

EL SER HUMANO EN GESTACIÓN HACIA UN ESTATUTO CIVIL DEL «HIJO NO NACIDO»

María Reyes Corripio Gil Delgado

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil
Universidad Pontificia de Comillas

Title: The human life in gestation. Toward a civil status of the unborn child

RESUMEN: El Derecho español, tanto legislativa como jurisprudencialmente, ha avanzado en el diseño de una esfera civil personal para el «concebido no nacido»: primero, con el progresivo reconocimiento, de titularidades de contenido moral y personal, segundo en su consideración como «hijo no nacido», es decir, como titular de una esfera relacional, con vínculos paterno-filiales de los que nacen particulares deberes parentales y, tercero por la aplicación al no nacido de la protección pública del menor de edad. Todo ello revela que el «hijo no nacido» es un sujeto de derecho, aunque carezca de personalidad civil.

ABSTRACT: *In recent years, the civil sphere of who is conceived but not yet born (nasciturus) has been significantly extended in Spanish legislation and jurisprudence. Firstly, the recognition of personal and moral rights and expectations; secondly, the emergence of obligations arising from a parent-child relationship, and thirdly, the public protection as a «child» in cases of prenatal risk, revealed that the unborn child is a «subject of law», despite the fact that he has not legal personality.*

PALABRAS CLAVE: Personalidad, concebido, *nasciturus*, «hijo no nacido», riesgo prenatal, sujeto de derecho, persona humana, aborto.

KEY WORDS: *Personhood, nasciturus, unborn child, prenatal risk, subject of law, human person, abortion.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. EL CONCEBIDO COMO TITULAR DE DERECHOS Y EXPECTATIVAS PERSONALES. 2.1. *Ratio y alcance de la previsión del artículo 29 CC.* 2.2. *Titularidades del concebido no sujetas a pendencia: su naturaleza jurídica.* 3. EL CONCEBIDO COMO «HIJO NO NACIDO». 3.1. *El avance en la posición del concebido como «hijo».* 3.2. *La potestad parental sobre el no nacido.* 3.3. *La protección pública del «niño no nacido».* 4. LA POSICIÓN CIVIL DEL CONCEBIDO COMO SER HUMANO. 4.1. *El concebido como algo más que mero nasciturus o futurible.* 4.2. *El concebido como sujeto dotado de capacidades singulares y esfera propia.* 4.3. *Hacia un estado civil de «persona no nacida».* 5. LA PROTECCIÓN CIVIL DEL CONCEBIDO Y EL ABORTO. 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La posición civil del concebido se encuentra recogida en el art. 29 del CC. Este precepto incorpora en nuestro Código decimonónico¹ una larga tradición histórica, de origen romano, según la cual al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos favorables siempre que llegue a nacer con vida (art. 30). Existen, también, normas que

¹ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1946, p. 187.

regulan la capacidad sucesoria del póstumo (art. 959 a 967 CC) y la posibilidad del concebido de recibir donaciones (art. 627 CC), pero será la regla del art. 29 CC la base jurídica para el reconocimiento de numerosos efectos favorables al concebido. Estos efectos, no obstante, están condicionados al nacimiento por depender de la adquisición de personalidad civil lo que implica dejar sus titularidades patrimoniales en una suerte de estado de latencia, considerándolas meras expectativas o como «derechos sin sujeto»².

La ausencia de un estatuto civil completo y clarificado de la posición del concebido ha ido debilitando la justa ponderación del bien jurídico «vida humana en gestación» que la Constitución misma protege³. A partir de su falta de personalidad se ha negado su condición de sujeto, llegando a concluirse que «ni es persona ni tiene –por tanto– capacidad jurídica o de obrar de ninguna clase»⁴. El propio Tribunal Constitucional así lo entendió en su sentencia de 11 de abril de 1985⁵, por mucho que fijara como lo decisivo que «el *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra Norma Fundamental» (FJ 7º). Esta forma de configurar los derechos humanos bajo el esquema de los derechos subjetivos ha sido un lastre para el concebido pues lleva a la contradicción de distinguir entre vida humana y derecho a la vida y a condicionar la titularidad de tal derecho a la adquisición de la personalidad⁶.

² En un primer momento se buscó asimilarlas a una masa independiente de elementos patrimoniales deferidos al concebido y condicionados a su nacimiento, centrándose en que tenían un régimen de especial gestión y se acudió a una suerte de personificación del patrimonio adscrito a un fin (teoría patrimonialista), que fue finalmente desechada. Para GARCÍA VALDECASAS la solución pasaba por considerar que el concebido no tenía propiamente derechos (por efecto de la condición suspensiva) sino meras expectativas jurídicas en las que el derecho aún no había nacido y cuya adquisición era insegura. Finalmente se han integrado en la categoría discutida de los «derechos sin sujeto», una solución fáctica derivada de la carencia de personalidad jurídica tanto del concebido como de la masa de bienes o patrimonio que le corresponderían. GARCÍA VALDECASAS incluye al concebido en la tutela de situaciones jurídicas favorables a sujetos futuros, integrándolo en el mismo bloque que las expectativas de los no concebidos (GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *Parte General del Derecho civil español*, Civitas, 1983, p. 170).

³ STC 53/1985, de 11 de abril, resuelve en contra de la titularidad del concebido del derecho fundamental a la vida (FJ. 6ª)

⁴ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil I Introducción y Parte General*, I, 18ª ed., 2009, p. 208.

⁵ STC 53/1985, de 11 de abril, resuelve en contra de la titularidad del concebido del derecho fundamental a la vida (FJ. 6ª). No es una cuestión circunscrita únicamente al caso español. En el caso italiano, EUSEBI tilda de «malentendido» la decisión de la Corte Constitucional Italiana (Sentencia Corte Constitucional Italiana nº 27/1975), de no reconocerle titularidad de los derechos fundamentales al concebido, hecho que se basa en una lectura superficial del art. 1 del CC italiano (1942) (EUSEBI, Luciano, «La tutela del embrión humano: perfiles jurídicos», vol. *Identidad y estatuto del embrión humano*, VVAA, Ed. EIUNSA, Madrid, 2000, p. 262.) El no reconocimiento de derechos fundamentales al concebido por estar sujetos a la condición suspensiva de su nacimiento, ha derivado en una desprotección de «la dignidad humana más vulnerable, la del concebido». (GARCÍA CUADRADO, Antonio M, *Op.Cit.*, p. 508).

⁶ (BUSTOS PUECHE, José Enrique, «Los derechos humanos y la doctrina del derecho subjetivo», *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, 2015, pp. 1-36).

Hace varios años que la doctrina⁷ está reivindicando una normativa básica sobre la vida humana que vaya más allá de la protección penal, y que también trascienda lo estrictamente patrimonial, para apoyarse sobre la persona humana como centro del Derecho privado⁸; en otras palabras, una normativa general capaz de extender «su campo de actuación a un sector especial: el Derecho penal. No a la inversa»⁹, y que tome al concebido, como indica Blanch¹⁰, por lo que es, algo real y existente, enraizado en los avances de la biomedicina. Sin embargo esta reforma no se acometió y en el año 2010, una nueva regulación del aborto¹¹ ha llegado al punto de otorgarle a la mujer gestante el derecho a poner fin al embarazo (IVE) sin alegar causa alguna durante las primeras semanas de gestación. El sistema de plazos implica, básicamente, que la decisión sobre la vida del concebido puede tomarse sin ponderación alguna de derechos concurrentes, lo que supone ir mucho más lejos que la regulación anterior que establecía un sistema de indicaciones.

Frente a esta débil posición de partida por tener condicionada su personalidad al nacimiento está emergiendo una amplia protección al concebido que ha desbordado la previsión normativa del art. 29 CC y al que trata como «hijo no nacido» asimilándolo al «menor de edad». Con ello, el ser humano en gestación se posiciona como un sujeto¹² y se le abre la puerta a titularidades de derechos no dependientes del nacimiento. El

⁷ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, «Reflexiones sobre el concepto de persona y la protección de la vida prenatal en el ordenamiento español: del «nasciturus» al moriturus». *Revista Jurídica del Notariado*, nº 73, (2010) p. 249; GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, «El concebido y el menor de edad. Su protección por el Derecho civil», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 84, (octubre-diciembre 2012), p. 110.

⁸ Sobre los principios básicos de protección de la persona que fijan el marco de referencia del Derecho civil y que están insertos también en la propia Constitución. (PERLINGIERI, Pietro, «Por un derecho civil constitucional español», *Anuario de Derecho civil*, Vol. 36, nº 1, p. 1983).

⁹ ALISTE SANTOS, Tomás Javier, «La protección jurídica del concebido y su proyección en el Derecho civil español actual», *Actualidad civil*, 4, (2008) (Consulta on line).

¹⁰ BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel, «El concebido en el Derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 54, nº 3, (2001) p. 1163.

¹¹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. (BOE 4 de marzo de 2010)

¹² Como indica RUIZ DE HUIDOBRO, «El análisis jurídico-lingüístico de las nociones de subjetividad y personalidad jurídicas desmiente la simple equivalencia entre persona y subjetividad jurídica (el ser sujeto de relaciones jurídicas, derechos y obligaciones), que está a la base de las concepciones formalistas. La personalidad en sentido jurídico denota una forma de ser frente al Derecho como cualidad propia de aquel de quien se predica y a quien hace sujeto de Derecho» (RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María, *Derecho de la Persona*, Dykinson, 2016, p. 154). Por lo tanto, y dado que todo ser humano es indiscutiblemente persona en un uso corriente o filosófico del término podemos afirmar que, aunque carezca de personalidad, no puede privarse al concebido de su cualidad subjetiva que le permite ostentar titularidades y capacidad especiales, aunque no capacidad y aptitud general que se adquieren con el nacimiento, siendo desde entonces centro de imputación de cualquier tipo de titularidad admisible en derecho.

trabajo expone los avances normativos y jurisprudenciales que nos permiten sostener ya que el concebido es sujeto jurídico y por tanto puede tenerse por titular de sus derechos personales, aunque no sea miembro pleno de la sociedad hasta su nacimiento, ni ostente capacidad jurídica plena sobre los derechos patrimoniales que le sean deferidos.

Así pues, la falta de personalidad del concebido no condiciona ni compromete su posición personal o su subjetividad jurídica. No es necesario, por tanto, ni proponemos en este trabajo, adelantar el *status* de nacido a alguna de las etapas intermedias del desarrollo fetal, o considerar al concebido como persona en un sentido técnico formal, sino tenerlo por lo que es, un niño no nacido, y cubrir el vacío tuitivo de su esfera personal¹³. Desde esta perspectiva la IVE, según los parámetros fijados por la ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva, resulta inasumible jurídicamente por tratar al concebido como un objeto de Derecho. En el último epígrafe, se analiza esta cuestión refutando los argumentos esgrimidos para justificar la facultad arbitraria (es decir, sin ponderación de los derechos concurrentes) de la mujer gestante de interrumpir el embarazo, que a la luz del Derecho civil pierden base jurídica.

2. EL CONCEBIDO COMO TITULAR DE DERECHOS Y EXPECTATIVAS PERSONALES

Aunque pueda discutirse qué tipo de capacidades concretas corresponden al concebido, la regla del art. 29 le faculta para obtener y tutelar aquellos derechos que le son deferidos durante el tiempo de su gestación los cuales hace suyos por equidad cuando nace¹⁴. La fórmula consiste en dejar en suspenso los llamamientos que se le hagan durante la gestación hasta que se cumpla la condición de su nacimiento; será entonces cuando pueda consolidar en su esfera jurídica singular los bienes o derechos condicionales o expectantes que le correspondían. El análisis de esta previsión normativa y su vinculación con la adquisición de personalidad muestran una *ratio* circunscrita al ámbito patrimonial, en el cual encuentra su sentido y justificación. Sin embargo, el progresivo reconocimiento al concebido de titularidades de contenido moral y personal ha desbordado lo puramente económico y muestra la necesidad de diseñar un estatuto jurídico especial para la persona en gestación.

¹³ Además, considerarlo como sujeto de derecho es lo único que puede cubrir el vacío tuitivo del concebido en el ámbito asistencial (MAYOR DEL HOYO, María Victoria, «Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y *nasciturus*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 734, nov-dic. 2012, p. 3237).

¹⁴ Como indica la Audiencia Provincial de Barcelona «resultaría incluso cruel que éste, por razones de pura temporalidad, no disfrutara de los derechos que le asistirían si hubiera nacido y por el solo hecho de hallarse en estado fetal» SAP Badajoz (sección 1ª), de 11 de noviembre de 2002 (Documento TOL240.000)

2.1. Ratio y alcance de la previsión del artículo 29 CC

La protección que le da el Código civil al concebido en su art. 29 tiene un claro contenido económico¹⁵ y procura la seguridad jurídica. Se busca que el nacimiento ofrezca una base sólida para evitar que queden flotando relaciones económicas o que varíe la trayectoria que hubieran seguido los bienes familiares en la sucesión hereditaria¹⁶. Es decir, este artículo protege las futuras titularidades del nacido impidiendo que se produzcan «desplazamientos patrimoniales en el contexto, normalmente de sucesiones hereditarias, con ocasión de vidas humanas desafortunadamente momentáneas»¹⁷, por lo cual se ha discutido que este artículo pueda consagrar por sí solo un principio general de protección del *nasciturus*¹⁸. La búsqueda de certeza en la adquisición de la personalidad aparece de modo evidente en los antiguos requisitos del artículo 30 CC: que el nacido tuviera figura humana y viviera más de 24 horas enteramente desprendido del seno materno. Estos requisitos, pese a que hoy en día han sido eliminados de nuestro Código por aplicación del art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos de Niño de 1989¹⁹, resultaron muy aplaudidos por ofrecer mayor seguridad respecto a la vida perinatal²⁰; y, precisamente por ello, fue calificada como una normativa «cauta y prudente»²¹, reveladora de una «supremacía» del Código civil español respecto de otros códigos más modernos²². Ello es una prueba

¹⁵ Vid. ROBLES, Gregorio, «Sujeto jurídico y persona en la teoría comunicacional del Derecho, en Vol. Teoría del Derecho, Civitas, enero 2015 (fragmento en BIB 2015/1593) y BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, (Coord.), «Artículo 30» en Vol. *Comentarios Código Civil*, Aranzadi, 2001, p. 126.

¹⁶ ROMERO COLOMA, Aurelia María, «El *nasciturus* en el Derecho español. Actual problemática jurídica en torno a los artículos 29 y 30 del Código Civil», *Revista de Derecho de Familia*, nº 70, (enero-marzo de 2016), p. 400.

¹⁷ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, Jose María, (2016), *Op. Cit.*, p. 201.

¹⁸ En este sentido MORENO MOZO indica que el art. 29 CC es una «simple metáfora, sin virtualidad propia» (MORENO MOZO, Fernando, «El nacimiento», En la obra *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de Familia* Volumen 1, Francisco Lledó Yagüe, Alicia (dir.) Sánchez Sánchez, Oscar (coord.), Dykinson, 2011, p. 63).

¹⁹ Reforma introducida por la Disposición Final 3ª de la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22 julio 2011, núm. 175).

²⁰ Como indica MACANÁS: «pues quien vivía veinticuatro horas necesariamente había nacido vivo» (MACANÁS, Gabriel, «Efectos y defectos del artículo 30 del Código Civil», *Indret*, 4/ 2013, p. 5. De hecho, este autor, propone entender que el proceso de nacimiento concluye con la estabilización del nacido con lo que se retrasarían diez minutos la adquisición de la personalidad pero que ofrecería un «verdadero criterio de nacimiento objetivo, razonable y general» (Idem, p. 34). Aunque sería este, como venimos argumentando, un criterio asumible y compatible con los derechos del niño enfocado desde un ámbito estrictamente patrimonial no podría servir, en cambio para atender la totalidad de los derechos que integran la esfera personal del niño una vez nacido, particularmente el derecho al nombre.

²¹ LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Parte General y Derecho de la Persona*, 21ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 149.

²² MORENO MOZO, Fernando, «Requisitos del nacimiento, análisis del art. 30 CC», *Diario La Ley*, Nº 7361, Sección Doctrina, Año XXXI, (12 de marzo de 2010), Ref. D-81, Editorial LA LEY.

clara de la preocupación fundamentalmente patrimonial del Código en relación con el tema del nacimiento²³ y explica que, respecto a las posibles titularidades de derechos de contenido económico, el concebido tenga sólo meras expectativas de forma que si no llegara a nacer se extinguirían las cautelas adoptadas. Lo cual, por otra parte, permite que algunas de estas previsiones normativas puedan ser aplicables a los no-concebidos (*concepturus*)²⁴ quienes también consolidarán sus expectativas con el nacimiento.

Centrada la ratio y finalidad del art. 29 CC observamos que se ha ido produciendo una progresiva expansión en su aplicación jurisprudencial. Como indica Bercovitz, han sido traspasados sus lindes iniciales, por lo que este artículo ofrece hoy al *nasciturus* una protección amplia desde el Derecho civil, que comprende todos los aspectos de la persona del concebido «en especial los relacionados con los bienes de la personalidad»²⁵. A la par, se aprecia su reconocimiento como sujeto jurídico, siquiera de forma somera, en algunas normas, lo que conlleva una ampliación de las posiciones subjetivas que ocupa el concebido, entre las que destacamos las siguientes:

- El concebido puede ser considerado como perjudicado, en un contexto resarcitorio, o como beneficiario de prestaciones vitalicias²⁶ o de seguros de vida, naciendo su derecho del siniestro mismo y debiendo ser aceptado por sus representantes legales y, por tanto, ser acreedor de las obligaciones que nazcan, incluido el derecho al resarcimiento del daño moral.
- El reconocimiento de la esfera moral del concebido también está implícita en las demandas de responsabilidad por accidentes de circulación y de trabajo; puede reclamar el daño moral por la muerte del padre si bien se toma como referencia el perjuicio que supone el hecho de nacer huérfano²⁷. Esta consideración es

²³ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976, p. 165.

