy acudir al artículo 29 CC para tutelar derechos que excedan de este ámbito. No había en el momento de promulgación del Código ni hay ahora un *numerus clausus* de efectos favorables, y el debate acerca del carácter patrimonial o extrapatrimonial de las situaciones que se puedan acoger a esta protección ha quedado prácticamente superado<sup>40</sup>, salvo en el caso de los derechos de la personalidad, como más adelante veremos. Al abordar el criterio sistemático, iremos analizando los distintos intereses del concebido considerados o susceptibles de ser considerados efectos favorables<sup>41</sup>. Hacemos ahora una simple mención. Entre los *intereses de carácter patrimonial* suelen citarse: a) capacidad para suceder en sucesión testada o intestada como heredero o legatario (ex. arts. 745 y 755 CC; arts. 959-967 CC), b)

<sup>35</sup> DE CASTRO y BRAVO, F., “Derecho Civil de España II”..., *op. cit.*, p. 129.

<sup>36</sup> ARROYO I AMAYUELAS, E., “La protección al concebido...”, *op. cit.*, p. 99.

<sup>37</sup> Díez Pícazo y Gullón Ballesteros, “Sistema de Derecho Civil I”..., *op. cit.*, p. 206.

<sup>38</sup> Disiente ALISTE SANTOS en “La tutela judicial...”, *op. cit.*, p. 160; Díez Pícazo y Gullón Ballesteros en “Sistema de Derecho civil I”..., *op. cit.*, p. 206 indican que, al no precisarse en el precepto, debe realizarse una interpretación amplia. GARRIDO DE PALMA plantea la conveniencia de repensar esta posición apuntando que los Tribunales, en ocasiones, han aplicado el artículo 29 CC a situaciones que beneficiaban al concebido indirectamente y a los padres de modo directo. GARRIDO DE PALMA, V.M., “El concebido y el menor de edad...”, *op. cit.*, p. 113.

<sup>39</sup> En PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “Realidad social...”, *op. cit.*, p. 169, señala el autor que precisamente la realidad social puede tener en ocasiones la función de concretar ciertos conceptos jurídicos indeterminados. Sin embargo, realiza una distinción entre la realidad social que se tiene en cuenta como resultado de la aplicación del criterio sociológico (art. 3.1 CC) y la realidad social en este otro caso, que aquí no seguimos.

<sup>40</sup> Con todo, hay opiniones discrepantes y algunos autores mantienen que solo es aplicable a supuestos de carácter patrimonial. Por ejemplo, ARROYO I AMAYUELAS, E., “La protección al concebido...”, *op. cit.*, pp. 99 y ss; BUSTOS PUECHE, J., E., “El Derecho civil ante el reto de la nueva genética”..., *op. cit.*, pp. 37-38; GRIMALT SERVERA, P., “La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales”, Granada, Comares, 1999; MONTÉS PENADÉS, V. L., “Comienzo y fin de la personalidad”, Derecho Civil. Parte General, (coordinadores, A.M., LÓPEZ LÓPEZ y V. L., MONTÉS PENADÉS), Tirant lo Blanc, Valencia, 1995, p. 314.

<sup>41</sup> Epígrafe V.

sustitución fideicomisaria en su favor aunque exceda del segundo grado (ex art. 781 CC), c) que se le pueda considerar preterido ex art. 814 CC, d) realización de una donación en su favor (art. 627 CC), e) derecho de alimentos en su favor (ex art. 110 CC, 142 CC, ex. 144 CC y 154 CC), f) en general las facultades asociadas a la patria potestad, ejercidas siempre en su beneficio como la administración y representación de sus bienes (art. 154 CC), g) indemnización por la pérdida de un familiar o por daños en sus bienes<sup>42</sup> o en su persona (ex. arts. 157 y 158 CP, 116 CP; 1902 CC, 15 CE). Se consideran *intereses de carácter extra-patrimonial*: a) reconocimiento de la filiación (Título V, Libro I), b) adquisición de la nacionalidad española *iure sanguinis* (ex art. 17 CC), c) nombramiento como beneficiario de un seguro (artículo 85 de la Ley 50/1980 de 3 de octubre de Contratos de Seguro), d) capacidad para ser parte en procesos civiles (arts. 6. 2. 1 LEC, 7.3 LEC) e) realización de contratos o estipulaciones en su favor (ex. art. 1254 CC), d) atribución de la guarda o el régimen de visitas en el convenio regulador redactado en procesos de nulidad, separación o divorcio (ex. arts. 90-101, 102-106 CC, e) declaración de desamparo (jurisprudencia), f) titularidad de los derechos a la vida (y por consiguiente del derecho a nacer), a la integridad física y moral, a la intimidad, al honor y a la propia imagen (ex. art. 15 CE, 18 CE).

### 3. 3. Tercera proposición: “siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”

#### 3. 3. 1 Siempre que ... y el tiempo. *Ámbito temporal de la protección.*

El nacimiento como hecho a partir del que comienza la personalidad jurídica ha estado históricamente vinculado a la concurrencia de otros requisitos. El artículo 29 CC recoge esa tradición en su tercer inciso, segunda pieza clave para comprender el “mecanismo” de protección del concebido.

*Siempre que ...* esta locución conjuntiva que parece restarle efectividad al inciso anterior, se refiere al tiempo de la equiparación, al ámbito temporal. Se ha venido interpretando de dos maneras: como una condición suspensiva o como una condición resolutoria. La primera interpretación es complementaria de la teoría de la situación de pendencia ya que supone, como se ha dicho, la suspensión de las situaciones jurídicas afectadas por la existencia del concebido hasta el nacimiento como establece el actual artículo 30 CC. En virtud de la segunda, el *nasciturus* adquiere los derechos personales y patrimoniales que le corresponden desde que tiene lugar la concepción. Y, en caso de no nacer, procedería la restitución para evitar el enriquecimiento sin causa de sus legítimos representantes. En la medida en que implica que las relaciones jurídicas surten todos sus efectos, la tesis de la retroactividad sería innecesaria. La mayor parte de los civilistas secundan la primera de las interpretaciones<sup>43</sup>; algunos se inclinan por la segunda al considerar que es la más favorable al concebido y la más conforme al desarrollo habitual de las relaciones jurídicas<sup>44</sup>. El propio Código Civil, en los supuestos concretos que prevé, ha aplicado

<sup>42</sup> Este último supuesto habría que ponerlo en tela de juicio porque los Tribunales no suelen reconocer la indemnización a favor del concebido por los daños físicos que se le provocaron a él, sino por los daños patrimoniales y morales que dichas lesiones producen en los padres, salvo se trate de lesiones constitutivas de delito.

<sup>43</sup> A modo de ejemplo: ALBALADEJO GARCÍA, M., “Derecho Civil I”..., *op. cit.*, pp. 216, 221; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario a los artículos 29 a 34 del Código Civil”..., *op. cit.*, pp. 770, 772 y 784; DE COSSÍO Y CORRAL, A., “Instituciones de Derecho Civil”, Civitas, Madrid, 1988, pp. 155 y 156; DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Elementos de Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 19; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., “La condición jurídica del nasciturus...”, *op. cit.*, pp. 263 y ss.; indirectamente, DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sistema de Derecho Civil I...”, *op. cit.*, p. 219; PUIG PEÑA, F., “Tratado de Derecho civil”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, (2ª ed.), pp. 53-54.

<sup>44</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER Y MICÓ en ENNECERUS, L. *et al.*, “Tratado de Derecho Civil”..., *op. cit.*, p. 331; ALISTE SANTOS, T., “La tutela judicial efectiva del nasciturus...”, *op. cit.*, p. 131.

el artículo 29 CC de modo diverso: en el caso de las medidas previstas en los arts. 959 a 967 CC este tercer inciso opera como una condición suspensiva, mientras que en el art. 627 CC opera como condición resolutoria al permitir la aceptación de la donación hecha al concebido. La interpretación gramatical del precepto, por tanto, permite sostener ambas posturas, si bien es necesario hacer dos matizaciones: en primer lugar, cuando el artículo declara que “el concebido se tiene por nacido”, el tiempo verbal que emplea es presente; es decir, se tiene por nacido en el presente, ahora, cuando se produce el efecto favorable. En segundo lugar, en el mundo jurídico, lo habitual es que, acreditado el supuesto de hecho, se produzca la consecuencia jurídica. Por eso, frente a la postura tradicional, parece más adecuado considerarla una condición resolutoria.

### 3. 3. 2. *Condiciones antiguas y nuevas ¿condicionan?*

... *Con las condiciones que expresa el artículo siguiente.*

El legislador nos remite al artículo 30 CC, en que recoge los requisitos que permiten atribuir efectos jurídicos al nacimiento. Vamos a distinguir entre la redacción anterior y posterior a la reforma del año 2011.

a) Artículo 30 CC anterior a la reforma. “Para los efectos civiles, solo se reputará nacido al feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas desprendido del seno materno”. La redacción originaria del artículo responde a un proceso histórico; es resultado de la evolución de las condiciones que se habían plasmado en diversas leyes del Derecho histórico español. Recoge un requisito de forma y otro de tiempo.

La relevancia de la **figura humana** para conceder trascendencia jurídica al nacimiento aparece ya en Derecho romano, por ejemplo, a efectos de reconocer la condición de hijo de un recién nacido<sup>45</sup> o de decidir la ruptura del testamento por preterición del hijo que nace vivo y fallece inmediatamente después<sup>46</sup>. En Derecho español tiene una trayectoria fluctuante, apareciendo y desapareciendo. Así, no aparece ni el Fuero Juzgo (FJ. 4, 2, 18) ni en el Fuero Real (FR. 3, 6, 3) en que el requisito de forma es el Bautismo, sino que es introducida a través de la Partida 4, 23, 5: “... si la criatura tiene figura humana, aun cuando tenga miembros de más o de menos, no la perjudicará esto para heredar al padre y a la madre y a los demás parientes”. Las normas posteriores, Leyes de Toro (Ley 13, 2, 5), Nueva Recopilación (NR. 5, 8, 2.) y Novísima Recopilación (Nov. 10, 5, 2) o Fueros Municipales prescinden de nuevo del requisito de la figura humana hasta llegar el siglo XIX<sup>47</sup>. El artículo 16 del Proyecto de Gorosabel de 1836 recupera la tradición romana<sup>48</sup> que se mantendrá en el artículo 107 del Proyecto de García Goyena y en el artículo 60 de la Ley de Matrimonio civil de 1870, antecedente inmediato del artículo 30. Ni el Derecho romano, ni las Partidas, ni nuestro Derecho han clarificado qué deba entenderse por “figura humana”, pudiendo hacer referencia tanto a la apariencia externa como a la constitución

<sup>45</sup> D. 1, 5, 14 recoge una sentencia de Paulo en que se dice que “no son tenidos por hijos los que nacen sin la forma humana habitual, como cuando una mujer da a luz algo monstruoso o anormal...”.

<sup>46</sup> En C. 6, 29, 3 se dice que la preterición del hijo que nació perfectamente vivo, aunque hubiese muerto inmediatamente después, provoca la ruptura del testamento “si vino al mundo todo vivo, no inclinándose a monstruo o prodigio”.

<sup>47</sup> MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., “La condición jurídica del nasciturus en el Derecho español...”, *op. cit.*, pp. 98 y ss.

<sup>48</sup> LASSO GAITE, J. F., “Crónica de la Codificación española”..., *op. cit.*, p. 117: “Hacen póstico del libro I cuatro artículos: disposiciones generales. Los dos primeros, 15 y 16, se corresponden con los artículos 29 y 30 del Código Civil vigente, sin precedente en Garellly, son reflejo de las Partidas 4<sup>a</sup>, 23, 3 y 7<sup>a</sup>, 33, 8 en la presunción de nacimiento a favor del meramente concebido, siempre que nazca vivo, tenga figura humana, viva al menos veinticuatro horas y sea bautizado”.



interna del nacido que afecte a la capacidad para sobrevivir<sup>49</sup>. En todo caso, ya en el siglo XX, este requisito basado en la creencia medieval de que podía nacer de una mujer una criatura no humana hacía tiempo que había perdido su razón de ser. Parte de la doctrina interpretaba “figura humana” en el sentido de naturaleza humana, de modo que este requisito concurría en todo feto nacido vivo.

El plazo de las **veinticuatro horas**, requisito de tiempo, es de origen germánico y se introdujo en Derecho español a través de los fueros históricos. El Fuero Juzgo (FJ. 3, 6, 3) requería el bautismo y diez días de vida para que el hijo póstumo pudiese adquirir los bienes del padre, mientras que los Fueros municipales, con la salvedad del Fuero de Teruel (338)<sup>50</sup>, vuelven al plazo de nueve días del Derecho germánico<sup>51</sup>. La Ley 13 de Toro reduce el plazo a 24 horas (Ley 13, 2, 5), manteniéndose en la Nueva Recopilación (NR. 5, 8, 2), en la Novísima Recopilación (Nov. 10, 5, 2) y en el Proyecto de 1936<sup>52</sup>. En el Proyecto de García Goyena se amplía a 48 horas<sup>53</sup> y finalmente, la Ley del Matrimonio Civil de 1870 (art. 60) retoma el plazo de las 24 horas que fue el adoptado por nuestro Código como criterio de viabilidad legal<sup>54</sup>. En cuanto criterio objetivo actuaba automáticamente: si el nacido sobrevivía 24 horas fuera del claustro materno, adquiría una personalidad jurídica que se retrotraía al momento de la concepción; en caso contrario, con independencia de la causa, no la adquiría. También era a partir de las 24 horas, y no antes, cuando se podía inscribir en el Registro Civil. La pervivencia de este requisito se ha justificado como un intento de dotar de seguridad jurídica al nacimiento evitando dudas o conflictos en torno al hecho de haber nacido vivo el feto y reducir los casos en que una muerte posterior al nacimiento provocase una variación en los derechos sucesorios. También este requisito había dejado de tener sentido. Por una parte colisionaba con las exigencias de la dignidad humana: el valor de la vida humana, su dignidad, es incalculable e invariable y el establecimiento de diferencias a partir de plazos legales siempre resulta arbitrario, injusto y conduce a consecuencias irracionales<sup>55</sup>; por otra, se oponía a diversas normas internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 que en su artículo 1 establece: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”,

<sup>49</sup> DE CASTRO incluyó en su “Derecho civil de España” una enumeración de características para clarificar esta “fórmula popular y expresiva”. DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho civil de España II”..., *op. cit.*, p. 105.

<sup>50</sup> Establece que el hijo que viviese durante un año y medio, en caso de fallecer, transmitirá sus bienes al padre o madre superviviente.

<sup>51</sup> MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., “La condición jurídica del nasciturus...”, *op. cit.*, p. 102.

<sup>52</sup> LASSO GAITE, J. F., “Crónica de la Codificación española...”, *op. cit.*, p. 117.

<sup>53</sup> Justifica esta ampliación de la siguiente manera: “debía parecer suficiente el de veinte y cuatro horas señalando en la ley de Toro que formaba el último estado; pero había en el seno de la Comisión sujetos respetables que miraban como un despojo hecho a la familia del padre o de la madre difuntos esta súbita transmisión de bienes por la sola circunstancia de sobrevivir la criatura veinte y cuatro horas, y pretendía prolongarla mucho más allá de los diez días del Fuero Juzgo: el término de cuarenta y ocho horas fue como una especie de transacción...”. GARCÍA GOYENA, F., “Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español”, Cometa, Zaragoza, 1974, (reimpresión de la edición de Madrid, de 1952), p.69.

<sup>54</sup> A pesar de la gran influencia del Derecho francés en nuestra Codificación, el legislador se aparta en este caso del *Code civil* que había adoptado el criterio de viabilidad impropia (ausencia de defectos orgánicos, defectos en el desenvolvimiento o enfermedades de consecuencias mortales) recogido, a efectos sucesorios en el art. 725 y generalizado posteriormente por la doctrina como requisito para adquirir personalidad jurídica. En contra de la opinión mayoritaria que entiende este plazo como criterio de viabilidad legal, PÉREZ GONZÁLEZ lo considera un criterio de viabilidad natural cuya finalidad sería la de acreditar la aptitud del recién nacido para la vida. *Cfr.* PÉREZ GONZÁLEZ, B, “El requisito de la viabilidad”, RDP, T. XXVIII, 1944, pp. 290-291.

