



FACULTAD DE DERECHO

**PROTECCIÓN CIVIL DEL  
*NASCITURUS*: CONSTRUCCIÓN  
JURÍDICA**

Autor: María del Loreto Rubio Tarazona

5º E3 D

Derecho Civil

Tutor: José María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid

Abril, 2018

**Resumen.** En el presente trabajo se ha realizado un análisis sobre la protección que goza el concebido no nacido en el Derecho Civil. Para ello, se ha elaborado un examen exhaustivo sobre la protección tradicional del *nasciturus*, atendiendo a la protección que el propio Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil le otorgan. Posteriormente, se ha analizado la protección por extensión del artículo 29 del Código Civil, las situaciones en las que el concebido no nacido se tiene como persona. El *nasciturus* goza de protección como un ya nacido en los casos de reconocimiento de la filiación, la adquisición de nacionalidad *iure sanguinis*, la fijación de alimentos por convenio regulador del divorcio y la reclamación extracontractual por daños. Finalmente se ha puesto en relieve la contradicción que supone la desprotección a la que el *nasciturus* está sometido en otras ramas del ordenamiento jurídico. Para evitar el debilitamiento de la protección expuesta se ha elaborado una propuesta *de lege ferenda*.

**Palabras clave:** *nasciturus*, concebido no nacido, protección, Derecho Civil, nacido.

**Abstract.** In this paper, an analysis has been carried out on the protection enjoyed by the unborn child in Civil Law. To do this, a deep examination has been carried out on the traditional protection of the *nasciturus*, taking into account the protection provided by the Civil Code and the Civil Procedure Law. Subsequently, protection has been analysed by extension of article 29 of the Civil Code, the situations in which the unborn child is considered as a person. The *nasciturus* enjoys protection as a born child in these particular cases: recognition of filiation, the acquisition of the *iure sanguinis* nationality, the maintenance in divorce agreement and the non-contractual claims for damages. Finally, the contradiction that the lack of protection to which the *nasciturus* is subjected in other branches of the legal system has been highlighted. In order to avoid the weakening of the protection exposed, *de lege ferenda* proposal has been prepared.

**Key words:** *nasciturus*, unborn child, protection, Civil Law, born.

## ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	5
2.	DEFINICIÓN DE NASCITURUS .....	6
2.1	Consideraciones previas .....	6
2.2	Momento de adquisición de la personalidad .....	7
2.3	Teorías acerca de la atribución de derechos al <i>nasciturus</i> .....	9
2.3.1	<i>Teoría de la ficción</i> .....	10
2.3.2	<i>Teoría de la personalidad jurídica del concebido</i> .....	10
2.3.3	<i>Teoría de la reserva o pendencia de derechos</i> .....	10
3.	PROTECCIÓN TRADICIONAL .....	11
3.1	Donación.....	11
3.2	Sucesión .....	13
3.3	Sustitución fideicomisaria .....	15
3.4	Preterición intencional y no intencional.....	16
3.5	Legitimación como parte de un proceso civil .....	18
4.	PROTECCIÓN DERIVADA DE LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DEL ARTÍCULO 29 DEL CÓDIGO CIVIL.....	20
4.1	Reconocimiento de la filiación .....	20
4.2	Adquisición de la nacionalidad <i>iure sanguinis</i> .....	24
4.3	Reclamación extracontractual por daños sufridos por el <i>nasciturus</i> .....	25
4.3.1	<i>Daños infligidos por los progenitores al feto</i> .....	25
4.3.2	<i>El nasciturus y los seguro de vida y de enfermedad</i> .....	28
4.3.3	<i>Reclamación extracontractual en el ámbito sanitario</i> .....	31
4.4	Convenio regulador de los procesos de separación o divorcio.....	33
5.	PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i> .....	35
6.	CONCLUSIÓN .....	37
	BIBLIOGRAFÍA.....	39
	RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA.....	42
	RELACIÓN DE LEGISLACIÓN .....	44

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

p.	página
pp.	páginas
vol.	volumen
n.	número
fasc.	fascículo
rec.	recurso
ss.	siguientes
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
BOE	Boletín Oficial del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
EDD	El Derecho Doctrina
EDL	El Derecho Legislación

## 1. INTRODUCCIÓN

El tema de este trabajo es la protección civil del *nasciturus*, como se articula la construcción jurídica de esta protección. En un momento como el actual, en el que el embrión está siendo desprotegido por ramas del Derecho tradicionalmente más proclives a su conservación, como puede ser el Derecho Penal, y se ha promulgado legislación en sentido contrario a su cuidado<sup>1</sup>, se observa que el debilitamiento de la protección al embrión no ha llegado hasta el Derecho Civil, donde el embrión sigue teniendo la protección que tradicionalmente le ha otorgado el Código Civil. Además este trabajo pretende probar que la protección se extiende más allá que lo estrictamente establecido en el Código Civil.

Así, los objetivos de este trabajo son fundamentalmente tres. En primer lugar, fijar los conocimientos básicos sobre el *nasciturus* y su protección tradicional consagrada en el Código Civil; en segundo lugar, establecer las posibles nuevas vías de protección por aplicación extensiva del artículo 29 del Código; por último, se pretende poner en relieve si esta protección, extensa o no, es compatible con la desprotección en otras ramas del Derecho.

La metodología empleada será el discurso normativo, en puridad. En lo que respecta a las nuevas formas de protección, quedará completado con el discurso doctrinal y el jurisprudencial. La finalidad es ver si existen nuevas formas de proteger al *nasciturus* que no sean las tradicionalmente concebidas, para ello se empleará jurisprudencia relevante sobre el tema y opiniones doctrinales.

El planteamiento del trabajo será el siguiente. Para la introducción y explicación de las figuras clave será necesario un apartado dedicado a la definición del concepto de *nasciturus* con todo lo que ello abarca. En segundo lugar, se pondrá en relieve cuales son las formas tradicionales de protección del *nasciturus* según De Castro<sup>2</sup>. En tercer lugar, se enumerarán y explicarán las nuevas formas de protección del concebido no nacido por aplicación extensiva del artículo 29 del Código Civil. Tras todo ello, se elaborará una propuesta *de lege ferenda*, de acuerdo con el análisis realizado. Por último se concluirá si

---

<sup>1</sup> Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 4 de marzo 2010) y su reforma mediante la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo (BOE, 22 de septiembre).

<sup>2</sup> De Castro y Bravo, J.M., *Derecho Civil de España. Derecho de la persona*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2008, p. 115.

existe o no esta protección, y si la misma es compatible con lo hecho en otras ramas del Derecho.

## 2. DEFINICIÓN DE NASCITURUS

### 2.1 Consideraciones previas

La protección jurídica del concebido y no nacido queda cuestionada y es objeto de debate público desde la generalización de legislaciones despenalizadoras del aborto<sup>3</sup>; en España la reciente legislación sobre interrupción voluntaria del embarazo permite a la mujer embarazada solicitarla en las catorce primeras semanas de gestación cumpliendo unos requisitos puramente formales (cfr. art. 14 LO 2/2010). La despenalización del aborto es cuestionada, desde el punto de vista bioético, porque la vida humana comienza biológicamente en el momento de la concepción y es merecedora de plena protección<sup>4</sup>.

Sin embargo, el Derecho modula la protección de la vida humana, según sus fases de desarrollo, siendo determinante el momento en que se reconoce la personalidad jurídica a la vida humana.

El momento en el que el ser humano es reconocido como persona para el Derecho es el de su nacimiento, según regula el Código Civil, que será objeto de estudio en epígrafes posteriores. Así, el concebido no nacido, el *nasciturus*, no es para el ordenamiento jurídico una persona susceptible de ser titular de derechos y obligaciones, pero sí se considera un bien jurídico que requiere protección según la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional<sup>5</sup>. La vida del *nasciturus*, en cuanto a que encarna un valor fundamental que es la vida humana, a la que se refiere el artículo 15 de la Constitución, tiene que ser protegida. La protección se materializa fundamentalmente en dos direcciones. La primera de ellas es la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el

---

<sup>3</sup> Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 4 de marzo 2010) y su reforma mediante la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo (BOE, 22 de septiembre).

<sup>4</sup> Velayos Jorge J. J., “Comienzo de la vida humana”, *Cuadernos de bioética*, vol.11, n. 41, 2000, pp. 29-36.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 53/1985 (EDJ 53/1985, FJ 5) en la que se expresa lo siguiente en relación a la protección del *nasciturus* “El art. 15 CE establece que ‘todos tienen derecho a la vida’. [...] De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del clastro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del ‘nasciturus’, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 CE, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”.

proceso natural de la gestación. La segunda de ellas es la formación de un sistema legal de protección de la figura del *nasciturus*, que tenga como última garantía las normas penales<sup>6</sup>.

La primera dimensión se basa en la abstención de la interrupción de un proceso biológico que naturalmente conduce a una persona humana. Esta dimensión es más propia del debate del aborto desde una perspectiva ética, y no es la finalidad de este trabajo. La segunda dimensión de la protección, la creación de un sistema legal de protección integral cuya garantía última lo constituyan normas penales, es en parte, pero no en la totalidad, objeto de este trabajo. En efecto, este trabajo se centra en la protección que el Derecho Civil otorga al concebido no nacido, cuyo fundamento es la protección de la vida humana, aunque sea en su fase inicial. La protección que el ordenamiento jurídico otorga al *nasciturus* se basa en esto precisamente. Y es que como se ha visto, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 establece como segunda protección que el ordenamiento jurídico en su conjunto proteja al *nasciturus*, y que el Derecho Penal actúe como garante de esta protección. En la actualidad esta garantía se ha ido reduciendo, quedando limitada por la despenalización del aborto, pero esto no es óbice para que el resto del ordenamiento jurídico y en particular el Derecho Civil, siga velando por esta figura.

## 2.2 Momento de adquisición de la personalidad

El estudio de la protección jurídico-civil del *nasciturus* debe comenzar determinando el momento inicial y final de la existencia del mismo.

Así el inicio de la vida del *nasciturus* se da en el momento de la concepción. Pese a esto, se distingue entre embriones anteriores y posteriores a la implantación<sup>7</sup>. Dicha

---

<sup>6</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 53/1985 (EDJ 53/1985, FJ 7): “esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* (*sic.*) implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”.

<sup>7</sup> Diferenciación hecha por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 4 de noviembre 1988), modificada en sus artículos 4 y 11 por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 22 de noviembre de 2003) introduce la distinción entre los conceptos de "preembrión" y "embrión" y por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE, 27 de mayo de 2006).

implantación se produce a los 7 días de la fusión de los gametos<sup>8</sup>. Hasta que se produzca la anidación se cree que la subsistencia del embrión "se mueve en la incertidumbre"<sup>9</sup>.

A colación de la legislación relativa a las técnicas de reproducción asistida (fecundación in vitro)<sup>10</sup> y de la probabilidad de supervivencia que tiene un embrión implantado y otro que no lo está, se ha propugnado por cierta doctrina la conveniencia de sostener dos estatutos jurídicos distintos, aunque esto no es una realidad. Se da en la práctica, por parte del Tribunal Constitucional, una gradación en la intensidad de la protección en función de la implantación o no del embrión, pero ésta no ha desembocado en dos estatutos jurídicos diferenciados con distinto nivel de protección<sup>11</sup>. Por ello, esta distinción no es importante en la realización de este trabajo.

Definido el momento inicial del *nasciturus*, habrá que establecer el momento en el que esta fase de la vida humana jurídicamente llega a su fin. Dicho momento queda definido en el propio Código Civil<sup>12</sup>. El artículo 29 establece: "El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente". Las condiciones se establecen en el artículo 30 del mismo texto legal establece: "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno".

La personalidad jurídica se adquiere en el momento que se nace con vida, determinado por el entero desprendimiento del seno materno. Por tanto, es preciso que cuando se produzca el entero desprendimiento del seno materno el recién nacido tenga vida, este momento se entiende que tiene lugar cuando se produce el corte del cordón

---

<sup>8</sup> Sánchez Blanco, C., *Manual. Curso intensivo MIR Asturias. Ginecología y Obstetricia*, Asturias, 2015, p. 146.