²⁴ Como sí hace el art. 326 del Código de Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, Código de Derecho Foral de Aragón. BO Aragón nº 63 de 29 de marzo de 2011) en línea con la Compilación de Derecho civil aragonés (Ley 15/1967, de 8 de abril. BOE núm. 86 de 11 de abril). Esta norma dispone la administración de la herencia cuando los llamados no están nacidos y les reconoce «capacidad sucesoria pasiva» (MERINO HERNÁNDEZ, Jose Luis, *Derecho foral de Aragón*, Memento Experto Lefebvre, 2011, p. 363).

²⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, (1976), *Op. Cit.*, p. 167.

²⁶ Art. 13.1 de la Ley catalana 6/2000 de 19 de junio de pensiones periódicas (DOGC 4 julio 2000, núm. 3174)

²⁷ La SAP Castellón, 3 de septiembre de 2002 afirma que el *nasciturus* tiene derecho a reclamar el daño moral por el fallecimiento de su padre «toda vez que si no sufrió el provocado por la pérdida directa, sí sufrió el de la ausencia permanente de su padre con todo lo que emocionalmente ello conlleva» (SAP Castellón, (sección 3ª) núm. 234/2002 de 3 septiembre. ARP 2002\642). En idéntico sentido la SAP Córdoba de 25 septiembre 1997 (AC 1997\1793) entiende que no pueden ser negados «al hijo del obrero

significativa pese a que los efectos patrimoniales están vinculados al nacimiento²⁸.

- La regla «a los efectos favorables» ha permitido otorgarle nacionalidad *iure sanguinis*²⁹ cuando el progenitor la tuviera en el tiempo en que su hijo se estaba gestando aunque la hubiera perdido antes de verificarse su nacimiento³⁰. Ello implica que, para el ordenamiento, el concebido es hijo de sus progenitores durante la gestación³¹.

2.2. Titularidades del concebido no sujetas a pendencia: su naturaleza jurídica

Es en este punto donde mayormente se evidencia que el concebido es titular de los derechos personales relativos a su sustrato biológico y que él mismo es destinatario de una protección que no depende del nacimiento. Nos referiremos particularmente a: el respeto a su vida³², el derecho a una asistencia sanitaria específica y, finalmente, el derecho a la defensa de facetas de su esfera moral. Aquí, el no nacido aparece como el verdadero titular y se le aplican de manera independiente a la futura adquisición de personalidad.

- En primer lugar, nuestro ordenamiento reconoce un derecho a que la vida prenatal sea protegida, sustentado en el hecho innegable de que no todo aborto es legal. El magistrado Baena del Alcázar, afirma, en voto particular de la STS de 23 de enero de 1998, que «existe un derecho del *nasciturus* que debe encuadrarse en el primero de los derechos reconocidos por nuestra Constitución en los artículos que dedica a los derechos y libertades de los

fallecido que nazca con posterioridad a la muerte de su padre los beneficios de la legislación de accidentes de trabajo» pues «el primer perjuicio dimana del simple hecho de nacer huérfana».

²⁸ Así la suma asegurada se mantendrá en poder de la empresa aseguradora hasta que se verifique el nacimiento (DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «La protección el *nasciturus* y su proyección en la jurisprudencia civil actual», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 726, julio-agosto 2011, p. 2220).

²⁹ RDGRN 31 de marzo de 1992, (1992/3474)

³⁰ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, Jose María, (2016), *Op. Cit.*, p. 208.

³¹ La STS de 15 de octubre de 1983 sostuvo que el embrión que goza de vida intrauterina es ya «una vida española, que por su estado de dependencia, sigue la condición de la madre española, especialmente protegido por el ordenamiento español» (STS, Sala de lo Criminal, de 15 de octubre de 1983 (RJ 1983\4749) a propósito de la penalización del aborto realizado en Londres por española. En contra, el magistrado Tomás y Valiente, en voto particular, afirmó que «antes del nacimiento no hay persona ni hay nacionalidad atribuible a lo que, después será persona. No hay fetos dotados de nacionalidad española, ni embriones ingleses o uruguayos. No puede hablarse de «vida española», salvo que sustituyamos el lenguaje jurídico vocado a la precisión, por el metafórico». STC (Sala 2ª) núm. 75/1984 de 27 junio (RTC 1984\75). Ello muestra los efectos de una posición del concebido poco clarificada en nuestro Derecho.

³² La Convención de los Derechos del Niño, que entiende por niño “todo ser humano menor de dieciocho años” (art. 1) dispone, en su art. 6, que “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, RCL 1990, 2712)

españoles»³³, y precisamente esta es la causa que obliga a establecer salvaguardias, sin las cuales del sistema constitucional queda vulnerado. Igualmente tras la prohibición de expulsión del territorio español a la extranjera encinta, (art. 57.6 Ley de extranjería³⁴ y art. 58.4 de la misma) subyace una regulación cuidadosa con la protección del concebido que permite también a la extranjera invocar los derechos del *nasciturus* para evitar ser sancionada con la expulsión del territorio español, por el «hecho innegable de constituir un ser humano menor»³⁵. Así pues, aunque una construcción artificiosa concluya que el concebido no es titular del «derecho a la vida» por no tener personalidad, no puede eludirse el presupuesto básico de que el concebido tiene vida y, por ello, desde que esta se constituye, es decir, desde la concepción, tiene un derecho a nacer que deriva directamente de la vida que tiene³⁶.

- En lo que concierne a su salud, el concebido es el beneficiario de la cobertura médica de sus progenitores y los tratamientos al feto se encuentran cubiertos tanto por la póliza del padre³⁷ como de la madre. Además, el hecho de ser «mujer gestante» permite que se le aplique a ella la cobertura sanitaria especial prevista para los menores y en los mismos términos que a estos, como acaece en Derecho foral navarro³⁸. Es más, el derecho del concebido a que su salud sea atendida está expresamente recogido en la Ley Catalana de apoyo a la familia,

³³ Fragmento extraído del voto particular de D. MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contencioso administrativo) de 23 de enero de 1998 recaída en el recurso número 250/1993. Documento TOL1.707.798).

³⁴ Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE 12 enero 2000, núm. 10).

³⁵ STSJ Cantabria (contencioso-administrativo), núm. 372/2012, de 3 de mayo (TOL 2.692.512) FJ 5º.

³⁶ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam, «La dimensión jurídica de la persona humana», *Persona y Derecho*, nº 26, (1992), p. 183.

³⁷ Pólizas de cobertura de los servicios sanitarios, ASISA. Disponible en <https://www.asisa.es/preguntas-frecuentes/especialidades/51-cirugia-pediatrica>. [Consultado el 13 de mayo de 2018]. En contra, existe algún pronunciamiento judicial dentro del mutualismo administrativo, que rechaza reconocerle al concebido (en calidad de descendiente de mutualista MUFACE) la condición de «beneficiario del padre» por entender que «la asistencia médica del concebido es inescindible de la propia de la madre embarazada, que no tiene la consideración de beneficiaria de MUFACE (...), es decir, no puede ser distinto o diferenciado el tratamiento médico del concebido del de la madre hasta la finalización del parto» STSJ Madrid (contencioso administrativo) núm. 272/2016 de 21 de abril (Documento TOL 5.753.001). Una solución poco justa para el concebido y que no puede sostenerse al incidir sobre un tercero que es el hijo.

³⁸ El art. 11 de la Ley Foral de derechos y deberes de las personas en materia de salud en Navarra, (BO. Navarra 15 noviembre 2010, núm. 139), extiende la cobertura a «las personas menores de edad y a las mujeres gestantes», la identidad de ratio de estos dos supuestos está en la asimilación del concebido al menor de edad, de ahí la protección especial de la mujer gestante, que debió haberse incluido expresamente. Hubiera sido deseable omitir aquí el término persona que se entiende implícito tanto en los menores como en la mujer gestante, pues todos los menores de edad son personas.

pues en su art. 29 reconoce el derecho del concebido con trastornos en su desarrollo o con riesgo de sufrirlos a acceder a servicios de atención precoz³⁹. Nótese que la norma señala al niño «desde el momento de su concepción» y le considera «persona beneficiaria» titular actual de un derecho subjetivo, independientemente de que llegue o no a obtener personalidad, como claramente indica el art. 2 del Decreto de desarrollo de la misma⁴⁰.

- En lo que atañe a su esfera espiritual, posee algunas facetas del derecho a la intimidad que le facultan a exigir que sus datos sean excluidos del conocimiento ajeno; así los padres pueden ejercitar el derecho de rectificación sobre las informaciones de sus hijos no nacidos divulgadas en los medios de comunicación⁴¹. La Recomendación R (97) 5 del Consejo de Europa⁴² considera al ser humano en gestación titular de sus datos personales y, si los datos identifican al feto, sólo este puede ser tenido por su sujeto portador y afectado

³⁹ «Los niños con trastornos en su desarrollo o con riesgo de sufrirlos, desde el momento en que son concebidos hasta que cumplan seis años, y sus familias tienen derecho a acceder a los servicios de atención precoz» (art. 29) Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias de Cataluña (DO. Generalitat de Catalunya 16 julio 2003, núm. 3926)

⁴⁰ Decreto 261/2003, de 21 de octubre que regula los servicios de atención precoz (DO. Generalitat de Catalunya 4 noviembre 2003, núm. 4002) (art. 2) CAT 2003\752

⁴¹ BANDRÉS OROÑEZ, Luis Carlos, «El derecho de rectificación», *Diario La Ley*, Nº 8837, Sección Doctrina, 5 de octubre de 2016, Ref. D-348.

⁴² Dice el punto 4.1. de esta Recomendación: los «datos médicos relativos a niños no nacidos deben considerarse datos personales y gozar de una protección comparable a la de los datos médicos de un menor». (Recomendación R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Consejo de Europa sobre la protección de los datos médicos; vid FATAS MONFORTE, Jose Miguel; GARCÍA SANZ, Francisco Javier «Art. 5», en *Comentarios al Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal*, Pablo González Espejo García y Alberto Palomar Olmeda (Dirs.), Aranzadi, 2008, (BIB, 2008/3434). ALVAREZ GONZÁLEZ sostiene que, aunque no tenga «la titularidad de sus datos» por no ser persona física según un concepto técnico formal de persona, debe buscarse una solución que combine la necesidad de protección de embriones y fetos con la atribución de titularidades de la LOPD. (ALVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Dykinson, Madrid, p.247. Este autor entiende que ni en la Ley 41/2002 le atribuye la condición de paciente ni en la LO 15/1999 la de afectado, circunscritas ambas posiciones al sujeto «persona física»). El nuevo Reglamento UE de protección de datos no resuelve el problema pues al definir el concepto de interesado como «persona física identificada o identificable», no aporta ninguna novedad en este punto (Art. 4.1 a) Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE L 4 de mayo de 2016), cuya aplicabilidad directa ha afectado a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE de 15 de diciembre de 1999 núm. 298) y a su reglamento de desarrollo, Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal, (BOE de 19 de enero de 2008, núm. 17), y se encuentra pendiente la aprobación de una nueva normativa actualmente en fase de enmiendas al articulado. (Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-2.PDF. Consultado el 4 de julio de 2018).

como lo sería de haber nacido, sin perjuicio de que la información del concebido afecte también a la intimidad familiar de sus progenitores.

En resumen, la persona no nacida puede legítimamente reclamar el respeto de su vida desde la concepción, que incluye el interés de que no se interrumpa la gestación o el derecho a su salud y a que se tutelen sus intereses personales y patrimoniales. Las titularidades y expectativas ligadas a los atributos de su subjetividad que son exigibles frente a terceros integran su estado civil, un estatus singular de concebido no nacido⁴³, que legítimamente le corresponde sobre la base de su realidad ontológica, es decir, de su existencia real y que incluye su consideración como «hijo» y su asimilación al «menor de edad». Algunas de estas titularidades ciertamente se construyen sobre la futureidad del nacimiento pero otras se apoyan directamente sobre su condición humana⁴⁴. De esta forma, el nacimiento sería un paso hacia el estado civil de sujeto pleno de derecho, en el que se insertarían las relaciones y derechos nacidos en la fase prenatal y se consolidarían sus expectativas patrimoniales una vez nacido.

3. EL CONCEBIDO COMO «HIJO»

Puede afirmarse que la dimensión relacional del concebido respecto de sus progenitores está activa ya durante la gestación y que el vínculo natural del embarazo produce efectos jurídicos paterno-filiales entre el concebido y sus padres. En este epígrafe analizamos el alcance de los vínculos familiares del concebido, la existencia de una suerte de patria potestad sobre el no nacido, por ser ello lo propio de la relación paterno-filial durante la minoría del hijo (Art. 39.3 CE) y la protección pública del niño no nacido.

3.1. *El avance en la posición del concebido como «hijo»*

Sin entrar en la importancia de la determinación legal de la filiación respecto al nacido, y sin perjuicio de que ciertos efectos, como el nombre, puedan depender de dicha determinación, el concebido es «hijo» respecto de sus progenitores y, por ello, se pueden ejercitar acciones de filiación antes del nacimiento o reconocérsele como hijo

⁴³ Como indica HINESTROSA, «la sociedad le debe al nuevo ser consideración y respeto, lo cual quiere decir la plenitud de los derechos de su personalidad comenzando por un estado civil cierto...» [HINESTROSA, Fernando, «Hacia un derecho de la familia del siglo XXI», *Revista de Derecho Privado*, nº 4, (1998-1999), p. 10]; para FEMENÍA puede hablarse en puridad de dos auténticos estados civiles en el ser humano: «*el estado civil de nacido y el estado civil de concebido y no nacido*» (FEMENÍA LÓPEZ, Pedro José, *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Mc Graw Hill, 1999, p. 91)

⁴⁴ Señala FEMENÍA que deberá reconocérsele «la titularidad incondicionada de los derechos de la personalidad y condicionada de los derechos patrimoniales, ex artículos 29 y 30 del Código Civil (FEMENÍA LÓPEZ, Pedro José *Status jurídico ...*, Op. cit, p. 91).

por parte del progenitor no casado con la mujer gestante⁴⁵ (con lo cual también podrá tener derecho a los apellidos, cuando haya sido reconocida su filiación o acceder al Registro Civil aunque fallezca antes del nacimiento). Es relevante el tratamiento registral del hijo «no nato» (o «hijo nacido muerto»), que puede figurar en un archivo especial y tener un nombre cuando supere los seis meses de gestación⁴⁶. Se les ha reconocido también recientemente a los padres el derecho a enterrar los restos mortales del feto como parte de su intimidad familiar⁴⁷. Esto sólo es posible en la medida en que el concebido es considerado como hijo pese a no haber llegado a obtener personalidad civil.

La admisión de una vinculación jurídico filial de los padres con el concebido anterior al propio nacimiento se aprecia claramente en dos fenómenos: en primer lugar, en las resoluciones judiciales que asimilan al *nasciturus* a sus hermanos nacidos en sede de crisis matrimoniales, aplicándoles las reglas previstas para los menores y, en segundo lugar, en la integración del concebido como miembro de la unidad familiar con diversos efectos en el ámbito público autonómico.

Respecto al primer punto, tanto si existe matrimonio y al hilo de su disolución, como si no lo hay y se plantea una demanda de custodia o pensión alimenticia, se le aplica por analogía lo dispuesto para los menores cuando la mujer se encuentra encinta previéndose las medidas que regirán la relación de los padres con el bebé nacido⁴⁸. Los tribunales, al determinar el régimen que concierne al concebido, se refieren a él como «el hijo *nasciturus*»⁴⁹ sometido a la patria potestad de ambos progenitores⁵⁰, e

⁴⁵ En pieza separada y condicionada a la autorización judicial con audiencia de la madre art. 124 CC.

⁴⁶ La disposición adicional 5ª de la nueva Ley del Registro Civil dispone que se habilitará un archivo en el Registro para que puedan figurar en él los fetos que hayan cumplido los seis meses de gestación y que no nazcan con vida. (Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil, BOE 22 julio 2011, núm. 175). Con ello se suprime el antiguo legajo de abortos.

⁴⁷ La reciente STC nº 11/2016 de 1 de febrero, basada en un consenso con escaso margen (3 magistrados frente a 2) fundamentó el derecho a enterrar al hijo no nacido (*ius sepulchri*) en el derecho a la intimidad familiar. Esta sentencia ofrece una relevante reconfiguración de este derecho para alinearlo con las sentencias del TEDH y del TJUE en relación al ámbito de aplicación del derecho a la vida privada reconocido en el art. 8.1 CEDH y art. 7 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y otorga el derecho de los padres a tener junto a sí a sus hijos muertos. (Vid sobre el particular el ATC núm. 40/2017, de 28 de febrero). Aunque los razonamientos de esta sentencia puedan ser rebatidos, como hacen los votos particulares de la misma y algún autor (Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, «Aborto terapéutico y derecho a enterrar al feto: lectura constitucional a la luz de un caso real», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Sevilla, Vol. 3, Nº. 1, (2017), p. 9), cobra sentido desde la evidencia de unos verdaderos lazos paterno filiales que unen a los padres con el feto muerto y que lo integran en la familia.