<sup>55</sup> Un recién nacido de un día y un minuto de vida habría adquirido personalidad jurídica y podía adquirir y transmitir derechos, a diferencia de otro al que todavía le faltase un minuto para llegar a la 24 horas. El fallecimiento del primero en ese momento habría alterado el orden sucesorio; el del segundo, dos minutos “menor”, no lo habría alterado.

y en el artículo 6, “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; o los artículos 24 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 y 7.1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 que establecían la inscribibilidad inmediata del niño<sup>56</sup>.

b) Artículo 30 CC tras la reforma: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. La nueva redacción del artículo, introducida por la Disposición Final 3ª de la Ley 20/2011, de 21 de julio<sup>57</sup>, ha supuesto la adscripción de nuestro Código al conjunto de aquellos que reputan nacido al concebido a partir del nacimiento con vida, sin necesidad de concurrencia de requisitos adicionales. Tal es el caso de los Códigos civiles alemán (§1), italiano (artículo 1), suizo (artículo 31.1), austríaco (artículo 22), portugués (artículo 66.1) y la mayoría de los códigos latinoamericanos; en los Derechos civiles especiales este criterio fue adoptado en el art. 211-1 de la Ley 25/2010 de 29 de julio de libro segundo del Código Civil de Cataluña<sup>58</sup>. La supresión del requisito de las 24 horas de supervivencia y de la referencia a los “efectos civiles” han sido las dos modificaciones de mayor trascendencia. La primera ha supuesto la adaptación de nuestra legislación a la normativa internacional y la consecuente posibilidad de inscripción inmediata del nacimiento. Ya no hay diferencia temporal entre el nacimiento biológico y el ser reputado nacido para el Derecho. La segunda consolida el carácter general con que la doctrina había interpretado tanto el artículo 29 CC como el 30 CC. La personalidad a que se refieren no se predica únicamente de las relaciones jurídicas civiles, sino de cualesquiera, tiene alcance general; y la equiparación entre concebido y nacido debe entenderse también con esta amplitud. Señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE que la referencia a los efectos civiles significaba que el recién nacido gozaba desde el nacimiento de plena personalidad jurídica con la limitación de los derechos subjetivos privados de carácter patrimonial, que adquiriría transcurridas veinticuatro horas<sup>59</sup>; ahora, desde el nacimiento vivo y una vez se haya realizado el corte del cordón umbilical adquiere plena personalidad jurídica.

### 3. 4. Recapitulación.

Recapitulando, en virtud del criterio gramatical, el nacimiento es causa de la personalidad jurídica. Esta regla general se matiza para posibilitar la tutela de los intereses del no nacido. El método lingüístico que emplea el legislador es una excepción formulada en tiempo de presente como nueva regla general “el concebido se tiene por nacido”. El método jurídico consiste en

<sup>56</sup> Un sector de la doctrina opinaba que, por imperativo de los artículos 95 CE y 1.5 CC, estos preceptos formaban parte del ordenamiento jurídico español. De ser esto así, la legislación registral nacional que preveía la práctica de la inscripción en el plazo que transcurre entre las 24 horas y los 8 días siguientes al nacimiento, debía ceder ante estas disposiciones. Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en una resolución de 3 de septiembre de 1996 (RJ 1997/ 1846), consideró que dichos tratados internacionales no afectaban a la normativa registral española, de manera que el artículo 42 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 permanecía redactado en los siguientes términos: “La inscripción se practica en virtud de declaración de quien tenga conocimiento cierto del nacimiento. Esta declaración se formulará entre las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al nacimiento, salvo los casos en que el Reglamento señale un plazo superior”.

<sup>57</sup> Sobre esta reforma, *cfr.* DE LA IGLESIA MONJE, M. I., “La protección del nasciturus y su proyección en la jurisprudencia civil actual”, RCDI, 2010, nº 726, pp. 2217-2226.

<sup>58</sup> Curiosamente la modificación del artículo 30 se introdujo en el trámite de enmiendas del Proyecto de Ley remitido por el Consejo de Ministros al Congreso, por iniciativa del partido catalán Convergència i Unió. Sobre la influencia del art. 211-1 del Libro II del Código Civil de Cataluña en la reforma, *cfr.* FLORENSA I TOMÀS, C.E., “La influencia del art. 211-1 del Código civil de Cataluña en la modificación del criterio de adquisición de la personalidad del art. 30 del Código Civil español”, La codificación del derecho civil de Cataluña: estudios con ocasión del cincuentenario de la compilación (coordinadores, C.E., FLORENSA I TOMÀS; J. M FONTANELAS I MORELL), Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 103-135.

<sup>59</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil” ..., *op.cit.*, 282-283.

una equiparación cuyo sujeto es el concebido y cuyo objeto son los “efectos favorables” que van a delimitar el alcance material del precepto. La imprecisión de su contenido ha favorecido la elasticidad de la norma y la labor interpretativa de los Jueces, de manera que el ámbito objetivo del artículo 29 CC no es determinado y cerrado, sino abierto a la evolución. La expresión “efectos favorables” es la puerta a través de la que entra la realidad social<sup>60</sup>. El inciso siguiente introduce un límite temporal que puede entenderse (según la letra de la ley) como condición suspensiva o como condición resolutoria y en ambos casos, por el alcance general del artículo 29 CC, completado por el artículo 30 CC del que se ha eliminado la referencia a los “efectos civiles”, estas previsiones rigen en el conjunto del ordenamiento jurídico.

#### IV. ANTECEDENTES E *ITER* CODIFICADOR. CRITERIO HISTÓRICO.

Si acudimos a la Historia, el *iter* jurídico que culmina con la redacción actual del artículo 29 CC se traza a partir de su segundo inciso: “pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”. Esta fórmula general, tributaria de una tradición jurídica que se remonta al Derecho romano y penetra en el Derecho español a través de las Partidas<sup>61</sup>, pone de manifiesto el sentido de defensa y tutela del concebido que impregna ese *iter*. Pues, ante la tutela excepcional que se incorpora inicialmente al artículo 29 CC se reivindica posteriormente el retorno a una tutela general, apelando a nuestra tradición histórica.

##### 4. 1 Raíces romanas.

###### 4. 1. 1. Derecho arcaico y clásico. *Ex iustis nuptiis y vulgo conceptus*.

El conocimiento que tenemos acerca del tratamiento jurídico dispensado por el Derecho romano a los concebidos se limita a los textos que han llegado hasta nuestros días y está condicionado por la selección de autores que realizaron los compiladores justinianos y por las interpolaciones que introdujeron. Acudiendo a estas fuentes, encontramos múltiples citas recogidas en el Digesto que evidencian que la figura del *nasciturus* no pasó inadvertida a los juristas romanos<sup>62</sup>. La tutela dispensada al concebido por el ordenamiento jurídico romano nace en el ámbito hereditario y,

<sup>60</sup> A este propósito señala DE CASTRO en “Derecho civil de España”, II..., *op. cit.*, p. 120, como se dirá en el próximo epígrafe, que precisamente con la segunda redacción del artículo, su contenido se amplía de modo indefinido. Esa ampliación indefinida es posible por esa mención a los “efectos favorables”.

<sup>61</sup> Sin perjuicio de las referencias puntuales contenidas en normas anteriores de nuestro Derecho histórico: El *Breviario de Alarico* (506) recoge el sistema romano clásico y diferencia, a efectos de la protección de los intereses del *nasciturus*, entre los concebidos en legítimo matrimonio y los concebidos fuera de él. El *Fuero Juzgo* (654) establece la posibilidad de heredar del póstumo legítimo y sanciona el aborto. El *Fuero Real* (1249-1255) prevé la adopción de medidas para el caso de que la viuda estuviese encinta en el momento de fallecer el marido, así como la prohibición de ejecutar a la madre o infligir sobre ella cualquier tipo de pena corporal durante el embarazo. La posibilidad de heredar los bienes del padre se hace depender del bautismo. Ninguno de estos textos normativos recoge la máxima justiniana de la que hablaremos.

<sup>62</sup> A título de ejemplo: CELSO, ... *vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur* (D. 38, 16, 7), “...o ha sido concebido en vida de aquel; pues el ya concebido se considera que, en cierto modo, ya existe”; JULIANO, *Qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse* (D. 1, 5, 26), “Los hijos ya concebidos son considerados en casi todo el derecho civil como nacidos”; PAULO, *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam* (D. 1, 5, 7); “Se protege al hijo concebido como si hubiese nacido, siempre que se trate de sus ventajas propias, pues antes de nacer, no puede favorecer a tercero”. En algunas máximas, sin embargo, se niega su individualidad y la equiparación al nacido: ULPIANO considera que el hijo, ante del parto *mulieris portio est vel viscerum* (D. 25, 4, 2, 2) y PAPINIANO afirma que *nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur* (D. 35, 2, 9, 1). La contradicción de los textos ha generado opiniones diversas entre los romanistas acerca de la situación jurídica del concebido durante la etapa clásica. Nos inclinamos por aquella corriente que entiende que, aunque no se le reconoce capacidad jurídica ni se le considera sujeto de Derecho, las medidas que efectivamente se prevenían en los textos reflejan que su existencia

si atendemos a una cita de Ulpiano, ya en la Ley de las XII Tablas (s.V a. C) se contemplaba la posibilidad de que el póstumo legítimo concurrese a la herencia, bajo la condición de que llegase a nacer<sup>63</sup>.

La jurisprudencia clásica proporciona al *nasciturus* un tratamiento diferenciado en función de si había sido concebido *ex iustis nuptiis*, es decir, en el seno de un matrimonio legítimo o fuera de él, *vulgo conceptus*. El primero, aplicando el *ius civile*, es reconocido como sujeto de Derecho en potencia desde la concepción, al determinarse en este momento su *status*, siguiendo la condición del padre<sup>64</sup>. Por otra parte, en cuanto nuevo integrante de la familia romana y continuador tanto del culto doméstico a los antepasados como de las relaciones jurídicas del *pater familias*, se adoptan medidas para facilitar que pueda suceder *mortis causa* al *pater* como *heres suus*. Una de ellas consistió en permitir, a partir de la República, la institución o desheredación de los *postumi legitimi* en la herencia legítima evitándose, por otra parte, la anulación del testamento por preterición del *suus postumus (testamentum ruptum)*; una medida de gran importancia si tenemos en cuenta que la capacidad para suceder requería estar vivo al tiempo del fallecimiento del causante<sup>65</sup>. El Derecho romano clásico entendía cumplido este requisito desde que el *heres suus* estaba concebido, aunque todavía no hubiese nacido. Además, para la defensa de sus expectativas patrimoniales quedaba suspendida la distribución de la herencia, el pretor podía conceder a la madre viuda la posesión de los bienes que correspondiesen al hijo cuando fuese llamado a suceder al padre (*missio ventris nomine*) y, a petición de esta, se preveía el nombramiento de un *curator ventris*. La proyección jurídica de la vida del *vulgo conceptus* en cambio, de conformidad con el *ius gentium*, comenzaba con el nacimiento. Puesto que su futuro papel en la vida familiar, social y jurídica romana era mucho menor, el Derecho no preveía medidas de protección anteriores a este momento, salvo la referida al *status libertatis*: si al dar a luz la madre hubiese perdido la condición de libre que antes ostentaba, el concebido nacía igualmente libre ya que a estos efectos se tomaba como referencia la concepción por ser más favorable.

#### 4. 1. 2 Derecho post-clásico. *Conceptus pro iam nato habetur*.

En el Derecho post-clásico se produce un salto cualitativo en la tutela jurídica del *nasciturus* debido, fundamentalmente, a dos factores: la desaparición de la oposición entre el *ius gentium* y el *ius civile* y la influencia del Cristianismo. Tras penetrar en las costumbres del pueblo, la doctrina cristiana se proyecta en el ámbito jurídico imprimiendo un cambio en el sistema romano especialmente notable en lo que se refiere a la consideración jurídica de la persona<sup>66</sup>.

durante la gestación tuvo trascendencia jurídica a efectos patrimoniales, y que dichas medidas buscaban siempre favorecerlo y no perjudicarlo. Esto es lo que parece desprenderse de la mayor parte de los textos.

<sup>63</sup> *Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus*, (D. 38, 16, 3, 9), “es seguro que también el hijo concebido, si después llega a nacer, es admitido a la herencia legítima, ya por la ley de las Doce Tablas...”.

<sup>64</sup> Es decir, si al tiempo de ser concebido concurrían en el padre los tres *status* requeridos para actuar en Derecho (ser libre, en cuanto al *status libertatis*; ser ciudadano romano, en cuanto al *status civitatis*; ser *sui iuris*, en cuanto al *status familiae*), concurrían también en el concebido; entonces adquiere la consideración de sujeto de Derecho en potencia cuyos derechos se protegen como si hubiese nacido. Cualquier cambio de *status* del padre producido durante la gestación no le afecta. Cfr. MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., “La condición jurídica del nasciturus...”, *op.cit.*, pp. 27 y ss.

<sup>65</sup> d’ORS, “Derecho Privado Romano”, Eunsa, Pamplona, 2006, (10ª edición), pp. 340-341; GARCÍA GARRIDO, M. J., “Derecho Privado Romano. Casos. Acciones. Instituciones”, Ediciones Académicas, Madrid, 2008, (16ª edición), p. 418.

<sup>66</sup> BIONDI, B., “Arte y ciencia del Derecho”, (traductor Á., LATORRE SEGURA), Ediciones Ariel, Barcelona, 1953, p. 263; DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho civil de España”, II..., *op.cit.*, pp. 10-11; MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., “La condición jurídica del

La trascendencia que antes solo se atribuía a la concepción de los *nascituri ex iustis nuptiis* se hace extensiva a todos los concebidos sin distinción alguna y la protección que en el Derecho justinianeo se le dispensaba a través de diversos cauces cristaliza en un principio general que equipara al concebido con el nacido para todo lo que sea de su interés: *conceptus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*<sup>67</sup>. Esta fórmula, cuya autoría se atribuye a los compiladores del *Corpus Iuris*, constituye el antecedente remoto del artículo 29 del Código Civil.

#### 4. 2 Recepción en el Derecho histórico. Las Partidas.

Su recepción en nuestro Derecho histórico no se produce hasta las Partidas de Alfonso X. La Partida 4, Título 23, Ley 3ª establece que: “Mientras la criatura esté en el vientre de su madre, todo lo que se diga en su utilidad debe aprovecharla del mismo modo que si fuese nacida, así como lo que se diga o haga en daño suyo o de sus cosas no la perjudicará”. A partir de aquí se construye una teoría de la condición del *nasciturus*, con aplicaciones concretas en diversas leyes de las Partidas de carácter civil y penal<sup>68</sup>, que puede considerarse como la más generosa que se ha elaborado ya que la protección de sus intereses no está supeditada a ninguna condición o requisito adicional: el concebido tendrá la misma consideración jurídica que un nacido para todo aquello que le resulte beneficioso. No hay ficción jurídica ni retroactividad de derechos<sup>69</sup>. El itinerario seguido por este principio en las posteriores normas del Derecho español es fluctuante: no se mantendrá en las Leyes de Toro (1505), ni en la Nueva y Novísima Recopilación (1567;1805) pero sí reaparece en el proceso codificador a través del art.15 del Proyecto de Código Civil de Gorosabel de 1836<sup>70</sup>.

#### 4. 3 Etapa codificadora.

El Proyecto de García Goyena de 1851, antecedente inmediato de nuestro Código (Ley de Bases, 1ª) no acoge la regla general, sino que opta por el sistema casuista y regula únicamente disposiciones concretas de salvaguarda de los intereses patrimoniales del póstumo (arts. 607, 644, 786-799 y 960)<sup>71</sup>; y esta regulación “sectorial”, con la que la Codificación se apartaba de la

---

*nasciturus en el derecho español...”, op.cit., p. 33; ROBERTI, M., “Nasciturus por iam nato habetur nelle fonti cristiane primitive”, Cristianismo e diritto romano, vol. XLIII, Milano, 1935, pp. 65-84.*

<sup>67</sup> Sobre el origen y significado de esta regla, así como su recepción en Derecho español, cfr. POLO ARÉVALO, E. M., “Origen y significado del principio *conceptus pro iam nato habetur* en derecho romano y su recepción en derecho histórico español y en el vigente Código Civil”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, 11, 2007, pp. 719-739.