<sup>9</sup> Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 24 de noviembre) modificada en sus artículos 4 y 11 por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 22 de noviembre de 2003) introduce la distinción entre los conceptos de "preembrión" y "embrión" y por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE, 27 de mayo de 2006).

<sup>10</sup> Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE, 4 marzo de 2010) y su reforma mediante la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo (BOE, 22 de septiembre de 2015).

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 116/1999 (EDJ 1999/11251, FJ 9), en dónde se discute sobre la experimentación sobre preembriones.

<sup>12</sup> Artículo 29 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889) y 30 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889) reformado por la disposición final 3ª de la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil (BOE 22 de julio de 2011).



umbilical<sup>13</sup>. Este criterio ha sido formulado por la nueva redacción del art. 30 CC, dada por la nueva Ley del Registro Civil, abandonándose los tradicionales requisitos en los que el *nasciturus* tuviera figura humana y sobreviviera 24 horas enteramente desprendido del seno materno<sup>14</sup>. El abandono se debe fundamentalmente al artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que se ratificó por España (BOE, 31 de diciembre de 1990). En ella se imponía la obligación de la inmediata inscripción del niño después del nacimiento. La formulación no casaba con los criterios de adquisición de la personalidad anteriores, pese a que la formulación anterior tenía una finalidad meramente patrimonial (evitar desplazamientos patrimoniales innecesarios)<sup>15</sup>.

En este momento se produce la adquisición de personalidad jurídica, el individuo puede ser titular de derechos y obligaciones, podrá reconocérsele su capacidad jurídica. Aquí cesa la protección al *nasciturus* y se inicia la protección de la persona física.

### **2.3 Teorías acerca de la atribución de derechos al *nasciturus***

Como se ha visto, la protección fundamental que el Código Civil otorga al *nasciturus* consiste en la ficción de considerarlo nacido a todos los efectos favorables. En definitiva, que pueda ser titular de derechos, para evitar un daño al concebido, por ejemplo en lo que respecta a derechos hereditarios. Sin esta protección, no podría adquirir derechos sólo por el hecho de haber nacido unos meses después de la muerte del causante<sup>16</sup>. Se hace referencia a la no discriminación o equidad del *nasciturus*.

Sin embargo, la manera en la que se articula técnicamente esa protección ha sido objeto de controversia en la doctrina. La ficción de considerarlo nacido, o sea persona, para todos los efectos que le sean favorables, supone definir qué efectos le son favorable. Supone discriminar qué derechos son los merecidos por el *nasciturus* y cuáles no. Básicamente, existen tres teorías predominantes.

---

<sup>13</sup> Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Derecho de la persona. Introducción al Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 201-202.

<sup>14</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE, de 22 de julio de 2011).

<sup>15</sup> Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Op. Cit.*, p. 201.

<sup>16</sup> Ídem., p. 206.

### **2.3.1 Teoría de la ficción<sup>17</sup>**

Para esta teoría, el *nasciturus* no es persona porque la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento ( y con ella la capacidad jurídica, la aptitud para ser sujeto de derechos). La equiparación entre concebido y nacido sería pues una ficción jurídica que quedaría limitada a determinadas situaciones cuyo objetivo es proteger la potencial vida humana que se está gestando. Esta protección se llevaría a cabo a través de leyes. El orden civil y el penal serían los encargados de llevar a cabo la protección. El primero, sancionaría las conductas que inflijan daño al feto. El segundo se aseguraría de conservar y proteger los futuros derechos que puede tener el feto, y de los que actualmente no es titular por no ser considerado persona, con todo lo que ello conlleva. El concebido no es persona y no es posible decir que el concebido es sujeto de derechos, la ficción lleva a considerar que el nacimiento tiene efectos retroactivos<sup>18</sup>.

### **2.3.2 Teoría de la personalidad jurídica del concebido<sup>19</sup>**

Esta teoría sostiene que es la concepción, y no el nacimiento lo que determina la personalidad. Tiene un obstáculo distinto al de las demás teorías y es que no tiene que justificar la atribución de derecho al concebido; por el contrario, lo que se tiene que justificar es porqué se le atribuyen derechos de forma distinta que al nacido, si se parte de la base de considerar que el concebido tiene personalidad. Para esta teoría la capacidad comienza también con la concepción, y la diferencia entre el concebido y el nacido sería una cuestión de modificación de la capacidad legal. Los derechos atribuidos desde la concepción se someten a la condición resolutoria de que el niño finalmente nazca con vida.

### **2.3.3 Teoría de la reserva o pendencia de derechos**

Esta es la teoría que sostiene la doctrina mayoritaria<sup>20</sup> y que establece que el *nasciturus* es una expectativa de vida humana y por eso tiene unos derechos futuros. El feto está en una situación de pendencia y tiene expectativas de derecho que tienen que

---

<sup>17</sup> Polo Arévalo, E. M., "Origen y significado del principio "conceptus pro iam nato habetur" en Derecho Romano y su recepción en Derecho histórico español y en el vigente Código Civil", *Anuario de la Facultad de de Derecho de la Universidad de La Coruña*, n.11, 2007, pp. 719-740.

<sup>18</sup> De Castro y Bravo, J.M., *Op. Cit.*, p. 116.

<sup>19</sup> Ídem, p. 115.

<sup>20</sup> Polo Arévalo, E. M., *Op. Cit.*, pp. 719-740.

guardarse para que cuando sea alumbrado estos derechos no se frustren. El nacimiento es el momento clave, es el momento en el que estos derechos se hacen efectivos, pero hasta ese momento están en una situación de pendencia.

La doctrina está dividida. Por un lado existen autores que opinan que el concebido no puede ser sujeto de derechos, otros autores opinan que lo es, y por ello le otorgan una personalidad en potencia. Los partidarios de la primera corriente de pensamiento consideran que el *nasciturus* no es sujeto de derechos pero sí se tienen que proteger sus derechos potenciales con medidas específicas para que no se vean frustrados cuando nazca. El momento en el que el *nasciturus* deja de estar en una situación de pendencia y pasa a estar en una situación efectiva de ser persona es el momento del nacimiento<sup>21</sup>.

Los más afines a la segunda corriente de pensamiento, consideran que el *nasciturus* sí puede ser sujeto de determinados derechos. Se basan en una hipótesis de personalidad jurídica en la que el *nasciturus* es una vida en espera que queda condicionada al nacimiento y que el Derecho no puede obviar. Por esto, le reserva una serie de derechos para cuando nazca. Si el nacimiento no se produjera, esta reserva de derechos decaería y se consideraría al *nasciturus* como si nunca hubiera existido. El funcionamiento jurídico de esta figura será parecido a una situación de interinidad<sup>22</sup>.

### 3. PROTECCIÓN TRADICIONAL

#### 3.1 Donación

Las donaciones son, en virtud del artículo 618 del Código Civil, contratos unilaterales por los que una persona dispone gratuitamente de una cosa, a favor de otra persona, que la acepta<sup>23</sup>. La capacidad del donante viene definida en el artículo 624 del Código Civil (capacidad de contratar y de disponer de sus bienes)<sup>24</sup>. El donatario no tiene una capacidad especial, y podrá aceptar la donación cualquier persona que no esté impedida de forma expresa para ello (artículo 624 del Código Civil). Sin embargo, el artículo 627 del Código Civil establece una regla especial para la persona del *nasciturus*, en tanto que la donación puede ser aceptada por las personas que serían sus representantes

---

<sup>21</sup> Ramos, A., Bonet, A. J, *Derecho Romano I, Parte general Proceso-Derechos reales*, Edersa, Madrid, 1981, p. 58.

<sup>22</sup> De Castro y Bravo, J.M., *Op. Cit*, p. 117.

<sup>23</sup> Artículo 618 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889).

<sup>24</sup> Artículo 624 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889).

si hubiese nacido<sup>25</sup>. La donación no será efectiva hasta que no se verifique el nacimiento del concebido, y hasta entonces se produce una situación de pendencia.

Sobre la acepción de la donación hecha al concebido y no nacido caben las siguientes consideraciones. Las personas que lo representan son sus padres. La doctrina anterior consideraba que en el caso de que ninguno de los progenitores pudiera aceptar la donación, esta tendría que ser aceptada por el tutor de la madre, o en su defecto un tutor especial nombrado *ad hoc*<sup>26</sup>. Doctrina más reciente considera que lo sea un defensor judicial<sup>27</sup>.

Otra duda doctrinal que presenta este tema, se refiere a si la concepción es necesaria en el momento de la donación o en el de la aceptación. Parece razonable pensar que nadie puede hacer una donación a algo que sólo existe en la imaginación del donante<sup>28</sup>, no existe todavía.

Por último el artículo 631 del Código Civil<sup>29</sup>, en consonancia con el artículo 633<sup>30</sup>, impone una serie de requisitos adicionales para los representantes que acepten las donaciones en nombre de otros, protección no exclusiva pero relevante para el *nasciturus*.

Por lo que respecta a la revocación de donación por superveniencia de los hijos, está recogida en el artículo 644 del Código Civil<sup>31</sup>. El fundamento reside en la suposición de que el padre hubiera reservado ese patrimonio donado a los hijos, si los hubiera tenido en el momento de la donación, un tanto de conservación del patrimonio para alimentar y mantener a los hijos<sup>32</sup>. La doctrina se pronuncia al respecto, una parte de ella considera que existe una cláusula de revocación impuesta por la ley pero tácita<sup>33</sup>. Todo esto trata el

---

<sup>25</sup> Artículo 627 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889).

<sup>26</sup> Arroyo Amayuelas, E. *La protección al concebido en el Código Civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, p. 135.

<sup>27</sup> Albaladejo García, M., *Comentarios al código Civil y compilaciones forales*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1978, p. 132.

<sup>28</sup> Arroyo Amayuelas, E. *Op. Cit.*, pp. 136-137.

<sup>29</sup> Artículo 631 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889).

<sup>30</sup> Artículo 633 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889).

<sup>31</sup> Artículo 644 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889) se modifica por el artículo 4 de la Ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE, 19 de mayo de 1981).

<sup>32</sup> Arroyo Amayuelas, E. *Op. Cit.*, pp. 138-139.

<sup>33</sup> García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Imprenta de la Biblioteca de jurisprudencia, Madrid, 1879 Apéndice 13, p.473. (visto en Arroyo Amayuelas, E. *Op. Cit.*, pp. 138-139).

caso de la existencia de hijos después de la donación, pero en el caso de que el hijo ya estuviera concebido en el momento de la donación, la doctrina se posiciona en dos frentes.

Una parte de la doctrina considera que poniendo en relación el artículo 644 con el 29 del Código Civil, al concebido se le tiene por nacido para un efecto favorable, si se le tuviese por nacido en este caso, disminuirían las expectativas económicas del *nasciturus*, y por ende no sería un efecto favorable<sup>34</sup>. Por otro lado, hay quien opina que no sería de aplicación el artículo 29 en ningún caso puesto que, a quien se trata de proteger con el artículo 644 es al progenitor, a su patrimonio, no al del *nasciturus*. En tanto que el artículo 29 no está pensado para la protección de un tercero no tiene aplicación<sup>35</sup>.

En cuanto a la revocación de la donación del concebido, cuando el padre ha fallecido, aplicando el artículo 29 del Código Civil, no se cree posible ejercer esta acción de revocación como si el hijo hubiese nacido<sup>36</sup>.

Por último, en este aspecto cabe mencionar el artículo 641 del Código Civil<sup>37</sup> que hace referencia a la reversión de la donación y que opera de forma similar a la sustitución testamentaria, a la que se hace referencia en epígrafes posteriores y a ésta se remite la explicación.

Parece que en términos generales la legislación en el ámbito de las donaciones protege al *nasciturus*.

### 3.2 Sucesión

La delación es el ofrecimiento de la herencia a quienes pueden adquirirla mediante aceptación. La expresión “delación a favor del *nasciturus*” es objeto de discusión doctrinal. Un sector de la doctrina opina que no existe tal delación, y que el llamamiento al *nasciturus* entraña *per se* la suspensión de las delaciones incompatibles con la futura delación a favor del concebido<sup>38</sup>. Otro sector de la doctrina considera que hay delación condicional<sup>39</sup>. Por último, existe otra opinión que considera que hay una delación sometida a condición resolutoria<sup>40</sup>. En definitiva, cuando un concebido no nacido es

---

<sup>34</sup> García Goyena, F., *Op. Cit.*, pp. 473-474. (visto en Arroyo Amayuelas, E. *Op. Cit.*, pp. 138-139).