⁴⁸ SALVADOR PACIOR, Paula, «La figura del *nasciturus* ante la ruptura de la relación sentimental de sus progenitores», *Revista Derecho de Familia*, 75, (2017), pp. 366 y 367.

⁴⁹ Se indica textualmente, «Dos hijos, uno de ellos aún *nasciturus*» en la SAP Barcelona (Sección 12ª) núm. 124/2016 de 19 febrero. JUR 2016\70420.

incluyen en el término «menores» al «*nasciturus* que actualmente está gestando la madre»⁵¹, aplicándole unos efectos comunes juntamente a sus hermanos nacidos. En algunos procedimientos relativos a crisis familiares, se le está atribuyendo al concebido el uso y disfrute del domicilio conyugal y del ajuar doméstico, y se toma en consideración que hay un embarazo a la hora de otorgar, o no, la custodia individual a la madre para no separar a los hermanos, en lugar de optar por una custodia compartida. La SAP Cuenca nº 152/1999⁵² entiende que «el estado de gestación de la madre, de su interés y el del *nasciturus* que es sin duda el más necesitado de protección» determinan que el domicilio conyugal le sea atribuido a la mujer cuando se haya acreditado en autos el estado de gestación, y no es preciso esperar a que nazca el concebido para que la esposa lo solicite pues ello sólo originaría «demoras en la resolución de la cuestión que redundarían en perjuicio del hijo» (FJ 3º). A la misma solución llega la SAP Madrid que otorga el domicilio conyugal y el ajuar doméstico al *nasciturus*⁵³ en previsión de la guardia y custodia que tendrá la madre tras el nacimiento (art. 96.1 CC).

Sustentar estas soluciones en el artículo 29 CC tropieza con el obstáculo de no ser esta, precisamente, su ratio legal, como hemos visto *ad supra*. Nótese que el beneficiario de la protección es el hijo lo que implica también buscar el mayor interés del menor. Ello nos lleva a cuestionarnos la solución a la que llegaron dos resoluciones de la Audiencia Provincial de Barcelona, que comentamos a continuación. La SAP núm. 223/2006⁵⁴ desestimó conceder el domicilio familiar a la mujer gestante por el hecho de que el embarazo procedía de una unión que no tenía la duración mínima prevista legalmente para las Uniones Estables de Pareja y por entender que, entre los efectos favorables al *nasciturus*, «no figura la atribución a su favor de la vivienda común de sus progenitores mientras duró la convivencia» (FJ, 2º). Por su parte, la SAP núm. 478/2016⁵⁵ desestimó la petición de la ex esposa gestante, de que le fuera asignada la vivienda en atención al concebido, y se le denegó también el cambio a un sistema de guarda individual respecto del hijo ya nacido que ella había solicitado para no separar a los hermanos, entendiendo que era preciso atemperar la regla de no separar a los hermanos con objeto de buscar la mejor protección para los menores «dentro de una organización

⁵⁰ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante, de 11 de marzo de 2005 y confirmada en apelación por la SAP Alicante (Sección 4ª) núm. 346/2005 de 27 de octubre, Rec. 348/2005.

⁵¹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Castellón de 18 de mayo de 2015 confirmada por la SAP Castellón (Sección 2ª), nº 5/2016 de 11 de enero, Rec. 158/2015.

⁵² SAP Cuenca, núm. 152/1999 de 27 de mayo. AC 1999\5909.

⁵³ Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 66 de Madrid, de 2 de diciembre de 2008.

⁵⁴ SAP Barcelona (Sección 12ª) núm. 223/2006 de 30 de marzo (JUR 2006\24331).

⁵⁵ En este caso el exmarido no podría soportar un alquiler, el pago de la hipoteca (cerca de 500€) y el abono de los alimentos. (SAP Barcelona (Sección 12ª) núm. 478/2016 de 21 junio. JUR 2016\212180).

familiar posibilista y que se pueda llevar a cabo»⁵⁶. A nuestro juicio, estas resoluciones, que se encontraron en la tesitura de dar respuesta a situaciones del concebido no tipificadas, debieron haber valorado más su condición de «hijo» y de «menor de edad» y darle su debida importancia al bienestar de la madre como presupuesto de una gestación saludable a la que el concebido y la gestante tienen derecho.

Respecto al segundo punto, hay normas que le dan al «no nacido» la cualidad de miembro integrante de la familia. Es el caso de la Ley valenciana 6/2009, de 30 de junio, de protección de la maternidad, que incluye al/los concebido/s en el cómputo de los miembros de la unidad familiar a efectos de solicitar plaza en los centros escolares sostenidos con fondos públicos de la Comunidad, o para adquirir la condición de familia numerosa (art. 22). La STC nº 271/2015⁵⁷ consideró esta previsión constitucional pues constituye una «regla de ponderación de los criterios básicos estatales» coherente con los mismos al ser un criterio objetivo digno de protección (FJ 5º). Ciertamente es que, con ello, no se genera un elenco de derechos al *nasciturus* ni se le otorga personalidad civil pero resulta claro que su vida proyecta efectos beneficiosos para la familia al permitirle, entre otras cosas, estar por debajo de un umbral de renta familiar o que la familia alcance un número de miembros suficiente para ser considerada numerosa o de categoría especial.

El tratamiento como hijo viene también explícitamente recogido en algunas leyes autonómicas como en la ley de Galicia 3/2011 de 30 de junio⁵⁸ que califica de «descendiente», al «hijo o hija concebido o concebida, y siempre que mediante la aplicación de esta asimilación se obtenga mayor beneficio» (art. 10), bastando aportar la certificación médica que acredite el embarazo en el momento de la presentación de la solicitud. En esta línea, la Comunidad de La Rioja ha aprobado la Ley 4/2017⁵⁹ en cuya disposición adicional segunda permite a las mujeres embarazadas en situación de riesgo social constituir por sí mismas una unidad familiar. Esta ley y otras recogen también el derecho de la embarazada a acceder, en determinadas condiciones, a la renta garantizada de ciudadanía⁶⁰ y a recibir apoyo⁶¹ lo cual muestra que el concebido

⁵⁶ SAP Barcelona (Sección 12ª) núm. 478/2016 de 21 junio. JUR 2016\212180.

⁵⁷ STC (Pleno) núm. 271/2015 de 17 diciembre (RTC 2015\271).

⁵⁸ Ley de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia (DO. Galicia 13 julio 2011, núm. 134).

⁵⁹ Ley 4/2017, de 28 de abril, de renta de ciudadanía de La Rioja (BO La Rioja 5 mayo 2017, núm. 51).

⁶⁰ Como hace Valencia (Art. 12.2 Ley 9/2007, de 12 de marzo, de Renta Garantizada de Ciudadanía de la Comunitat Valenciana, D.O Valencia de 22 marzo 2007, núm. 5475).

⁶¹ Citando expresamente al concebido: 4 a) de la Ley Madrid, 3/2011, de 22 de marzo, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada (BOCAM 29 de marzo de 2011). Art. 4 Ley Balear 9/2014, de 29 de septiembre de Protección de la maternidad (BOCAIB de 9 de octubre 2014, núm. 138, -el cual ha sido derogado por la Ley balear 6/2016 de 22 de abril (BOCAIB de 26 abril 2016, núm. 52). Sin citar expresamente al concebido: Ley de Castilla y León 14/2008 de 18 de diciembre de creación

ocupa una posición jurídica de hijo que va más allá de la protección que pudiera corresponderle aplicando el genérico «a los efectos favorables» del art. 29 CC.

En conclusión, mirando hacia el Derecho civil, es constatable que el concebido ocupa una posición de hijo, lo cual implica también reconocerle su dimensión relacional, concretada en unos vínculos paterno/materno-filiales que le hacen susceptible de integrarse como miembro de la unidad familiar en la que se haya inserto. Esta dimensión relacional, basada en la existencia de una vinculación intersubjetiva entre el concebido y sus progenitores, sólo es factible desde los parámetros de subjetividad e individualidad.

3.2. La potestad parental sobre el no nacido

Si el concebido es hijo es porque la concepción biológica es fuente de una relación jurídica prenatal que genera deberes y derechos anteriores al nacimiento. Esta relación permite a los progenitores tomar de consuno las decisiones que afectarán al futuro nacido (sin perjuicio de la prevalencia del interés del menor sobre los pactos), particularmente sobre su salud. Ello nos lleva a analizar el significado y alcance actual que tiene la patria potestad en nuestro Derecho. El art. 154 CC fue reformado en 2015⁶² con objeto de poner el énfasis en la «responsabilidad parental»⁶³ y se entiende como una institución nutrida de deberes más que de prerrogativas que se ejercita «en beneficio del hijo». Si atendemos a la expansión que ha tenido el art. 29 CC y al tratamiento del concebido como hijo, deben superarse los planteamientos tradicionales⁶⁴ según los cuales no cabe patria potestad sobre los hijos no nacidos por su carencia de personalidad civil o aducir el carácter patrimonial de la protección de dicha norma para negarle titularidades personales. Baste añadir a lo dicho que ordenamientos fieles al derecho romano justinianeo y a la más pura tradición

y regulación de una red de apoyo a la mujer embarazada (BOCyL 26 de diciembre de 2008). Ley La Rioja 1/2012, de 12 de junio, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada (BOLR 20 de junio 2012); Ley canaria 1/2010, de 29 de febrero, de igualdad entre mujeres y hombres. Ley Gallega 5/2010 de 23 de junio por la que se aprueba red de apoyo a la mujer embarazada (DO. Galicia 6 julio 2010, núm. 127) Ley Murcia 11/2009, de 1 de diciembre por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada (BOM 11 de diciembre de 2009) y Ley 17/2010 de 29 de diciembre, de familias numerosas de Castilla La Mancha y de la Maternidad, que, si bien no menciona al concebido, recoge como principio informador de protección de las familias numerosas «fomentar la natalidad». (DO. Castilla-La Mancha de 31 de diciembre 2010, núm. 251).

⁶² Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 29 de julio de 2015).

⁶³ UREÑA CARAZO, Belén, «Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia», *Revista de Derecho de Familia*, nº 69, (2015), p. 61.

⁶⁴ Argumento seguido en la SAP Toledo (sección 1ª) nº 61/2003, de 20 de febrero (JUR 2003/76724). En el ámbito doctrinal, Bercovitz señala que no cabe la patria potestad de los hijos concebidos y no nacidos (BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R (coord.) *Comentarios Código civil. Art. 154 CC*, Aranzadi, 2001 p. 269).

castellana, como los decimonónicos de Chile, Colombia, Brasil o Argentina⁶⁵, han reconocido la patria potestad sobre los *nascituri* y el derecho del padre a ejercerla sobre su hijo natural desde el momento de la concepción.

Entrando brevemente en su contenido, toda relación prenatal incluirá varios elementos: primero, la mujer tendrá especiales deberes de cuidado; segundo recaerá sobre ambos padres un deber de alimentos al *nasciturus* y, finalmente, asumirán la representación legal del concebido:

- La gestación compromete particularmente a la madre a cuidarse. Si generara un riesgo para el concebido o un maltrato prenatal ello determinaría la actuación de las administraciones públicas responsables del cuidado de los menores, como veremos en el próximo epígrafe e incluso podrían emerger responsabilidades por las lesiones que ella misma causara al feto durante la gestación⁶⁶. Otras funciones de vela, en cambio, sólo podrán ser ejercitadas tras el nacimiento pues los actos de poder sobre el concebido o «son imposibles físicamente o habrían de ser sufridos por la madre»⁶⁷. El contenido de la patria potestad se completaría tras el nacimiento con las demás facetas que integran los deberes de vela y cuidado del hijo.
- Respecto al deber de alimentos, el código hace expresa mención al deber de atender los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo (el art. 142 in fine CC)⁶⁸. La mejor doctrina se inclina por considerar que el verdadero beneficiario de la protección que ofrece este artículo es el propio

⁶⁵ Vid, CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (del Derecho justinianeo a los Códigos civiles)*, Universidad San Pablo CEU, 16 de septiembre de 1994, pp. 11-15. Publicado en *Revista General del Derecho*, 603, diciembre (1994), pp. 12457-12470.

⁶⁶ La doctrina considera admisible que los hijos ejerciten acciones de resarcimiento contra sus padres por los daños prenatales ocasionados por un comportamiento culpable durante los meses de gestación, aplicando un principio de equiparación entre el concebido y el nacido. Como indica DE VERDA Y BEAMONTE «no hay porque excluir apriorísticamente el resarcimiento de dichos daños: no creo, así, que el hecho de que los padres hayan dado la vida al hijo (bien mayor) opere como una suerte de compensación para eximirles de responsabilidad por los perjuicios que, obrando negligentemente, les puedan haber originado (mal menor): si esto es indiscutible respecto de los daños causados a un hijo ya nacido no veo por qué ha de ponerse en duda en relación a los provocados antes de que nazca» [DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «La protección jurídica del concebido en el Derecho español», *Rev. boliviana de derecho*, 22, julio, (2016), p. 25].

⁶⁷ *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, p. 545. Postura que, a la luz de las reformas legislativas del año 2015, como veremos en el siguiente epígrafe, debe matizarse dado que se permiten actuaciones directas sobre la madre para salvaguardar la vida y salud del concebido.

⁶⁸ Esta previsión puede interpretarse de forma muy distinta según se considere que el alimentista es la mujer gestante o es el concebido: en el primer caso estarían obligados el cónyuge o los parientes de ella, lo que podría significar que el verdadero progenitor del hijo quedara exonerado, por el contrario, en el segundo caso y de forma más acorde a la *ratio* del artículo, será este quien asuma el deber de alimentos.

*nasciturus*⁶⁹ para evitar el resultado no deseado de que los gastos de alimentos del hijo extramatrimonial recaigan sobre el cónyuge al ser este el primero en el orden de prelación (arts. 143 y 144 CC)⁷⁰. Esta conclusión podría también obtenerse alegando que se trata de un efecto favorable en los términos del art. 29 CC⁷¹. Hay jurisprudencia reciente que ha recodido la obligación del otro progenitor de subvertir las necesidades del *nasciturus*⁷². En lo que concierne a la pensión de alimentos, la madre gestante podrá solicitársela al padre durante la gestación, si bien la fecha de devengo será la del alumbramiento⁷³ en tanto que, con anterioridad a esta fecha, las necesidades del concebido no pueden ser realmente conocidas y ponderadas⁷⁴.

- Finalmente, los padres representan *ope legis* a sus hijos no nacidos. Durante la gestación deciden sobre los aspectos más trascendentes de la salud del concebido, que son los prioritarios durante dicho periodo, - por ejemplo,

⁶⁹ Como indica PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, alimentista puede ser incluso el concebido no nacido (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M, *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, p. 635). Para COBACHO es el obligado a alimentar a la criatura cuando nazca quien debe también atender los gastos de embarazo y parto («Algo así como si los alimentos se debieran desde el momento de la concepción por lo que hace a los gastos que el embarazo y parto causan a la madre» (COBACHO GÓMEZ, Jose Antonio, *La deuda alimenticia*, Montecorvo, Madrid, 1990, p. 40). En esta línea, García Rubio señala que el derecho a exigir alimentos «corresponde al hijo, matrimonial o no, respecto de sus progenitores, lo que autorizaría a entender que lo que en realidad se quiere significar con la previsión contenida en el artículo 142.3 CC es que el padre y la madre, obligados a alimentar a los hijos menores de edad una vez que éstos nazcan (arts. 110 y 154.1 CC) lo están también a satisfacer los gastos de embarazo y parto que preceden y hacen posible el nacimiento de aquellos» (GARCÍA RUBIO, María Paz, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, p. 225).

⁷⁰ PEREZ ALVAREZ, María del Pilar, *et al. Practicum Familia*, Aranzadi, 2016 (BIB 2015/17398), también ser recoge en las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8039) y de 18 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6458). Moreno Mozo considera inadmisibles, con apoyo jurisprudencial, el *nasciturus* pueda ser un auténtico alimentista en la obligación de alimentos entre parientes ex art. 29 CC. (MORENO MOZO, Fernando, «El nacimiento», *Op.Cit.*, p. 67).

⁷¹ SÁNCHEZ ALONSO, Marta, «Medidas económicas en relación con los hijos. Pensión alimenticia», vol. *Tratado de Derecho de Familia: aspectos sustantivos*, María Linacero de la Fuente (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 633 y DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «La protección el *nasciturus* y su proyección en la jurisprudencia civil actual», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 726, julio-agosto (2011), p. 2220.

⁷² RDGRN de 31 de marzo de 1992 (1992/3474).

⁷³ SAP Zaragoza (Sección 2ª) núm. 824/2017 de 19 de diciembre (JUR 2018\39855).

⁷⁴ SAP Alicante (Sección 7ª) núm. 419/2005 de 6 de octubre de 2005, Rec. 721/2004. La pensión fijada durante la fase prenatal podrá ser que será readaptada con posterioridad si las nuevas circunstancias del nacido lo requirieran (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante, de 11 de marzo de 2005 y confirmada en apelación por la SAP Alicante, Sección 4ª, nº 346/2005 de 27 oct. 2005, Rec. 348/2005).