<sup>68</sup> Con carácter ejemplificativo: referidas a la salvaguarda de la integridad física a la mujer encinta: P. 7, 30, 2; P 4, 23, 3; de carácter civil, referidas al ámbito sucesorio: P. 6, 6, 16; P. 6, 6, 17; P. 3, 22, 7; P. 6, 1, 20; de carácter penal, referida a la penalización del aborto: P. 7, 8, 8.

<sup>69</sup> ALISTE SANTOS, T.J., “Tutela judicial efectiva del *nasciturus* ...”, *op.cit.*, pp. 42-43.

<sup>70</sup> Art. 15: “Los que se hallen en el vientre de su madre se reputan nacidos en cuanto concierne a su utilidad, mas para gozar de este beneficio es preciso que después nazcan vivos”. Señala BARÓ PAZOS que el Libro primero de este Proyecto contenía referencias generales a los derechos del concebido no nacido, siguiendo disposiciones del Derecho histórico. BARÓ PAZOS, J., “La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)”, Servicio de Publicaciones Universidad de Cantabria, Santander, 1993, p. 73.

<sup>71</sup> GARCÍA GOYENA, F., “Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español” ..., *op. cit.* Conviene recordar que una de las fuentes que tuvieron en cuenta los redactores del Proyecto para su elaboración fue el Derecho civil francés. La doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX trata esta materia partiendo de la vinculación a instituciones concretas como la donación o la herencia y no considera que el Derecho francés prevea una protección general del concebido. DOMAT, por ejemplo, se refiere a los concebidos en relación a la herencia, considerando conveniente la conservación de sus derechos sucesorios. Cfr. DOMAT, J., “Les lois civiles dans leur ordre naturel”, t.I, París, 1828, p. 12. POTHIER, aborda esta cuestión en relación al nombramiento del curador que debe velar por esos intereses. Cfr. POTHIER, R. J., “Traité des personnes et des choses”, t. IX, Videcoq Père et fils,

tradición jurídica consagrada en las Partidas, se reproduce en la ley de Bases de 11 de mayo de 1888 (arts. 627, 814, 959-967). Los redactores de esta 1ª edición del Código no quisieron ceder totalmente al casuismo y el artículo 29 establecía que: “el nacimiento determina la personalidad sin perjuicio de los casos en que la ley retrotraiga a una fecha anterior los derechos del nacido”, pero el restringido alcance de la fórmula, configurada con carácter excepcional y no general (la protección del concebido quedaba limitada a los supuestos expresamente previstos por la ley) generó numerosas críticas. Cuando el texto del Código, ya publicado, fue sometido a debate en las dos Cámaras, la redacción de este artículo se encontró con la oposición de numerosos diputados y senadores<sup>72</sup>, secundada después por parte de la doctrina<sup>73</sup>. Los argumentos más relevantes esgrimidos por quienes se mostraban críticos son dos: que el artículo obviaba los derechos de los póstumos al establecerse que solo se es persona desde el nacimiento<sup>74</sup>, con el consiguiente peligro de dejar en manos de la jurisprudencia la determinación de los casos concretos en que se salvaguardarían sus intereses<sup>75</sup>, y el distanciamiento del Derecho tradicional<sup>76</sup>.

La exigencia de modificar el precepto tendrá eco en la propuesta de elaboración de una edición corregida del Código. Cuando esta se publica el 24 de julio de 1888, el artículo 29 presenta una nueva redacción, vigente en la actualidad. En la Exposición de Motivos se explica que se ha cambiado “no el concepto, sino la forma”... “adoptando la fórmula genérica y tradicional de nuestro antiguo derecho”, de manera que “no pueda quedar duda de que este mismo es el sentido del artículo 29<sup>77</sup>”. Es decir, el legislador presenta este cambio como una mera modificación formal. Sin embargo, si comparamos ambos textos, comprobamos que la protección de los derechos del concebido deja de tener un carácter “puntual” y casuístico (“sin perjuicio de los casos...”), para acoger el carácter genérico del Derecho histórico (“se tiene por nacido siempre que...”. La equiparación entre el nacido y no nacido que se introdujo inicialmente en el Código como una excepción limitada a los casos previstos por la ley, se redacta en la segunda edición como una regla general. Y esto supone no solamente una modificación de la letra, sino también del espíritu de la norma que se adapta así al Derecho histórico y repercute en todo el ordenamiento jurídico. A este respecto, ya había señalado DE CASTRO había señalado en su “Derecho Civil de España” que “la segunda redacción del artículo 29 ha cambiado ciertamente algo más que la primitiva forma; la fórmula genérica empleada conserva el concepto, pero amplía indefinidamente su contenido. La alteración consistió en ensanchar el ámbito de la disposición, sin que se tocara el sistema de eficacia...”<sup>78</sup>. Como resultado, nos encontramos ahora con dos reglas generales entre las que se establece una curiosa relación en virtud de la cual la segunda (“pero el concebido...”) limita la eficacia de la primera (“el nacimiento determina...”).

---

París, 1946, p. 77. El *Code Civil* siguiendo la línea abierta por esta doctrina, contempla provisiones particulares para preservar ciertos intereses patrimoniales del *nasciturus*: arts. 725, 906 y 960. La jurisprudencia y la doctrina más recientes, sin embargo, han aplicado estas provisiones a supuestos distintos de los contemplados por la ley.

<sup>72</sup> ARROYO i AMAYUELAS, E., “La protección al concebido...”, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

<sup>73</sup> ABELLA, J., “**Novísimo código civil español: reformado conforme a los dispuesto en la ley de 26 de mayo y R.D. de 24 de julio de 1889**”, *Imprenta Enrique de la Riva, Madrid, 1889, (2ª edición), p. 184*; MANRESA Y NAVARRO, J. M., “Comentarios al Código Civil español”, t. I..., *op. cit.*, pp. 189-190.

<sup>74</sup> COMAS ARQUÉS, A., (DSS) núm. 34 de 31 de enero de 1889, pp. 472 y 473.

<sup>75</sup> SILVELA LE VIELLEUZE, F., DSS núm.45 de 14 de febrero de 1889, pp. 702 y 703.

<sup>76</sup> COMAS ARQUÉS, A., *ut supra*; DURÁN Y BAS, M., DSS núm. 53 de 23 de febrero de 1889, p. 876; MARQUÉS DE TRIVES, DSS núm. 50 de 20 de febrero de 1889, p. 813; .

<sup>77</sup> Es decir, el de considerar al póstumo como nacido para todo lo que le resultase favorable, siguiendo la antigua legislación.

<sup>78</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho civil de España” II..., *op. cit.*, p. 120.

#### 4.4. Recapitulación.

En definitiva, se cambió el “elemento formal”, pero en la medida en que con ese cambio se modificaba también “el fondo”. Las voces críticas con el artículo, no lo eran simplemente por su dicción literal, sino porque ahogaba la tradicional protección, amplia y general, que el Derecho común había ofrecido al no nacido. Por tanto atendiendo al criterio histórico, y puesto que el actual artículo pretende ser continuador de la regulación de las Partidas, la interpretación que se ha de hacer del mismo es extensiva e implica que, en caso de duda, la balanza se ha de inclinar hacia lo que resulte más favorable al *nasciturus*

### V. EN RELACIÓN CON EL CONTEXTO. CRITERIO SISTEMÁTICO

El criterio sistemático nos lleva a prestar atención a la ubicación del artículo 29 en el Código Civil, por ser el texto legislativo en el que se encuentra, y a su relación con las demás normas del ordenamiento jurídico. Este artículo se ubica en el Capítulo I: “De las personas naturales”, del Título II: “Del nacimiento y extinción de la personalidad civil”, del Libro I, “De las personas”<sup>79</sup>, una localización que, *a priori*, indica el reconocimiento implícito de un vínculo entre el concebido y la persona natural (el ser humano). Y, desde aquí, entra en relación con multitud de normas situadas tanto dentro como fuera del Código Civil, fenómeno que se explica por la influencia que tiene la realidad social en esta perspectiva sistemática.

Del nuevo contexto fraguado en los siglos XX y XXI, de las nuevas circunstancias sociales han emergido situaciones que, bajo la consideración de diversos factores que veremos al abordar el criterio sociológico, se han resuelto interpretando extensivamente el artículo 29 CC. Ahora se califican como “efectos favorables” supuestos antes desconocidos o implanteables y la regla de protección del concebido se ha proyectado sobre el conjunto del ordenamiento jurídico, más allá del reducido ámbito patrimonial al que se limitaba en el contexto social del siglo XIX.

A día de hoy el artículo 29 CC es punto de referencia para la tutela jurídica del *nasciturus* en tres sentidos: como criterio de interpretación de las disposiciones normativas que se refieran a “hijos”, “descendientes” o “menores” (por ejemplo, art. 814 CC, art. 85 de la Ley 50/1980 de 3 de octubre de Contratos de Seguro), como criterio interpretativo de los supuestos expresamente previstos por el Derecho positivo (art. 627 CC, arts. 957-961, art. 6.1.2 LEC) y como criterio de aplicación a situaciones beneficiosas para el concebido no previstas expresamente. Analicemos brevemente las disposiciones con las que se relaciona.

#### 5. 1. Derecho Privado. Función en el Código Civil

**Derecho de la persona:** Si abrimos el Código Civil en busca de preceptos relacionados con el artículo 29, el más importante es el artículo 30 CC al que se remite y que, por ello, funciona como complemento del mecanismo de tutela de los intereses del concebido. Uno y otro son las piezas que lo componen, sin perjuicio de que pudiese cuestionarse la pertinencia de establecer los requisitos en un artículo distinto al que contiene la norma protectora. Siguiendo un orden sistemático, en el Libro I, entre los preceptos reguladores de la concesión de la nacionalidad

<sup>79</sup> Al dedicar el Libro primero a la persona, el legislador vuelve a la clasificación gayana, ya adoptada en el Proyecto de García Goyena (I. De las personas, II. De las división de los bienes y de la propiedad, III. De los modos de adquirir la propiedad) y reconoce, al menos nominalmente, el primer lugar que le corresponde en el conjunto del ordenamiento jurídico. Esta prioridad sistemática es reflejo de la configuración del Derecho de la persona en nuestro país como institución independiente dentro del Derecho civil. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho civil de España”, II..., *op. cit.*, p. 9.

(Título I), una interpretación del artículo 17 CC a la luz del artículo 29 CC llevó a la DGRN a reconocer la adquisición de nacionalidad española *iure sanguinis* a un concebido cuando su madre, habiendo tenido nacionalidad española al tiempo de la concepción, la hubiese perdido al llegar el momento del nacimiento<sup>80</sup>.

**Derecho de familia:** Continuamos avanzando y encontramos en los Títulos V, VI y VII disposiciones reguladoras respectivamente de la paternidad y filiación, de los alimentos entre parientes y de las relaciones paterno-filiales. De un modo natural, la relación entre padres e hijos, incluso la pertenencia del hijo a una familia comienza ya, aunque sea de un modo limitado, durante la gestación. En este período la existencia de la nueva criatura genera en los progenitores ciertas responsabilidades. Su exigibilidad y reconocimiento respecto al concebido se fundamenta en una interpretación extensiva del art. 29 CC que conduce a entenderlo incluido bajo el término “hijo” cuando sea beneficioso para él<sup>81</sup>. En cuanto a los preceptos comprendidos en el Título V, son relevantes los artículos 112, 115 a 119 CC (filiación matrimonial), 120 a 126 CC (filiación no matrimonial) y 131 a 135 CC (reclamación de la filiación). La doctrina suele incluir entre los intereses extra-patrimoniales del *nasciturus* el reconocimiento de la filiación, posibilidad reforzada por el artículo 6.1.2 LEC 1/2000. De acuerdo con el razonamiento anterior, entre las responsabilidades que existen ya durante la gestación se encontrarían, en el caso de los padres que no ostenten la patria potestad, el deber de velar por los hijos menores y prestarles alimentos, previstas en el art. 110 CC. Los alimentos al hijo durante el embarazo se hacen efectivos, como es lógico, garantizando a la madre lo necesario para que la gestación se desarrolle normalmente; una de esas garantías es su adecuada alimentación<sup>82</sup>. Velar por el hijo en este caso puede consistir en preparar todo aquello que vaya a necesitar llegado el momento del nacimiento. Respecto a los padres que ostentan la patria potestad, prevé el art. 154 que “se ejercerá siempre en beneficio de los hijos”; de entre los deberes y facultades que añade a los anteriores (velar por los hijos y prestarles alimentos, ex. art. 110 CC), serían aplicables al caso de un hijo no nacido la posibilidad de representarlo y administrar sus bienes<sup>83</sup>. Es decir, durante el embarazo, a la espera de que nazca el hijo, los padres pueden ejercer la patria potestad realizando actos que redunden en su beneficio como la aceptación de una donación (art. 627

<sup>80</sup> RRDGRN de 31 de marzo de 1992 (RJ 1992/ 3474) y de 12 de julio de 1993 (RJ 1993/ 6357).

<sup>81</sup> En este sentido, la Audiencia Provincial de Murcia en sentencia de 26 de abril de 2012 (JUR 2012/180445) afirma que el deber de alimentos “deriva del hecho de la generación” (FJ<sup>o</sup>2) y aboga por una interpretación amplia de los artículos 145 y 148 CC que permitiría incluir entre los gastos de asistencia médica, los cuidados y atención referidos al *nasciturus* (FJ<sup>o</sup>3). Sigue la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que en diversas sentencias (SSTS de 16 de julio de 2002, 5 de octubre de 1993) ha declarado que “la obligación dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico... resulta de modo inmediato del hecho de la generación y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad del art<sup>o</sup>. 154.1 del CC”.

<sup>82</sup> En este mismo sentido cabe interpretar el art. 964 CC. A primera vista se presenta como el derecho de la madre a ser alimentada durante la gestación a partir de los bienes hereditarios, pero no pocos autores lo consideran una especie de derecho de alimentos a favor del concebido. El fin último del artículo no es la alimentación de la madre en sí misma, sino del concebido, favorecer su desarrollo intrauterino que recaería, a modo de carga, sobre la parte del caudal hereditario que pudiera corresponder al póstumo. Cfr. ALONSO PÉREZ, M., “Comentario al artículo 964 CC”, Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales (directores, M., ALBALADEJO GARCÍA y S., DÍAZ ALABART), T. XIII, 2, Edersa, Madrid, 1998, pp. 86-133; GARCÍA CANTERO, G., “La persona de la viuda y su estado civil”, Estudios de Derecho Público y Privado, ofrecidos al profesor Ignacio Serrano y Serrano, I, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho con la colaboración del Colegio Mayor Menéndez Pelayo de Valladolid, Valladolid, 1965, p. 284; MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., “La condición jurídica del nasciturus...”, *op. cit.*, p. 248.

<sup>83</sup> Conforme a este artículo, los padres son habitualmente quienes “legítimamente” representarían al concebido si ya hubiese nacido (arts. 627). Ahora bien, en el hipotético caso de que la identidad del padre fuese desconocida (o hubiese sido privado de la patria potestad) y la madre embarazada hubiese sido declarada judicialmente incapaz, podrían entrar en juego los preceptos referidos a la tutela del menor (arts. 215 a 285 CC), además del art. 299 bis CC en que se disponen las funciones del Ministerio Fiscal mientras no se produzca el nombramiento judicial del tutor del menor. Cfr. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., “La condición jurídica del nasciturus en el Derecho español”..., *op. cit.*, pp. 255 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Curso de Derecho Civil”, I..., *op. cit.*, p. 340.