<sup>35</sup> De Castro y Bravo, J.M., *Op. Cit.*, p. 127.

<sup>36</sup> Ídem, *Op. Cit.*, p. 127.

<sup>37</sup> Artículo 641 párrafo primero del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889).

<sup>38</sup> Royo Martínez, M., *Exposición Elemental de Derecho Civil español*, Edelce, Sevilla, 1951, pp. 46-47.

<sup>39</sup> Alonso Pérez, M., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, M., Tomo XIII, vol. 2, Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, p.6.

<sup>40</sup> Cicu, A., Albaladejo, M., Valdecasa A.G., *Derecho de sucesiones, Parte General*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964, p. 178.

llamado a heredar, el resto de herederos no pueden poseer el patrimonio heredado, obviando al *nasciturus*. Por ello, se establecen dos medidas urgentes: asegurarse de la existencia del *nasciturus* y de que el nacimiento se produzca y suspender las medidas de división de la herencia administrando los bienes consecuentemente<sup>41</sup>.

Por lo que respecta a la primera de las medidas, la viuda deberá informar del embarazo en el momento en el que crea estar en cinta y no cuando el embarazo sea patente, según el artículo 959 del Código Civil<sup>42</sup>. Debe informar a todo aquel interesado, esto incluye a quien tiene expectativas de heredar y a quien simplemente tiene interés por motivos técnicos como pueden ser los albaceas y los contadores-partidores<sup>43</sup>. Se puede evitar, si el testador ha dejado por escrito que el embarazo ha tenido lugar, según el artículo 963 del Código Civil<sup>44</sup>. El Código Civil prevé medidas tendentes a comprobar la veracidad del embarazo para evitar que sea heredero quien no pueda serlo.

En cuanto al segundo conjunto de medidas, el legislador ha querido evitar la consolidación de los derechos hereditarios cuando entre los llamados a la herencia haya un ser humano en formación<sup>45</sup>. Son las medidas establecidas en los artículos 965, 966 y 967<sup>46</sup>, que pretenden una indivisión transitoria de la herencia, condicionada al hecho de que el no nacido finalmente sea o no sea heredero. En palabras del Código Civil, que se verifique finalmente el nacimiento o el aborto. La indivisión de la herencia solo se produce cuando hay más personas llamadas a suceder, además del *nasciturus*<sup>47</sup>. En tal sentido, existe una parte de la doctrina que cree en una división provisional de la herencia, con base en el artículo 1.054 del Código Civil<sup>48</sup>, ya que el nacimiento es un suceso futuro e incierto<sup>49</sup>, sin embargo esta idea es generalmente rechazada<sup>50</sup>. El Código Civil, consciente de la situación de incertidumbre, preceptúa el nombramiento de un administrador encargado de la realización de las tareas como actos que no admiten retraso

---

<sup>41</sup> Arroyo Amayuelas, E. *Op. Cit.*, p. 108.

<sup>42</sup> Artículo 959 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889).

<sup>43</sup> Manresa y Navarro, J.M., *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo I, Instituto Editorial Reus, 6º edición, Madrid, 1943, p. 207 (visto en Arroyo Amayuelas, E. *Op. Cit.*, p. 108).

<sup>44</sup> Artículo 963 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889).

<sup>45</sup> Alonso Pérez, M., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, M., Tomo XIII, vol. 2, Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, p.75.

<sup>46</sup> Artículos 965, 966 y 967 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889).

<sup>47</sup> García Goyena, F., *Op. Cit.*, p. 513. (visto en Arroyo Amayuelas, *Op. Cit.*, pp. 138-139).

<sup>48</sup> Artículo 1.054 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889).

<sup>49</sup> Albaladejo García, M., *Derecho Civil*, Tomo V, Bosch, Barcelona, 1979, p. 305.

<sup>50</sup> Arroyo Amayuelas, E. *Op. Cit.*, p. 112.

sin perjuicio, por ejemplo los que procuren la productividad del patrimonio y los correspondientes a la defensa contenciosa o no del caudal. No son funciones de representaciones sino que son temporales para conservar y gestionar el caudal<sup>51</sup>. Estas medidas son impuestas por la viuda y por el resto de herederos interesados y solo interviene el juez en los casos previstos en el artículo 959 del Código Civil: denuncia del embarazo y solicitud de medidas. También cabe la posibilidad de que el propio causante sea quien nombre al administrador en el testamento<sup>52</sup>.

El fin de todas estas medidas devendrá con el alumbramiento del niño dentro del tiempo legal máximo de gestación (más allá de este término se presume fraude, no es hijo del causante y no es heredero). También será el caso del aborto, o el transcurso del tiempo sin aborto ni alumbramiento. La partición en este último caso se hará con los herederos existentes<sup>53</sup>.

También en el caso de la sucesión al *nasciturus* se articula una importante protección, como se ha podido observar en este apartado.

### **3.3 Sustitución fideicomisaria**

La sustitución fideicomisaria queda regulada en el artículo 781 del Código Civil<sup>54</sup>. En virtud de la misma, se impone al heredero una carga que consiste en que transmita lo heredado, en todo o en parte, a un tercero. Es válida si las terceras personas están vivas al tiempo del fallecimiento del testador. El precepto prescribe la necesidad de que estas personas sean familiares de segundo grado del testador, esto no se ha entendido así por la jurisprudencia, se dice que la segunda sustitución no consiste en que las personas se limiten al ámbito familiar, sino que no se pueden dar dos llamamientos a favor de personas que no estén vivas a la muerte del causante de la herencia, así lo establece la Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2010<sup>55</sup>. Tiene tres requisitos esenciales, el primero es el llamamiento múltiple, con indicación de las personas llamadas a suceder, aunque no se indique su nombre pero si las características diferenciadoras. El segundo es la imposición de la carga de conservar y transmitir las cosas que se impone al heredero.

---

<sup>51</sup> Arroyo Amayuelas, E. *Op. Cit.*, p. 117.

<sup>52</sup> Gitrama González, M., *La administración de herencia en Derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pp.43-44 (visto en Arroyo Amayuelas, E. *Op. Cit.*, p. 117).

<sup>53</sup> Arroyo Amayuelas, E. *Op. Cit.*, pp. 77-78.

<sup>54</sup> Artículo 781 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889).

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010 710/2010 (EDJ 2010/253926, FJ 1).

El último es el orden cronológico de sucesión que se establece. El primero que es llamado a suceder es el fiduciario y el resto son los fideicomisarios<sup>56</sup>.

Existe un límite al llamamiento, el llamamiento puede ser infinito siempre que todos los llamados a heredar estén vivos a la muerte del causante. Esto excluye a los concebidos no nacidos que en este caso no se les tiene por nacidos. Si se da este caso, sólo cabrán dos sustitutos<sup>57</sup>. En realidad no se trata esto de una protección del *nasciturus*, sino que en lo que consiste es una limitación de la sustitución fideicomisaria por el hecho de no haber nacido. Se hace básicamente para evitar la vinculación eterna de los bienes. Pero también es cierto que el Código Civil no prohíbe que el primer heredero sea una persona jurídica, lo que parece contradictorio. No es una forma de evitar la vinculación eterna de los bienes, por esta vía. Por ello el plazo temporal en estos casos es de 30 años<sup>58</sup>.

Mas que otorgar derechos al *nasciturus*, o darle protección, queda limitada los posibles llamamientos por la existencia de un *nasciturus* dentro de las posibles sustituciones.

### 3.4 Preterición intencional y no intencional

No existe un artículo en el Código Civil que de una definición exacta del término. Se entiende por la doctrina que para que se de la preterición tiene que haber tanto una omisión completa del heredero forzoso como una ausencia de beneficio patrimonial en vida<sup>59</sup>. También lo afirman así la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2010<sup>60</sup>.

Se relaciona la preterición del artículo 816 del Código Civil, con la prohibición de realizar negocios jurídicos con la herencia futura del artículo 1.271 del Código Civil<sup>61</sup>.

La reforma del artículo 814 hecha por la Ley de 13 de mayo de 1981<sup>62</sup> diferenció la preterición intencional de la no intencional otorgando efectos distintos según se trate de una u otra. Así la preterición se califica como intencional cuando la omisión del heredero se hace en conciencia y se califica como no intencional cuando el testador ignora

---

<sup>56</sup> Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, Tomo II, vol. 4, 12º edición, Tecnos, Madrid, 2017, p. 98.

<sup>57</sup> Ídem, pp. 98-105.

<sup>58</sup> Ídem, p. 105.

<sup>59</sup> Ídem, p. 184.

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2010 325/2010 (EDJ 2010/92239, FJ 3).

<sup>61</sup> Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Op. Cit.*, p 184.

<sup>62</sup> Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE, 19 de mayo de 1981).



que el heredero exista en el momento de hacer testamento o de hecho no existe el heredero.

Los efectos de la preterición no intencional son distintos según la preterición se refiera a todos los herederos o a uno solo de ellos. En el primer caso, se anulan las disposiciones testamentarias patrimoniales. En el segundo caso, en términos generales, se anula la institución de heredero. Estos efectos no son imperativos, sino dispositivos y el testador puede establecer otros efectos en el testamento por si incurriera en preterición. Todo esto queda establecido en el párrafo 2º del artículo 814 del Código Civil<sup>63</sup>.

Para el caso de la preterición intencional según la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002<sup>64</sup>, los efectos son los mismos que los de la desheredación injusta de artículo 815 del Código Civil<sup>65</sup>. El heredero forzoso tiene derecho a la legítima estricta, no a la larga que incluiría la mejora, la libre disposición que el testador puede entregar a hijos o descendientes, se entiende que al omitir al heredero forzoso intencionalmente el testador no quiso mejorarle<sup>66</sup>. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 se puede deducir que si el preterido intencionalmente fue el único heredero forzoso tendría derecho también al tercio de mejora<sup>67</sup>.

Dada la situación del *nasciturus*, se puede entender que haya sido necesaria una construcción jurisprudencial para discernir si la preterición del concebido no nacido (o del que en el momento de otorgar testamento fuera concebido y no nacido) es intencional o no intencional. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2001<sup>68</sup> y de 22 de junio de 2006<sup>69</sup> establecen dos requisitos para considerar que la preterición era intencional: (i) la probabilidad que el testador, en el momento de otorgar testamento tuviera sobre la concepción futura de un hijo, o el conocimiento de la existencia en ese momento de un *nasciturus*; (ii) la inactividad del testador sobre tres aspectos concretos: el reconocimiento del hijo, la asunción de las obligaciones como progenitor y por último, el hecho de otorgar testamento.

---

<sup>63</sup> Artículo 814 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889) modificado por el artículo 1 de la Ley de 25 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil (BOE, 25 de abril de 1958) y por el artículo 4 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE, 19 de mayo de 1981).

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 725/2002 (EDJ 2002/26085, FJ 5).

<sup>65</sup> Artículo 815 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889).

<sup>66</sup> Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Op. Cit.*, p. 185.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 981/2004 (EDJ 2004/147762, FJ 3).

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2001 17/2001 (EDJ 2001/426, FJ 3).

<sup>69</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2006 669/2006 (EDJ 2006/89255, FJ 2).

Si se cumplen estos requisitos se observa una preterición intencional. Si estos requisitos no se observan (no existía probabilidad de hijo futuro y el testador no mostró inactividad, aunque no otorgara testamento) se puede afirmar que la preterición es no intencional. Se puede concluir que se observan supuestos más amplios en la preterición no intencional al *nasciturus* que al ya nacido, se traduce en un mayor nivel de protección.

### 3.5 Legitimación como parte de un proceso civil

En este trabajo no se buscaba desentrañar las vicisitudes del papel que tiene el *nasciturus* en otras ramas del Derecho como es el Derecho Procesal, pero dado que el proceso civil está íntimamente ligado con el Derecho Civil, y se ha analizado detalladamente la capacidad de reclamación extracontractual con la que podría contar el *nasciturus* en Derecho español, se procede a realizar una breve mención de su actuación como parte de un proceso civil. La Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, establece tanto que el *nasciturus* tiene capacidad para ser parte en un proceso ante los tribunales civiles, para todos los efectos que le sean favorables, como que por ellos comparecerán las personas que los representarían si hubiesen nacido<sup>70</sup>.