⁷⁵ SAP Toledo, Sección 2ª, núm. 315/2003 de 31 jul. 2003, Rec. 194/2003 (JUR 2003/214032), confirma la sentencia de primera instancia en la cual no se hicieron pronunciamientos sobre la pensión de alimentos del *nasciturus* y se concede la patria potestad compartida subordinada al efectivo nacimiento.

autorizar las cirugías pediátricas cuando sea necesario corregir malformaciones genéticas u otras patologías⁷⁵ - y también están legitimados para defender sus derechos personales y sus expectativas económicas⁷⁶, por lo que pueden desecharse las posturas que rechazan la existencia de una verdadera representación por carecer el concebido de personalidad civil⁷⁷. Como indica Albaladejo, si los padres pueden aceptar los beneficios en su nombre, ello «autoriza a pensar que la actuación de quien obró por él, se tenga por representación»⁷⁸. La Recomendación R (97) 5 del Consejo de Europa⁷⁹ es diáfana cuando indica que «quien ostente la responsabilidad paterna o materna puede actuar como la persona legalmente legitimada para actuar por el niño no nacido como sujeto de los datos». Ante un eventual conflicto de intereses patrimoniales entre los padres y el concebido sería plausible aplicar analógicamente las reglas de la menor de edad, con la actuación prevalente del otro progenitor o el nombramiento de un defensor judicial (art. 299.1 CC). Aliste⁸⁰ lo considera admisible aplicando la interpretación extensiva al concebido de las normas relativas a la protección de los hijos menores en todo lo favorable. Hubiera sido deseable que la Ley de jurisdicción voluntaria (en adelante LJV)⁸¹ supliera esta omisión incluyéndolo en los artículos 27 y siguientes de la misma al referirse al defensor judicial de los «menores».

Todo ello en su conjunto nos permite concluir que el no nacido ostenta vínculos paterno-filiales con sus progenitores de los que nace una responsabilidad parental, es decir, unos deberes de vela y, también, les legitima para actuar civilmente en su

⁷⁵ Y lo será en las mismas condiciones que si fuera «lactante, escolar, adolescente o joven adulto. Vid. Pólizas de cobertura de los servicios sanitarios, ASISA. Disponible en <https://www.asisa.es/preguntas-frecuentes/especialidades/51-cirugia-pediatria>. [Consultado el 20 de mayo de 2018].

⁷⁶ Cabe, pues, interpretar que la representación existe y es legal. En esta línea el derecho foral navarro, por ejemplo, alude directamente a los «padres» (Ley 63 FNN) por lo que se les confiere un poder actual de representación Ley 1/1973, de 1 de marzo del Fuero Nuevo de Navarra (BOE 7 marzo 1973, núm. 57) Redacción vigente desde 27 de abril de 1987.

⁷⁷ Como indica claramente el fragmento que reproducimos a continuación la representación legal supone encomendarle a una persona «la gestión de los intereses de un incapaz o de una persona que, sin llegar a ser técnicamente tal, no puede (el ausente, el nasciturus) o no debe (el concursado o, antes, el quebrado) desplegar la actividad que requeriría la marcha de sus asuntos» (SAP Baleares (Sección 5ª) núm. 230/2011, de 29 de junio AC 2011/2053). Encontramos interesante el planteamiento de esta sentencia que no considera «técnicamente» persona al concebido pero que admite su representación precisamente porque, aunque no lo sea técnicamente, es persona.

⁷⁸ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, (18ª ed.), Edisofer, 2009, p. 209.

⁷⁹ Punto 4.6 de la Recomendación R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Consejo de Europa sobre la protección de los datos médicos; como exponen, FATAS MONFORTE, José Miguel; GARCÍA SANZ, Francisco Javier, «Art. 5», *Op.Cit.*, (BIB, 2008/3434).

⁸⁰ ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 149.

⁸¹ Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (BOE, nº 158, de 3 de julio).

nombre y representación. Dicha responsabilidad tiene la misma *ratio* y fundamento de la patria potestad sobre los menores de edad, a los que se asimila el concebido en su condición de «niño no nacido», si bien el alcance de la institución es más limitado por la circunstancia de encontrarse en el seno de su madre y no ser admisibles decisiones que afecten a la esfera de la mujer, salvo previsión legal en aras de su protección pública.

3.3. La protección pública del «niño no nacido»

Junto a la tuición institucional del concebido, que es la que corresponde a los padres, existe otra funcional, asumida por instituciones públicas responsables del cuidado de los menores que se ocuparán de proteger tanto al no-nacido como a las embarazadas sujetas a medidas de protección⁸². En este punto, se han incorporado importantes novedades en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor⁸³: las relativas al riesgo y al maltrato prenatal.

- El riesgo para el concebido habilita a las administraciones públicas a adoptar, en colaboración con los servicios de salud, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento de las situaciones de riesgo prenatal para evitar un posible desamparo del recién nacido. Los presupuestos del riesgo prenatal vienen definidos de forma amplia en la ley y, si bien en principio se circunscriben a situaciones de falta de cuidado físico de la mujer gestante o de consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, concluye la norma con una cláusula abierta a «cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por esta que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales del recién nacido» (Art. 17.9 de la LOPJM).
- En segundo lugar, se entenderá que existe una situación de desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal (art. 18.2 c) de la LOPJM⁸⁴ y se han aprobado protocolos de actuación que incluyen la comunicación a la Fiscalía de estas situaciones⁸⁵. En el ámbito

⁸² El art. 19 bis 6 de la LOPJM contempla el deber de asesoramiento y la previsión de la circunstancia del embarazo en el Plan individualizado que se haga de las menores y jóvenes sujetas a medidas de protección que estén embarazadas, y que se extenderá también al recién nacido.

⁸³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (BOE, 17 de enero de 1996). Reformado por la Ley 26/2015, antes citada.

⁸⁴ reformada en 2015 y art. 37 b de la Ley de Castilla La Mancha de protección jurídica de la infancia Ley de Castilla la Mancha 5/2014 de 9 de octubre, de protección social y jurídica de la infancia y adolescencia. DO. Castilla-La Mancha 17 octubre 2014, núm. 201.

⁸⁵ En general suele incluir el prenatal como una modalidad del maltrato infantil (Observatorio de la infancia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, disponible en

autonómico, la Ley 14/2010 reguladora de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña⁸⁶ permite la declaración preventiva del desamparo (art. 110.4) y señala que, cuando exista maltrato prenatal⁸⁷, el órgano competente podrá pedir a la autoridad judicial las medidas necesarias en relación con la madre para hacer efectiva la futura protección del recién nacido. Por su parte, la Ley 1/2006, de 28 de febrero de protección de los menores de la Rioja⁸⁸ le impone a la Consejería competente el adoptar las medidas necesarias para la protección de los menores desamparados «incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo» (art. 32). Hasta la fecha las resoluciones administrativas de desamparo del recién nacido se circunscribe a casos en los que los progenitores tienen las facultades mentales limitadas o cuando los padres han sido privados de la patria potestad respecto de otros hijos⁸⁹. Queda por fijar el elenco de medidas que podrían adoptarse para prevenir el maltrato prenatal y las lesiones al feto producidas por la madre⁹⁰, pero sería admisible solicitar de la autoridad judicial el internamiento no voluntario en un centro de características adecuadas a la madre y al hijo como

<http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/HojasDeteccion.pdf> [Consultado el 22 de mayo de 2018]. Como protocolo específico destacamos el Protocol de coordinació d'actuacions per a la prevenció i l'abordatge del maltractament prenatal, Col.lecció Eines, 9, 2010, disponible en: http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/protoc_malt prenatal.pdf. [Consultado el 22 de mayo de 2018].

⁸⁶ Ley de Cataluña 14/2010 reguladora de los derechos y oportunidades en la infancia y adolescencia (DO. Generalitat de Catalunya 2 junio 2010, núm. 5641), y como hiciera la anterior Ley 37/1991 en su art. 2.

⁸⁷ El art. 105.2.c de la referida Ley 14/2010, señala como situación de desamparo los perjuicios causados por maltrato prenatal, el cual es definido en dicho artículo como la «falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación».

⁸⁸ BO. La Rioja 9 marzo 2006, núm. 33.

⁸⁹ En los casos que citamos a continuación la declaración de desamparo estaba justificada por la incapacidad de la madre de gobernarse por sí misma, (la madre «en estos momentos está ingresada en una unidad de alta dependencia psiquiátrica en el Hospital Benito Menni de San Boi de Llobregat y que no es capaz ahora ni de cuidarse ella misma adecuadamente, y manifiesta que no está en contra de que el presente procedimiento continúe su proceso) (SAP Barcelona (sección 18ª) 140/2016 de 17 febrero. JUR 2016\69809). Por las circunstancias de la madre, «*la situación de pareja de la Sra. Virginia era claudicante, no continuada y carente de los menores visos de estabilidad, unido a que las relaciones de su compañero con las drogas y el ámbito delictivo nada positivo podían aportar en garantía y seguridad del nasciturus*» (SAP Girona (Sección 2ª), núm. 315/2005 de 8 de septiembre, JUR 2006/51682).

⁹⁰ ORDÁS ALONSO, Marta, «El nuevo sistema de protección de los menores, en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/ 2015 de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9 (2016) parte Estudio.

indica Moreno-Torres⁹¹ cuando no quiera ser ayudada por los programas específicos.

Sería un avance en esta línea el incorporar fórmulas de guarda voluntaria para la mujer embarazada que lo pudiera necesitar y en esta línea van las propuestas de Mayor del Hoyo⁹² de la guarda prenatal y posnatal del concebido, como soluciones que encajan «de forma natural y sistemática, sin choques ni roces» con el sistema actual de protección de los menores y que evitarían el peligro de que, tras el nacimiento, quedara desprotegido el nacido⁹³. Dichas fórmulas se asientan sobre la autonomía privada de la mujer gestante, pudiendo ser solicitadas únicamente por ella mediante un contrato de guarda en el que se recojan sus derechos y deberes y la forma en que podría realizarse: en acogida residencial, semi-residencial, asistencia domiciliaria u otra medida. Al ser medidas basadas en la decisión de la mujer gestante podrían ser revocadas unilateralmente sin que se le exigiera compensación económica alguna y no afectarían el ejercicio futuro de la patria potestad⁹⁴. El proyecto del Foro español de la Familia y la Fundación Red Madre, de 2014, propone también que se promuevan «mecanismos legales de guarda previos al nacimiento que permitan el adecuado desarrollo de la gestación en un ambiente favorable, incluida la guarda prenatal»⁹⁵, como se hace por parte entidades privadas que prestan estos servicios.

⁹¹ MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta, *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 207.

⁹² MAYOR DEL HOYO, María Victoria, (2012), *Op. Cit.* p. 3234.

⁹³ La cuestión remite, pues, a un Sistema público de Seguridad Social y Servicios sociales que aseguren la asistencia en situaciones de necesidad de forma que subsidiariamente se recurra a la asistencia privada familiar.

⁹⁴ Cualquier posible convenio tendría los lógicos límites legales atinentes a la filiación, la vida o salud del nacido o su destino porque los pactos sobre la gestación, tanto su inicio como su fin, como indica la STS de 6 de febrero de 2013 escapan del ámbito decisional de la mujer gestante. En esta sentencia se le niega validez al contrato realizado por dos hombres (pareja) de nacionalidad española con una madre de gestación de nacionalidad norteamericana y residente en California (STS, sala de lo civil, núm. 835/2013 de 6 febrero. RJ 2014\833). Se justifica tal decisión en la medida en que ello «*vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, «cosificando» a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza (...)*». No es objeto de este trabajo exponer la cuestión de los vientres de alquiler, pero sirva como orientación el reciente informe del Comité de Bioética de España de 19 de mayo de 2017 en el que se concluye que la maternidad subrogada debe ser rechazada por el hecho de que entraña «*una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor*» (pág. 86). Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf. [Consultado el 18 de mayo de 2017].

⁹⁵ Art. 19, 2 f) Proyecto de Ley de protección de la maternidad (2014) Foro Español de la Familia y Fundación Red Madre, Accesible en <http://www.redmadre.es/conocenos/prensa/notas-de-prensa/item/el-foro-de-la-familia-y-la-fundacion-redmadre-presentan-un-proyecto-de-ley-de-proteccion-de-la-maternidad>. [Consultado el 2 de febrero de 2018].

En resumen, las administraciones públicas tienen encomendada la protección del no-nacido y pueden declarar el riesgo del concebido si la mujer desatiende sus deberes de cuidado o existe maltrato prenatal y podrá recabarse de la autoridad judicial medidas adecuadas para hacerlo cesar y evitar el futuro desamparo del menor, lo que claramente manifiesta la evolución de la protección del concebido hacia sistemas públicos de tuición y la intervención del Ministerio Fiscal⁹⁶.

4. LA POSICIÓN CIVIL DEL CONCEBIDO COMO «SER HUMANO»

Los avances de la biomedicina han concluido que el *nasciturus* no es una víscera o parte de la mujer sino que, desde su comienzo, es un individuo perteneciente al género humano; un *tertius* dotado de sus atributos esenciales de ser humano y de su «indespojable dignidad»⁹⁷ que se integra por derecho propio en la institución «familia humana»⁹⁸ y que no puede sino ser acogido como uno de nosotros, como indica Silva, «como un co-sujeto, un alter ego», un «alguien que no podemos dejar de reconocer sin, al mismo tiempo, dejar de reconocernos a nosotros mismos, esto es, de negarnos nuestra propia identidad»⁹⁹. Consecuentemente, debe abandonarse un enfoque del concebido que lo tenga únicamente por *nasciturus* y avanzar hacia el reconocimiento de su estatus como ser humano, fijando qué titularidades, capacidades y ámbitos singulares de protección merece recibir. En este sentido es útil el sistema actual basado en derechos que centra lo esencial de la protección del ser humano en lo «especial de su especie», es decir, en la humanidad compartida basada en que todos los seres humanos tenemos un destino común, como base de la consideración moral¹⁰⁰.

4.1. El concebido como algo más que un mero *nasciturus* o *futurible*

⁹⁶ GARABAL expone la evolución de la protección del *nasciturus* del Derecho civil hacia el Derecho Público. GARABAL, Manuel, «La protección del *nasciturus* en los procesos de divorcio», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 12, (2016), p. 7.

⁹⁷ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, (2010), *Op. Cit.*, p. 257.

⁹⁸ En sociedades pretéritas se admitía la existencia de hombres sin personalidad, -tales eran los hijos o los esclavos- y la muerte civil como sanción. Hoy en día, un derecho que sostuviera tal distinción conduciría a la arbitrariedad normativa pues todo individuo de la especie humana merece el mismo reconocimiento jurídico que cualquier otro (SANCHEZ OSTIZ GUTIERREZ, Pablo, «¿Tienen todos derecho a la vida?», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 11, (2009), p. 21). Véase también, el planteamiento kantiano según el cual persona era aquel ser capaz de autonomía, distinguiéndose entre hombres y personas que dio pie a las corrientes personistas actuales. CABRERA CARO, Leticia, «Personas y seres humanos ¿distinción o identidad?», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 3, Nº. 1, (2017), p. 121.

⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Los indeseados como enemigos. La exclusión de los seres humanos del *status personae*», *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, 2007, núm. 09-1, [pphttp://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf](http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf)

¹⁰⁰ CUENCA GÓMEZ, P. «Derechos humanos y discapacidad. De la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (2016), p. 69.

La regulación civil relativa al concebido se basa en el principio, inalterable desde el Derecho romano, de que el ser humano adquiere la plenitud de los derechos, es decir llega a tener capacidad jurídica plena en el momento en el que nace. No es algo, como hemos dicho anteriormente, que pretendamos discutir o cambiar en este trabajo. Lo que sí es discutible, por insuficiente, es tratar al concebido como una mera esperanza o expectativa de vida (*spes animantis*) o futurible. Contemplarlo como mero *nasciturus* es decir, como de quien existe latente hasta su floración con el nacimiento es un enfoque parcial y desfasado a la luz de la moderna biología.

El Derecho español ha seguido una concepción positivista del término persona, que sólo tiene por tal a aquellos a quienes se dote de personalidad jurídica¹⁰¹. El Tribunal Constitucional siguió esta postura en su sentencia de 11 de abril de 1985 negándole al concebido la titularidad de derechos fundamentales hasta el nacimiento. Para Aliste¹⁰² la concepción realista de persona, menos centrada en el mundo de los conceptos, ha supuesto un obstáculo para la protección del concebido, a quien tratan de persona *in fieri*, sin atender a su realidad ontológica e impidiendo todo avance dogmático en el terreno conceptual. Ollero considera que se trata de «una arcaica delimitación del concepto de persona, diseñada fundamentalmente para satisfacer exigencias de seguridad en el tráfico jurídico»¹⁰³ lo que lleva inevitablemente a una desprotección o «cosificación» del ser humano antes del nacimiento al privársele de la aptitud para la subjetividad y la titularidad de relaciones jurídicas actuales. El Tribunal Constitucional, como indica Díaz Pintos, pudo haber reformulado el concepto iusprivatista de persona para dar un tratamiento unitario a la vida humana en cualquiera de sus fases, sin embargo, optó por proporcionar una concepción abstracta de dicho bien y otorgar una protección de intensidad variable «que discrimina a los vivientes precisamente en función de sus vidas»¹⁰⁴. Bien pudieron reconocérsele al concebido los derechos que derivan de lo que es, teniendo en cuenta que la mejor forma de proteger al individuo

¹⁰¹ No podemos menos que indicar que la acepción persona también puede ser vista como un concepto metajurídico que el Derecho reconoce y que la vida humana se sitúa en el mismo plano que otros valores metajurídicos como el bien, la bondad, la verdad, la justicia, la libertad, la igualdad o la solidaridad que trascienden al derecho pero que están insertados en el ordenamiento y rigen principios generales del Derecho. (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, «La protección a la vida. Encrucijada entre la medicina y el derecho», en *Los avances del Derecho ante los avances de la medicina*, (Adroher Biosca, Salomé y Montalvo Jääskeläinen, Federico (Dir), Universidad Pontificia Comillas (2008), pp. 61 y 64. Ello nos permitiría definir simplemente a la persona como «el ente que cada uno es» FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «¿Qué es ser persona para el Derecho?», *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 54, (2001), pp. 300 y 301.