CC)<sup>84</sup>. Al deber de alimentos se refiere también el art. 142 CC; los alimentos del concebido podrían incluirse bajo el concepto de “gastos de embarazo”. El supuesto de hecho se da cuando la madre carece de medios suficientes para su manutención y, por tanto, para el normal desarrollo del embarazo. Podría reclamar esta prestación *iure proprio* o en interés de su hijo a cualquiera de los obligados en virtud del art. 144 CC. Además, la jurisprudencia ha reconocido en algunas ocasiones la posibilidad de establecer una pensión alimenticia a favor del *nasciturus* en el convenio regulador elaborado en los procesos de nulidad, separación o divorcio, así como la atribución de la guarda o el régimen de visitas<sup>85</sup>. Esta posibilidad es consecuencia de interpretar las disposiciones relativas a “efectos comunes de la nulidad, separación o divorcio” (artículos 90 a 101 CC) y las relativas a “medidas provisionales por demanda de nulidad, separación o divorcio” (artículos 102 a 106 CC) atendiendo al artículo 29 CC en cuanto puedan afectar a un hijo no nacido. Continuando en el ámbito del Derecho de familia, la sentencia de la AP de Girona de 8 de septiembre de 2005<sup>86</sup> establece la declaración de desamparo de un *nasciturus* debido a la grave situación social de la familia; para ello invoca el art. 2.2.a) y b) de la Llei 37/1991 de Protección de Menors i Adopción, pero si el caso se hubiese producido en una Comunidad Autónoma sometida al Derecho Común, serían de aplicación los artículos 172 a 174 CC a los que se remite el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Modos de transmitir la propiedad:** en los Títulos II y III del Libro II es donde se encuentran las aplicaciones concretas de la equiparación entre concebido y nacido. El art. 627 CC prevé expresamente la posibilidad de realizar una donación a favor del *nasciturus*<sup>87</sup> que deberá ser aceptada por quien “legítimamente lo representaría si se hubiera verificado ya el nacimiento”. Para su efectividad es necesario tener en cuenta los artículos que conforman el Título II, atendiendo a la especial situación del donatario. A modo de ejemplo, resulta ilustrativa la RDGRN de 29 de julio de 1999 en que se deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad de la donación de un inmueble a un menor y a un hijo concebido, por no reunir los requisitos de forma exigidos por

<sup>84</sup> En caso de conflicto entre los intereses del *nasciturus* y los de sus padres, plantea ALISTE SANTOS la posibilidad de nombrar a un defensor judicial, formulada en el artículo 163 CC respecto a los hijos no emancipados. Un razonamiento que, según el autor, ya había sido defendido por HERNÁNDEZ GIL (Félix) y sugerido en la RDGRN de 16 de septiembre de 1929. ALISTE SANTOS, T. J., “La tutela judicial efectiva del nasciturus”..., *op. cit.*, pp. 149 y 150.

<sup>85</sup> SSAP de Toledo de 20 de febrero de 2003 (LA LEY 36822/2003), de Alicante de 27 de octubre de 2005 (JUR 2006/109279).

<sup>86</sup> (JUR 2006\51682). El 19 de marzo de 2003 la Delegación Territorial de Girona del Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat de Cataluña dicta una resolución administrativa en la que aprecia la situación de desamparo del hijo (todavía en gestación) de doña Virginia. Declara la suspensión de la patria potestad de los progenitores, la asunción de las funciones tutelares por parte de la Sección Territorial de Atención de los niños y adolescentes y abre un expediente de tutela. Doña Virginia se opone a dicha resolución presentando una demanda que es desestimada en 1ª instancia. En 2ª instancia, la Audiencia Provincial de Girona entiende que se mantienen los motivos que dieron lugar a la resolución administrativa: la situación de alto riesgo social de la familia que llevó a la declaración de desamparo de sus otros cuatro hijos, la situación de precariedad laboral y económica de Virginia, así como su estado físico (es portadora del VIH) y el de su pareja (también portador del VIH) y en “situación claudicante, carente de meros visos de estabilidad”). Concluye que estas circunstancias hacen inviable el cuidado de las necesidades básicas del *nasciturus* y “la posibilidad de desarrollar los requerimientos inherentes a la maternidad con las garantías necesarias en interés del *nasciturus*, que es merecedor de rigurosa protección”, desestima la demanda y confirma la sentencia de primera instancia.

<sup>87</sup> Algunos autores entienden que esta previsión referida a donaciones simples se puede aplicar analógicamente a donaciones condicionales u onerosas (artículo 622 CC). En este caso, una vez producido el nacimiento sería necesaria la conformidad del legítimo representante para que el *nasciturus*, ya nacido, quede vinculado. DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho Civil de España”, II..., *op. cit.*, p. 131; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Curso de Derecho Civil I”..., *op. cit.*, p. 343; MANERSA Y NAVARRO, F., “Comentarios al Código Civil Español”, V, Reus, Madrid, 1972, p. 174 (7ª edición).

el la ley<sup>88</sup>. Se ha planteado expresamente en relación al *nasciturus* la posibilidad de revocar una donación por superveniencia de hijos (art. 644. 1 CC), al entenderlo como un beneficio para este. Según la opinión más extendida, la concepción de un hijo posterior a la donación entra dentro del supuesto de superveniencia de hijos. Sin embargo, la revocación beneficia al *nasciturus* solo de modo indirecto (el bien o bienes donados reverterían directamente en el patrimonio del padre) y por este motivo no puede calificarse como “efecto favorable” en el sentido del artículo 29 CC. El ejercicio de la acción de revocación solo procedería tras el nacimiento<sup>89</sup>.

En sede de **Sucesiones** (Título III) es donde históricamente surgieron las primeras normas de salvaguarda de los intereses del concebido. Ninguna disposición del Código Civil reconoce la capacidad de suceder del no nacido y ninguna la niega expresamente (no se menciona en los supuestos de incapacidad del art 745 CC). Puesto que la adquisición de derechos sucesorios es un efecto favorable, la doctrina suele entender que de una interpretación de los arts. 744 y 745 de conformidad con el artículo 29 CC resulta evidente esa capacidad, ya sea en concepto de heredero o de legatario<sup>90</sup>. La posibilidad de que un concebido sea llamado a heredar crea una situación de conflicto entre su legítimo interés a la herencia y los derechos de otros sujetos también llamados a suceder. Ante esta situación los arts. 959 a 967 CC, agrupados bajo la rúbrica “De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta” y siguiendo los precedentes históricos<sup>91</sup>, prevén una serie de medidas que se han de adoptar en caso de que la viuda se encuentre encinta. La medida más importante, en torno a la que giran las demás, es la suspensión de la división de la herencia (art. 966 CC). En virtud de la misma se crea una situación jurídica particular, de interinidad, durante la cual se paraliza el fenómeno sucesorio y el caudal hereditario es sometido a administración y seguridad (art. 965 CC) con el fin de custodiar los bienes hasta que se produzca el nacimiento o se verifique que este no tendrá lugar. Se acude a un mecanismo patrimonial, para proteger un derecho personal (derecho a heredar). Según DE CASTRO, el objetivo es doble: tanto la protección de las personas que tengan en la herencia un

<sup>88</sup> (RJ 1999/6085). En un convenio regulador aprobado judicialmente en sentencia de separación, el esposo hace cesión de la mitad indivisa de la vivienda familiar que le corresponde a favor de sus hijos (una hija menor y un *nasciturus*), con las condiciones de que esa mitad no sea entregada ni vendida hasta que alguno de ellos alcance la mayoría de edad y que sea su esposa la que se haga cargo de la hipoteca. El Registrador deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad por defecto insubsanable al no reunir los requisitos de forma exigidos en los artículos 633 CC y 3 de la Ley Hipotecaria.

<sup>89</sup> Cfr. CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Aspectos civiles de la protección...”, *op. cit.*, pp. 123-126; DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho civil de España” II..., *op. cit.*, p. 127; DÍAZ ALABART, S., “Comentario a los artículos 644 a 646 del Código Civil”, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, (director, M., ALABALADEJO GARCÍA), t.VIII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, pp. 303-323; LACRUZ BERDEJO, J.L., “Elementos de Derecho Civil”, t. II, vol. 3, ..., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Comentario a los artículos 29 a 34 CC”..., *op. cit.*, pp. 277-279, entre otros. Este último apunta, además, que si se aplicase el artículo 29, al tenerse al concebido por nacido, el padre tendría la consideración de donante con hijos y, por tanto, la donación sería irrevocable. Si el donante fallece antes del nacimiento, el hijo concebido hereda la titularidad de la acción de revocación que puede ser ejercitada por quienes legítimamente lo representaría si ya hubiese nacido (arts. 6.1.2 y 7.3 LEC). En contra: CARRASCO PERERA, Á., “Derecho civil”..., *op. cit.*, p.75.

<sup>90</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho Civil de España II”..., *op. cit.*, p. 129. En el mismo sentido, CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Aspectos civiles de la protección al concebido...”, *op. cit.*, pp. 127 y ss. Y STS de 25 de abril de 1963.

<sup>91</sup> Las medidas previstas en estos artículos tienen su origen en el Derecho Romano (D. 25, 4, 1) y se recogen también en el Fuero Real (FR. 3, 6, 3) y en las Partidas: en P. 6, 6, 16 se prevé la suspensión de la partición de la herencia en las sucesiones *ab intestato* para el caso de que la viuda estuviese encinta al fallecer el causante; en P. 6, 6, 17 se realiza una minuciosa descripción de las diligencias que se debían adoptar hasta el parto, así como la atribución a la madre de la posesión de los bienes que correspondiesen al hijo (P. 3, 22, 7). Por último, en P. 6, 1, 20 se prevé la anulación del testamento del padre por preterición del póstumo. Cabe aplicación analógica de estas medidas respecto a cualquier otro supuesto en que el *nasciturus* sea llamado a suceder. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho civil de España” II..., *op. cit.*, p. 124; MANRESA Y NAVARRO, J. M., “Comentarios al Código civil español”, t. VII, Reus, Madrid, (7ª ed.), pp. 250 y 255.

derecho de tal naturaleza que pueda desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo, como la protección del póstumo<sup>92</sup>.

La regla a favor del concebido también se ha hecho extensiva a los artículos 781 CC y 814 CC. El artículo 781 CC regula la sustitución fideicomisaria limitándola al segundo grado, pero prescinde de ese límite cuando se realiza “en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”. En este último supuesto se ha basado la validez de sustituciones fideicomisarias hechas en beneficio de un concebido, aunque fuesen de grado posterior al segundo. El artículo 814 CC regula las consecuencias de la preterición de “hijos” o “descendientes”, las consecuencias previstas para estos casos se producen también cuando el preterido es un concebido.

Por último, en lo que al Libro IV se refiere, “De las **obligaciones y contratos**”, algunos autores mantienen la posibilidad de realizar un contrato o establecer estipulaciones a favor del concebido, en cuyo caso habrían de aplicarse las disposiciones generales de los contratos (arts. 1254 a 1260 CC) y artículos concordantes, bajo el prisma del artículo 29 CC. Así, si bien es cierto que la autonomía de la voluntad de los contratantes permite incluir en un contrato una estipulación a favor de un tercero, esta solo sería posible en relación al concebido cuando supusiese para él un beneficio y no cuando lo perjudicase; por otra parte, de conformidad con el artículo 1257 CC, para que un contrato en su favor adquiera eficacia, una vez producido el nacimiento tendría que ser aceptado por su representante legal<sup>93</sup>. La aplicación del art. 29 CC es también extensible al art. 1902 CC para fundamentar una indemnización por daños sufridos por el *nasciturus* durante el período de gestación en sus bienes o en su familia y por daños corporales. Diversas sentencias han reconocido al *nasciturus* el derecho a ser resarcido por el fallecimiento de familiares, atribuyéndole la condición de “perjudicado”<sup>94</sup>.

## 5. 2. Derecho Privado. Función fuera del Código Civil.

La equiparación entre concebido y nacido incide también en materias no reguladas por el Código Civil. En materia de seguros, por el ejemplo, el artículo 85 de la Ley 50/1980 de 3 de octubre de Contratos de Seguro indica que cuando los “beneficiarios” de un seguro sean los “hijos” del fallecido, se entenderán comprendidos todos los “descendientes con derecho a herencia...”; ya que este reconocimiento es un efecto favorable, entre los “descendientes con derecho a herencia” se incluye el concebido<sup>95</sup>. Y en la legislación registral civil, todas aquellas disposiciones

<sup>92</sup> DE CASTRO Y BRAVO, “Derecho Civil de España”, II..., *op. cit.*, pp. 123-124; CASTÁN TOBEÑAS, J., “Derecho Civil español común y foral”, t. I, vol. I, Reus, S.A, Madrid, 2005, p. 267.

<sup>93</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho Civil II”..., *op. cit.*, p. 131; GETE ALONSO, M. del C., “Persona, personalidad, capacidad”..., *op.cit.*, p. 85; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Curso de Derecho Civil”, I..., *op. cit.*, p. 343.

<sup>94</sup> En la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de septiembre de 1997 (AC 1997/1793) se reconoce una indemnización de daños morales por fallecimiento del padre en accidente de circulación, a favor de la hija concebida pues “el primer perjuicio dimana del simple hecho de nacer huérfana de padre y, a partir de ahí, todas las múltiples eventualidades que deberá atravesar a lo largo de su vida sin contar con la presencia de su progenitor”. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 11 de noviembre de 2002 (LA LEY 187948/ 2202) se indemniza a un *nasciturus* por el daño moral que le pueda provocar el fallecimiento de su hermano en un accidente de circulación. El fundamento de esta decisión se encuentra en atribuirle, *siempre que nazca*, los efectos favorables que se deriven de la aplicación (por interpretación extensiva) de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en cuyo Anexo de valoración de daños y perjuicios causados a personas en accidentes de tráfico no se hace referencia al *nasciturus*. Señala la sentencia que “resultaría incluso cruel que este, por razones de pura temporalidad, no disfrutara de los derechos que le asistirían si hubiera nacido”.

<sup>95</sup> Un estudio detallado sobre esta cuestión: CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “El seguro de vida para caso de muerte: cuestiones actuales de Derecho civil”, Dykinson, Madrid, 2005; CANTERO NÚÑEZ, F. J. y PARDO GARCÍA, H.R., “Acerca de la designación de beneficiario de un seguro de vida desde la óptica del Derecho de Sucesiones”, RDP, Año nº80, Octubre 1996, pp. 707-712.

que regulan hechos concernientes a la persona tales como inscripción del nacimiento, principal medio de prueba del nacimiento (arts. 40 a 47), de la filiación (arts. 48 a 52), del nombre y apellidos (arts. 53 a 62), de la nacionalidad (arts. 63 a 68), así como de la patria potestad, tutela y demás situaciones señaladas por la Ley (arts. 88 a 91) se han de interpretar conforme a los artículos 29 y 30. La modificación de este último ha repercutido en todos aquellos artículos que se remiten a las circunstancias de figura humana y transcurso de 24 horas (por ejemplo, los arts. 40, 42 y 45 LRC o el art. 170 del RRC) que han perdido su vigencia. Ahora la inscribibilidad del nacido es inmediata<sup>96</sup>.

### 5. 3. Derecho Público.

#### 5. 3. 1 Los intereses del concebido en distintos ámbitos. Controversia.

Pero los intereses del concebido rebasan los límites del ámbito privado y se adentran en la esfera pública. A diferencia de la postura uniforme de tutela que, como acabamos de ver, se adopta en Derecho Privado, en el ámbito público se aprecia una clara tensión entre protección y desprotección.

Así, por ejemplo, en lo que respecta al **Derecho procesal**, el artículo 6. 1. 2 LEC incorporó un nuevo interés extra-patrimonial del concebido al reconocer expresamente su capacidad para ser parte en los procesos seguidos ante los Tribunales civiles “para los efectos que le sean favorables”. Algunos procesalistas<sup>97</sup> consideran que la Ley concede una posición privilegiada al *nasciturus*, de modo que solo podrá ser parte demandante en un proceso civil (interpretación que parece más coherente con la referencia a los “efectos favorables” del art. 29 CC), mientras otro sector doctrinal<sup>98</sup> mantiene que la LEC no pretende limitar la capacidad del concebido a lo favorable, restringiendo su condición de sujeto procesal. En todo caso, comparecerán en su lugar “quienes legítimamente lo representaría si ya hubiera nacido” (art. 7.3 LEC). En el ámbito penal, se produce una cierta paradoja entre el delito de aborto sancionado en los artículos 144 a 146 CP que, en la práctica, han quedado prácticamente vacíos de contenido y el delito de lesiones al feto (arts. 157 y 158 CP) cuya comisión sí ha dado lugar a numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo. El interés de estas resoluciones se encuentra en que mantienen un criterio distinto al adoptado por el Tribunal Constitucional (nos referiremos enseguida a este aspecto), precisamente por tomar en consideración los artículos 29 y 30 CC<sup>99</sup>. Dichas conductas, además

<sup>96</sup> Sobre los efectos en el Derecho registral de las anteriores condiciones del art. 30 y su incompatibilidad con la Convención de la ONU de 20 de noviembre de 1989: ALBALADEJO GARCÍA, M., “Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro”, RDP, nº81, 1997, pp. 166-191.