No es necesario acudir a mecanismos externos que le atribuyan al *nasciturus* la capacidad para ser parte en el proceso. Sino que la Ley de Enjuiciamiento Civil lo convierte en poseedor de este derecho explícitamente<sup>71</sup>.

Por un lado, el *nasciturus* está legitimado activamente, sin embargo, cabe plantearse hasta donde se extiende la legitimación. Así, el artículo 6.2 de la LEC<sup>72</sup> establece que la legitimación activa del *nasciturus* se ejerce para todos los efectos que le sean favorables. Por eso el ámbito de legitimación se entiende extendido a los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales que están vinculados estrechamente a él<sup>73</sup>. Existe un parte de la doctrina que opina que no es posible considerar al concebido no nacido como

---

<sup>70</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (BOE, 8 de enero de 2000), dispone en el artículo 6.1 “podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: [...] 2. El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables” y el artículo 7 del mismo texto, en lo relativo a la comparecencia en juicio y representación, establece: “[...] 3. Por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente les representarían si ya hubieran nacido”.

<sup>71</sup> Aliste Santos, T. J., *Tutea judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 28.

<sup>72</sup> Artículo 6.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, 8 de enero de 2000) modificado por el artículo 1.1 de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de trasposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE, 29 de octubre de 2002).

<sup>73</sup> Aliste Santos, T. J., “De la legitimación del concebido no nacido y la adopción de medidas cautelares a su favor”, *Justicia: Revista de derecho procesal*, vol. 2, n.1, 2007, pp. 181-227.

sujeto de intereses extrapatrimoniales, en primer lugar porque la voluntad del legislador era que la protección al *nasciturus* fuera estrictamente patrimonial, y en segundo lugar, porque el artículo 29 solo permite la aplicación a supuestos patrimoniales, según esta parte de la doctrina<sup>74</sup>. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, y hecho ya el estudio pormenorizado de la materia, se entiende que el *nasciturus* también puede tener intereses extrapatrimoniales como se ha va a ir demostrando en epígrafes posteriores a este.

En cuanto a los intereses patrimoniales que se consideran defendibles en un proceso civil a favor de los concebidos no nacidos se enuncian los siguientes: adquisiciones hereditarias (la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril de 1963<sup>75</sup> establece la posibilidad de que los *nasciturus* sean herederos, parece clara esta posibilidad en el Derecho español, y se ha dedicado un epígrafe de estudio a la material), donaciones a favor del *nasciturus*, resarcimiento de daños al *nasciturus* por muerte del padre, beneficiario de un seguro, alimentos debidos al concebido y resarcimiento de daños corporales<sup>76</sup>. Como intereses extrapatrimoniales que el *nasciturus* puede defender como legitimado activo en un procedimiento civil se mencionan el reconocimiento de la filiación, la adquisición de la nacionalidad y la salvaguarda de la vida y la integridad física, pero como se ha visto en el presente trabajo, cualquier derecho susceptible de ser atribuido al concebido no nacido, es susceptible de ser defendido por el *nasciturus*<sup>77</sup>.

Por otro lado se ha planteado por la doctrina la posibilidad de que el concebido no nacido sea legitimado pasivo en un procedimiento civil. Algunos de ellos argumentan que no encajaría esto con la finalidad de la norma<sup>78</sup>. Sin embargo, otro sector doctrinal opina justo lo contrario, que no se puede reconocer la capacidad procesal del concebido no nacido sin reconocer tanto la legitimación activa como la pasiva, ya que reconociendo solo la activa, se estaría vulnerando la tutela judicial efectiva de cualquier tercero que quisiera litigar con el concebido<sup>79</sup>. Otro argumento a favor de la consideración del

---

<sup>74</sup> Arroyo Amayuelas, E., *Op. Cit.*, p. 104.

<sup>75</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril de 1963 1963/3125 (EDJ 1963/3125, FJ único) : “pero es lo cierto que en nuestro Derecho positivo no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder ‘mortis causa’ de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables e identificadas en su existencia real como tales personas, pues en otro caso la institución, por ser a favor de un sujeto incierto, sería ineficaz en derecho con verdadera ausencia del destinatario de la herencia o legado”.

<sup>76</sup> Aliste Santos, T. J., “De la legitimación del concebido no nacido y la adopción de medidas cautelares a su favor”, *Op. Cit.*, pp. 181-227.

<sup>77</sup> Ídem, pp. 181-227.

<sup>78</sup> De la Oliva Fernández, F., *Lecciones de Derecho Procesal II. El proceso civil, sus tribunales y sus sujetos*, Barcelona, 1983, p. 130 (visto en Aliste Santos, T. J., *Tutea judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 28).

<sup>79</sup> Samanes Ara, C., *Las partes en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, p. 16.

concebido no nacido como legitimado pasivo en el procedimiento civil sería el hecho de que el simple reconocimiento como parte de un proceso, implica un reconocimiento como cualquier persona física<sup>80</sup>. En definitiva lo que valora este argumento es que reconociendo la capacidad procesal limitada, en realidad se está vulnerando el principio de igualdad, audiencia, contradicción y disposición del proceso civil, y que debería primar este último al hecho de que el *nasciturus* solo pueda litigar para aquello que le resulte favorable<sup>81</sup>.

Si embargo, sí es apoyado el hecho de que el *nasciturus* no pueda sustituir procesalmente puesto que no tiene capacidad para suceder, ni capacidad para obligarse en la transmisión de objetos litigiosos<sup>82</sup>. Además, las medidas cautelares a favor del *nasciturus* tienden a garantizar la conservación de sus derechos, y es un aspecto controvertido e interesante, se entiende que ostenta un interés privilegiado en la preservación y conservación de la vida, equiparable al artículo 15 de la Constitución<sup>83</sup>. Se puede afirmar tras lo expuesto, que la consideración del concebido no nacido como parte de un proceso civil es un efecto favorable.

#### 4. PROTECCIÓN DERIVADA DE LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DEL ARTÍCULO 29 DEL CÓDIGO CIVIL

##### 4.1 Reconocimiento de la filiación

No existe ninguna disposición legal que avale o prohíba el reconocimiento de la filiación a un concebido no nacido. Sin embargo la opinión doctrinal considera que la posibilidad del reconocimiento es un hecho. El texto legal en el que se apoya es el ya mencionado artículo 29 del Código Civil, en el que se considera que el reconocimiento temprano de la filiación es, sin duda, un efecto favorable. La explicación doctrinal se basa en lo ya comentado anteriormente en relación a la revocación de las donaciones. La revocación de las donaciones es posible cuando los hijos son póstumos. E incluso cabe la posibilidad que los hijos póstumos en virtud de los cuales se revoca la donación sean no matrimoniales. En ese caso, cabría revocación de la donación por reconocimiento de un hijo, que ni siquiera hubiera nacido, es decir, un *nasciturus*<sup>84</sup>. Los mismos autores,

---

<sup>80</sup> Aliste Santos, T. J., "De la legitimación del concebido no nacido y la adopción de medidas cautelares a su favor", *Op. Cit.*, pp. 181-227.

<sup>81</sup> Ídem, pp. 181-227.

<sup>82</sup> Ídem, pp. 181-227.

<sup>83</sup> Ídem, pp. 181-227.

<sup>84</sup> De la Cámara, "De la paternidad y filiación", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo III, vol. 1, Edersa, Madrid, 1984, p. 428 y ss.

articulan el mecanismo del reconocimiento como la imputación de la filiación futura a un futuro padre y una futura madre, que no será eficaz hasta que el niño nazca con los requisitos establecidos de acuerdo al artículo 30 del Código Civil<sup>85</sup>.

La doctrina parece unánime en este aspecto. En lo que discrepa es en el tipo de reconocimiento en el que se encuadra este supuesto. El del artículo 124 del Código Civil<sup>86</sup> establece dos modalidades de reconocimiento del menor. La primera requiere autorización del representante legal o autorización judicial previa audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido. La segunda no es propiamente una modalidad sino dos excepciones a la autorización que se preceptúa en el párrafo primero del artículo; se trata del reconocimiento hecho por testamento o del reconocimiento hecho dentro del plazo de la inscripción del nacimiento (ambos sometidas a la posibilidad de suspensión a solicitud de la madre y si el padre solicita ulterior confirmación será necesaria la autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal). Se refiere al reconocimiento del niño hecho por el padre, puesto que el reconocimiento materno es más intuitivo.

La doctrina se plantea si este tipo de reconocimiento se encuadra en el primer o en el segundo párrafo de este artículo. Ciertos autores entienden que se debería tratar de una excepción que no requiere autorización, puesto que el padre que reconoce al *nasciturus* muestra más diligencia y debería ser tratado mejor que el que lo hace cuando el niño ha nacido<sup>87</sup>. Otros autores por el contrario consideran que se trata de un caso englobado en el primer párrafo del artículo y que por ende requiere aprobación judicial<sup>88</sup>. Cabe argumentar *a fortiori*, que sería un supuesto del párrafo segundo del artículo ya que, si constituye una excepción el reconocimiento de la filiación los primeros días del alumbramiento, con mayor razón tendrá que serlo también el reconocimiento hecho antes de esos días. Y es que el legislador no exige autorización al padre que ha reconocido al hijo en el plazo preceptivo de inscripción, cuanto más si este reconocimiento se realiza

---

<sup>85</sup> De la Cámara, *Op. Cit.*, p. 428.

<sup>86</sup> Artículo 124 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889) modificado por el artículo 1 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE, 19 de mayo de 1981).

<sup>87</sup> Peña Bernaldo de Quirós, M., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 1, ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 773 y ss.

<sup>88</sup> Lacruz Berdejo, J. L., y Sancho Rebullida F. A., *Derecho de Familia conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, vol. 4, fascículo 3º, Bosch, Barcelona, 1982, p. 652.

incluso antes, de lo contrario sería una discriminación para el *nasciturus* sin causa justa y un retraso en la asunción de las obligaciones como progenitor<sup>89</sup>.

Hasta este punto queda claro que es aceptado doctrinalmente el reconocimiento del *nasciturus*, sin embargo surge un problema añadido. Estos supuestos suelen plantearse en el caso de que el reconocimiento se haya hecho por el padre, como se ha mencionado. El artículo 122 del Código Civil<sup>90</sup> pone trabas al reconocimiento hecho por uno solo de los progenitores. No puede un progenitor por su cuenta hacer el reconocimiento si ello implica revelar la identidad del otro progenitor. En determinadas ocasiones se puede dar un conflicto de intereses, el interés del *nasciturus* a que se reconozca su filiación y el interés de un progenitor a que se respete su derecho a la intimidad. Es un tema de interés prevalente. Y es que no es posible que el padre reconozca a un hijo sin desvelar la identidad de la madre embarazada<sup>91</sup> y por tanto infringir la prohibición del artículo 122 del Código Civil. A pesar de esto, existen autores que consideran que tal prohibición se debe flexibilizar para permitir que el *nasciturus* tenga una paternidad definida y se cumplan anticipadamente los deberes de asistencia, en definitiva, hacer prevalecer el interés del *nasciturus* al de la intimidad de la madre, ya que para ellos no rige el principio de *mater semper certa est* y se entiende que se puede infringir el artículo y que el reconocimiento será válido<sup>92</sup>. Otros opinan que para el caso sería admisible este reconocimiento bajo la condición de audiencia de la madre<sup>93</sup> (futura madre) enmarcada en el procedimiento de aprobación judicial. Por último hay quien considera que el reconocimiento hecho unilateralmente por el padre queda condicionado al reconocimiento hecho por la madre, de manera que cuando este último se efectúa, la prohibición del artículo 122 del Código Civil deja de aplicarse<sup>94</sup>.

Los partidarios de la aplicación íntegra de este artículo llegan a la imposibilidad del reconocimiento del *nasciturus* por parte del padre sin deseo de la madre de ser

---

<sup>89</sup> Pozo, J.A., *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*, Trivium, Madrid, 1993, p. 136.