¹⁰² ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, *Op.Cit.*, pp. 81 y 82.

¹⁰³ OLLERO TASSARA, Andrés., *Op.Cit.*, pp. 31, 52 y 55-57.

¹⁰⁴ DIAZ PINTOS, Guillermo (2006) *Op.Cit.*, p. 193.

es precisamente reconocerle derechos subjetivos¹⁰⁵; en particular, los derechos de la personalidad algunos de los cuales (la vida, integridad física o salud) se pueden ostentar antes del nacimiento de la misma forma en que otros (como el derecho moral del autor o el derecho de reunión), se obtengan después por requerir el desarrollo de determinadas capacidades humanas. De esta forma, sin negar que haya un concepto de persona en un sentido técnico, en la medida en que nuestro sistema jurídico defiere al concebido unos derechos y expectativas en su calidad de ser humano, está admitiendo que «es persona»¹⁰⁶.

Así pues, deben asentarse fórmulas que permitan distinguir entre un concepto técnico de persona, - como sujeto dotado de personalidad jurídica y plena capacidad civil- de otro referido a la persona humana¹⁰⁷ que incluya al concebido y que fundamente su subjetividad como hemos visto en epígrafes anteriores. Este avance en la posición del concebido haría evolucionar su protección jurídica desde su enfoque como mero *nasciturus*, tratado en función de lo que será, hacia una regulación de lo que es, persona en gestación, y dotarle de un ámbito de tutela coherente con su dignidad. Ello es posible en la medida en que el concepto técnico de persona tiene un enfoque meramente instrumental y está orientado a la actuación general en el tráfico jurídico.

4.2. El concebido como sujeto dotado de capacidades singulares y esfera propia

El esfuerzo que se hace en este trabajo por delimitar la subjetividad del concebido nos obliga a referir, aunque sea someramente, otros intentos habidos en los últimos tiempos de atribuir subjetividades a entes que no la tienen con la idea de hacerlos inatacables frente a la acción lesiva de terceros. Así lo hemos visto con los animales¹⁰⁸

¹⁰⁵ Como dice RUIZ DE HUIDOBRO, la mejor forma de proteger a la persona es atribuirle poderes jurídicos que le garanticen un ámbito de desenvolvimiento libre «y unos mecanismos de protección jurídica eficaz frente a potenciales agresiones externas» RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María (2016) *Op.Cit*, p. 308.

¹⁰⁶ VELASQUEZ POSADA, Obdulio, «Constitucional y legalmente, el *nasciturus* es persona y titular del derecho a la vida», *Persona y Bioética*, Vol. 10, nº 1, (2006) p. 87.

¹⁰⁷ Sobre esta base institucional podría edificarse «un orden jurídico respetuoso de la igual dignidad y derechos de todos los seres humanos sin discriminaciones». CORRAL TALCIANI, Hernan, «El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida», *Ius et Praxis*, vol. 11, N° 1 (2005), p. 53 [consultado el 25 de mayo de 2018], http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100003&script=sci_abstract

¹⁰⁸ La Declaración del Proyecto del Gran Simio procura la creación de una «comunidad de los iguales», con chimpancés, gorilas y orangutanes consistente básicamente en una comunidad moral cuyos «principios y derechos fundamentales rijan nuestras relaciones mutuas» y centrados en el reconocimiento de un derecho a la vida y a la libertad individual, (Vid SINGER, Peter; CAVALIERI, Paola (coords), «El proyecto Gran Simio: la igualdad más allá de la humanidad», 1998, ISBN 84-8164-196-0; RAMIREZ BARRETO, Ana Cristina, «Simios, derechos y torceduras», *Revista de Filosofía Moral y Política*, nº 39, (2008), p. 351). Este proyecto ha tenido una importante atención en el debate filosófico y tiene su expresión en nuestro país en la iniciativa legislativa propuesta por el Partido Socialista de respaldar las

respecto de los cuales hay cada vez más voces partidarias de reconocerles una titularidad de derechos sociales o laborales¹⁰⁹. Tenemos que señalar que estos intentos quizá superficiales de atribuir subjetividad, como dice Zappalá¹¹⁰, y que someten a tensión los conceptos iusprivatistas clásicos, no se pueden comparar con el caso del concebido, precisamente porque el ser humano –y sólo él– es el sujeto óntico del Derecho¹¹¹. Entendemos que la subjetividad es la mejor –y la única– categoría en la que se le puede encajar¹¹² y por tanto ni puede ser tenido por «objeto del derecho» en ninguna de sus fases¹¹³ ni tampoco sería viable aplicarle otros enfoques intermedios¹¹⁴ como considerarlo simplemente «no-persona»¹¹⁵.

pretensiones del proyecto Gran simio que no llegó a prosperar (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-675 de 13/02/2008). Sí han sido, en cambio, bien recibidas las propuestas de mejora integral del bienestar animal y es particularmente notable el énfasis protector de los animales de compañía en recientes propuestas normativas. Ha de destacarse la Proposición de Ley de modificación del Código civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento civil, sobre el régimen jurídico de los animales (BOCG, serie B, nº. 167-1, de 13 de octubre de 2017, en fase de Comisión de Justicia desde el 7 de marzo de 2018) que introduce un marco civil protector aplicando el bienestar animal como un criterio delimitador de las decisiones que se tomen sobre la mascota (por ejemplo, en los contenidos del Convenio regulador art. 90 CC y para la toma judicial de decisiones a los efectos del 94 bis). También refiero, porque puede ser ilustrador en este trabajo, la reforma del art. 357 CC, según el cual las crías de animales desde que estén en el vientre de su madre y aunque no hayan nacido estarán sujetos a la categoría de frutos naturales solo en la medida en que ello sea compatible con las normas destinadas a su protección, introduciendo una restricción a la autonomía de la voluntad del dueño respecto a las crías no nacidas. Esta previsión incrementará por contraste, la enorme desprotección del concebido humano, durante las primeras semanas de gestación.

¹⁰⁹ REY PEREZ, Jose Luis, «El enfoque político de los derechos de los animales desde la teoría de los derechos», *Revista Iberoamericana de Bioética*, 4, (2017), pp. 1-18.

¹¹⁰ ZAPPALÁ, Francesco, «Estatuto jurídico del concebido», *Criterio jurídico*, nº 7 (2007) p. 280.

¹¹¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, (2008), *Op. Cit.*, p. 65.

¹¹² Este autor señala que integrar al concebido en la categoría de «sujeto de derecho» es «susceptible de ofrecer mejores resultados no sólo desde el punto de vista general, constitucional o público, sino también desde el jurídico privado» (MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Angel, «Las disposiciones patrimoniales y las personas físicas no nacidas: el *nasciturus*, el concepturus y los bienes a ellos destinados», (2010) p. 16). De forma similar, la jurisprudencia italiana ha venido reconociendo la subjetividad al concebido, particularmente en la sentencia de la Corte de Casación italiana nº 10741 de 2009, y aunque durante los años 2012-2015 lo considere más bien objeto de protección o evite directamente el problema de su cualificación, no se le puede negar al menos alguna forma atenuada de subjetividad. (PERONA, R., «El estatuto jurídico del concebido en el ordenamiento jurídico italiano», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, ISSN-e 2444-8478, Vol. 2, Nº. 2, (2016), p. 172.

¹¹³ Porque, como indica ALVARADO, «lo que cae bajo el predicado «es persona» no cae bajo el predicado «es objeto» y viceversa. (ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, «El carácter individual del *nasciturus*. Análisis del periodo entre la concepción y la implantación», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, núm. 2, (1994), p. 346). Una posición contraria, es decir, su consideración como no-persona, nos situaría «en una dinámica de retroceso reaccionario» en palabras de Ollero, para quien rechazar la condición de persona en el concebido supone «sacrificar al hombre a categorías jurídicas originariamente concebidas para su defensa, condenándolo a acabar siendo tratado como una cosa» (OLLERO TASSARA, Andrés, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Instituto de Ciencias para la Familia, nº 16, Rialp, 1994, p. 33). Y, todavía más, puede decirse que el mismo concepto «persona» deviene inconsistente «cuando se le priva de su

El concepto «sujeto de derecho» tiene unos márgenes difusos por la escasa atención dogmática que se le ha dado en el pasado¹¹⁶, si bien se ha tratado de identificar con las categorías de «persona» y de «personalidad»¹¹⁷, las cuales están enfocadas a permitir la participación activa¹¹⁸ e integral del sujeto en la sociedad, tanto en el plano económico como en el personal, haciéndole centro de imputación de derechos y deberes patrimoniales. Pero será precisamente este carácter instrumental el que nos muestre la sustancial diferencia entre personalidad, cualidad atribuida por el ordenamiento para unos fines, y subjetividad, como proyección del ser en el Derecho. En efecto, la personificación permite la atribución de subjetividad, como es el caso de los entes sociales, por lo tanto, no es un atributo del ser sino una herramienta para delimitar los sujetos que pueden participar activamente en la sociedad y ser centro de imputación de derechos y obligaciones; algo que se ha podido hacer incluso para sociedades unipersonales¹¹⁹. Todavía más, es factible valorar si se concede o no

fundamentación objetiva». (GARCÍA CUADRADO, Antonio Manuel, «Problemas constitucionales de la dignidad humana», *Persona y Derecho*, núm. 67, (2012), p. 509).

¹¹⁴ Serían estas *tertius genus* que se sitúan a medio camino entre las personas y los bienes y que no son adecuadas para el ser humano, como señalan FEMENÍA y DÍAZ PINTOS, que no permiten una adecuada fundamentación jurídica ni de los derechos ni de las expectativas y titularidades condicionadas que se le defieren. (FEMENÍA LÓPEZ, Pedro José, *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Mc Graw Hill, 1999 p. 115 y DÍAZ PINTOS, Guillermo, «La concepción totémica del *nasciturus* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Persona y Derecho*, 54 (2006) p. 190 nota al pie 7.

¹¹⁵ Como indica SILVA, la desprotección «*que se ha hecho derivar 'naturalmente' de una hipotética condición de no-persona, procede, en realidad, de la percepción del concebido como enemigo*» cuando no es deseado haciéndole objeto de una pretensión de exclusión por sus progenitores. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Los indeseados como enemigos. La exclusión de los seres humanos del *status personae*», *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, (2007), núm. 09-1).

¹¹⁶ ALISTE SANTOS, Tomás Javier, (2011), *Op.Cit.*, p. 120). Como indica este autor, el concepto «sujeto de derecho» ha vivido «en un estado de indeterminación terminológica y de vaga caracterización», (p. 86), sin embargo es reivindicado por la doctrina con fuerza para aglutinar a todos los entes a los que el ordenamiento les reconoce capacidad. (Idem, p. 202 Conclusión IV).

¹¹⁷ Porque la categoría «persona» diverge de la «personalidad» en su ratio y función y no son conceptos intercambiables desde el punto de vista del lenguaje técnico-jurídico como indica ROBLES refiriéndose a los términos «persona» y «personalidad civil». (ROBLES, Gregorio, «sujeto jurídico y persona en la teoría comunicacional del Derecho», *Op.Cit.*, BIB 2015/1593). La distinción entre estos conceptos se apreció en el pasado sobre todo en el ámbito penal, y así nuestro Derecho reconocía la condición de persona en el ámbito penal a quién no sobrevivía el plazo de 24 horas y el aborto era tipificado como un «delito contra las personas» (ROMERO COLOMA, Aurelia., *Op.Cit.*, p. 400).

¹¹⁸ Esta participación activa viene vinculada a la personalidad civil que se adquiere en el caso de las personas físicas con el nacimiento (MEDINA DE LEMUS, Manuel, *Derecho civil I*, Editorial Dilex S.L., Madrid, 2010, p. 84).

¹¹⁹ Es una categoría que encaja difícilmente con los modelos de personificación de base asociativa o de base fundacional existentes hasta la fecha en tanto que permite constituir una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada o anónima con un único socio. Se persigue un objetivo práctico de separar el patrimonio personal del socio único y así limitar la responsabilidad por las deudas contraídas por la sociedad. (Art. 12 y 14 RDL 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, BOE 3 julio 2010, núm. 161).

personalidad a otro tipo de entes, como lo muestra el debate recientemente abierto de creación de «personalidades especiales»¹²⁰ para los robots inteligentes¹²¹. La orientación patrimonial de esta categoría (personalidad) dirigida a permitir la actuación externa general de los sujetos nos lleva, a la inversa, a admitir posiciones subjetivas que atiendan a finalidades diversas o que tengan otro alcance.

Por otra parte, no puede negarse que el Derecho esté confiriendo ámbitos de poder a entes no personificados cuya capacidad se reconoce expresamente. Las normas conceden una cierta capacidad jurídica a los entes sociales no personificados o que se hallan en tránsito desde una subjetividad genérica hacia la personalidad, pues se les otorgan capacidades y ámbitos propios de poder al amparo de las leyes que los reconocen. Su carencia de «personalidad civil» no les impide tomar decisiones, actuar en el tráfico de forma singular, ser obligados tributarios¹²² o tener firma electrónica¹²³. Al no ser personas jurídicas no poseen aptitud general para ser titulares de cualquier índole de derechos, deberes y obligaciones o de relaciones jurídicas¹²⁴, pero sí ostentan las titularidades singulares determinadas por las leyes que los crean. En el fondo, como indica Ferrara, «no hay una diferencia sustancial entre los entes, las colectividades y

¹²⁰ Es ilustradora la Resolución del Parlamento Europeo de febrero de 2017 que pide dotar a los robots inteligentes de «una personalidad jurídica específica», de modo que: los «robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente». Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//ES>. [Consultado el 15 de enero de 2018].

¹²¹ No resulta sorprendente en un mundo digital, como indica Ibañez, caracterizado por un avance vertiginoso de la tecnología y en el que proliferan los problemas de adaptación del hombre al trabajo digital autónomo demandar nuevas fórmulas que doten de un plus de seguridad jurídica a la actividad automatizada o robotizada. (IBAÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Dykinson, 2018, p. 36).

¹²² El art. 35. 4 Ley General Tributaria, dispone que tendrán la consideración de obligados tributarios en las Leyes en que así se establezca, «las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición» (Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. BOE 18 de diciembre).

¹²³ Así, la Ley de firma electrónica establece adicionalmente la expedición de certificados electrónicos a las entidades sin personalidad a los solos efectos de su utilización en el ámbito tributario (Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. BOE 20 de diciembre de 2003).

¹²⁴ Lo que sería propio de entes con personalidad CALVO MEIJIDE, Alberto *et al*, *Elementos de Derecho Privado*, Civitas –Thomson, 2016, p. 98). Es decir, no pueden ostentar *a priori* cualquier «titularidad jurídica» (RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María, (2016), *Op. Cit.*, p. 156), para lo cual sería preciso que se personificaran, es decir, fueran personas para el Derecho.

organizaciones que han adquirido la personalidad y las que están privada de ellas, pero todas igualmente presentan la aptitud para llegar a ser sujetos de derecho»¹²⁵.

Pues si tal cosa acaece con los entes no personificados, con cuanta mayor razón se debe sostener, como hace Martínez García¹²⁶, con el concebido. Es más, ya se está aplicando a los entes sociales en proceso de constitución y por analogía la regla «a los efectos favorables» prevista para el *nasciturus* en el art. 29 CC¹²⁷. Al fin y al cabo, como indica Ruiz de Huidobro¹²⁸, la subjetividad de los entes sociales es un mero artificio de la técnica jurídica y un instrumento para facilitar la consecución de ciertos fines, mientras que en los individuos (seres humanos) la subjetividad es sustancial. Por tanto, y por muy conveniente que resulte mantener un concepto unitario de capacidad jurídica es admisible la denominada capacidad jurídica especial entendiendo por tal la «requerida para ser titular de ciertas relaciones que por sus características específicas demanda especiales aptitudes»¹²⁹, pudiéndose entender la personalidad jurídica como la plenitud de los efectos de la subjetividad.

Otro argumento que permite considerar al concebido como sujeto jurídico es el ostentar capacidad para ser parte en un proceso como dispone la Ley de Enjuiciamiento civil del 2000 (art. 6)¹³⁰. Nótese que la capacidad para ser parte es el equivalente procesal de la capacidad jurídica – o aptitud para ser titular de derecho deberes-, es decir, ser sujeto activo o pasivo en una relación jurídica procesal¹³¹. El art. 6.1.2º LEC se la concede al concebido no nacido, a los efectos favorables¹³² por lo que en su nombre se podrá principiar un procedimiento, entendiéndose que hay un mismo

¹²⁵ FERRARA, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, Comares, Granada, 2006, p.280.

¹²⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, (2010), *Op. Cit.*, p. 18.