<sup>97</sup> MORENO CATENA, V. M., “El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios”, (coordinador, ESCRIBANO MORA, F.), Vol.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; SENÉS MOTILLA, M. C., “Las partes del proceso civil”, Cuadernos de derecho judicial, nº 1, 2000, pp.13-50, entre otros. ROCA MARTÍNEZ ha señalado que, aunque habitualmente la capacidad para ser parte efectivamente lo situará como demandante, la capacidad para ser parte debe conllevar la posibilidad de responder de la posibilidad de adquirir derechos, aunque implique consecuencias desfavorables, siempre que no sean perjudiciales.

<sup>98</sup> GONZÁLEZ GRANDA, P., “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” I, Tecnos, Madrid, 2000; SAMANES ARA, C., “Las partes en el proceso civil”, La Ley, Madrid, 2000; entre otros.

<sup>99</sup> La Jurisprudencia de la Sala 2ª del TS adopta desde hace tiempo una postura más protectora del feto que otras salas. Citamos dos sentencias modo de ejemplo: en la STS de 22 de enero de 1999 (RJ 1999/ 275), el Tribunal Supremo sostiene que: “esta Sala, en la sentencia 746/1996, de 23 de octubre, ya había señalado las diferencias existentes entre las concepciones biológicas y jurídicas que marcan la noción de vida en el siglo XIX de las que prevalecen actualmente, pues biológicamente es claro, en la actualidad, que la vida existe desde el momento de la concepción, y como vida humana en germen es protegida hasta el comienzo del nacimiento”. Añade que se puede atribuir al feto “condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible”. Y en la STS de 29 de noviembre de 2001 (RJ 202/ 1787) mantiene que, al analizar desde una perspectiva penal el delito de lesiones al feto, “los artículos 29 y 30 del Código Civil se ven forzados a tener por persona al concebido a todos los

de generar responsabilidad criminal, generan la obligación civil de resarcir por el daño causado, como se deduce de los artículos 116 CP y concordantes y del artículo 1902 CC.

La cuestión en conflicto en estos supuestos es la tutela de los derechos de la personalidad, efecto claramente favorable, que se introduce también en la esfera del **Derecho constitucional** y administrativo, produciendo su interactuación con el Derecho Civil. A la problemática en torno al reconocimiento o no del concebido como titular de estos derechos y a la protección del contenido de los mismos en calidad de sujeto o de bien jurídico, se une su peculiar naturaleza, civil y constitucional, ya que son también derechos fundamentales<sup>100</sup>. En caso de conflicto entre la protección del derecho a la vida, a la integridad física o a la intimidad<sup>101</sup> del concebido y los derechos de la personalidad de otros sujetos, ¿se ponderan los intereses de uno y otro conforme a los criterios del Derecho constitucional o del Derecho Civil?

El derecho a la vida y a la integridad física y moral, constitucionalmente previstos en el artículo 15 CE, son los que mayor controversia continúan generando. La doctrina constitucional acerca del alcance y contenido del primero de ellos se plasma fundamentalmente en la sentencia del TC 53/1985 de 11 de abril. A partir de esta resolución se configura una línea jurisprudencial que se ha mantenido en el tiempo a pesar de los cambios sociales, políticos y científicos<sup>102</sup>. El Tribunal Constitucional define la vida humana como un “proceso” continuo que comienza con la gestación y finaliza con la muerte, sometido a cambios cualitativos que repercuten en el “status jurídico público y privado del sujeto vital” e, implícitamente, reconoce la independencia del *nasciturus* (en cuanto ser con una existencia e identidad propias) al indicar que “la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en esta” (FJ 5º). Sin embargo, de modo incongruente con esta argumentación, no reconoce al *nasciturus* como

---

efectos favorables”. Pues este, “en armonía con los avances científicos, tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que pueden ser objeto paciente dentro del útero (conforme a las técnicas más recientes) de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento; negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea pretendida de *mulieris portio* es desconocer las realidades indicadas”.

<sup>100</sup> Recientemente, sobre los derechos de la personalidad y su delimitación respecto a los derechos fundamentales, GARCÍA RUBIO, M. P., “Capítulo 24. Los derechos de la personalidad”, Tratado de Derecho de la persona física II, Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 594-631. Los derechos citados en el texto entrarían dentro de esa zona común entre los dos círculos secantes, en que derechos de la personalidad y derechos fundamentales se identifican.

<sup>101</sup> Sobre la protección del derecho a la intimidad del concebido, GIL MEMBRADO, C., “Consideración y protección jurídica de los datos del *nasciturus* en la historia clínica”, RJIB, 05, 2007, pp. 157-177. La autora aborda concretamente la protección de los datos sobre la salud del *nasciturus* que se generan durante la gestación; tanto los incluidos en general en la historia clínica obstétrica como aquellos datos que solamente se introducen en supuestos de aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. En su opinión, la amplitud e intensidad de la protección depende de la interpretación que se haga del art. 29 CC. Si se considera que el precepto es fundamento exclusivamente de derechos patrimoniales, los datos referidos a la salud del *nasciturus* solo pueden protegerse según la normativa de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos, considerándolos como datos de la madre o datos de carácter familiar. Si se sostiene que el precepto es base tanto para la protección de derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, el concebido podría acogerse *per se* y no a través de otro a la protección prevista en la LOPD ya que sin duda “le será favorable”. En este caso, por analogía con el art. 627 serían sus representantes legales quienes ejercerían el derecho, siempre en beneficio del concebido. Esto supone que solo están autorizados a prestar consentimiento para disponer de sus datos con finalidad terapéutica. La autora se inclina por la segunda postura.

<sup>102</sup> El Tribunal Constitucional dictó esta sentencia con motivo del recurso de inconstitucionalidad presentado contra el *Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del art. 417 bis del Código Penal* aprobada el 30 de noviembre de 1983 que implicaba la despenalización del aborto en tres casos (sistema de indicaciones). Otras dos sentencias que han contribuido a conformar la doctrina constitucional inicial sobre esta cuestión han sido la STC 75/1984 de 27 de junio, dictada en relación al supuesto conocido como “Aborto en Londres” y la STC 70/1985 de 31 de mayo en que resuelve el caso de las “Abortistas de Bilbao”. Cfr. OLLERO TASSARA, A., “Bioderecho. Entre la vida y la muerte”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 75.

sujeto titular del derecho a la vida en virtud del artículo 15 CE. El Tribunal configura un sistema de tutela de la vida del concebido basada en su consideración como “bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional” e impone dos obligaciones al Estado: “abstenerse de obstaculizar el proceso natural de gestación” y “establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma que incluya también las normas penales”. Una vez que se ha negado indirectamente su condición de persona, realiza una precisión fundamental: la protección del concebido no tiene carácter absoluto, sino que puede claudicar en caso de entrar en conflicto con derechos y valores (vida, integridad, libertad) de los que sean titulares otros sujetos (FJº 7). A través de esta “puerta” se introdujo en nuestra legislación la Ley Orgánica de Despenalización del Aborto 9/1985 de 5 de julio, a pesar de que en la sentencia se declara la inconstitucionalidad del Proyecto de ley por el que se incorpora el artículo 417 bis en el Código Penal y, en el año 2010, se aprobó la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, vigente a día de hoy, de discutible constitucionalidad<sup>103</sup>. Esta Ley introdujo una reforma de gran calado, no solo jurídico sino también ético, al modificar por voluntad legislativa la naturaleza del aborto. De ser un *delito* no punible en determinados casos<sup>104</sup> pasa a ser un *derecho* que el Sistema Nacional de Salud Pública, organismo estatal, debe garantizar. Esta responsabilidad que recae en última instancia sobre el Estado<sup>105</sup> colisiona con las dos obligaciones de garantía de la vida del concebido antes indicadas. En mi opinión, en el razonamiento del Tribunal Constitucional se aprecia la tensión entre la voluntad de proteger al concebido, cuya condición humana no se niega y un no querer asumir las consecuencias que se derivarían de reconocerlo como titular de los derechos establecidos en el art. 15 CE: la condición de persona para el Derecho que imposibilitaría que el aborto tuviese cabida en nuestro ordenamiento jurídico y obligaría a una ponderación de derechos en el mismo plano, en condición de igualdad, en caso de conflicto con los derechos de terceros<sup>106</sup>.

Donde mayor relevancia está teniendo la tutela de la integridad física del concebido, es en el **Derecho Administrativo** en relación con la prestación de servicios sanitarios en el sector público. Los supuestos más comunes son negligencias médicas en el momento del parto que provocan lesiones irreversibles al feto<sup>107</sup>, o bien negligencias durante el diagnóstico prenatal por no haber detectado malformaciones a tiempo o, habiéndolas detectado, no haber informado de ellas a los padres. En ambos casos, podría entenderse vulnerado el derecho de los padres a

<sup>103</sup> El 4 de marzo de 2010 el Partido Popular planteó un recurso de inconstitucionalidad contra la ley que todavía no se ha resuelto. Recientemente, el Gobierno ha paralizado la tramitación del Anteproyecto de Ley de la que sería la tercera norma reguladora del aborto en España.

<sup>104</sup> Los recogidos en el art. 417 bis CP anterior a la reforma: aborto terapéutico, por existir un grave peligro para la salud o integridad física o psíquica de la embarazada; aborto ético, cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del artículo 429 CP y aborto eugenésico, cuando se presume que el feto va a nacer con graves taras físicas o psíquicas; es el llamado sistema de indicaciones. El actual es un sistema de plazos; la práctica del aborto está permitida libremente durante las 14 primeras semanas de gestación ampliables a 22 en caso de grave riesgo para la vida o salud de la madre o cuando el feto puede tener graves anomalías (arts. 12 y 14 de la LO 2/2010).

<sup>105</sup> El artículo 4 de la Ley establece que: “El Estado, en el ejercicio de sus competencias de Alta Inspección, velará por que se garantice la igualdad en el acceso a las prestaciones y servicios establecidos por el Sistema Nacional de Salud que inciden en el ámbito de aplicación de esta Ley”. El artículo 5 indica que: “1. Los poderes públicos... garantizarán: b) el acceso universal a los servicios y programas de salud sexual y reproductiva”

<sup>106</sup> CALVO MEIJIDE, Alberto, “El nasciturus y su protección jurídica”, II, Actualidad Civil, nº 2, 1992, p. 272

<sup>107</sup> SSTs de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003/ 914), de 30 de enero de 2003 (RJ 2003/ 931), la Audiencia Provincial de Sevilla de 24 de junio de 2009 (JUR 2010/22373), SAP de Valencia de 29 de noviembre de 2010 (JUR 2011/108393) o sentencia de 11 de octubre de 2012 del TSJ de Murcia (JUR 2012/180445).

optar por el aborto antes del transcurso del plazo legalmente fijado para ello<sup>108</sup>. En la primera clase de supuestos, los Tribunales suelen condenar al médico a indemnizar tanto por los daños corporales provocados al feto como por los daños morales que a él (una vez nacido) y a su familia les genere la situación en que se encuentre a consecuencia de la actuación imprudente. Dicha obligación de resarcimiento nace, con carácter general, del incumplimiento de un contrato de arrendamiento de servicios al no haber actuado el facultativo conforme a la *lex artis* médica (infracción del art. 1101 CC). La segunda clase de supuestos se identifican con lo que en Derecho anglosajón se denominan demandas de *wrongful life* y de *wrongful birth*<sup>109</sup>. En nuestro Derecho estas demandas no están plenamente implantadas, pero los Tribunales se han pronunciado ya en múltiples ocasiones sobre supuestos equiparables a las demandas de *wrongful birth*. La posición adoptada no ha sido en absoluto unánime. En algunos casos, el Tribunal Supremo reconoce a favor de la madre la indemnización reclamada<sup>110</sup>, denegándola en otros por considerar que la posibilidad de abortar no es objeto de protección en nuestro ordenamiento<sup>111</sup>. Algunos autores aprecian un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo influida, quizá, por los cambios introducidos por la Ley 2/2010 y que se encamina a admitir progresivamente la indemnización en estos casos<sup>112</sup>. En definitiva, en algunos casos la indemnización corresponde a la responsabilidad derivada de violar el derecho a la integridad física y moral del concebido, en otras se indemnizan los daños patrimoniales y morales que el nacimiento de un hijo discapacitado puede comportar a la familiar y, en otras, la vulneración del derecho a abortar, antes hipotético y ahora real (en España). La postura titubeante del Tribunal Supremo es consecuencia, a mi modo de ver, de la STC 53/1985. La tutela de la vida del concebido en cuanto bien jurídico ha resultado inoperante y equivalente, en la práctica, a la negación de la titularidad del derecho vida. Negado este derecho esencial, los demás, incluido el derecho a nacer, no tendrían existencia posible<sup>113</sup>. Sin embargo, nos encontramos con la paradoja de que en algunos casos se reconocen indemnizaciones por

<sup>108</sup> SSTS de 6 de junio de 1997 (RJ 1996/ 4610), de 7 de junio de 2002 (RJ 2002/ 5216), de 30 de junio de 2006 (RJ 2006/ 6580), de 18 de diciembre de 2003 (RJ 2003/ 9302), de 14 de marzo de 2007 (RJ 2007/ 1750), de 10 de mayo de 2007 (RJ 2007/ 3403) o de 16 de junio de 2010 (RJ 2010/ 5716).

<sup>109</sup> Se entiende como *wrongful life* la reclamación de responsabilidad interpuesta por los padres en nombre del niño, en que se solicita una indemnización por el perjuicio que le produce su propia existencia, es decir, la vida sería el daño civilmente resarcible. En las denominadas acciones de *wrongful birth*, los progenitores de forma conjunta o la madre exclusivamente, reclaman una reparación por haber sido privados de la facultad de optar por el aborto; facultad que habría ejercitado en caso de haber sido debidamente informados acerca de defectos o malformaciones en el feto. MACÍA MORILLO, A., “La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales”, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 76 y ss. Tema tratado en profundidad en: MAZILLI, E., “La acción de *wrongful life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas”, Aranzadi Civil-Mercantil, nº 10, 2012; MAZILLI, E., “Un’indiretta ammissione del “diritto a non nascere” nel sistema giurisprudenziale spagnolo: il problema del risarcimento del danno al figlio indesiderato”, Rivista Italiana di Medicina Legale, Año XXXIV, 3, 2012.

<sup>110</sup> Por ejemplo, STS de la Sala 1ª de lo Civil de 6 de junio de 1997 (RJ 1996/4610).

<sup>111</sup> SSTS, también de la Jurisdicción Civil, de 7 de junio de 2002 (RJ 2002/ 5216) y de 18 de diciembre de 2003 (RJ 2003/ 9302), un comentario a la sentencia en MARTÍN CASAL, M. y SOLÉ FELIÚ, J., “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar”, Indret, 2, 2004, pp. 1-12 (Working paper nº 217). También: Díez-Picazo Giménez, G., “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, La Ley, nº 3, 1998, pp. 1700-1710.

<sup>112</sup> Precisamente en este sentido, en la sentencia del Juzgado de 1ª instancia nº 2 de Palma de 10 de mayo de 2012 (JUR 2012/ 177196), el Juez condena a un médico por haber practicado mal un aborto y no detectar en la 2ª ecografía la existencia del embrión. Se lo obliga a indemnizar los daños morales que el nacimiento ha causado a la madre (150.000 euros), y los daños patrimoniales: los gastos de alimentación, vestimenta, sanidad, educación etc., del menor hasta que alcance la edad de 25 años (270.000 euros).

<sup>113</sup> Sobre la vinculación entre el derecho a la vida y el derecho a nacer: BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R., “Derecho de la persona...”, *op. cit.*, p. 167; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido...”, *op. cit.*, p. 26 y ss; GARCÍA CANTERO, G., “El derecho a nacer (aspectos civilísticos del aborto...”, *op. cit.*, p. 599; LACRUZ BERDEJO, J. L., “Aborto, persona y vida”, BICAM, nº 1, enero-febrero 1983, p. 24; MALINVAUD, P., “La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil”, Montecorvo, Madrid, 1980, p. 45.

vulneración del derecho a la integridad física del concebido, bien en concepto de responsabilidad civil, bien en concepto de responsabilidad criminal.