<sup>90</sup> Artículo 122 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889) modificado por el artículo 1 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE, 19 de mayo de 1981).

<sup>91</sup> En la práctica podemos ver el caso en la jurisprudencia. Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de septiembre de 1994 1404/1994 (FJ 2) (visto en Macía Morillo, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2003, pp. 59-83) en el que no se reconoce la filiación hecha por reconocimiento del padre, sin consentimiento de la madre.

<sup>92</sup> Peña Bernaldo de Quirós, M., *Op. Cit.*, pp. 773 y ss.

<sup>93</sup> Lacruz Berdejo, J.L., y Sancho Rebullida F. A., *Op. Cit.*, p.652.

<sup>94</sup> De la Cámara, *Op. Cit.*, p. 428.

conocida. Sin embargo, ha de interpretarse que el artículo 122 no está prohibiendo realizar el reconocimiento, no es esa su finalidad, pero sí que es la consecuencia a la que se llega por aplicación del mismo. La finalidad de este artículo es simplemente impedir desvelar la identidad de uno de los progenitores pero no privar al *nasciturus* de un reconocimiento de paternidad. El precepto no se aplica al caso de un reconocimiento unilateral por parte de uno de los progenitores sin necesidad de identificar al otro, y en los casos en los que se de un reconocimiento por ambos progenitores, ya que no está conculcando el derecho a la intimidad de uno de los progenitores.

Sin embargo, ante el conflicto particular de derechos se considera que el que prevalece no es el de la protección a la identidad de la madre sino la protección a la parte débil de la relación jurídica, que es en este caso el *nasciturus*<sup>95</sup>.

Por tanto se considera este reconocimiento como un reconocimiento válido, cosa distinta es su eficacia, ya que dicha eficacia depende del cumplimiento de las circunstancias del artículo 30 del Código Civil.

No se incluyen en el supuesto casos extremos en los que la jurisprudencia ha considerado que no es admisible el reconocimiento de la paternidad para el *nasciturus* cuando el padre falleció años atrás y nunca dio su consentimiento, ni siquiera a una futura relación paterno-filial. Así se puede comprobar para el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de diciembre de 2003<sup>96</sup>, en donde, la mujer que una vez muerto su marido decide inseminarse con sus células reproductivas (que habría congelado porque padecía leucemia y no lo utilizó porque falleció) sin su consentimiento. No se reconoce aquí ninguna relación de filiación. Podría haber sido un donante anónimo. No había consentimiento del padre y no hay relación de filiación. El consentimiento expreso no es sustituible. El *nasciturus* no sería aquí hijo de su padre.

La tesis expuesta se confirma con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2015<sup>97</sup>. En esta Sentencia, se considera al *nasciturus* como miembro de la unidad familiar. El Tribunal Constitucional considera que el concebido no nacido puede ser considerado miembro de la unidad familiar para que la misma se pueda beneficiar de beneficios sociales. En el caso, se necesitaban puntos extra para el acceso a un centro escolar.

---

<sup>95</sup> Macía Morillo, A., *Op. Cit.*, pp. 59-83.

<sup>96</sup> Auto Audiencia Pública de Valencia de 23 de diciembre de 2003 273/2003 (EDJ 2003/224246, FJ 1).

<sup>97</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2015 rec. 6424/2014 (EDJ 2015/252356, FJ 4 y 5).

Así vemos que salvo casos extremos, se admite por extensión del artículo 29 del Código Civil el reconocimiento de filiación al concebido no nacido y en opinión de parte de la doctrina este derecho debe prevalecer a los intereses de la madre. La protección del *nasciturus* no se queda en la esfera de protección tradicional meramente patrimonial y va más allá.

#### 4.2 Adquisición de la nacionalidad *iure sanguinis*

La cuestión de la adquisición de la nacionalidad *iure sanguinis* (cuando uno de los dos progenitores es español) ha sido una cuestión muy estudiada. No cabe duda a la hora de afirmar que el *nasciturus* es español siempre que uno de los dos progenitores sea español y lo continúe siéndolo en el momento del nacimiento, esto no presenta problemas prácticos, aunque sí conceptuales. El verdadero problema práctico y conceptual que se suscita aquí es si el ya nacido es español cuando uno de los progenitores era español en el momento de la concepción pero ha perdido la nacionalidad en el transcurso del tiempo desde que el niño es concebido hasta que ha nacido y el *nasciturus* nace fuera de España. La afirmación de esta cuestión entraría a otorgar la nacionalidad española a un concebido no nacido.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 7 de septiembre de 2001<sup>98</sup>, establece que un nacido en Argentina ha sido considerado español cuando uno de los progenitores era español al momento de la concepción y perdió la nacionalidad en el transcurso del tiempo hasta el nacimiento. Esta resolución se ve respaldada por dos resoluciones anteriores de 31 de marzo de 1992<sup>99</sup> y 12 de junio de 1993<sup>100</sup>. Las Resoluciones lo que aclaran es el hecho de que el término nacido al que se refería también al concebido, por aplicación del artículo 29 del Código Civil.

Las resoluciones expuestas sientan doctrina en la consideración del *nasciturus* como susceptible de adquirir la nacionalidad *iure sanguinis*. En el caso de que la perdiese el progenitor antes del nacimiento, el niño ya nacido la seguiría conservándola, puesto que ya era español siendo *nasciturus*. Se puede notar que es una ventaja para el *nasciturus*.

---

<sup>98</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 7 de septiembre de 2001 (EDD 2001/65815, FJ 3 y 4).

<sup>99</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 31 de marzo de 1992 (EDD 1992/3098, FJ 3).

<sup>100</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado 12 de junio de 1993 (EDD 1993/6949, FJ 2 y 3).



### 4.3 Reclamación extracontractual por daños sufridos por el *nasciturus*

El *nasciturus* es susceptible de sufrir daños durante el embarazo. Los sujetos activos de estos daños pueden ser diversos. El daño más obvio que el *nasciturus* puede sufrir es el que le inflijan sus propios padres. Pero este no es el único, también pueden infligirle daño los especialistas médicos. De las actuaciones sanitarias pueden derivar responsabilidades para el propio especialista (y/o la Administración). También puede derivar responsabilidad en el caso de sucesos fortuitos o accidentes que afecten directa o indirectamente al concebido no nacido.

Además de ello, existen otros tipos de reclamación extracontractual, pero el sujeto activo que inflige el daño no queda tan definido. Se habla del caso del aceite de colza, la talidomida, etc. En estos casos no se ha encontrado responsabilidad, por lo general.

En los apartados que sigue se analizarán los casos de reclamaciones extracontractuales en función de quién sea el sujeto activo del daño.

#### 4.3.1 Daños infligidos por los progenitores al feto

En este apartado no existe apenas jurisprudencia, pero la doctrina si que se ha pronunciado sobre la posibilidad de las reclamaciones de responsabilidad civil extracontractual por daños materiales o morales causados al *nasciturus* durante su gestación. La responsabilidad se deriva del artículo 1.902 del Código Civil<sup>101</sup>. La doctrina se ha planteado esta posibilidad en relación a dos situaciones concretas. La primera de ellas es la derivada de la conducta de los progenitores que causa directamente enfermedad al *nasciturus*.

En estos casos la responsabilidad civil extracontractual puede derivar o no de la comisión de un delito. Queda clara la situación que surge de un delito por la que se obtiene una indemnización. Así surge con el delito de lesiones al feto del artículo 157 del Código Penal<sup>102</sup>. El sujeto activo de este delito puede ser cualquiera, incluso los progenitores. Se pueden mencionar dos supuestos concretos, el primer lugar el derivado de los malos tratos del padre sobre la madre embarazada que pueden derivar en lesiones al feto<sup>103</sup>. El segundo sería el caso en el que la mujer embarazada tiene un comportamiento descuidado con dolo

---

<sup>101</sup> Artículo 1.902 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889).

<sup>102</sup> Artículo 157 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, 24 de noviembre de 1995).

<sup>103</sup> Páez Fletcher, E. S. y Martínez Manosalvas, S. S., *Título IV: "de las lesiones al feto"*. *Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 637-641.

eventual respecto al feto (mujeres embarazadas toxicómanas o alcohólicas que provocan daños al feto)<sup>104</sup>. Sin embargo en estos casos el estado de la madre puede llegar a constituir en ocasiones una causa de eximente. Se admite la posibilidad de comisión por omisión del delito, se referiría a situaciones en las que la madre no ha realizado una determinada actuación que ha derivado en daños en el feto. El artículo 158 del Código Penal<sup>105</sup> se refiere al delito anterior llevado a cabo con imprudencia grave, este delito excluye a la embarazada como sujeto activo del delito. Parece claro por el artículo 109 del Código Penal<sup>106</sup> que de los delitos se derivará también una responsabilidad patrimonial. Se plantea entonces el problema objeto de discusión. Si no existe responsabilidad penal por parte de los progenitores, puede haber responsabilidad civil o la misma se excluye.

En estos casos, la doctrina ha centrado sus dudas en la posibilidad de exigir responsabilidad a la madre. En primer lugar, se ha considerado que puede atentar contra la vida personal de la madre y su intimidad, el tener derecho a exigirle un nivel de diligencia superior al de una mujer normal<sup>107</sup>. El segundo inconveniente sería la falta de antijuridicidad ante un comportamiento no ilícito de la madre pero que sin embargo si que causa daño al niño<sup>108</sup>.

El segundo tipo de responsabilidades serían las derivadas de la transmisión al *nasciturus* de enfermedades o taras contagiosas o genéticas procedentes de los padres. Para este supuesto en concreto, se distinguen tres tipos de situaciones, la primera es el caso en el que los padres son desconocedores de la enfermedad o tara que están transmitiendo al niño. El segundo caso se da cuando la enfermedad se tenía antes de la concepción y la probabilidad de transmitirla es muy alta. La tercera y última situación se da cuando la enfermedad se transmite durante la gestación, sin que sea probable la transmisión anterior<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> Ídem, pp. 637-641.

<sup>105</sup> Artículo 158 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, 24 de noviembre de 1995) modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, 26 de noviembre de 2003).

<sup>106</sup> Artículo 109 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, 24 de noviembre de 1995) modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, 31 de marzo de 2015).

<sup>107</sup> Macía Morillo, A., *Op. Cit.*, pp. 59-83

<sup>108</sup> Ruiz Larrea, N., “El daño de procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos”, *La Ley*, 1998, vol. 1, D-62, pp. 2039-2046.

<sup>109</sup> Ídem, p. 2039-2046.

En el primero de los casos no cabe exigirle responsabilidad a los padres por lo ocurrido, no habría ni un comportamiento negligente por su parte<sup>110</sup>. En el segundo de los supuestos mencionados, es cierto que la responsabilidad va aparejada muchas veces con la probabilidad de que ocurra el suceso<sup>111</sup>. Sin embargo, en los casos en los que es muy probable que ocurra, no estaríamos ante los supuestos penales anteriores pues la lesión no ha sido efectivamente causada durante la gestación. En este caso, y a falta de jurisprudencia española, se examina la sentencia italiana, Sentencia del Tribunal de Piacenza de 31 de julio de 1950<sup>112</sup>, en la que se le reconoció la responsabilidad a un padre por transmitirle a su ahora hija la sífilis en el momento de la concepción. Es un delito transmitirla a persona, también lo sería pues transmitirla a los *nasciturus* (responsabilidad civil derivada del asunto).

En la doctrina española también se encuentran posiciones encontradas, así encontramos opiniones que consideran innecesaria la exigencia de responsabilidad civil en estos casos, por considerar, en primer lugar, una solución muy áspera para las relaciones paterno-filiales, y por otro una solución no adecuada para una materia como la genética que es superior al nivel de cultura medio en España. Sin embargo, hay quien considera que los padres podrían ser civilmente responsables de la transmisión de la enfermedad al niño antes de la gestación, y que el mismo podría ejercer la acción con defensor judicial<sup>113</sup>.