¹²⁷ Alguna resolución se refiere a aquellas entidades en vías de formación como el «*nasciturus social*» (SAP Alicante (sección Tribunal de Marca Comunitaria) núm. 50/2006, de 3 de febrero (AC 2007/382) y se las ha reconocido aptas para suceder por testamento siempre que lleguen a constituirse de forma válida STS 28 de noviembre 1986 (RJ 1986/6622).

¹²⁸ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María (2016), *Op. Cit.*, p. 338.

¹²⁹ Como indica Ruiz de Huidobro, (RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María, (2016) *Op.Cit.*, p. 156). Martínez García no ve «por qué no atribuirle una personalidad mitigada o condicional al concebido cuando es evidente que su existencia individual, aunque no autónoma, le habilita como centro de imputación de derechos y obligaciones» (MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, (2010), *Op. Cit.*, p. 17).

¹³⁰ En tanto que sujetos de derechos y facultades, asumirían, también, «los correspondientes deberes y cargas de naturaleza procesal» CORDÓN MORENO, Faustino, «Comentarios al art. 6 LEC», Col. Grandes Tratados, Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil (tomo I), 2011, BIB 2011/590.

¹³¹ TORIBIOS FUENTES, Fernando, *et al.* «Las partes en el proceso civil», *Practicum Proceso Civil*, Thomson Reuters, (2017), p. 81.

¹³² Dado el relativismo con que la Ley de Enjuiciamiento Civil trata la capacidad procesal en su artículo 6.1, el concebido puede comparecer en juicio no sólo en el lado pasivo del litigio –con el fin evidente de proteger a terceros- sino también en el lado activo, como demandantes. *Vid* Fundamento Jurídico 2º de la SAP Huesca (sección 1ª), núm. 255/2005, de 26 de octubre (JUR 2006/10949).

sujeto antes que después del parto, no cambiando tampoco de representante¹³³. La referencia, a los efectos favorables, claramente vincula esta regla con el art. 29 CC, cubriendo todo el ámbito de derechos sobre los que esta norma se proyecta. No podemos dejar de ver en el art. 6.1 LEC una quiebra en la correlación capacidad-personalidad al otorgarle capacidad a quienes no tienen personalidad (masas patrimoniales, entidades sin personalidad o grupos de consumidores afectados, nº 4, 5 y 7 del art. 6.1 LEC respectivamente)¹³⁴. Por tanto, el concebido tiene una capacidad que se extiende a la defensa de cualquier titularidad que se le vaya reconociendo, y la tiene desvinculada del hecho mismo de su falta de personalidad.

Más aún, existen algunas disposiciones internacionales que reconocen al *nasciturus* «una subjetividad de derecho material reconducible a la categoría de Derecho Internacional privado de la capacidad jurídica»¹³⁵; de hecho así aparece expresamente en la Recomendación R (97) 5 del Consejo de Europa¹³⁶ que indica textualmente: «el niño no nacido es sujeto de los datos personales» que le conciernen (art. 2) o en la Convención americana sobre Derechos humanos, cuando dice que «persona es todo ser humano» (art. 1.2)¹³⁷, aunque en otros convenios internacionales exista cierta ambigüedad¹³⁸. En el ámbito interno, y aunque en su Sentencia de 11 de abril de 1985 el TC no utilice el término «sujeto», puede entenderse implícitamente reconocido, como indica Aliste, aunque se haya sustituido por la idea de bien jurídico protegido, más acorde con la dogmática penal¹³⁹.

En conclusión, todas las posiciones subjetivas que ocupa el concebido en nuestro ordenamiento jurídico, tales como las de heredero, donatario, alimentista, acreedor...

¹³³ No podemos entender que el alumbramiento suponga un cambio de partes ni una sustitución procesal, como indica Gil Suarez (GIL SUÁREZ, Luis, «Capacidad procesal», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 22 (2000). (BIB 2001/396).

¹³⁴ Para LASARTE es «inapropiado» atribuirles tal capacidad procesal (LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, (2015), *Op.Cit.*, p. 151.), sin embargo, al hacerlo ello mismo nos permite concluir que para el ordenamiento actúan como verdaderos sujetos jurídicos.

¹³⁵ UBERTAZZI, Benedetta, «La Ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*», *Anuario de Derecho Civil*, (2008) p. 1361

¹³⁶ La Recomendación R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Consejo de Europa sobre la protección de los datos médicos.

¹³⁷ Convención Americana de Derechos humanos, Conferencia Interamericana sobre Derechos humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969.

¹³⁸ Como indicamos antes, el art. 1 del Convenio de Oviedo Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, BOE 20 octubre 1999, núm. 251), utiliza el término «persona» y ser humano, sin delimitar claramente si ambos conceptos coinciden en el plano jurídico.

¹³⁹ Algo «que no impide su constatación por muy difusa que sea en su Fundamento Jurídico quinto» ALISTE SANTOS, Tomás Javier, (2011), *Op. Cit.*, p. 105.

pero también las de hijo, miembro de la unidad familiar, discapacitado, etc., se construyen sobre la subjetividad del ser humano en gestación; una condición que continua unitariamente tras el nacimiento si bien enriquecida con la adquisición de personalidad civil y capacidad jurídica general de actuación en el tráfico jurídico. Antes del nacimiento quizá no sea persona en un sentido técnico formal y ello le impida ser titular de derechos patrimoniales (de los que pueda incluso sostenerse que el concebido no es propiamente titular y que carece de «capacidad» para heredar o para ser donatario¹⁴⁰ si no llega a nacer), pero su subjetividad ha comenzado y ello le habilita para ser sujeto de relaciones jurídicas¹⁴¹.

4.3. *Hacia un estado civil de persona no nacida*

El estadio jurídico en el que se encuentra el concebido es el de «persona no nacida»¹⁴² caracterizada por haber comenzado ya su existencia jurídica¹⁴³, por poseer unos atributos innatos y por atender a sus fines propios¹⁴⁴. Coherentemente con ello, hemos de considerar al concebido como ente personal¹⁴⁵ protegido en su condición de dependencia y vulnerabilidad a cuya tutela tiene derecho de forma inmanente por tratarse de un «ser humano»¹⁴⁶. Ello es así porque se asienta directamente sobre su realidad biológica individual y diversa de sus progenitores que no admite gradación y que comienza con la gestación.

¹⁴⁰ En este sentido serían «capacidades» o reflejos de una personalidad provisoria que se les concede únicamente «a los efectos de destacar y justificar que el concebido pueda ser sujeto de vocación hereditaria» como indica (ARROYO AMAYUELAS, E. *La protección al concebido en el Código civil*, *Op.Cit.*, p. 60).

¹⁴¹ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Angel, (2010), *Op. Cit.*, pp. 5 y 6.

¹⁴² Podemos sostener su condición de persona entendida como, como lo venimos haciendo, como el elemento esencial de su ser, como ser humano son sinónimos (Cfr. CABRERA CARO, Leticia, (2017), *Op.Cit.*, p. 121).

¹⁴³ Desde una perspectiva biológica y ética, es innegable que el proceso natural de la vida humana es un continuo desde la concepción y que el *nasciturus* puede identificarse en todo momento como vida humana. Como refiere el art. 10 de la Convención Internacional de Derechos de las personas con discapacidad (2006) debe protegerse el «derecho inherente a la vida de todos los seres humanos». Y es, sin duda, una cuestión prácticamente pacífica que la vida humana comienza en el momento de la concepción, por lo que desde ese momento el ser humano tiene derecho fundamental a la vida (Declaración de los Obispos de Illinois, de marzo de 1969 (MARTÍNEZ VAL, José María, «el *nasciturus* es persona humana», *Revista General de Derecho*, nº 486, 1985, p. 445).

¹⁴⁴ Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, (2010), *Op.Cit.*, p. 266. Luego antes de su nacimiento «pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido» como recogía expresamente el Art. 70 del antiguo Código civil argentino.

¹⁴⁵ PIÑA CABEZAS, Andrés, «El *nasciturus*: derecho a la herencia pero no a la vida», *La Toga* (Colegio de Abogados de Sevilla) nº 176 (Noviembre/Diciembre 2009), p. 38.). Como dice ABRIL, porque es «una realidad y un valor del más alto grado» (ABRIL CASTELLO, Vidal, «La personalización», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (1967-1968), p. 120) y un sujeto particularmente valioso (OLLERO TASSARA, Andrés, (1994) *Op.Cit.*, p. 31).

¹⁴⁶ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, (2010), p. 248.

La persona no nacida lo es por esencia luego no puede compararse a otros fenómenos de subjetividad jurídica a efectos singulares como es el caso de los entes sociales, sean o no personificados. Como hemos visto *ad supra*, la persona jurídica busca atender los fines de interés general, particular o privado de las colectividades o individuos que los hayan generado y su personalidad es tan sólo una forma jurídica dirigida a facilitar su actuación en el tráfico jurídico¹⁴⁷. En el caso del concebido, en cambio, opera un concepto prelegal de «ser humano» que dimana de forma innata de su existencia biológica y ética. Zubiri¹⁴⁸ lo expresa distinguiendo entre personeidad y personalidad, siendo en la primera donde hunde sus raíces la esencia ontológica del ser humano, es decir, el hecho de tener una realidad suya no bastando con aplicarle una ficción jurídica de persona. En esta personeidad se reconoce la subjetividad del concebido; como hemos visto, su condición de «sujeto de derecho» permite dotarle de capacidades especiales, aunque los plenos efectos civiles de tal personeidad no se puedan desplegar hasta el momento en que adquiera la personalidad civil y se le dote de «capacidad jurídica general».

El tratamiento del concebido como persona no nacida debe comenzar con la fecundación del óvulo pues es entonces cuando comienza su existencia y finalizar con su muerte¹⁴⁹. Como indica Honnefelder, dado que los seres humanos tienen derecho al estatus de persona por ser seres humanos, «este status se les debe atribuir durante su existencia como tal»¹⁵⁰, en cualquiera de sus fases, es decir, desde la fecundación, por ser el momento en que hay ya un ser humano¹⁵¹. Esta premisa permite superar la actual parálisis de la protección del no nacido por carecer de personalidad civil¹⁵² y

¹⁴⁷ Es sólo la «forma jurídica dada por el Derecho positivo que viene a revestir a estas totalidades variables de individuos de una esfera jurídica autónoma», como indica Ferrara, pues con la personificación una colectividad «asume la titularidad solidaria de un patrimonio, obra individualmente en el comercio, es responsable de las deudas propias, sin que la pluralidad de componentes que forma el sustrato de la misma sientan los efectos de este estado jurídico» (FERRARA, Francisco, *Op.Cit*, p. 280).

¹⁴⁸ ZUBIRI, Xavier, *El hombre y Dios*, Alianza editorial, Madrid 1984, p. 48 en CASTILLA Y CORTAZAR, B., «Persona y vida humana, desde la noción de persona de Xavier Zubiri», *Cuadernos de Bioética*, nº 31, (1997), p. 1115.

¹⁴⁹ El actual Código civil y comercial de la Nación Argentina, aprobado por Ley 26.994, en su Título I, «persona humana» determina que la existencia de la persona humana comienza con la concepción (art. 19).

¹⁵⁰ HONNEFELDER, Ludger, «Naturaleza y status del embrión. Aspectos filosóficos», *Cuadernos de Bioética*, nº 31, (1997), p. 1040.

¹⁵¹ El TJCE indicar que todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un «embrión humano» a los efectos de la aplicación del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 1998/44/CE de protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, es decir, de prohibir su utilización con fines industriales o comerciales (STJUE “Gran Sala” de 18 octubre 2011, Caso Oliver Brüstle contra Greenpeace. TJCE 2011\316).

¹⁵² DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*, Comares, Granada, 2004, p. 182.

lograr una «más acabada construcción de las situaciones jurídicas interinas a cuya titularidad definitiva puede estar llamado el concebido, ampliando su ámbito y perfeccionando sus mecanismos de administración y representación»¹⁵³.

Ciertamente, esto no impide que el ordenamiento jurídico le de especial relevancia a ciertos cambios en el desarrollo vital, como serían el nacimiento¹⁵⁴, pero la sustancial similitud del sujeto humano durante toda su vida y en todas sus fases impide introducir diferencias cualitativas en el «ser». Por tanto, los cambios vitales se proyectan básicamente sobre su modo de «estar» ante el derecho, es decir, en su posición, estado o el régimen que se le aplica en cada fase y que puede hacerse depender de una exteriorización o vida independiente. Es obligado concluir que existen unos efectos comunes respecto de todas las fases o posiciones que legítimamente puedan reconocerse como diversas pero integradas en la categoría unitaria de «persona humana», uno de ellos no puede ser otro que su aptitud común para la subjetividad jurídica. El nuevo Código de la Deontología Médica¹⁵⁵ así lo entiende al indicar que «el ser humano es un fin en sí mismo en todas las fases del ciclo biológico, desde la concepción hasta la muerte», por pertenecer al género humano¹⁵⁶. Este enfoque jurídico termina con las discusiones sobre el alcance de su personalidad civil y la lamentable inclusión de sus titularidades en la categoría de los «derechos sin sujeto».

En resumen, el concebido puede exigir la defensa de los intereses y derechos que le corresponden, que deberán ser individualmente ponderados, tanto los que dependen de su nacimiento con vida como los que son independientes de tal hecho¹⁵⁷. Dado que no cabe un tratamiento dispar de los seres humanos que afecte a la esencia del «ser», debe reconsiderarse la cuestión del aborto que, como veremos, requiere a nuestro juicio una honda revisión.

¹⁵³ NIETO SÁNCHEZ, José, «La capacidad de obrar», en Vol. *Instituciones de Derecho Privado*, Castiella Rodríguez, J.J. (Coord.) Civitas Instituciones de Derecho Privado. Tomo I Personas. Volumen 2º. - enero de 2015). BIB 2015\2972

¹⁵⁴ En la modificación del art. 29 CC propuesta por la Disposición final tercera del proyecto de ley del Foro español de la Familia (2014) se distingue entre efectos de la personalidad que se pueden atribuir al concebido y «plenos efectos de la personalidad» que acaecerían tras el nacimiento. Es otra forma de decir que el concebido puede ostentar alguna clase de personalidad no plena reconducible al concepto de «sujeto de derecho».

¹⁵⁵ Art. 51.1 del Nuevo Código de la Deontología Médica, Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos de España, julio 2011, Disponible en: http://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf. [Consultado el 12 de febrero de 2018].

¹⁵⁶ SPAEMANN, Robert, «¿Son todos los hombres personas?», *Cuadernos de Bioética*, 31, (1997), p. 1031.

¹⁵⁷ MORALES GODÓ, J. «El estatus del concebido y la fecundación asistida», *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica de Perú*, nº 58, (2005), p. 413.

5. LA PROTECCIÓN CIVIL DEL CONCEBIDO Y EL ABORTO

Posicionado el concebido como ser humano e «hijo no nacido», resulta palmaria la contradicción que se da entre su posición civil y la Ley 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, particularmente en el poder amplio que le otorga a la madre para tomar la decisión de interrumpir el embarazo, cuya necesidad ella misma valora en dos modalidades: a) libremente durante las primeras 14 semanas de gestación y b) mediante un sistema de indicaciones hasta la semana 22. Aunque la ley se explique por la práctica extendida del aborto bajo la legislación anterior¹⁵⁸, lo incardina en los márgenes de una decisión arbitraria y anormal que no sólo se opone a la doctrina constitucional que admitió la legitimidad del aborto por razones médicas¹⁵⁹ sino que, además, quiebra los principios básicos del Derecho civil, en los que sólo cabe tal margen de autonomía privada considerando jurídicamente al concebido como no-persona¹⁶⁰, es decir, calificándolo como objeto de derecho.

Entendemos que, desde la perspectiva civil, puede mejorarse sustantivamente el tratamiento jurídico de esta cuestión¹⁶¹. Partiendo de que su ser personal comienza con la concepción y que su posición civil de hijo está presente durante toda la gestación y debe ser idéntica en todas sus fases, no cabría ningún tipo de potestad arbitraria sobre su vida, ni siquiera en las primeras fases. Tampoco, como hemos visto *ad supra*, sería posible basar la IVE en la carencia de personalidad del embrión o del feto, dado que el concebido es un sujeto dotado de titularidades singulares amparadas por el Ordenamiento; es decir, se le reconoce un dominio ontológico, moral y jurídico derivado de su ser personal¹⁶². Debe hacerse, pues, una ponderación de los intereses y derechos del hijo y de su madre¹⁶³.

¹⁵⁸ Al amparo de la legislación anterior «se llegó de facto a una despenalización sobre todo por la vía del fraude de ley en el supuesto de la salud psíquica de la madre». (SÁNCHEZ CÁMARA, Ignacio, «De delito a derecho. El declive de la protección jurídica de la vida», *Cuadernos de Bioética XXIII*, 2012, 1º, p. 27).

¹⁵⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón., (2016), *Op. Cit.*, p. 19.

¹⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Op.Cit.*, p. 14.

¹⁶¹ EUSEBI anima a que «se realicen modificaciones legislativas que hagan perceptible la no indiferencia de la comunidad civil hacia la interrupción del embarazo, en un cuadro de recuperado diálogo que favorezca la realización de cualquier posible mejora de las normativas vigentes» (y que puede aplicarse en idénticos términos al caso español) (EUSEBI, Luciano, «La tutela del embrión humano: perfiles jurídicos», *Op.Cit.*, p. 269).

¹⁶² HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam, (1992) *Op.Cit.*, p. 184.