En esta breve panorámica que presentamos sobre la eventual titularidad de los derechos a la vida y a la integridad física y moral del concebido, desde la perspectiva penal, constitucional y administrativa desde la que habitualmente se aborda, es evidente la omisión de cualquier referencia a la naturaleza civil de estos derechos. En cuanto derechos de la personalidad, su protección se realiza también desde una perspectiva privatista y el artículo 29 CC es la referencia ineludible. Tradicionalmente, se han distinguido dos interpretaciones principales del precepto que condicionan el alcance de su aplicación: una interpretación restrictiva y otra extensiva. La primera, entiende que se aplica únicamente a situaciones patrimoniales<sup>114</sup> y se fundamenta tanto en la expresión “efectos civiles” del artículo 30 (suprimida en la reforma del año 2011) como en el origen histórico del precepto<sup>115</sup>. Tiene un carácter estático. La segunda, entiende que se aplica tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial; se apoya en el sentido general de la *personalidad* cuyo comienzo establece el artículo 29 CC (no se agota en la esfera civil, se refiere a la idoneidad para ser sujeto activo y pasivo de relaciones jurídicas en el conjunto del ordenamiento), en los cambios normativos y doctrinales y en la jurisprudencia iusprivatista que interpreta el precepto siempre de forma amplia. Tiene un carácter dinámico. La interpretación correcta es aquella que se ajusta al espíritu y finalidad. Volveré sobre esta cuestión más adelante, pero puede adelantarse que la posición que se corresponde con el sentido teleológico de la norma a día de hoy, acogiendo los cambios normativos, científicos y la praxis judicial, es la extensiva<sup>116</sup>. En virtud de esta, toda aquella situación jurídica que puede ser en sí misma o de la que se puede derivar un efecto beneficioso para el concebido, debe ser valorada a la luz de la equiparación entre concebido y nacido; quedan incluidos, en consecuencia, los derechos fundamentales con proyección en el Derecho Privado o, a la inversa, los derechos de la personalidad con proyección constitucional.

Descendiendo a los supuestos concretos que hemos abordado, si nos planteamos la posibilidad de que el concebido sea titular del derecho a la vida o a la integridad física y moral desde la perspectiva civil, en primer lugar, habría que preguntarse si esa titularidad y su consecuencia (conservar la vida y llegar a nacer) es un efecto favorable. Puesto que indudablemente lo es, procede la aplicación del artículo 29 CC: “el concebido se tiene por nacido”, y las consecuencias serían las siguientes: el reconocimiento de la titularidad de los derechos de la personalidad respecto al *nasciturus*, la consiguiente protección efectiva de los mismos (facilitada por el art. 6.1.2 LEC) y la ponderación de los intereses del concebido y de terceros sujetos con los que entrase en conflicto, en condiciones de igualdad. Unas consecuencias mucho más acordes con el carácter esencialmente protector del ser humano del Derecho Civil<sup>117</sup> y con la dignidad humana. Pues, por otra parte, si el concebido tiene condición humana, posee una juridicidad

<sup>114</sup> Por ejemplo ARROYO i AMAYUELAS, E., “La protección al concebido ...”, *op.cit.*; GRIMALT SERVERA, P., “La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales...”, *op.cit.*, pp. 49-51.

<sup>115</sup> La regla *conceptus pro iam nato habetur* nace en el ámbito hereditario y, originariamente, esta equiparación se aplica a situaciones patrimoniales.

<sup>116</sup> En este sentido, ALISTE SANTOS, T., “La tutela judicial efectiva...”, *op. cit.*, pp. 159-173; BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R., “Derecho de la persona”..., *op.cit.*, p. 167; DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sistema de Derecho Civil I”..., *op. cit.*, p. 205, (indirectamente: “... pues ya no es la ley la que en cada caso concreto ha de dispensar protección al concebido, basta que haya un efecto favorable...”); CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario a los artículos 29 a 34”..., *op. cit.*, p. 777; DE LA IGLESIA MONJE, M. I., “La protección del nasciturus y su proyección en la jurisprudencia civil actual”..., *op.cit.* LASARTE ÁLVAREZ, C., “Principios de Derechos Civil I. Parte General y Derecho de la persona”, Marcial Pons, Madrid, 2005 (11ª ed.), p. 184; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER Y MICÓ *et. al.*, en ENNECERUS, L., “Tratado de Derecho Civil...”, *op. cit.*, p. 331 y ss.

<sup>117</sup> GARRIDO DE PALMA, V., “El Derecho civil, protector del ser humano”..., *op.cit.*



natural que lo hace titular de los derechos fundamentales de los que hablamos, intrínsecos a su naturaleza y dimanantes de la dignidad humana<sup>118</sup>. Allí donde la realidad indique que hay una vida humana, existe un deber de protección del Derecho; de protección real, adecuada y efectiva. Parafraseando una máxima latina, podría decirse que: *ubi humana vita, ibi ius*.

#### 5. 4 Recapitulación

El criterio sistemático de interpretación nos sitúa ante una evidencia: la falta de coherencia del Derecho español en lo que a la protección del concebido se refiere. En el Derecho Privado, una interpretación predominantemente extensiva del artículo 29 CC ha propiciado que su influencia y aplicación hayan rebasado los márgenes del ámbito sucesorio y del propio Código Civil haciéndose presente en cualquier situación jurídica que resulte favorable al concebido. Se puede hablar, como algún autor ha hecho<sup>119</sup>, de un *favor nascituri* que impregna las distintas ramas del ordenamiento jurídico privado.

En el Derecho Público, en cambio, se produce una tensión entre protección y desprotección. La situación jurídica del concebido se traslada al ámbito constitucional con el peligro de convertirse en una cuestión política más que jurídica, de manera que la titularidad de los derechos fundamentales, su contenido y tutela, dependa en mayor medida de orientaciones políticas que de criterios jurídicos. La fórmula de equiparación entre el concebido y el nacido se ignora y, *de facto*, se introduce una graduación del valor de la vida humana anterior y posterior al nacimiento que redundaría en perjuicio del concebido. La solución consiste, a mi modo de ver, en hacer penetrar también en los resortes del Derecho Público la previsión del artículo 29 CC en base al carácter general del propio artículo y a la naturaleza civil de ciertos derechos fundamentales.

### VI. LA REALIDAD SOCIAL DEL TIEMPO EN QUE HA DE SER APLICADO. CRITERIO SOCIOLÓGICO.

El criterio sociológico, introducido en nuestro Código Civil con la reforma llevada a cabo en 1974, conduce la mirada del intérprete a la sociedad en que la norma se va a aplicar, con el fin de que tenga en cuenta las circunstancias sociales y la entienda y aplique a la vista de las mismas<sup>120</sup>.

Desde finales del siglo XIX en que fue promulgado el Código hasta el día de hoy, la redacción del artículo 29 CC se ha mantenido inalterada. El *texto* de la norma no ha cambiado, pero sí lo ha hecho el *contexto*. Los parámetros sociales, jurídicos, económicos y científicos en que este precepto ha de ser aplicado son sustancialmente distintos a aquellos que rodeaban al legislador de 1889. Desde entonces hasta ahora se han producido progresos (en ocasiones retrocesos) que afectan a todos los aspectos de la vida humana y que han moldeado una realidad social distinta. De entre la multiplicidad de elementos que conforman la sociedad española del siglo

<sup>118</sup> HERVADA y MARTÍNEZ DE AGUIRRE hablan de una juridicidad natural o personalidad jurídica natural. Cfr. HERVADA XIBERTÁ, J., "Concepto jurídico y filosófico de persona" ..., *op. cit.*, pp. 942 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Comentario de los artículos 29 a 34 del Código civil" ..., *op. cit.*, pp. 239 y ss.; STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G., "Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido" ..., *op. cit.*. En sentido similar se pronuncia LALAGUNA DOMÍNGUEZ: "Los derechos de la personalidad, y más precisamente el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, se tienen ...desde el momento en que, con la concepción, se inicia la vida del ser humano". LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., "El artículo 29 del Código Civil como norma general de protección jurídica del concebido", RJN, Consejo General del Notariado, nº 39, 2001, pp. 137-152.

<sup>119</sup> GARRIDO DE PALMA, V. M., "El Derecho civil, protector..." , *op. cit.*, pp. 1367.

<sup>120</sup> Acerca de la realidad social ex art. 3.1 CC como elemento de interpretación de las normas, con especial referencia a su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., "Realidad social y jurisprudencia", Colex, Madrid, 1994.

XXI voy a mencionar dos factores que tienen una incidencia especial en la situación jurídica del concebido:

Los datos acerca del comienzo de la vida humana que los avances médicos y científicos han puesto al alcance del hombre.

La irrupción de las técnicas de reproducción humana asistida en la medida en que han influido en el modo de entender el término “concebido”.

### 6. 1 Avances médicos y científicos

Especialmente en las últimas décadas, los avances en los campos de la Biología molecular, las técnicas de Investigación genética y la Embriología han hecho posible un conocimiento más preciso del proceso biológico de la vida humana. Puesto que el ser humano es el sujeto de Derecho por antonomasia, los datos que nos proporcione la Ciencia al respecto resultan imprescindibles para que nuestro ordenamiento jurídico sea verdaderamente protector de la persona. Ciencia y Derecho caminan de la mano. Allí donde hay vida humana (sobre esta nos informa la Ciencia), es necesaria una adecuada protección (la debe garantizar el Derecho).

La Embriología nos dice que la historia del ser humano comienza con la fecundación<sup>121</sup>. A partir de la fusión de los gametos femenino y masculino de la que resultará un cigoto, comienza un dinamismo biológico caracterizado por la unidad biológica y ontológica en que se suceden, sin solución de continuidad, al menos tres fases. Y el cigoto, primera realidad biológica de la vida de una especie, es portador de toda la información genética necesaria, cifrada en su ADN, para el desarrollo organizado y autónomo de un nuevo individuo. Por eso ya en esta fase inicial el ser humano se diferencia de los demás animales, cuenta con una estructura cromosómica individual específica que le permite dirigir y controlar su propio proceso; “se autoconstruye” o, en palabras de MANTOVANI, “con una imagen arquitectónica, el cigoto es, al mismo tiempo, proyectista, director y constructor del nuevo ser humano. La madre provee del material necesario para la construcción y del ambiente de trabajo”<sup>122</sup>. El “todo” que aparece al final del embarazo (el feto) está ya genéticamente presente en el inicio y el embrión constituye, desde la primera célula, una unidad biológica extrínsecamente dependiente de la madre (necesita de su organismo para crecer, pero es un individuo distinto) y dotada de vida autónoma (tiene una identidad genética y una singularidad propias, irrepetibles). En estas primeras etapas de desarrollo de un mismo individuo, terminológicamente se habla de embrión (hasta la octava semana) y de feto (desde la octava semana hasta el nacimiento).

¿Qué ocurre entonces con el preembrión? ¿Quién es? El término *preembrión* responde a un planteamiento diferente que distancia el surgimiento de la vida humana del momento de la concepción. Lo sitúa concretamente en el día 14 cuando el óvulo anida en el útero y aparece

<sup>121</sup> EDWARDS, R., STEPTOE, P., “A Matter of Life”, New York, William Morrow and Company, 1980; GEORGE, R.P., TOLLEFSEN, C., “Embryo. A defense of human life”, Doubleday, New York, 2008; LÓPEZ GUZMÁN, J., “El estatuto biológico del embrión”, La humanidad in vitro, (coordinador, BALLESTEROS LLOMPART, J.), Granada, 2002, pp. 183-184; LÓPEZ MORATALLA, N., “La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida”, Persona y Bioética, Septiembre-Diciembre 2003, Enero-Abril 2004, n. 20-21, p. 6-23; LÓPEZ MORATALLA, N., IRABURU ELIZALDE, M. J., “Los quince primeros días de una vida humana”, Eunsa, Pamplona, 2006, (2ª ed.) y bibliografía en ellos citada.

<sup>122</sup> MANTOVANI, F., “Uso de gametos, embriones y fetos en la investigación genética y con propósitos cosméticos e industriales”, Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho comparado, (editor, ROMEO CASABONA, C.M., editor), Comares, Granada, 1998, p. 253. En el mismo sentido, SGRECCIA, E., “Manual de Bioética I”, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 2009, (4ª ed.), p. 547.

la llamada “línea primitiva”, de gran importancia en la inducción del sistema nervioso central. Este período fue propuesto por primera vez por el *Ethics Advisory Board* (DHEW)<sup>123</sup> en Estados Unidos en 1979 e incorporado más tarde al Informe Warnock a iniciativa de algunos de los integrantes del Comité Warnock como McLaren, Grobstein o Ford. En el informe se afirma que “a human embryo cannot be thought of as a person, or even as a potential person. It is simply a collection of cells which, unless it implants in a human uterine environment, has no potential for development. There is no reason therefore to accord these cells any protected status. If useful results can be obtained from research on embryos, then such research should be permitted. We found that the more generally held position, however, is that though the human embryo is entitled to some added measure of respect beyond that accorded to other animal subjects, that respect cannot be absolute, and may be weighed against the benefits arising from research”<sup>124</sup>. Los tres aspectos más remarcables de este fragmento son: la consideración del embrión humano como un conjunto de células y no como una persona, el reconocimiento de un respeto superior al que se le dispensa a los embriones “de otros animales”, sin llegar a la categoría de estatus de protección, y la necesidad de contrastar ese respeto con los resultados que se puedan obtener de la experimentación científica. El peso que llegan a tener en esa ponderación los beneficios resultantes de investigar con embriones humanos, lleva al Comité a establecer un período temporal de 14 días, desde la fecundación, durante el cual el respeto debido a la vida humana claudica y se pueden realizar con los embriones actividades de investigación, experimentación, diagnóstico prenatal o selección pre-implantacional. “Pre-embrión” es el término que se escoge para calificar al embrión durante esos primeros 14 días. Ante las posibilidades de investigación y aplicaciones biomédicas que permitía esta técnica, el término fue adoptado por las legislaciones de diversos países, entre ellos España<sup>125</sup>. Su empleo ha sido ampliamente discutido desde diversos ámbitos por el evidente peligro que conlleva<sup>126</sup>: se justifica a partir de los beneficios, pero no está avalado por datos científicos que prueben que, efectivamente, el hecho de la implantación en el útero implica un cambio cualitativo que permita hablar de dos procesos discontinuos entre sí: uno anterior al día 14 en que la naturaleza humana no está presente (y, por tanto, tampoco estarían presentes las exigencias que se derivan de la dignidad humana) y otro posterior a esa fecha en que el embrión adquiere carácter humano. Más bien, se habla de un *continuum* desde la fecundación hasta el nacimiento. La ausencia de realidad biológica que sustente tanto el plazo temporal como el propio término, los convierte en elementos arbitrarios, resultantes de la técnica jurídica. Acerca de la protección del embrión, es de sumo interés la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2011, en la que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo Alemán en el procedimiento entre Oliver Brüstle (neurobiotecnólogo) y Greenpeace. El Sr. Brüstle había patentado un procedimiento de producción de células progenitoras neuronales aisladas y depuradas, a partir de células madre embrionarias, con el objeto de utilizarlas en la terapia de trastornos neurológicos. Dichas células madre eran obtenidas a partir de embriones humanos y el proceso que llevaba a cabo implicaba la destrucción de embriones en estado de blastocito. El Tribunal Federal de Patentes, tras la

<sup>123</sup> ETHICAL ADVISORY BOARD, “HEW support of research involving human in vitro fertilization and embryo- transfer”, (Dep. of Health, Education and Welfare-Ethics Advisory Board), Washington, 1979.

<sup>124</sup> DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL SECURITY, “Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embriology”, Her Majesty’s Stationery, London, 1984, p. 62.

<sup>125</sup> Se mencionaba en el Considerando II de la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y se define en el art. 1.2 de la vigente Ley 14/2006.