El último caso planteado sería el supuesto en el que los padres no han tomado las precauciones suficientes para no contagiar al *nasciturus* una vez ha sido engendrado. Dado que la transmisión de enfermedades en estos casos a una persona se encuadraría en delito de lesiones, no es descabellado pensar que se podría encuadrar en el delito de lesiones al feto del 159 del Código Penal, con la correspondiente responsabilidad civil por los daños causados.

Lejos de considerar que el feto está desprotegido en este aspecto, podemos comprobar que el feto se encuentra amparado por la doctrina en cuanto a su reclamación extracontractual durante el tiempo de gestación. Opinión enfrentada con la sostenida por

---

<sup>110</sup> Ruiz Larrea, N., *Op. Cit.*, p. 2039-2046.

<sup>111</sup> En nuestro derecho no existe obligación de diagnóstico previo para los grupos de riesgo (Macía Morillo, A., *Op. Cit.*, pp. 59-83).

<sup>112</sup> Sentencia del Tribunal de Piacenza de 31 de julio de 1950 (visto en Ubertazzi, B., “La ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*”, *ADC*, 2008, Tomo LXI, fasc. III, pp. 1.376).

<sup>113</sup> Ureña Martínez, M., “Comentario a la STS de 6 de junio de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 45, 1997, pp. 1105-1116.

cierto sector doctrinal que considera la facultad de disposición y decisión de la madre sobre el feto. Aquí parece evidente que el *nasciturus* tiene identidad propia.

#### **4.3.2 El nasciturus y los seguro de vida y de enfermedad**

No existen disposiciones legales que hagan efectiva la inclusión de un concebido no nacido como beneficiario de cualquier seguro. Se ha reconocido como tal, sobretodo a raíz de la labor jurisprudencial de los tribunales. La consideración del concebido no nacido como beneficiario de un seguro en concreto está íntimamente relacionado con el tipo de seguro, y la distinción de las situaciones ha sido también labor de la jurisprudencia. Precisamente en este apartado se examinará jurisprudencia al respecto para poder obtener una conclusión sobre si esta figura obtiene o no protección derivada de la condición de beneficiario de un seguro.

Podemos distinguir principalmente dos tipologías de seguros sobre los que habla la jurisprudencia. El tema principal de este trabajo no son los seguros por lo que se procede a una breve explicación de la clasificación realizada. La primera tipología se refiere a los seguros de vida. Se plantea la duda de si el *nasciturus* se puede considerar beneficiario de las indemnizaciones derivadas de este tipo de seguros, si el fallecimiento de la persona asegurada ha acaecido cuando el mismo ya estaba concebido pero aún no había nacido y por tanto no se consideraba persona. Así encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 11 de noviembre de 2002<sup>114</sup> en esta sentencia se le

---

<sup>114</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 11 de noviembre de 2002 67/2002 (EDJ 2002/63187, FJ 2): “El artículo 29 del Código Civil EDL 1889/1 establece que el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente, disponiéndose en el art. 30 EDL 1995/16398 que para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. **En cumplida la condición suspensiva de referencia (lo que acontece en el supuesto que se enjuicia) el tratamiento del nasciturus no difiere del que procede otorgar al nacido; es así pues que, siguiendo esta línea argumental, a la muerte de Raúl éste contaba con un hermano menor de edad al que cabe otorgar todos los efectos favorables que le son inherentes a esta condición y, por ende, también la convivencia puesto que, en ningún caso, permite la norma una aminoración o perjuicio de los derechos del nasciturus; 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 en el instante en que tales derechos le eran diferidos.** El legislador busca el amparo de esta concreta situación y le atribuye (si naciera) todos los efectos que pudieran redundar en su beneficio y, entre ellos, los que derivan de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados EDL 1995/16212 fundados en el fallecimiento de su hermano en accidente de tráfico; no cabe hacer una interpretación restrictiva del anexo de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación el cual ya de por sí, y en ocasiones, limita o cercena el derecho a la indemnidad de la víctima a la par que genera un agravio difícil de mantener y respecto a la indemnizaciones que se conceden cuando la lesión se causa en otro ámbito de la actividad humana. Por demás y como se afirma por el Ministerio Fiscal en su recurso difícilmente podría hablar el Baremo EDL 1968/1241 del ‘nasciturus’ y por cuanto el Código Civil EDL 1889/1 le imputa siempre la

reconoce al *nasciturus* el derecho a percibir indemnización de un accidente del que resultó fallecido el futuro hermano del *nasciturus*. En la misma se concluyó que el artículo 29 del Código Civil amparaba precisamente esta situación. El baremo de la indemnización se moduló para dar cabida al ya nacido pero *nasciturus* en el momento del accidente. Por otro lado, encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de septiembre de 2000<sup>115</sup> en la cual se procede a regular el baremo correspondiente a la indemnización para incluir en el mismo al ahora menor en el momento de dictar la sentencia, pero *nasciturus* en el momento del suceso en el que perdieron la vida el padre, la hermana y los abuelos del concebido no nacido. Nuevamente se procede a incluirlo en virtud del mencionado artículo 29 del Código Civil.

Con referencia a la misma categoría de seguro se pueden encontrar casos en los que no es beneficiario de indemnización el concebido no nacido, sino que el caso es distinto, el afectado en este caso es el concebido no nacido. Su pérdida regula la cantidad objeto de indemnización a los supervivientes. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 6 de abril de 2004<sup>116</sup> en la que se plantea si los abuelos pueden recibir una indemnización mayor derivada de la pérdida del *nasciturus* (junto con la pérdida de sus progenitores). En este caso no se recurre al artículo 29 del Código Civil, sino que se

---

cualidad de nacido a todos los efectos que le favorezcan. Cabe así pues acoger el recurso formulado por el Ministerio Fiscal y por los padres del *nasciturus* (ya nacido)".

<sup>115</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de septiembre de 2000 683/2000 (EDJ 2000/52636, FJ 4): "Seguidamente procede analizar la corrección de las indemnizaciones acordadas por el Juez de Instrucción a favor del menor Iván, que en el momento del accidente se encontraba todavía en el claustro materno y perdió en dicho siniestro a su padre, hermana y abuelos paternos. Argumenta el Juez de Instrucción que, aunque el '*nasciturus*' no esté previsto expresamente como perjudicado/beneficiario en el actual sistema de baremos, éste puede serle aplicado como si de un hijo más se tratara en virtud de lo dispuesto en el art. 29 del Código Civil EDL 1889/1".

<sup>116</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 6 de abril de 2004 150/2004 (EDJ 2004/202178, FJ 1): "Es indubitado que el '*nasciturus*', aún (*sic*) cuando civilmente no ostente la condición de "persona" (art. 29 y 30 c.cv), es objeto de indemnización derivada del daño moral causado por su pérdida. Así se desprende, tanto de la tabla I del Anexo de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212, como de la tabla IV, y, tanto por fallecimiento de la madre, (es decir, cuando la madre es víctima falleciendo por el accidente, como ocurre en nuestro caso), como cuando la madre no fallece y solo tiene lesiones (Tabla IV), e, incluso cuando la madre embarazada no sufre lesión alguna, pero a pesar de ello pierde el feto (inciso de la tabla IV). Es claro, pues, que la pérdida del feto es un daño y ni valor moral susceptible de indemnización a través de la determinación de su '*Pretium doloris*', como factor de corrección. 2ª- Asimismo, es claro que la indemnización por pérdida del feto no se plantea como una indemnización principal, sino como un "factor de corrección"; lo cual supone que tiene que recaer sobre los perjudicados que reciban esa indemnización principal, bien sea por daño moral derivado del fallecimiento de la madre, bien sea por daño propio derivado de secuelas, o, como hemos visto, incluso cuando no haya secuelas para la madre. Planteado el debate en estos términos, procede discrepar de la tesis del recurrente de que habiendo fallecido ambos progenitores no existe '*perjudicado*' que pueda obtener la indemnización por el feto, pues tal indemnización solo es posible para los padres en el caso de que al menos uno de ellos sobreviva en el siniestro. Interpretando, tanto de forma sistemática la norma, como sobre todo, en forma teleológica, y sin necesidad de acudir a la analogía (art. 4 C.Cv), como entiende la juzgadora de instancia la norma dubitada, procede considerar que en el peculiar y especialmente doloroso caso que nos ocupa, los abuelos tienen derecho a obtener la indemnización fijada por el hijo que esperaban los fallecidos".

reconoce la posibilidad de considerar al *nasciturus* como elemento en la corrección de la indemnización que percibirán los abuelos, por la pérdida del matrimonio y del concebido no nacido. Esta corrección de la indemnización estaba reconocida en la legislación respectiva<sup>117</sup>. No se reconoce que exista la posibilidad de la aplicación del artículo 29 del Código Civil en este caso. La peculiaridad de esta sentencia es el hecho de considerar a los abuelos como beneficiarios de la corrección valorativa que supone el *nasciturus*, siendo el beneficiario normal de la misma el progenitor.

De otro lado, encontramos la categoría de seguros de enfermedad. En este caso lo que se hace es incluir al *nasciturus* en el seguro de la madre, como asistencia médica al parto y la gestación. Y se procede a incluirlo como beneficiario del seguro materno o paterno en el momento del nacimiento. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2014<sup>118</sup> demandante es el hijo de la titular del seguro, no la propia titular, en relación a los daños sufridos a causa del parto. Se establece que como beneficiario del seguro, pese a no ser titular tendría legitimación activa en el proceso. En cuanto a su situación como *nasciturus*, se establece en la sentencia que la conclusión sería la misma como prolongación de las consecuencias del artículo 29 del Código Civil, por lo que se puede entender que sería beneficiario del seguro también en este estado. En cuanto a considerar al *nasciturus* como beneficiario, no del seguro de salud de la madre sino del padre, no se considera que pueda darse esta situación, y se insiste en la opción de considerar al *nasciturus* dentro de las prestaciones de gestación y parto del seguro de salud de la madre. Así encontramos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

---

<sup>117</sup> Tablas I y IV del Anexo de la Ley 30/1995, de 8 d noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE, 9 de noviembre de 1995) reformada por la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (BOE, 18 de julio de 2006).

<sup>118</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2014 428/2014 (EDJ 2014/211144, FJ 2): “La situación producida es la usual en este tipo de pólizas de seguro de asistencia sanitaria. Conforme consta por las certificaciones obrantes a los folios 374 y 623, la titular de la póliza de seguro de asistencia sanitaria era la madre D<sup>a</sup> Andrea, prestándose la asistencia sanitaria durante la gestación y el parto con cargo a la anterior póliza, e incorporándose el niño desde su nacimiento como asegurado o beneficiario de la póliza, hasta que el cuatro de agosto de 2000 se le incorpora formalmente como beneficiario, lo que no quiere decir que desde su nacimiento a la anterior fecha no fuera beneficiario, sino que esta condición la adquiere automáticamente con su nacimiento, debiendo formalizarse en un determinado plazo; circunstancias de sobra conocidas tanto por la demandada como por cualquier asegurado en este tipo de pólizas que haya tenido hijos, por lo que no parece una conducta procesal de demasiada buena fe crear confusión acerca de este particular. La consecuencia, y en directa aplicación de lo establecido en el artículo 7.3 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , es que el menor demandante Bienvenido, como beneficiario de la póliza de seguro de asistencia sanitaria, tiene legitimación para ejercitar una acción de responsabilidad contractual contra la demandada. Si nos fijamos en la figura jurídica del *nasciturus*, la conclusión es la misma, pues el artículo 29 del Código Civil EDL 1889/1 tiene al concebido por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30 del mismo cuerpo legal”.

Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de abril de 2016<sup>119</sup>, en la que el tribunal establece que la asistencia médica del concebido no nacido está íntegramente vinculada a la de la madre embarazada y el tratamiento médico no puede ser diferenciado, por lo que se entiende que no se puede incluir como beneficiario en el seguro de enfermedad del padre durante el tiempo de su gestación y hasta su nacimiento.