¹⁶³ Aunque en la jurisprudencia dé una protección predominante a la madre sobre el no nacido (es decir, no hay un igual tratamiento a los derechos de uno y otro), y este es un principio nuclear, existe un consenso en que el concebido pertenece a la especie humana y tiene capacidad para convertirse en persona por lo que debe ser protegida la vida humana prenatal lo que hace que dicha preponderancia

Para que la vida, integridad o dignidad del embrión o del feto pudiera sujetarse a la arbitraria autodeterminación de otro sujeto, en este caso la mujer gestante, habría que considerarlo en términos jurídicos como una cosa, un objeto, y quebrar el tratamiento unitario que recibe el ser humano por parte del Derecho civil y el principio de igualdad esencial entre el concebido y el nacido¹⁶⁴, ambos basados en la igual dignidad de todo ser humano en cualquiera de sus fases. El propio Comité de Bioética de España ha manifestado que permitir el aborto durante las primeras catorce semanas sin alegar causa que lo justifique supone «una desprotección absoluta del ser humano»¹⁶⁵, y nos ubica en la más absoluta arbitrariedad¹⁶⁶. Por ello deben de tenerse en todo punto como contrarias a Derecho¹⁶⁷ -en el momento actual está pendiente un recurso de inconstitucionalidad contra la misma¹⁶⁸- no siendo posible, en nuestro ordenamiento, un ámbito tal de decisión sobre la vida humana ajena. Sentada esta conclusión, es preciso también refutar otros argumentos que analizaremos brevemente a continuación.

La Ley Orgánica 2/2010 no da un tratamiento adecuado a la vida prenatal pues limita su protección al cumplimiento de unos deberes de información previa (art. 17.2 y 4) y al transcurso de tres días desde la entrega de la misma; algo totalmente insuficiente. La información previa, que ni siquiera evita todas las hipótesis del consentimiento viciado¹⁶⁹, se ha convertido, en la práctica, en un mero mecanismo administrativo que

no pueda resultar ilimitada hasta el punto de negarle cualquier tipo de protección al no nacido (SÁNCHEZ PATRÓN, Jose Manuel, «Los principios establecidos por la jurisprudencia internacional en relación con el inicio de la vida humana y su protección jurídica», Vol., *Bioderecho, Bioseguridad y Medioambiente*, Tirant Monografías nº 989, 2015, TOL TOL5.408.344).

¹⁶⁴ Sobre este principio véase CASTÁN VÁZQUEZ, Jose María, *Op.Cit.*, p. 4.

¹⁶⁵ Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada (2014) p. 12. Disponible en: <http://www.comitedebioetica.es>.

¹⁶⁶ SOTO NIETO, Francisco, «Voluntad y motivación de la mujer embarazada en la realización del aborto», *Diario La Ley* nº 6672, sección Columna, (15 de marzo de 2007), Ref. D-65.

¹⁶⁷ Entre otros, PIÑA CABEZAS, Andrés, (2009), *Op. Cit.*, p. 40; ALISTE SANTOS, *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, *Op.Cit.*, p. 109.

¹⁶⁸ Es interesante también mencionar el Auto 90/2010 del Tribunal Constitucional, de 14 de julio, sobre la suspensión de determinados preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo solicitada en el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010. Hubiera debido, por tanto, acordarse la suspensión de la aplicabilidad de los arts. 13.4, 14 y 15 impugnados, como indica el magistrado que emite voto particular, cuya estimación, pues ello «implicaría perjuicios irreparables respecto de un bien jurídico como la vida humana en formación, que «encarna un valor fundamental [...] protegido por el art. 15 de la Constitución» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3). Y una protección eficaz de este valor constitucionalmente fundamental debe prevalecer cautelarmente sobre las consecuencias de la presunción de constitucionalidad de la ley y aun sobre el objetivo consistente en ampliar las posibilidades de actuación de la mujer».

¹⁶⁹ Habiendo consentimiento informado no debería haber margen al error, sin embargo, es admisible que una decisión tomada sobre la base de informaciones erróneas sobre el estado del feto genere un

no cumple un mínimo de protección del concebido, como indica el Comité de Bioética de España¹⁷⁰. En este punto, Rodríguez Vázquez¹⁷¹ denuncia una triple deficiencia: primeramente, lo inadecuado del momento en que se da la información, pues sólo se proporcionará una vez que la mujer haya adoptado una decisión firme en el sentido de interrumpir el embarazo; en segundo lugar, su carácter incompleto, pues no se explica la consideración que el ser humano en gestación tiene para el Ordenamiento Jurídico y, finalmente, la forma en que se entrega, (por escrito en sobre cerrado, salvo que la mujer lo solicite), sin que haya posibilidad de valorar las circunstancias concretas de la mujer y del embarazo por lo que tal medida no puede superar el filtro de la legitimidad jurídica. Al no abordarse con propiedad el conflicto de intereses entre la madre y el hijo, la ley contradice los principios básicos del Derecho.

derecho al resarcimiento. La STSJ Navarra (contencioso-administrativo) de 1314/2000 de 27 de julio (RJ 2000/2398) sostuvo la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por error en el diagnóstico pues se le indicó a la mujer gestante, a través de pruebas indiciarias, que era portadora de VIH lo que le llevó a tomar la decisión de interrumpir el embarazo. En la medida en que la decisión libre y voluntaria fue determinada directa y eficientemente por un diagnóstico erróneo que pudo haberse rectificado a tiempo y sin que la paciente pudiera salir por sí misma de su error, (al no poseer discernimientos médicos en la materia) el daño deviene antijurídico y la Administración sanitaria responde. En este caso, aunque hubo una decisión rápida de abortar no se entendió que fue impaciente o precipitada al tomarse creyendo razonablemente que, muy a su pesar, era portadora del VIH. En el tema de la praxis médica relacionada con la información general de posibles riesgos o con el consejo de abortar, tenemos la STSJ Sevilla (sala de lo contencioso administrativo) núm. 370/2013 de 26 febrero (JUR 2013\208975): En este caso, la paciente, tras un accidente de tráfico, se sometió en el hospital a varias radiografías y una resonancia magnética, sin haber sido informada de los riesgos que ello podría suponer para el feto, y que llevó a los médicos a recomendarle que abortara, algo que se llevó a efecto sin antes haberse hecho un seguimiento del embarazo que acreditase malformaciones fetales. La mujer reclamó una indemnización alegando: a) La ausencia de consentimiento informado para la práctica de la radiografía y b) mala praxis derivada de aconsejarle la práctica del aborto sin asegurarse de la existencia de malformaciones. Respecto a la primera cuestión no nos detendremos por entenderse que para las radiografías y resonancia basta con un consentimiento verbal y que tal información figuraba claramente en paneles gráficos que pudo advertir la paciente. Respecto a la segunda la Sentencia indica textualmente que «el que se precise un informe facultativo para acometer dicha intervención no significa que el personal sanitario alguno hubiera intervenido en la formación de la voluntad de la apelante hasta el punto de llevarla a tomar esa decisión. No hay prueba alguna de tal hecho». En definitiva, la mujer decidió abortar sin esperar ella misma a los resultados ni pedirlos, es decir, no quiso asumir el riesgo derivado de la práctica de unas pruebas radiológicas, por lo que tomó una decisión libre y al amparo de su autonomía privada, sin embargo, al inclinar la voluntad de la mujer a abortar (y no a la inversa) en un caso como este, sin riesgo para la vida de la madre, se percibe un desprecio por la vida humana y contraviene el juramento hipocrático (tanto el clásico que expresamente excluía el aborto, como incluso el de Ginebra, en el que el médico se compromete por su honor a tener «absoluto respeto por la vida humana»).

¹⁷⁰ Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada (2014) p. 15.

¹⁷¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virxilio, «La reforma legal del aborto. Comentario del Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ourense*, (2009), pp. 169-171.

En segundo lugar, debe rechazarse también su admisibilidad como política estatal en materia de salud pública. Se ha considerado que la despenalización del aborto es una opción factible dentro de una «política criminal» en la que el Estado renuncia a castigarlo penalmente durante un plazo de tiempo concreto y limitado¹⁷² con objeto de reducir el número de abortos clandestinos. Sin embargo esta postura ha propiciado la multiplicación exponencial de abortos y aún más, se han normalizado, por lo que ha acabado teniendo un alcance diverso y mayor al originario, luego no ha sido una «política adecuada para alcanzar el objetivo declarado de todas las reformas legales que era la disminución del número de abortos» pues es palpable que la Ley en este punto ha fracasado¹⁷³. De esta forma, con el fin de evitar que la mujer se tenga que exponer a abortos crueles e inhumanos¹⁷⁴, se causa mayor número de crueldades respecto a vidas humanas en gestación. Hubiera sido más acertada una normativa estatal que siguiera un enfoque basado en la formación y el acompañamiento de la mujer gestante, como se ha hecho en diversas autonomías.

En tercer lugar, la IVE no puede sustentarse sobre los derechos a la sexualidad y a decidir libremente la maternidad. Ciertamente no se puede imponer ni exigir a nadie el ejercicio de la sexualidad, siendo como es una facultad ligada a la dignidad, salud y al libre desarrollo de la personalidad. En virtud de este derecho, cada uno asume el control de su sexualidad y decide libre y responsablemente sobre ella, incluida la reproducción, «libre de presiones, discriminaciones y violencia»¹⁷⁵ limitando su alcance al propio cuerpo. Respecto a ello, poco puede hacer el concebido quien ni siquiera existe sino como posible fruto de la misma, pero, incluso aunque se entendiera que su

¹⁷² Consejo General del Poder Judicial (2009), Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo LA LEY 2303/2009

¹⁷³ Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada (2014) p. 12» Disponible en: <http://www.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20Anteproyecto%20LO%20Proteccion%20Concebido.pdf> [Consultado el 1 de febrero de 2018]. Soto, refiriéndose a la legislación anterior pero aplicable con mayor razón a la actual normativa, lo recoge claramente al indicar que «las estadísticas sobre el aborto impresionan sobremanera dándonos la dimensión de hasta dónde puede llegar el ser humano despojado de toda referencia moral». (SOTO NIETO, Francisco, *Op.Cit*, Ref. D-65).

¹⁷⁴ Se procura atajar dos inconvenientes: a) el escaso impacto en la reducción de abortos de las leyes restrictivas, lo cual lleva a las mujeres a recurrir a abortos inseguros, crueles e inhumanos, y b) que las leyes restrictivas producen discriminación y un impacto desproporcionado en los sectores menos favorecidos (se supone que los más favorecidos pueden permitirse pagárselo en una clínica privada o en el extranjero) (*Rights International Spain*, Carta enviada al Ministro Gallardón a propósito del Anteproyecto de Ley de Protección de la Vida del Concebido y derechos de la mujer embarazada 2014) Disponible en: <http://rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/6ea55993821ff59ff6e48a3ebd7badbc943dedcb.pdf> . [Consultado el 1 de febrero de 2018]

¹⁷⁵ Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer, 15 septiembre 1995, A/CONF.177/20 (1995) y A/CONF.177/20/Add.1

vida colisiona con la sexualidad de la madre, no habría comparación posible entre ambos derechos, siendo la vida irrenunciable y fundamento de todo lo demás¹⁷⁶.

Respecto al derecho a decidir la maternidad, la LO 2/2010 ha invertido los parámetros conceptuales al convertir el «deseo de no ser madre» en un «derecho a no serlo» llegando a condicionar la existencia del no nacido a la voluntad de la madre de continuar con la gestación¹⁷⁷. En lo que concierne a la maternidad biológica, que es la que aquí nos ocupa, no se es madre porque así se haya decidido (acto jurídico) sino por haber procreado (hecho jurídico), que es algo muy distinto, pues deviene de un hecho natural, un acaecimiento biológico que se recibe y que no depende inmediatamente del deseo de la madre. Además, si la concepción es producto de un acto libre y queridamente abierto a una posible fecundación, el principio mismo del uso responsable de la sexualidad les impone avenirse a las consecuencias que pudieron preverse y evitarse. Así pues, la facultad de decidir ser madre o no serlo, ligada al uso de la sexualidad querida y responsable, necesariamente decae respecto al concebido una vez comenzada la gestación, no siendo admisible un ejercicio intempestivo del derecho a decidir la propia maternidad con posterioridad al embarazo como sostiene en sentido inverso el legislador en los arts. 3.2, 14 y 15 de la LO 2/2010.

En cuarto lugar, no puede admitirse la IVE como una facultad individual claudicante, ni siquiera a modo de una suerte de privilegio legal¹⁷⁸. Ello entrañaría una significativa desigualdad entre adultos y niños pues cuando se aborta «se decide sobre un hijo que no se quiere tener, no tanto sobre un embarazo que se decide terminar»¹⁷⁹. Sin embargo, es realmente esto lo que la ley está garantizando, una prestación entendida como derecho, tal y como explícitamente recoge en su art. 18¹⁸⁰. Dicha prestación

¹⁷⁶ IÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, y PEREDO ROJAS, Marcela Inés, «Propuestas de solución para los aparentes conflictos jurídicos que se pueden suscitar entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos de la madre», *Derecho Público Iberoamericano*, 11, (octubre 2017), p. 60.

¹⁷⁷ BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana.; GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca; ADROHER BIOSCA, Salomé, «La familia ante el comienzo de la vida: la triple desigualdad de la nueva Ley del aborto», en *Horizontes de la familia ante el siglo XXI*, Ana Berástegui Pedro-Viejo, Gómez Bengoechea, Blanca (coord.), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2011, p. 141.

¹⁷⁸ El mismo Consejo General del Poder Judicial, es reacio a considerar que exista un derecho al aborto, y así lo indica señalando que la Ley de Salud Sexual (anteproyecto entonces), «no configura un derecho subjetivo a la IVE sino garantizar la igualdad en el derecho de acceso a la prestación de la misma, que es algo muy distinto» (Consejo General del Poder Judicial (2009), Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, LA LEY 2303/2009).

¹⁷⁹ PEREZ-TENESSA, Antonio, «Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad», *Revista Administración Pública*, nº 154, (2001) p. 135.

¹⁸⁰ No se puede negar ante la literalidad de tal expresión que el aborto se configure en la LO 2/2010 como un derecho, lo cual es «un paso decisivo en el declive de la protección jurídica de la vida en derecho español». (SÁNCHEZ CÁMARA, Ignacio, (2012), *Op.Cit.*, pp. 28 y 36).

debería admitirse sólo en el contexto de un verdadero riesgo para la vida de la madre, pues lo contrario supondría dar amparo a un comportamiento contradictorio que incluye un uso discrecional de la libertad sin el correlato de una responsabilidad.

En quinto lugar, y siendo abrumadores los testimonios del sufrimiento de las mujeres que han abortado¹⁸¹, no puede considerarse que el derecho a la IVE sea un logro para la liberación o autorrealización de la mujer. Bien al contrario, incluye un elemento de desdoro¹⁸² por las connotaciones morales que implica la decisión de acabar con la vida de un tercero que además es el hijo¹⁸³, como implícitamente reconoce la propia LO 2/2010 al introducir salvaguardias de alto nivel -con la codificación y la separación de los datos identificativos de la paciente que ha abortado respecto de los otros datos meramente asistenciales (art. 21 LO 2/2010)- con objeto de facilitar su ocultación. Si analizamos lo que se esconde tras la decisión de abortar, en la mayoría de los casos subyacen argumentos utilitaristas y presiones sociales y mercantilistas no admisibles como causas que pueden legitimar un aborto¹⁸⁴. Es interesante traer a colación el documento del consentimiento informado para la práctica del IVE que describe claramente esta realidad cuando informa a las pacientes sobre las secuelas que lleva tomar la decisión por presiones del entorno¹⁸⁵. Lo cual evidencia el peso decisivo que el mismo ejerce sobre la decisión de la mujer y que la convierte en otra víctima del aborto que se realiza.

¹⁸¹ El aborto ni es, ni se vive como un acto de libertad o de autodeterminación femenina sino que es «un hecho traumático cuyo nexos común es la desesperación, el sufrimiento, la culpabilidad, el miedo la inseguridad, etc. y que produce pues dos víctimas, la de la propia madre que deberá vivir toda su vida con el sentimiento de pérdida y el trauma postaborto además de la del hijo. (HERNÁNDEZ GARRE, José Manuel; AZNAR MULA, Isabel María; ECHEVARRÍA PÉREZ, Paloma, «Hablan las madres. La parte menos contada del aborto voluntario: Cuadernos de Bioética, XXVIII, nº 1, (2017), p. 67).

¹⁸² Además, la sexualidad hay que valorarla como un elemento integrante de la esfera moral de la persona, queda particularmente reservada a su esfera íntima y protegida la honorabilidad sexual dentro de los derechos fundamentales y de la personalidad al honor y a la intimidad cuya lesión hace nacer un derecho al resarcimiento de daños y perjuicios por daño moral (STS, de 9 de febrero de 2008 RJ 2008/607 y STS nº 585/2011 de 19 de julio RJ 2011/6284).

¹⁸³ IÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, Y PEREDO ROJAS, Marcela Inés (2017), *Op. Cit.* p. 51.

¹⁸⁴ Estudios recientes sobre esta cuestión han revelado que las mujeres deciden abortar mayormente por argumentos utilitaristas o feministas, así como por las presiones sociales y mercantilistas, «mientras que las manifestaciones pródicas o los testimonios personalistas son algo minoritario y marginal» (HERNÁNDEZ GARRE, José Manuel; AZNAR MULA, Isabel María; ECHEVARRÍA PÉREZ, Paloma, (2017) *Op.Cit.*, pp. 66 y 67.