<sup>126</sup> CORRAL TALCIANI, H., “Derecho Civil y persona humana. Cuestiones debatidas”, Lexis nexis, Santiago de Chile, 2007, pp. 69 y 70; FEMENÍA LÓPEZ, P. J., “Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro”, McGrawHill, Madrid, 1999, pp. 13 y 14; LEJEUNE, J., “¿Qué es un embrión?”, Rialp, Madrid, 1993, pp. 43 y 44; LÓPEZ MORATALLA, N., “La realidad del embrión humano..., *op.cit.*”

denuncia interpuesta por Greenpeace, declara la nulidad de la patente. El demandado recurre ante el Tribunal Supremo Alemán que suspende el procedimiento y plantea ante el Tribunal de Justicia europeo diversas cuestiones prejudiciales que se pueden resumir en determinar si las células madre embrionarias que Brüstle empleaba como materia prima, constituyen embriones en el sentido del artículo 6 de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. El TJUE concluye que el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y desarrollo, no puede ser objeto de una invención patentable, como tampoco lo pueden ser el descubrimiento de uno de sus elementos (incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen), los procedimientos de clonación de seres humanos, de modificación de la identidad genética germinal, ni la utilización de embriones con fines industriales, comerciales o de investigación científica. A estas afirmaciones añade una definición de embrión: “óvulo humano fecundado y capaz de desarrollarse, desde la fusión de los núcleos, así como toda célula extraída de un embrión denominada totipotencial, es decir, una célula que, reuniéndose las demás condiciones necesarias, es apta para dividirse y desarrollarse hasta formar un individuo”; no habla de preembrión.

## 6. 2 Técnicas de reproducción humana asistida.

Las técnicas de reproducción humana asistida introdujeron la posibilidad de que la generación humana se produzca fuera del cuerpo femenino y, con ella, una revolución no solo desde el punto de vista científico, sino también social, ético y jurídico: social, en la medida en que ha conllevado una transformación del proceso procreativo humano; ético puesto que la intervención de la técnica en la vida humana ha hecho que esta no sea solamente algo que se recibe, sino también algo que se puede producir; y jurídico porque la protección que el Derecho brinda al hombre, comienza allí donde empieza “lo humano” con independencia de cuales sean las circunstancias que lo rodeen.

La realidad social de España en esta materia está configurada por los principios generales contenidos en la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, cuya entrada en vigor supuso la derogación de las Leyes 35/1988 de 2 de noviembre y 45/2003 de 21 de noviembre. Otras leyes importantes relacionadas con esta cuestión son: la Ley 14/2007 de 3 de julio de Investigación Biomédica o la Ley 42/1988 de 28 de diciembre de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. La Ley 14/2006 fue aprobada con el afán de corregir las deficiencias advertidas por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en las dos leyes anteriores y “acomodarlas a la realidad actual”. En el artículo 1 se indica su triple finalidad: a) regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas, b) regular dichas técnicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético y c) regular los supuestos y requisitos de utilización de gametos y pre-embriones humanos crioconservados. Y bajo el concepto de “técnicas de reproducción humana asistida” incluye: la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la transferencia intratubárica de gametos, extendiendo su ámbito de aplicación al controvertido supuesto del diagnóstico genético pre-implantacional<sup>127</sup> (artículo 12).

Sin entrar en una valoración ética de la regulación, no es ese el objeto de este trabajo, y por lo que al artículo 29 CC respecta, destacan dos cuestiones de esta ley: el empleo del término

<sup>127</sup> Se trata de un proceso, nacido en Inglaterra en 1990, destinado a detectar enfermedades hereditarias y otras mutaciones y anomalías cromosómicas a través del análisis de los embriones *in vitro* antes de ser transferidos al útero. Su utilización ha sido puesta en duda en la medida en que puede legitimar la destrucción de embriones que sean portadores de alguna enfermedad o ser utilizada para seleccionar el sexo, características físicas, etc. del embrión. Se aborda este tema, aunque en relación a la ley anterior, en DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. C., “Derecho y nueva eugenesia, un estudio desde la ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida”, Eunsa, Pamplona, 2005.

pre-embrión<sup>128</sup>, como ya habíamos apuntado, y la consecuente “clasificación de embriones” que introduce en nuestro Derecho positivo. Desde la entrada en vigor de la ley se distingue entre los embriones generados naturalmente o mediante inseminación artificial y los generados *in vitro*; dentro de estos, entre los que no han alcanzado los catorce días (pre-embriones) y aquellos que sí lo han hecho (embriones). Y esta distinción lleva aparejada una diferencia de tratamiento jurídico: el embrión cuenta con cierta protección (aunque su contenido y límites no están claros), mientras que el pre-embrión *in vitro*, como hemos indicado, puede ser objeto de actividades de investigación, etc., por considerarse que en él no está presente la naturaleza humana. En todo caso, esta nueva realidad puso ante los juristas el reto de configurar un estatuto jurídico del embrión; esencialmente, un marco de respeto frente a posibles intervenciones externas durante su desarrollo vital. Sin embargo, la confluencia de aspectos jurídicos, morales y éticos en la valoración de la vida humana en su fase inicial son la causa de que todavía hoy ese *status* jurídico sea confuso y difuso a la vez<sup>129</sup>. Subyacen de nuevo en el debate las nociones de persona y personalidad.

En Derecho Civil, la cuestión que se plantea llegados a este punto es determinar si la palabra “concebido” del artículo 29 engloba también al embrión generado mediante inseminación artificial o *in vitro*. Ya señalaba LETE DEL RÍO<sup>130</sup> en el año 1992 que el “concebido” al que el Código civil hace referencia es el feto que se encuentra en el seno materno, “fruto de una fecundación corpórea”, si bien desde que es científicamente posible la fecundación extra-corpórea, el significado de “concepción” ha adquirido nuevos matices. Entre la doctrina se distinguen dos corrientes:

Por una parte, la de aquellos que consideran que para la aplicación del artículo 29 CC es necesaria la concurrencia de dos presupuestos: estar concebido en el momento preciso en que surge un efecto favorable, sin importar los medios en virtud de los cuales se haya producido la concepción y llegar a nacer con los requisitos previstos en el artículo 30 CC<sup>131</sup>. Por otra, la de aquellos que consideran únicamente como concebido al feto que se desarrolla en el útero de la madre, de tal manera que quedarían excluidos del sistema protector del artículo 29 CC los embriones no implantados. Esta postura se basa en razones de seguridad jurídica; el grado de incertidumbre que rodea la existencia de un embrión todavía no implantado en el útero de la mujer es mayor que en otros casos y podría conllevar una paralización prácticamente indefinida de las relaciones jurídicas y atribuciones patrimoniales<sup>132</sup>.

<sup>128</sup> Se define en el artículo 1.2 como: “embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”. Paradójicamente, lo define como “embrión” cuando precisamente es esa naturaleza la que le quiere negar.

<sup>129</sup> Sobre el estatuto jurídico del embrión *cf.* CORRAL TALCIANI, H., “Derecho Civil y persona humana...”, *op.cit.*; FEMENÍA LÓPEZ, P. J., “Status jurídico del embrión humano...”, *op.cit.*, pp. 13 y 14; ROCA TRÍAS, E., “El Derecho perplejo: los misterios de los embriones”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 1, 1994, pp. 121-151. Recientemente: LEJEUNE, J., “¿Qué es un embrión?” ..., *op.cit.*, pp. 43 y 44; LÓPEZ MORATALLA, N., “La realidad del embrión humano”..., *op.cit.*, pp. 6-2; OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Capítulo 26. Derecho a la vida”, *Tratado de Derecho de la persona física*, (directora, M.C. GETE-ALONSO Y CALERA), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 711-775.

<sup>130</sup> LETE DEL RÍO, J., “Derecho de la persona” ..., *op.cit.*, pp. 48 y 49.

<sup>131</sup> En este sentido: BUSTOS PUECHE, J. E., “El derecho civil ante el reto de la nueva genética”..., *op. cit.*, p. 31; CABANILLAS SÁNCHEZ, “Comentario a los artículos 29 a 34 del Código Civil”..., *op. cit.*, p. 794; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Aspectos civiles de la protección del concebido...”, *op. cit.*, p. 33; FEMENÍA LÓPEZ, “El status jurídico del embrión humano...”, *op. cit.*, p. 272; MORO ALMARAZ, M. J., “Aspectos civiles de la inseminación artificial ...”, *op.cit.*, pp. 115 y ss; entre otros.

<sup>132</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “El derecho a la vida y a la integridad física I”, *Actualidad Civil*, nº 20, 1987, p. 1253.

Lo que aquí nos interesa es “la realidad del comienzo de la vida humana” como base firme sobre la que el Derecho construya para evitar caer en ficciones que priven al ser humano de la protección que en virtud de su dignidad le corresponde. De lo dicho hasta ahora, asumimos que el inicio de la vida coincide con la concepción pues, al tener ya la primera célula carga genética humana, ella misma cuenta con una naturaleza humana que no pierde ni cambia a lo largo de su desarrollo. Por tanto, desde la fecundación hay un “concebido” y la equiparación entre concebido y nacido se ha de extender al embrión cualquiera que sea su estadio de desarrollo y sin distinguir entre la generación natural o asistida. Biológicamente, el resultado de la concepción es el mismo en cualquiera de los casos y un tratamiento diferenciado no estaría justificado. Sin embargo, sí es cierto que, en el caso de la fecundación *in vitro* conviene realizar algunas precisiones porque estos procesos suelen ir acompañados de ciertas complicaciones, y es praxis frecuente el fecundar varios óvulos y congelar aquellos que no son implantados<sup>133</sup>. Si los óvulos fecundados se congelan, en cuanto seres humanos en su fase inicial, como queda dicho, han de ser tratados con el respeto que su dignidad humana merece y se traduce en el respecto al derecho a la vida y a la integridad física; pero carecería de sentido reservar en su beneficio, por ejemplo, derechos patrimoniales, por las razones prácticas que acabamos de señalar (paralización indefinida de las relaciones patrimoniales) y no porque al no hallarse todavía implantado, su condición de ser humano se encuentre menguada. En caso de que la implantación se produzca pasado un período de tiempo determinado, la aplicación del artículo 29 CC entraría en juego a partir de entonces. Si el proceso de fecundación va inmediatamente seguido de una exitosa anidación en el útero de la madre, también de forma inmediata estaría el concebido protegido por el principio general del artículo 29 CC<sup>134</sup>.

### 6. 3 Otros factores.

A los factores anteriores podríamos añadir otros dos, dentro de una multiplicidad de aspectos que caracterizan a la sociedad española actual, que influyen o pueden influir en la previsión del artículo 29 CC al afectar especialmente al concebido.

Uno de ellos es la práctica de la maternidad por subrogación. Aunque está prohibida en nuestro país, ha tenido ya cierto impacto en nuestro ordenamiento jurídico en relación a la determinación de la nacionalidad, derecho de la madre donante del óvulo a la prestación sanitaria por maternidad, etc., en aquellos casos en que ciudadanos españoles realizan este tipo de contratos en otros países. ¿Se puede considerar como concebido, a efectos de aplicación del artículo 29 CC, el feto gestado en otro país por una madre distinta a la biológica?

Otro de los factores es una mayor sensibilización social hacia el cuidado, respeto y tutela de los derechos de los menores, los discapacitados o las personas de edad avanzada que ha tenido eco en el ordenamiento jurídico. Si, como venimos repitiendo a lo largo del trabajo, la persona es la razón de ser del Derecho y la primigenia función de este es la regulación de sus relaciones sociales y la protección de sus intereses, este fin debe alcanzar un grado todavía mayor cuando se trata de sujetos de Derecho especialmente frágiles, entendiendo “fragilidad” como imposibilidad para defender autónomamente los propios derechos, como vulnerabilidad en las relaciones jurídicas. La evolución del Derecho Privado se ha inclinado tanto a una mejor

<sup>133</sup> AA.VV, “Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects”, *New England Journal of Medicine*, 2012, pp. 1803-1813; APARISI MIRALLES, Á., “Implicaciones para el derecho a la vida y a la salud de las nuevas tecnologías reproductivas”, *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, (editor, R., GERMÁN ZURRIARÁIN), Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2012, p. 284; GOLDFARB, J. M., *et al.*, “Cost- effectiveness of in vitro fertilization”, *Obstetrics and Gynecology*, 1996, 87, pp. 18 a 21; LÓPEZ MORATALLA, N., “La realidad del embrión humano...”, *op. cit.*, p. 6.

<sup>134</sup> En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Curso de Derecho Civil I”..., *op. cit.*, p. 344.

protección, como a la habilitación de los instrumentos oportunos para facilitar la actuación de estas personas en el tráfico jurídico. Y esta legislación tuitiva, a su vez, ha generado una mayor implicación de las instituciones y organismos públicos.

Respecto a los menores, aquellas relaciones jurídicas en las que están implicados se resuelven siempre, ya sea a nivel legal, doctrinal o jurisprudencial valorando en primer lugar “el interés superior del menor”. Se toma la decisión o se realiza la interpretación que más favorable le vaya a resultar. En cuanto a las personas incapacitadas, además de la importante reforma del año 1983 por la que se introdujo en el Código Civil un sistema de incapacitación gradual, o de la previsión de un patrimonio especialmente protegido (Ley 41/2003), la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (13 de diciembre de 2006) de la que España es parte desde 2008, ha marcado un nuevo horizonte. Impulsa a los Estados a favorecer la actuación por sí mismo del incapacitado (por ejemplo, sustituyendo la tutela y curatela por un modelo de apoyo y asistencia), a adoptar las medidas y realizar las modificaciones legislativas o estructurales necesarias para garantizar a las personas discapacitadas el ejercicio de la capacidad de obrar, la previsión de “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos” en materia de derechos humanos, etc. Por último, el fenómeno social del envejecimiento de la población ha requerido la previsión de específicos instrumentos jurídicos de asistencia y tutela de las personas mayores que progresivamente ha conducido a la creación de un nuevo marco jurídico de tutela. La declaración de voluntad anticipada, el apoderamiento o mandato preventivo, las figuras del acogimiento familiar o guarda de hecho, o la necesidad de un juicio notarial de capacidad para valorar si una persona, por ejemplo, con deterioro cognitivo por padecer Alzheimer, puede adoptar una determinada decisión son algunos de estos instrumentos. Especialmente a través de las decisiones jurisprudenciales, también se ha incluido al concebido en esta tendencia de priorizar los intereses de las personas especialmente vulnerables. Así, en muchas de las ya citadas, la decisión del Tribunal estaba motivada por el criterio de lo favorable al concebido, del *favor nascituri*.

#### 6. 4. Recapitulación.

A modo de conclusión, en virtud del criterio sociológico, el artículo 29 CC se aplica en una realidad social que cuenta con la certeza, corroborada por la Ciencia, de la existencia de vida humana desde el comienzo del desarrollo biológico, frente a la incertidumbre en torno a la que giran la teoría de la situación de pendencia, la condición suspensiva y las medidas preventivas. Es este un factor que inclina la balanza hacia la interpretación del tercer inciso del artículo como condición resolutoria y que favorece una interpretación extensiva. Por otra parte, una reinterpretación del término *concebido* que tenga en cuenta las posibilidades introducidas por las técnicas de reproducción asistida, abarca también al embrión en cualquier fase de su desarrollo, una vez que haya sido implantado en el útero de la madre. Por último, su consideración como ser humano especialmente frágil, siguiendo la evolución del Derecho Privado en la tutela de los intereses de los menores, mayores o incapacitados, apunta a decidir siempre según su “superior interés”.

### VII. ATENDIENDO AL *ESPÍRITU Y FINALIDAD DE LA NORMA*. EL CRITERIO TELEOLÓGICO COMO CONCLUSIÓN.

En este epígrafe abordamos el análisis del criterio teleológico, con el que alcanzamos el estadio final de la labor interpretativa del artículo 29 CC. Las consecuencias que de él se derivan, se presentan a modo de conclusión.

A lo largo de las páginas precedentes, hemos intentado desentrañar el sentido de las palabras a través de las cuales se expresa el artículo (*voluntas legis*) y trazado un breve recorrido histórico que nos ha revelado la *voluntas legislatoris*. Hemos analizado el lugar que ocupa en el Código Civil y en el conjunto del ordenamiento jurídico y, por último, hemos trasladado ese texto, esa Historia y esa función al contexto actual, distinto a aquel en el que fue redactado. Todo ello complementado con las resoluciones de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado que de tanta utilidad resultan en la actualización de un precepto, y complementado también con las distintas posturas doctrinales que durante estos 125 años de vigencia se han ido sosteniendo. El sentido literal del artículo sirve como elemento de contraste (estático, no cambiante) respecto al criterio teológico. Los datos que nos ha proporcionado los restantes criterios, a modo de afluentes que desembocan en un río común, nos sirven en este caso para llegar al espíritu y finalidad de la norma<sup>135</sup>. De todo ello concluimos que el espíritu del artículo 29 CC, su razón de ser, es la protección del concebido y dicha protección se concreta en una tutela y salvaguarda inmediata de sus intereses. Atendiendo a este espíritu y finalidad, la interpretación que hemos realizado arroja las siguientes conclusiones, que matizan y actualizan el sentido gramatical:

¿A quién se protege? Se protege al concebido no nacido. Tradicionalmente se tutelaba en cuanto a lo que podría *tener*: eventual titularidad de derechos sucesorios u otros derechos patrimoniales, ya que la realidad de su existencia y la humanidad de su naturaleza eran inciertas hasta el nacimiento. Se preparaba una preventiva antesala de protección. En el siglo XXI, debido a los avances en los campos de la Biología molecular, de la Embriología y de la Genética es cuando con mayor exactitud y rigurosidad científica se conoce el desarrollo biológico del ser humano. Sin perjuicio de opiniones discordantes que atiendan a criterios diversos, nos atenemos aquí a los datos científicos. Si la Ciencia nos dice que con la fecundación arranca el desarrollo biológico de un ser humano, esta es la realidad cierta, ontológica, que el Derecho debe tener en cuenta para articular una adecuada normativa. Actualmente se tutela en cuanto a lo que es y ahí arranca la fuerza expansiva de la equiparación 29 CC. Bajo el término *concebido* se incluye al no nacido concebido tanto de forma natural como asistida.