En la temática de seguros de vida y seguros de enfermedad, el *nasciturus* tiene un papel relevante. Sin embargo, la aplicación extensiva que la jurisprudencia hace del artículo 29 en estos casos se circunscribe fundamentalmente a dos supuestos. El primero, en la consideración del concebido no nacido como persona beneficiaria de un seguro de vida como consecuencia de un accidente en el que fallecen familiares de mismo. El segundo, en la consideración del concebido no nacido como persona legitimada activamente en un proceso contra una compañía de seguros, que cubra su seguro de enfermedad, por los daños sufridos durante el parto, cuando el nacimiento no se ha producido y el mismo no es considerado como persona. Esto último está íntimamente relacionados con la protección que se otorga al mismo en el ámbito extracontractual y también la especial protección en el ámbito sanitario.

#### **4.3.3 Reclamación extracontractual en el ámbito sanitario**

En este aspecto las acciones más populares en la jurisprudencia actual son las acciones *wrongful birth* y las acciones *wrongful life*. Estas acciones consisten en el error de los especialistas en el diagnóstico prenatal. Los especialistas fracasan en el diagnóstico de malformaciones en el feto y privan del derecho a la madre de su facultad de optar por abortar. Las primeras son las que puede ejercer la madre contra el médico. Las segundas son las que puede ejercer el hijo una vez haya nacido<sup>120</sup>. Estas acciones son relativamente

---

<sup>119</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de abril 2016 272/2016 (EDJ 2016/84141, FJ 2): “Visto lo anterior, la cuestión nuclear de este recurso consiste en determinar, como ya hemos adelantado, si el hijo del recurrente, concebido y no nacido, tiene encaje, como beneficiario, en la categoría de los descendientes del mutualista, y, por otro lado, si cumple el resto de los requisitos reglamentariamente establecidos a tal efecto, cuestión que ha de ser resuelta en sentido negativo toda vez que la asistencia médica del concebido es inescindible de la propia de la madre embarazada, que no tiene la consideración de beneficiaria de MUFACE a tenor de lo anteriormente expuesto, es decir, no puede ser distinto o diferenciado el tratamiento médico del concebido del de la madre hasta la finalización del parto, momento a partir del cual, con la concurrencia de los requisitos de viabilidad establecidos en el Art. 30 del C.C., se produce la adquisición de la personalidad jurídica, y, por tanto, la aptitud para ser titular de derechos - entre los que figura el de ser beneficiario del régimen de prestaciones de MUFACE - por parte del nacido conforme a lo dispuesto en el Art. 29 del mismo texto legal, momento a partir del cual se puede solicitar la inclusión del recién nacido como beneficiario de dicho régimen de asistencia sanitaria, no antes”.

<sup>120</sup> Elizari Urtasun, L., “El daño en las acciones de *wornful birth* y *wrongful life*” *Revista Derecho y Salud*, vol. 19, 2009, pp. 139-163.

nuevas en la jurisprudencia española, provienen de la despenalización del aborto<sup>121</sup>, puesto que no se puede hablar de un supuesto derecho al aborto sin hablar de la despenalización del aborto. Este tipo de acciones encuentra una objeción importante en cuanto a considerar que la vida del niño es un daño en si misma<sup>122</sup>. La argumentación que sostienen los partidarios de este tipo de acciones es que todas las objeciones son puramente subjetivas y que hay que dejar de lado la subjetividad para que este tipo de acciones prospere<sup>123</sup>. También se habla de la privación del derecho a la información de los padres y poder tomar la decisión pertinente. Lo que se indemniza en este tipo de acciones son las expectativas de vida futura frustradas que los padres han sufrido, además del daño moral<sup>124</sup>. Algunas sentencias que reconocen esta posibilidad son la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011<sup>125</sup> o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de diciembre de 2011<sup>126</sup>.

Sin embargo, existen casos en los que el *nasciturus* ha resultado dañado por negligencia médica. Este es el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de marzo de 2004<sup>127</sup>. En ella se reconoce el derecho indemnización por daños al ahora niño pero en el momento de la causación del daño, *nasciturus*. La causa fue la ausencia del especialista y de los protocolos correctos en el momento del parto, con la única presencia de la matrona. Una complicación llevó a daños al feto, que nació con diversas lesiones. Todo esto supuso daños al feto que fueron indemnizados. Lo que se reclama a los profesionales es actuar de acuerdo con la *lex artis* que consiste en actuar con corrección profesional de acuerdo con las circunstancias del caso, es un nivel de diligencia superior<sup>128</sup>.

En el ámbito sanitario son comunes las acciones del niño por los daños causados por las entidades sanitarias cuando el mismo era *nasciturus*. Sin embargo, en este campo

---

<sup>121</sup> Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE, 4 de marzo 2010) y su reforma mediante la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo (BOE, 22 de septiembre).

<sup>122</sup> Elizari Urtasun, L., *Op. Cit.*, pp. 139-163.

<sup>123</sup> Ídem., pp. 139-163.

<sup>124</sup> Martín Casals, M. y Solé Feliu, J., “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar” *InDret*, n. 217, Barcelona, pp. 2-12.

<sup>125</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011 344/2011 (EDJ 2011/95532, FJ 3).

<sup>126</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de diciembre de 2011 595/2011 (EDJ 2011/348980, FJ 2 y 3).

<sup>127</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de marzo de 2004 rec. 307/2000 (EDJ 2004/18708, FJ 2).

<sup>128</sup> Fernández Entralgo, J., “Responsabilidad Civil de los Profesionales Sanitarios. La *lex artis*. Criterios Jurisprudenciales”, *Revista jurídica de Castilla y León*, n.3, 2004, pp. 147-231.



está siendo, como se ha dicho, novedoso las acciones por falta o ausencia de información suficiente que le lleven a la madre a tomar la decisión de abortar o no. Se puede afirmar que en este ámbito es dónde más está cobrando importancia la legislación relativa a la despenalización del aborto y por ello, dónde la desprotección está siendo más notoria, por la aparición de este tipo de acciones.

#### **4.4 Convenio regulador de los procesos de separación o divorcio**

Como ya se ha mencionado con anterioridad la madre es fácil determinar, por razones biológicas. El padre no se determina tan fácilmente. Así el padre, en principio, se presume que es el marido de la madre, si hay separación por sentencia se requerirá la prueba de la convivencia. El artículo 116 del Código Civil<sup>129</sup> establece que se presumen hijos del marido los nacidos después del matrimonio pero antes de que pasen 300 días desde su disolución o separación legal o de hecho. Y, como ya se ha establecido, la determinación de la filiación lleva consigo una serie de obligaciones tales como la patria potestad u obligaciones de alimentos, etc. Así estas obligaciones no surten efecto hasta el momento del nacimiento, pero lo cierto es que hay una circunstancia en la que se tienen prever y tasar estas obligaciones, llegar a un acuerdo entre los dos progenitores sobre las mismas. Este momento es el momento en el que un matrimonio se divorcia o se separa.

A partir de entonces, los progenitores se ven obligados a adoptar medidas provisionales que normalmente llevan a la redacción de un convenio regulador en el que se trata sobretodo las obligaciones que los padres tendrán que asumir respecto a sus hijos o futuros hijos.

Así se establecen medidas para los futuros hijos, y las obligaciones se dejan en suspensión hasta el momento del nacimiento. En relación a la obligación de alimentos y demás obligaciones pecuniarias de uno de los progenitores, serán recibidas por el otro, el que ostente la guarda y custodia del ya recién nacido, quien los administrará. La jurisprudencia avala esta perspectiva. La Sentencia de Primera Instancia número 3 de San Sebastián de mayo de 2004<sup>130</sup> aprobó un convenio regulador, previo consentimiento de la Fiscalía de Guipúzcoa, en el que se establecía una pensión de alimentos y un régimen

---

<sup>129</sup> Artículo 116 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889): “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”.

<sup>130</sup> Sentencia de Primera Instancia número 3 de San Sebastián de mayo de 2004 (vista en Garabal, M., “La protección del nasciturus en el proceso de divorcio” *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 12, 2016. pp. 1-8).

de visitas para el futuro niño, que quedaría en suspenso hasta el nacimiento del niño. La Sentencia del la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de febrero del 2000<sup>131</sup> establece una pensión de alimentos a favor de un feto, que quedará en suspenso hasta su nacimientos. Se considera en esta sentencia que este es un derecho propio del *nasciturus* y no un mero derecho futuro. Además se considera un efecto favorable en virtud del artículo 29 del Código Civil.

Es cierto que gran parte de la jurisprudencia reconoce que el *nasciturus* merece el reconocimiento de los derechos derivados de las relaciones paterno-filiales. Sin embargo la intensidad en el reconocimiento de estas relaciones varía en función de la jurisprudencia. Así, podemos encontrar en la jurisprudencia dos sentencia contradictorias. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 4 de octubre de 2005<sup>132</sup> donde se reconoce la prestación de alimentos a favor del concebido no nacido pero limitándose a lo necesario para vivir. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 21 de diciembre de 2007<sup>133</sup>, establece que la cantidad de la prestación tiene que ser acorde a las necesidades del niño y no sólo lo mínimo para subsistir, también se tienen que tener en cuenta las condiciones del alimentista y fijar un salario acorde a todas estas circunstancias.

Esto ha sido en el caso de las obligaciones de alimentos, pero en cuanto al uso de la vivienda la cosa es distinta. Así, encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de marzo de 2006<sup>134</sup>, en la cual se plantea la posibilidad de dejar la vivienda en atención a las necesidades del menor, a disposición del cónyuge que ostente

---

<sup>131</sup> La Sentencia del la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de febrero de 2000 62/2000 (EDJ 2000/8669, FJ 2): “ El precepto es plenamente aplicable al presente caso pues se trata de un concebido, la concesión de alimentos es sin duda un efecto favorable y el derecho se condiciona al posterior nacimiento, pues la parte pide los alimentos a partir del nacimiento. No se trata por tanto de un derecho futuro sino del derecho que se le reconoce al *nasciturus* por el art. 29 CC EDL 1889/1 sin que de su declaración en este juicio pueda derivarse indefensión alguna para el padre, quien sin duda conoce el nacimiento ya producido. En todo caso el reconocimiento del derecho se condiciona sin problema alguno al efectivo nacimiento, solución más lógica que remitir a un posterior incidente de modificación de medidas”.

<sup>132</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 4 de octubre, de 2005 414/2005 (EDJ 2005/337863 FJ 1): “En el caso de autos, atendiendo a la fundamentación jurídica de la resolución recurrida no puede estimarse el recurso de apelación interpuesto toda vez que la estimación parcial de la demanda no se basa única y exclusivamente en el hecho de que no haya quedado probado el motivo de oposición esgrimido por la parte apelada sino que en todo caso la pensión por alimentos debe de fijarse atendiendo a las necesidades del que las recibe”.

<sup>133</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 21 de diciembre 2007 602/2007 (EDJ 2007/322009, FJ 3).

<sup>134</sup> Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de marzo de 2006 223/2006 (EDJ 2006/273892, FJ 1 y 2). Establece que no habiéndose casado la pareja y no habiendo cumplido el plazo de dos años de convivencia para uniones estables, aunque la mujer haya quedado embarazada en le periodo de convivencia, no se otorga al *nasciturus* y a la madre la disposición de la vivienda común, la gestación no es motivo suficiente para privar al propietario el uso de la vivienda.

la guarda y custodia del niño. La vivienda era propiedad del otro cónyuge y además se consideraba vivienda familiar. Sin embargo, finalmente el Tribunal opta por hacer privativo el derecho del propietario al uso y disfrute de su vivienda. Ésta es la excepción ya que la jurisprudencia mayoritaria opta por dejar la vivienda al cónyuge custodio del futuro niño.

Por último, y en consideración a la modificación de las medidas provisionales tras una separación o divorcio, se considera que la existencia de un concebido no nacido es una circunstancia de peso para la modificación de tales medidas. En el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de noviembre de 2002<sup>135</sup>, en la que consideran la propia realidad de un *nasciturus* como un motivo de peso para la modificación de las medidas en un proceso de divorcio por razón del *nasciturus*.

## 5. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Se ha puesto de manifiesto que el concebido no nacido goza de una notoria protección en el Derecho Civil. Dicha protección, a nuestro parecer, es contradictoria con la desprotección en otras ramas del Derecho. Existen dos tendencias contradictorias. Parecía que la intención del legislador era modificar la protección de esta figura en una rama del Derecho, el Derecho Penal, quedando el resto intactas. Sin embargo, la desprotección del Derecho Penal está empezando a influir en el Derecho Civil por la vía de las reclamaciones *wrongful life* y *wrongful birth*, quedando el amparo otorgado al concebido no nacido por el Derecho Civil empañado. Entendemos que el reconocimiento de estas acciones ha estado imbuido por la legislación despenalizadora del aborto, se tendría que analizar su viabilidad real en nuestro ordenamiento jurídico. A todo esto, se le suma el hecho de que provocan un claro declive en la protección al concebido no nacido.