¹⁸⁵ Se indica textualmente que: «a corto y largo plazo están descritos problemas psicológicos, sobre todo en pacientes que se han visto presionadas de algún modo por su entorno a realizar la interrupción voluntaria de la gestación»http://www.abortoinformacionmedica.es/wp-content/uploads/2009/09/consentimiento_informado__ive_del_1er_trimestre_con_tto_medico.pdf [consultado el 14 de febrero de 2018].

6. CONCLUSIONES

Tanto las leyes como la jurisprudencia le han ido otorgando a la persona por nacer y de forma paulatina, nuevas titularidades y beneficios. Ello ha desbordado la ratio inicial del art. 29 CC, circunscrita al ámbito patrimonial, hasta el punto de hablarse hoy de un principio general de protección del concebido a todos los efectos favorables. Esta evolución parte de un enfoque tradicional como *nasciturus*, nutrido de meras expectativas patrimoniales condicionadas al futuro nacimiento, para avanzar hacia su consideración como hijo no nacido y dotarle de una protección institucional y pública como menor de edad. Visto desde esta perspectiva, el ser humano en gestación es poseedor de una esfera jurídica propia integrada por el derecho a la vida y a la salud y, desde el comienzo de la gestación, surgen vínculos familiares que habilitan a los progenitores para tomar *ope legis* decisiones relacionadas con su esfera jurídica civil (desde aceptar donaciones hasta autorizar tratamientos sanitarios antes del nacimiento) y conlleva verdaderas obligaciones de cuidado cuyo incumplimiento hace emerger su responsabilidad en los casos de riesgo o de maltrato prenatal.

Sentado lo anterior, se hace preciso construir el estatuto jurídico del concebido sobre su consideración como un sujeto desde el inicio de su devenir vital, por ser esta la categoría jurídica más idónea para sustentar su esfera jurídica personal como portador que es de fines propios ligados a su dignidad humana. Ello tropieza, sin embargo, con la dificultad de haberse asimilado los conceptos de «sujeto de derecho», «persona» y «personalidad», concluyéndose que el concebido no es persona por no tener personalidad. Es necesario, pues, acometer una mejor clarificación conceptual y distinguir entre un concepto técnico-formal (e instrumental) de persona entendida como aquel sujeto dotado de personalidad y, por tanto, capacitado para actuar con carácter general en el tráfico jurídico económico, de un concepto de «persona no nacida», entendida como un sujeto en vías de personificación pero capaz ya para las titularidades especiales que las normas le reconozcan, particularmente las inherentes a su ser personal.

Esta conclusión no sólo es viable jurídicamente, sino que, además, ya se encuentra presente en la práctica de nuestro Derecho por la profusión de poderes de actuación que el ordenamiento está concediendo a numerosos entes no personificados a los que se dota de capacidades singulares, obligaciones tributarias y firma electrónica. Si esto se hace con entes sociales que, a la postre, no son sino fórmulas o instrumentos para la consecución de fines ajenos, con mayor razón debe asumirse para el concebido, cuyo reconocimiento jurídico deriva de forma inmanente de su condición humana.

Por tanto, ni la falta de personalidad del concebido ni otros argumentos como pueden ser los motivos de salud pública y los derechos a la sexualidad y a la maternidad pueden concederle a la madre una prerrogativa o privilegio sobre la vida ajena como es la facultad arbitraria de poner fin al embarazo pues supondría un ejercicio abusivo y extemporáneo de tal derecho que resulta inadmisibles por afectar a otra vida humana cuya protección debe ser valorada significativamente, incluso cuando el embarazo no fuera esperado o deseado. Apoyados sobre la subjetividad jurídica del concebido y la titularidad de sus derechos humanos, se impone una ponderación de derechos concurrentes, sin la cual la IVE constituye una lesión injusta.

BIBLIOGRAFÍA

ABRIL CASTELLÓ, Vidal, «La personalización», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (1967-1968), pp. 119-148.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, (18ª ed.), Edisofer, 2009.

ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011.

— «La protección jurídica del concebido y su proyección en el Derecho civil español actual», *Actualidad civil*, 4, (2008), <https://biblioteca.smarteca.es>

— «Tutela judicial de la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios ante la cuestión del aborto y su actual regulación en el derecho español», *Diario La Ley*, Nº 7594, Sección Tribuna, 22 de marzo, (2011), Año XXXII, Ref. D-127M

ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, «El carácter individual del *nasciturus*. Análisis del periodo entre la concepción y la implantación», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, núm. 2, (1994), pp. 345-350.

ALVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Dykinson, Madrid, 2007.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, *La protección al concebido en el Código civil*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1992

BANDRÉS OROÑEZ, Luis Carlos, «El derecho de rectificación», *Diario La Ley*, Nº 8837, Sección Doctrina, 5 de octubre (2016), Ref. D-348.

BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana; GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca; ADROHER BIOSCA, Salomé, «La familia ante el comienzo de la vida: la triple desigualdad de la nueva Ley del aborto», en *Horizontes de la familia ante el siglo XXI*, Ana Berástegui pedro-Viejo, Gómez Bengoechea, Blanca (coord.), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2011, pp. 133-154.

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo (coord.) «Art. 154 CC», en *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, 2001.

— *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976.

BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel, «El concebido en el Derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 54, nº 3, (2001) pp. 1145-1164.

BUSTOS PUECHE, José Enrique, «Los derechos humanos y la doctrina del derecho subjetivo», *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, (2015), pp. 1-36.

CABRERA CARO, Leticia, «Personas y seres humanos ¿distinción o identidad?», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 3, nº. 1, (2017) pp. 114-124.

CALVO MEIJIDE, Alberto, et al, *Elementos de Derecho Privado*, Civitas –Thomson, 2016.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (del Derecho justiniano a los Códigos civiles)*, Universidad San Pablo CEU, 16 de septiembre de 1994, pp. 11-15. Publicado en *Revista General del Derecho*, 603, diciembre, (1994), pp. 12457-12470.

CASTILLA CORTAZAR, Blanca, «Persona y vida humana, desde la noción de persona de Xavier Zubiri», *Cuadernos de Bioética*, nº 31 (1997) pp. 1113-1118.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, «Reflexiones sobre el concepto de persona y la protección de la vida prenatal en el ordenamiento español: del «*nasciturus*» al *moriturus*». *Revista Jurídica del Notariado* nº 73, (2010) pp. 243-306.

CORDÓN MORENO, Faustino, «Art. 6 LEC», Col. Grandes Tratados, Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo I,(2011), BIB 2011/590.

CORRAL TALCIANI, Hernán, «El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida», *Ius et Praxis*, vol. 11, nº 1 (2005) pp. 37-53.

CUENCA GÓMEZ, Patricia, «Derechos humanos y discapacidad. De la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (2016), p. 69.

DE LA IGLESIA MONJE, Maria Isabel, «La protección el *nasciturus* y su proyección en la jurisprudencia civil actual», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 726, (julio-agosto 2011), pp. 2217-2226.

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*, Comares, Granada, 2004.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón., «La protección jurídica del concebido en el Derecho español», *Rev. boliviana de derecho*, 22, julio, (2016), pp. 16-33.

DIAZ PINTOS, Guillermo, «La concepción totémica del *nasciturus* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Persona y Derecho*, nº 54 (2006) pp. 185-212.

EUSEBI, Luciano, «La tutela del embrión humano: perfiles jurídicos», vol. *Identidad y estatuto del embrión humano*, VVAA, Ed. EIUNSA, Madrid, 2000, p. 262.

FATAS MONFORTE, Jose Miguel; GARCÍA SANZ, Francisco Javier «Art. 5», en *Comentarios al Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal*, Pablo González Espejo García y Alberto Palomar Olmeda (Dtrs), Aranzadi, 2008, (BIB, 2008/3434).

FEMENÍA LÓPEZ, Pedro José, *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Mc Graw Hill, 1999

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, «La protección a la vida. Encrucijada entre la medicina y el derecho», en *Los avances del Derecho ante los avances de la medicina*, (Adroher Biosca, Salomé y Montalvo Jääskeläinen, Federico (Dir), Universidad Pontificia Comillas (2008), pp. 49 a 65.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «¿Qué es ser persona para el Derecho?», *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, nº 54, 2001, pp. 289-333.

FERRARA, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, Comares, Granada, 2006.

GARABAL, Manuel, «La protección del *nasciturus* en los procesos de divorcio», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 12, (2016), pp. 1-7.

GARCÍA CUADRADO, Antonio Manuel, «Problemas constitucionales de la dignidad humana», *Persona y Derecho*, núm. 67, (2012), pp. 449-514.

GARCÍA RUBIO, María Paz, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *Parte General del Derecho civil español*, Civitas, 1983.

GARRIDO DE PALMA, Victor Manuel, «El concebido y el menor de edad. Su protección por el Derecho civil», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 84, oct.-dic. (2012), pp. 107-124.

GIL SUÁREZ, Luis, «Capacidad procesal», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 22 (2000). BIB 2001/396.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, «Aborto terapéutico y derecho a enterrar al feto: lectura constitucional a la luz de un caso real», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Sevilla, Vol. 3, Nº. 1, 2017, pp. 1-13. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/448130>

HERNÁNDEZ GARRE, Jose Manuel; AZNAR MULA, Isabel María; ECHEVARRÍA PÉREZ, Paloma, «Hablan las madres. La parte menos contada del aborto voluntario: Cuadernos de Bioética, XXVIII, nº1º, (2017) pp. 50-70. <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/92/55.pdf>

HINESTROSA, Fernando, “Hacia un derecho de la familia del siglo XXI”, *Revista de Derecho Privado*, nº 4, 1998-1999, p. 1 a 10.

HONNEFELDER, Ludger, «Naturaleza y status del embrión. Aspectos filosóficos», *Cuadernos de Bioética*, nº 31, (1997), pp. 1034-1047.

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam, «La dimensión jurídica de la persona humana», *Persona y Derecho*, 26, (1992), pp. 159 a 187.

IBAÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Alastria, Dykinson, 2018.

IÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario; Y PEREDO ROJAS, Marcela Inés, «Propuestas de solución para los aparentes conflictos jurídicos que se pueden suscitar entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos de la madre», *Derecho Público Iberoamericano*, nº 11, octubre (2017), p. 51.

LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Parte General y Derecho de la Persona*, 21ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2015.

MACANÁS VICENTE, Gabriel, «Efectos y defectos del artículo 30 del Código Civil», *Indret*, nº 4/ 2013, p. 5.

MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español.*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1946.

MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Angel, «Las disposiciones patrimoniales y las personas físicas no nacidas: el *nasciturus*, el *concepturus* y los bienes a ellos destinados», (2010) p. 16. Disponible en: http://mbnotarios.com/uploads/web_works/mandbnotariosconferenciamanuelmartineznasciturus.pdf.

MARTÍNEZ VAL, José María, «el *nasciturus* es persona humana», *Revista General de Derecho*, nº 486, (1985), pp. 445-448.

MAYOR DEL HOYO, Maria Victoria, «Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y *nasciturus*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 734, nº nov-dic. (2012), pp. 3213-3240.

MEDINA DE LEMUS, Manuel, *Derecho civil I*, Editorial Dilex S.L, Madrid, 2010.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *Derecho foral de Aragón*, Memento Experto Lefebvre, 2011.

MORALES GODÓ, Juan, «El estatus del concebido y la fecundación asistida», *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica de Perú*, nº 58, (2005), pp. 409-432.

MORENO MOZO, Fernando, «El nacimiento», En la obra *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de Familia*, Volumen 1, Francisco Lledó Yagüe, Alicia (dir.) Sánchez Sánchez, Oscar (coord.), Dykinson, 2011, p. 63.

— «Requisitos del nacimiento, análisis del art. 30 CC», *Diario La Ley*, Nº 7361, Sección Doctrina, Año XXXI, (12 de marzo de 2010), Ref. D-81, Editorial LA LEY.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta, *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*, Aranzadi, Navarra, 2009.

NIETO SÁNCHEZ, José, «La capacidad de obrar», *Instituciones de Derecho Privado*, Castiella Rodríguez, J.J. (Coord.) Tomo I Personas. Volumen 2º, Civitas (enero de 2015). BIB 2015\2972.

OLLERO TASSARA, Andrés, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, el ajetreado desarrollo del art. 15 de la Constitución Rialp, Madrid, 1994.

ORDÁS ALONSO, Marta, «El nuevo sistema de protección de los menores, en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/ 2015 de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2016 parte Estudio.

PEREZ ALVAREZ, María del Pilar, et al. *Practicum Familia 2016* Aranzadi (BIB 2015/17398).

PEREZ-TENESSA, Antonio, «Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad», *Revista Administración Pública*, nº 154, (2001) p. 55.

PERLINGIERI, Pietro, «Por un derecho civil constitucional español», *Anuario de Derecho civil*, Vol. 36, nº 1, (1983), pp. 1-16.

PERONA, Riccardo, «El estatuto jurídico del concebido en el ordenamiento jurídico italiano», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 2, Nº. 2, (2016), pp. 165-174.

PIÑA CABEZAS, Andrés, «El *nasciturus*: derecho a la herencia pero no a la vida», *La Toga* (Colegio de Abogados de Sevilla) nº 176 Noviembre/Diciembre, (2009), pp. 38-40.

RAMIREZ BARRETO, Ana Cristina, «Simios, derechos y torceduras», *Revista de Filosofía Moral y Política*, nº 39, (2008), pp. 349-358.

REY PEREZ, Jose Luis, «El enfoque político de los derechos de los animales desde la teoría de los derechos», *Revista Iberoamericana de Bioética*, nº 4, (2017), pp. 1-18.

ROBLES, Gregorio., «Persona: Análisis lingüístico y algunos rasgos de la historia del concepto», en Vol. Teoría del Derecho, Civitas, enero 2015 (BIB 2015/1592).

-«sujeto jurídico y persona en la teoría comunicacional del Derecho, en Vol. Teoría del Derecho, Civitas, enero 2015 (fragmento en BIB 2015/1593)

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, «La reforma legal del aborto. Comentario del Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ourense*, (2009), pp. 169-171.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, «El *nasciturus* en el Derecho español. Actual problemática jurídica en torno a los artículos 29 y 30 del Código Civil», *Revista de Derecho de Familia*, nº 70, (enero-marzo de 2016), p. 400.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María, *Derecho de la Persona*, Dykinson, 2016.

SALVADOR PACIOR, Paula, «La figura del *nasciturus* ante la ruptura de la relación sentimental de sus progenitores», *Revista Derecho de Familia*, 75, 2017, pp. 366 y 367.

SÁNCHEZ ALONSO, M., «Medidas económicas en relación con los hijos. Pensión alimenticia», vol. *Tratado de Derecho de Familia: aspectos sustantivos*, Linacero de la Fuente (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 633.

SÁNCHEZ CÁMARA, Ignacio, «De delito a derecho. El declive de la protección jurídica de la vida», *Cuadernos de Bioética XXIII*, (2012), 1º, pp. 25-36. <http://aebioetica.org/revistas/2012/23/77/25.pdf>

SANCHEZ OSTIZ GUTIERREZ, Pablo, «¿Tienen todos derecho a la vida?», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 11, (2009), pp. 1-21.

SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, «Los principios establecidos por la jurisprudencia internacional en relación con el inicio de la vida humana y su protección jurídica», Vol. *Bioderecho, Bioseguridad y Medioambiente*, Tirant Monografías nº 989, 2015, (TOL5.408.344).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Los indeseados como enemigos. La exclusión de los seres humanos del *status personae*», *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, 2007, núm. 09-1, Disponible en: pphttp://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf

SINGER, Peter; CAVALIERI, Paola (coords), «El proyecto Gran Simio: la igualdad más allá de la humanidad», 1998, ISBN 84-8164-196-0.

SOTO NIETO, Francisco, «Voluntad y motivación de la mujer embarazada en la realización del aborto», *Diario La Ley* nº 6672, sección Columna, (15 de marzo de 2007), Ref. D-65.

SPAEMANN, Robert, «¿Son todos los hombres personas?», *Cuadernos de Bioética*, 31, (1997), p. 1031.

TORIBIOS FUENTES, Fernando, *et al.* «Las partes en el proceso civil», *Practicum Proceso Civil*, Thomson Reuters, (2017), pp.81 a 116.

UBERTAZZI, Benedetta., «La Ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*», *Anuario de Derecho Civil*, Vol 61, nº 3, (2008) p. 1361.

UREÑA CARAZO, Belén, «Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia», *Revista de Derecho de Familia*, nº 69, (2015), pp. 49-69.

VELASQUEZ POSADA, Obdulio, «Constitucional y legalmente, el *nasciturus* es persona y titular del derecho a la vida», *Persona y Bioética*, Vol. 10, nº 1, (2006) pp. 85-103.

VILA-CORO BARRACHINA, Maria Dolores, «Estatuto jurídico del embrión humano», en *El inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano*, BAC, Madrid, 1999, pp. 156 y ss.

ZAPPALÁ, Francesco, «Estatuto jurídico del concebido», *Criterio jurídico*, nº 7 (2007) pp. 263-280.

ZUBIRI, Xavier, *El hombre y Dios*, Alianza editorial, Madrid, 1984.

Fecha de recepción: 22.02.2018

Fecha de aceptación: 21.12.2018