¿Bajo qué calificación jurídica se protege? Solo caben dos posibilidades: que el *nasciturus* se proteja en cuanto sujeto o en cuanto objeto. Si el nacimiento determina la personalidad, resulta evidente que el concebido no es sujeto de Derecho. Sin embargo, utilizando la mera lógica jurídica, precisamente la equiparación con el nacido lo convierte, en aquellas relaciones jurídicas que le resulten favorables, en sujeto de Derecho en las mismas condiciones que el nacido menor de edad, es decir, con capacidad jurídica plena y capacidad de obrar en potencia que será suplida por la intervención de “quienes legítimamente lo representarían”.

¿Cuál es el contenido y alcance de la protección? Se protegen los efectos favorables, es decir aquellos intereses, derechos o situaciones jurídicas que resulten beneficiosas al concebido. Lo primero que debe resultar favorable, por tanto, es la propia equiparación. La interpretación extensiva que han realizado tanto la doctrina como los Tribunales ha significado la superación del tradicional alcance limitado a los efectos patrimoniales. El artículo 29 CC se aplica también a intereses extra-patrimoniales. La dignidad humana del concebido, la tendencia del Derecho Privado a prestar una asistencia tuitiva mayor a los sujetos especialmente frágiles y el alcance general con que se ha entendido el inciso primero, avalan una interpretación extensiva y dinámica. Y esto implica la extensión del criterio de equiparación a la tutela de los derechos a

<sup>135</sup> Acerca del criterio teleológico en relación con los restantes criterios interpretativos, PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., “Interpretación y jurisprudencia:...”..., *op. cit.*, pp. 91 y ss., 227y ss.



la vida, a la integridad física y moral, al honor, a la intimidad y a la propia imagen por un doble motivo: como decimos, el alcance general del artículo que permite su aplicación allí donde haya intereses favorables al concebido y, por otra parte, la naturaleza civil de estos derechos, en cuanto que son derechos de la personalidad. Pero, además, si los derechos fundamentales se le reconocen a la persona en razón a su dignidad humana dimanante, a su vez, de la condición humana, desde el momento en que sabemos que el concebido tiene naturaleza humana, el Derecho positivo debe reconocerle esos derechos como propios. Un no reconocimiento resulta a todas luces infundado y su causa solo puede estar en no querer asumir las consecuencias que de él se derivarían.

¿Cómo se articula la protección? Mediante la equiparación entre el *nasciturus* y el nacido comprendida en la expresión “se tiene por” en combinación con el inciso siguiente que establece los requisitos que han de concurrir en el nacimiento. La certeza de la existencia de la vida humana intrauterina desaconseja la teoría de la situación de pendencia, complementada con la condición suspensiva y la retroacción de efectos favorables, basada en la incertidumbre. Parece más lógico y adecuado interpretar el inciso tercero del artículo como condición resolutoria de manera que las relaciones jurídicas produzcan normalmente los efectos que les corresponden. En caso de que el concebido no nazca, se procede a la restitución para evitar un enriquecimiento injusto.

La finalidad tuitiva del artículo encaja perfectamente con la propia razón de ser del Derecho civil que es, retomando la idea inicial, proteger a la persona y acompañarla durante las distintas etapas de su vida.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., “Derecho Civil I. Introducción y Parte General”, Edisofer, Madrid, 2004.

ALBALADEJO GARCÍA, M., “Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro”, RDP, nº81, 1997, pp. 166-191.

ALISTE SANTOS, T., “La tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil”, Atelier, Barcelona, 2011.

ALONSO PÉREZ, M., “Comentario al artículo 964CC”, Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales (directores, M., ALBALADEJO GARCÍA y S., DÍAZ ALABART), T. XIII, 2, Edersa, Madrid, 1998, pp. 86-133

ALONSO PÉREZ, M., “Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el *Derecho civil de España*”, ADC, nº36, 2983, pp. 1117-1127.

APARISI MIRALLES, Á., “Implicaciones para el derecho a la vida y a la salud de las nuevas tecnologías reproductivas”, La desprotección del no nacido en el siglo XXI, (editor R. GERMÁN ZURRIARÁIN), Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2012, pp.267-291.

ARROYO i AMAYUELAS, E., “La protección a concebido en el Código Civil”, Civitas, Madrid, 1992.

BARÓ PAZOS, J., “La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)”, Servicio de Publicaciones Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Derecho de la persona”, Editorial Montecorvo S.A, Madrid, 1976.

BIONDI, B., “Arte y ciencia del Derecho”, (traductor Á., LATORRE SEGURA), Ediciones Ariel, Barcelona, 1953.

BUSTOS PUECHE, J. E., “El Derecho civil ante el reto de la nueva genética”, Dykinson, Madrid, 1996.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario a los artículos 29 a 34”, Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, (directores, M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), I, vol. 3º, Edersa, Madrid, 1993, pp. pp. 761-795.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido”, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

CALVO MEIJIDE, A., “El nasciturus y su protección jurídica” II, Actualidad Civil, nº 2, 1992, pp. 263-281.

CAPILLA RONCERO, F., voz “Personalidad”, Enciclopedia Jurídica Básica III, (director, MONTOYA MELGAR, A.), Civitas, Madrid, 1995.

CARRASCO PERERA, Á., “Derecho civil”, Tecnos, Madrid, 2011, p. 73.

CASTÁN TOBEÑAS, J., “Derecho Civil español común y foral”, t. I, vol. I, Reus, S.A, Madrid, 2005.

CASTÁN TOBEÑAS, J., “Derecho Civil español común y foral”, t. I, vol. II, Editorial Reus, S.A, Madrid, 1987.

CLEMENTE DE DIEGO, F., “Instituciones de Derecho Civil español”, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1929.

CORRAL TALCIANI, H., “Derecho Civil y persona humana. Cuestiones debatidas”, Lexis nexis, Santiago de Chile, 2007.

d’ORS, “Derecho Privado Romano”, Eunsa, Pamplona, 2006, (10ª ed.).

DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho civil de España II”, Madrid, 1952 (reedición facsímil Madrid, Civitas, 2008).

DE COSSÍO Y CORRAL, A., “Instituciones de Derecho Civil”, Civitas, Madrid, 1988.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., “La protección del nasciturus y su proyección en la jurisprudencia civil actual”, RCDI, 2010, nº 726, pp. 2217-2226.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., “La protección del nasciturus y su proyección en la jurisprudencia civil actual”, RCDI, 2010, nº 726, pp. 2217-2226.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., en LACRUZ BERDEJO, J. L., “Elementos de Derecho Civil”, vol. 1, Dykinson, Madrid, 2008, (2ª ed.).

DÍAZ ALABART, S., “Comentario a los artículos 644 a 646 del Código Civil”, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, (director, M., ALABALADEJO GARCÍA), t.VIII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, pp. 303-323.

DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M.C, “Derecho y nueva eugenesia, **un estudio desde la ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida**”, Eunsa, Pamplona, 2005.

DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sistema de Derecho Civil”, I, Tecnos, Madrid, 2012, (12ª ed.).

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, La Ley, nº 3, 1998, pp. 1700-1710

DOMAT, J., “Les lois civiles dans leur ordre naturel”, t.I, París, 1828.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “La personalidad jurídica”, RDP, nº LXI, 1977, pp. 104-122.

EDWARDS, R., STEPTOE, P., “A Matter of Life”, New York, William Morrow and Company, 1980.

“El Código Civil. Debates parlamentarios” (1885-1889), (editores, R. HERRERO GUTIÉRREZ, M.A VALLEJO ÚBEDA)

ENNECCERUS, L., *et al.*, “Tratado de Derecho Civil”, I, vol. 1, (traductores, B., PÉREZ GONZÁLEZ, J. ALGUER y MICÓ), Bosch, Barcelona, 1934.

ESPÍN CÁNOVAS, D., “Manual de Derecho Civil español” I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

FEMENÍA LÓPEZ, P. J., “Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro”, McGrawHill, Madrid, 1999.

FLORENSA I TOMÀS, C.E., “La influencia del art. 211-1 del Código civil de Cataluña en la modificación del criterio de adquisición de la personalidad del art. 30 del Código Civil español”, La codificación del derecho civil de Cataluña: estudios con ocasión del cincuentenario de la compilación (coordinadores, C.E., FLORENSA I TOMÀS; J. M FONTANELAS I MORELL), Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 103-135.

GARCÍA CANTERO, G., “El derecho a nacer (aspectos civilísticos del aborto)”, RGLJ, nº 6, Año CXXX, Junio, 1981.

GARCÍA CANTERO, G., “La persona de la viuda y su estado civil”, Estudios de Derecho Público y Privado, ofrecidos al profesor Ignacio Serrano y Serrano, I, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho con la colaboración del Colegio Mayor Menéndez Pelayo de Valladolid, Valladolid, 1965.

GARCÍA GARRIDO, M. J., “Derecho Privado Romano. Casos. Acciones. Instituciones”, Ediciones Académicas, Madrid, 2008, (16ª ed.).

GARCÍA GOYENA, F., “Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español”, Cometa, Zaragoza, 1974, (reimpresión de la edición de Madrid, de 1952).

GARCÍA RUBIO, M. P., “Capítulo 24. Los derechos de la personalidad”, Tratado de Derecho de la persona física, II, Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 594-631.

GARCÍA RUBIO, M.P., “La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, nº14, 2013, pp. 82-109.

GARCÍA VALDECASAS, G., “Parte general del Derecho civil español”, Civitas, Madrid, 1983.

GARRIDO DE PALMA, M., “El Derecho civil, protector del ser humano”, ADC, nº36, 1983, pp. 1359-1375.

GEORGE, R.P., TOLLEFSEN, C., “Embryo. A defense of human life”, Doubleday, New York, 2008.

GETE-ALONSO y CALERA, M. del C., “Persona, personalidad, capacidad”, Tratado de derecho de la persona física I, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 61-120.

GIL MEMBRADO, C., “Consideración y protección jurídica de los datos del nasciturus en la historia clínica”, RJIB, 05, 2007, pp. 157-177.

GOLDFARB, J. M., *et.al.*, “Cost- effectiveness of in vitro fertilization”, *Obstetrics and Gynecology*, 1996, 87, pp. 18-21.

GRIMALT SERVERA, P., “La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales”, Granada, Comares, 1999.

HERNÁNDEZ GIL, A., “Metodología del Derecho”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.

HERVADA XIBERTÁ, J., “Concepto jurídico y filosófico de persona”, La Ley 1981-1, pp. 942 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J. L., “Aborto, persona y vida: reflexiones de un civilista”, BICAM, nº 1, enero-febrero 1983.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “El artículo 29 del Código Civil como norma general de protección jurídica del concebido”, RJN, Consejo General del Notariado, nº 39, 2001, pp. 137-152.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Principios de Derechos Civil I. Parte General y Derecho de la persona”, Marcial Pons, Madrid, 2005 (11ª ed.).

LASSO GAITE, J. F., “Crónica de la Codificación española”, 4. vol. I, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970.

LEJEUNE, J., “¿Qué es un embrión?”, Rialp, Madrid, 1993.

LETE DEL RÍO, J. M., “Derecho de la persona”, Tecnos, Madrid, 1991, (2ª ed.).

LÓPEZ GUZMÁN, J., “El estatuto biológico del embrión”, La humanidad in vitro, (coordinador, BALLESTEROS LLOMPART, J. ), Granada, 2002, pp. 183-184.

LÓPEZ MORATALLA, N., “La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida”, Persona y Bioética, Septiembre-Diciembre 2003, Enero-Abril 2004, n. 20-21, pp. 6-23.

LÓPEZ MORATALLA, N., IRABURU ELIZALDE, M. J., “Los quince primeros días de una vida humana”, Eunsa, Pamplona, 2006, (2ª ed.).

MACÍA MORILLO, A., “La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales”, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

MALDONALDO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., “La condición jurídica del nasciturus en el derecho español”, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., “Comentarios al Código civil español”, t. VII, Reus, Madrid, (7ª ed.)

MANRESA Y NAVARRO, J. M., “Comentarios al Código Civil español”, I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1956, (7ª ed.).

MARTÍN CASAL, M. y SOLÉ FELIÚ, J., “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar”, Indret, 2, 2004, pp. 1-12 (Working paper nº 217).

MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “El derecho a la vida y a la integridad física I”, Actualidad Civil, nº 20, 1987, pp. 1252-1254.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Comentario a los artículo 29 a 34 del Código Civil (Del nacimiento y extinción de la personalidad)”, Código Civil comentado, I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, 273-285.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "Curso de Derecho Civil" I, (coordinador, P. DE PABLO CONTRERAS), Colex, Madrid, 2011, (4ª ed.), pp. 319-347.

MAZILLI, E., "La acción de wrongful life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", Aranzadi Civil-Mercantil, nº 10, 2012, pp. 1-38.

MAZILLI, E., "Un'indiretta ammissione del "diritto a non nascere" nel sistema giurisprudenziale spagnolo: il problema del risarcimento del danno al figlio indesiderato", Rivista Italiana di Medicina Legale, Año XXXIV, 3, 2012, pp. 1028-1044.

MONTÉS PENADÉS, V. L., "Comienzo y fin de la personalidad", Derecho Civil. Parte General, (coordinadores, A.M., LÓPEZ LÓPEZ y V. L., MONTÉS PENADÉS), Tirant lo Blanc, Valencia, 1995

MUCIUS SCAEVOLA, Q., "Código Civil", I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949, (6ª ed).

OLIVA BLÁZQUEZ, F., "Capítulo 26. Derecho a la vida", Tratado de Derecho de la persona física, (directora, M.C. GETE-ALONSO Y CALERA), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 711-775.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., "Interpretación y jurisprudencia: estudio acerca del artículo 3.1 del Código Civil", Aranzadi, Pamplona, 1994.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, "Realidad social y jurisprudencia", Colex, Madrid, 1994.

PÉREZ GONZÁLEZ, B, "El requisito de la viabilidad", RDP, t. XXVIII, 1944.

POTHIER, R. J., "Traité des personnes et des choses", t.IX, Videcoq Père et fils, París, 1946.

PUIG PEÑA, F., "Tratado de Derecho civil", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, (2ª ed.).

ROBERTI, M., "Nasciturus por iam nato habetur nelle fonti cristiane primitive", Cristianismo e diritto romano, vol. XLIII, Milano, 1935.

ROCA TRÍAS, E., "El Derecho perplejo: los misterios de los embriones", Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 1, 1994, pp. 121- 151.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., "Estudios de Derecho Civil", II Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1889.

SGRECCIA, E., "Manual de Bioética I", Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 2009, (4ª ed.).

STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G., "Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido", La Ley, 1982, T.II, pp. 1100-1119.

TORRES GARCÍA, T., "La persona y el Derecho civil", Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García (coordinador, D. JIMÉNEZ LIÉBANA), Aranzadi Thomson Reuters, Universidad de Jaén, 2012, pp. 163-173.

WINDSCHEID, B., "Lehrbuch des Pandektrechts", Literarische Anhalt, Frankfurt a. M., 1900 (reimpresión de la 8ª ed., Keip Verlag, Goldbach, 1997).

Maquetación:  
Secretaría General Técnica

Subdirección General de Documentación  
y Publicaciones

**Enlaces de contacto:**

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del  
Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