Por ello, se realiza una propuesta de *lege ferenda* para que la protección al *nasciturus* del ordenamiento civil no quede empañada ni debilitada por la desprotección que el concebido no nacido, a nuestro juicio, está sufriendo en otras ramas del ordenamiento jurídico y que están ya teniendo reflejo al Derecho Civil. Así, se propone una modificación del artículo 29 del Código Civil. Dicha modificación consiste en la

---

<sup>135</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de, 22 de noviembre de 2002 rec. 357/2002 (EDJ 2002/68238, FJ 2).

inclusión de una lista de situaciones favorables en las que el concebido se tiene por nacido para el Derecho Civil.

La lista tiene carácter de *numerus apertus* y se basa en los supuestos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado como casos de aplicación extensiva del artículo 29 del Código Civil, y que han sido analizados en el presente trabajo.

Así, el artículo 29 quedaría redactado de la forma que sigue.

“Artículo 29 del Código Civil

El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca según expresa el artículo siguiente.

Se entenderán como efectos favorables, entre otros, y, en todo caso, los derivados de:

- a) El reconocimiento de su filiación.
- b) La atribución de la nacionalidad *iure sanguinis*, en caso de pérdida de la nacionalidad española por su progenitor.
- c) El reconocimiento en el convenio regulador.
- d) El derecho de indemnización por los daños que sufra en casos de responsabilidad civil.

Sin perjuicio de otros efectos que el propio Código y otra normativa reconocen al *nasciturus* en especial”.

Se realiza una modificación de la redacción del artículo 29 en su primera parte. La finalidad es adaptar el artículo a la nueva redacción del artículo 30 (ya no hay condiciones de nacimiento, como antaño).

Se entiende que dicha regulación es necesaria para la protección de esta fase de la vida de las personas físicas. Siendo la fase inicial, es imperativo un nivel de protección como el presente, y más imperativa es su conservación. En el ordenamiento jurídico civil se aboga por el principio de equidad entre los nacidos y los no nacidos en el ámbito patrimonial, como se ha visto. La misma igualdad tendría que ser defendida para cualquier ámbito de la protección del concebido. No existe un derecho de disposición de la vida humana, sino un deber de conservación. Y con esta propuesta se pretende evitar que la desprotección en otras ramas del ordenamiento no vaya a más en el ámbito civil.

## 6. CONCLUSIÓN

Tras un análisis detallado sobre las distintas formas de protección del *nasciturus* podemos concluir lo siguiente:

1. En relación con el primer objetivo planteado en la introducción del trabajo, la protección tradicional otorgan unos niveles básicos de amparo al concebido no nacido, sobre todo a nivel patrimonial, alcanzando también los aspectos procesales. El sentido de esta protección, a nuestro entender, es evitar una situación discriminatoria para el concebido no nacido en relación a los nacidos sólo por el hecho de retrasarse su nacimiento.
2. En relación con el segundo de los objetivos planteados al inicio del trabajo se han llegado a estas conclusiones.
  - 2.1 Al amparo del artículo 29 del Código Civil, el *nasciturus* se tiene por nacido, en cuanto al reconocimiento de la filiación, la adquisición de la nacionalidad *iure sanguinis* y las disposiciones a su favor que se pueden expresar en el convenio regulador. En estos aspectos ha sido aceptada la protección del concebido no nacido tanto doctrinal como jurisprudencialmente. El concebido no nacido es equiparado al nacido y, en ocasiones, resulta mejorado. A nuestro parecer, la posibilidad de modificar fácilmente las medidas fijadas en un convenio es una clara ventaja con respecto a los ya nacidos.
  - 2.2 Las reclamaciones de indemnizaciones por contratos de seguro de vida o por responsabilidad extracontractual cubiertas por contrato de seguro para el concebido no nacido son tan beneficiosas como para el ya nacido. Asimismo, su consideración en los seguros de enfermedad presenta aspectos favorables en cuanto se considera incluido en el seguro de la madre y sólo a partir del nacimiento tendría que asegurarse autónomamente.
  - 2.3 Las reclamaciones por responsabilidad extracontractual que pueden llegar a tener los progenitores por los daños infligidos a los concebidos no nacidos es un tema puramente doctrinal hoy en día. No se niega la posibilidad de que tengan acogida jurisprudencial en el futuro. Entendemos que en este tema es necesario profundizar en la investigación.

- 2.4 En el ámbito sanitario las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* adquieren protagonismo. Las acciones en las que el niño reclama por daños sufridos por mala praxis médica siendo *nasciturus* quedan relegadas a un segundo plano. La legislación despenalizadora del aborto está influyendo en esta orientación.
3. En relación con el último objetivo del trabajo, se ha puesto de manifiesto que el concebido no nacido goza de una notoria protección en el Derecho Civil que está siendo cuestionada por la desprotección de otros sectores del ordenamiento. Y, por ello, se ha formulado una propuesta *de lege ferenda* para afianzar la protección civil.

## BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo García, M., *Comentarios al código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1978.
- Albaladejo García, M., *Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1979.
- Alonso Pérez, M., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, M., Tomo XIII, vol. 2, Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, p.75.
- Aliste Santos, T. J., “De la legitimación del concebido no nacido y la adopción de medidas cautelares a su favor”, *Justicia: revista de derecho procesal*, vol. 2, n.1, 2007, pp. 181-227.
- Aliste Santos, T. J., *Tutea judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011.
- Arroyo Amayuelas, E. *La protección al concebido en el Código Civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992.
- Cicu, A., Albaladejo, M., Valdecasa A.G., *Derecho de sucesiones, Parte General*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964.
- De Castro y Bravo, J.M., *Derecho Civil de España. Derecho de la persona*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2008.
- De la Cámara, "De la paternidad y filiación", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo III, vol. 1, , ed. Edersa, Madrid, 1984.
- De la Oliva Fernández, F., *Lecciones de Derecho Procesal II. El proceso civil, sus tribunales y sus sujetos*, Barcelona, 1983.
- Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, Tomo II, vol. 4, 12º edición, Tecnos, Madrid, 2017.
- Elizari Urtasun, L., “El daño en las acciones de *worngful birth* y *wrongful life*”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 19, 2009, pp. 139-163.
- Fernández Entralgo, J., “Responsabilidad Civil de los Profesionales Sanitarios. La *lex artis*. Criterios Jurisprudenciales”, *Revista jurídica de Castilla y León*, n.3, 2004, pp. 147-231.
- García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Imprenta de la Biblioteca de jurisprudencia, Madrid, 1879.

Garabal, M., “La protección del nasciturus en el proceso de divorcio” *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 12, 2016, pp. 1-8.

Gitrama González, M., *La administración de herencia en Derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.

Manresa y Navarro, J.M., *Comentarios al Código Civil Español I*, Instituto Editorial Reus, 6º edición, Madrid, 1943.

Macía Morillo, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Univerisidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2003.

Martín Casals, M. y Solé Feliu, J., “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar” *InDret*, n. 217, Barcelona, pp. 2-12.

Páez Fletcher, E. S., y Martínez Manosalvas, S. S., *Título IV:" de las lesiones al feto". Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid, 1999.

Polo Arévalo, E. M., “Origen y significado del principio "conceptus pro iam nato habetur" en Derecho Romano y su recepción en Derecho histórico español y en el vigente Código Civil” *Anuario de la Facultad de de Derecho de la Universidad de La Coruña*, n.11, 2007, pp. 719-740.

Peña Bernaldo de Quirós, M., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1984.

Pozo, J.A., *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*, Trivium, Madrid, 1993.

Ramos, A., Bonet, A. J, *Derecho Romano I. Parte general Proceso-Derechos reales*, Edersa, Madrid, 1981.

Royo Martínez, M., *Exposición Elemental de Derecho Civil español*, Edelce, Sevilla, 1951, pp. 46-47.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Derecho de la persona. Introducción al Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2016.

Ruiz Larrea, N., “El daño de procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos”, *La Ley*, 1998, vol. 1, D-62, pp. 2039-2046.

Samanes Ara, C., *Las partes en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000.

Sánchez Blanco, C., *Manual. Curso intensivo MIR Asturias. Ginecología y Obstetricia*, Asturias, 2015.



Lacruz Berdejo, J. L., y Sancho Rebullida F. A., *Derecho de Familia conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, vol. 4, fascículo 3º, Bosch, Barcelona, 1982, p. 652.

Ubertazzi, B., “La ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*”, *ADC*, Tomo LXI, fasc. III, 2008, pp. 1.361-1.387.

Ureña Martínez, M., “Comentario a la STS de 6 de junio de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 45, 1997, pp. 1105-1116.

Velayos Jorge J. J., “Comienzo de la vida humana”, *Cuadernos de bioética*, vol.11, n. 41, 2000, pp. 29-36.

## RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA

### Jurisprudencia Nacional

#### Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 53/1985 (EDJ 53/1985).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 116/1999 (EDJ 1999/11251)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2015 rec. 6424/2014 (EDJ 2015/252356).

#### Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril de 1963 1963/3125 (EDJ 1963/3125).

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2001 17/2001 (EDJ 2001/426

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 725/2002 (EDJ 2002/26085).

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 981/2004 (EDJ 2004/147762).

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2006 669/2006 (EDJ 2006/89255).

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2010 325/2010 (EDJ 2010/92239).

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010 710/2010 (EDJ 2010/253926).

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011 344/2011 (EDJ 2011/95532).

#### Jurisprudencia menor

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de septiembre 1404/1994<sup>136</sup>.

La Sentencia del la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de febrero de 2000 62/2000 (EDJ 2000/8669).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de septiembre de 2000 683/2000 (EDJ 2000/52636).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 11 de noviembre de 2002 67/2002 (EDJ 2002/63187).

Auto Audiencia Pública de Valencia de 23 de diciembre de 2003 273/2003 (EDJ 2003/224246).

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de marzo de 2004 rec. 307/2000 (EDJ 2004/18708).

---

<sup>136</sup> Visto en Macía Morillo, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Univerisidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2003, pp. 59-83.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 6 de abril de 2004 150/2004 (EDJ 2004/202178).

Sentencia de Primera Instancia número 3 de San Sebastián de mayo de 2004<sup>137</sup>.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 4 de octubre 2005 414/2005 (EDJ 2005/337863).

Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de marzo de 2006 223/2006 (EDJ 2006/273892).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 21 de diciembre de 2007 602/2007 (EDJ 2007/322009).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de diciembre de 2011 595/2011 (EDJ 2011/348980).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2014 428/2014 (EDJ 2014/211144).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de abril de 2016 272/2016 (EDJ 2016/84141).

#### Jurisprudencia Registral

Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado 12 de junio de 1993 (EDD 1993/6949).

Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 31 de marzo de 1992 (EDD 1992/3098).

Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 7 de septiembre de 2001(EDD 2001/65815).

#### **Jurisprudencia extranjera**

Sentencia del Tribunal de Piacenza de 31 de julio de 1950<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> Vista en Garabal, M., “La protección del nasciturus en el proceso de divorcio” *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 12, 2016, pp. 1-8.

<sup>138</sup> Vista en Ubertazzi, B., “La ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*”, *ADC*, Tomo LXI, fasc. III, 2008, p. 1.376.

## **RELACIÓN DE LEGISLACIÓN**

### **Leyes Orgánicas**

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE, 4 de marzo 2010).

Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo (BOE, 22 de septiembre).

### **Leyes Ordinarias**

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE, 19 de mayo de 1981).

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 4 de noviembre 1988).

Ley 30/1995, de 8 d noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE, 9 de noviembre de 1995).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, 8 de enero de 2000).

Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE, 22 de noviembre de 2003).

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE, 27 de mayo de 2006).

Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (BOE, 18 de julio de 2006)

### **Reales Decretos**

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, 25 de julio de 1889).