



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL CUIDADO DEL CONCEBIDO Y LA
RESPONSABILIDAD PARENTAL POR DAÑOS**

Autor: Guillermo Belzunce Macedo

5º E-5

Derecho Civil

Tutor: M^a Reyes Corripio Gil-Delgado

Madrid

2019

Resumen:

Este trabajo analiza la situación jurídica de los concebidos no nacidos, en particular la consideración que hace de estos sujetos nuestro Derecho Civil. Para ello se examina la regulación actual de protección, la posición de la doctrina al respecto y la jurisprudencia reseñable. Se comienza ofreciendo una perspectiva general del tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico aplica al *nasciturus*, para después analizar la protección que se les aplica en dos fases: previa y posterior al nacimiento. Del mismo modo, el trabajo trata una cuestión emergente en nuestro Derecho Civil, como es la responsabilidad parental por daños al concebido, ofreciendo una revisión del debate doctrinal y considerando la congruencia de la responsabilidad civil por daños a los padres que actúan con falta de diligencia en el cuidado de sus hijos.

Palabras clave:

Protección, *nasciturus*, concebido no nacido, responsabilidad civil, daños, responsabilidad parental, guarda prenatal.

Abstract:

This paper analyzes the legal situation of the unborn children, in particular the consideration that our Civil Law applies on these beings. In order to do so, the current protection regulation, the position of the doctrine on this subject and the relevant case law are examined. It begins by offering a general perspective of the treatment that our legal system applies to the *nasciturus*, to later analyze the protection applied to them in two phases: before and after birth. In the same way, the work deals with an emerging issue in our Civil Law, such as parental responsibility for damages to the conceived person, offering a review of the doctrinal debate and considering the congruence of civil liability for damages to parents who act with lack of diligence in the care of their children.

Keywords:

Protection, *nasciturus*, unborn person, civil liability, damages, parental responsibility, prenatal care.

Indice

Listado de abreviaturas	4
1. Introducción	5
2. Tratamiento del Concebido No Nacido en el Derecho Civil Español	6
3. La Protección del Concebido en la Fase Previa al Nacimiento	13
3.1 El interés superior del menor	14
3.2 La inseguridad jurídica en la protección al concebido no nacido	16
3.3 Conflicto de derechos	18
3.4 La guarda prenatal	22
4. La Posible Responsabilidad Parental por Daños al Concebido	26
4.1 Daños causados por conducta lesiva de los progenitores	26
4.2 Daños causados por transmisión genética o contagio a los hijos	29
<i>A) Casos en los que la transmisión se produce mediante la concepción, con el conocimiento los progenitores</i>	29
<i>B) Casos en los que el contagio de la enfermedad se produce de forma negligente durante la gestación, con el conocimiento de los padres</i>	33
5. Conclusiones	34
6. Bibliografía	37
6.1 Obras doctrinales	37
7. Anexo Documental	39
7.1 Legislación	39
7.2 Jurisprudencia	40

Listado de abreviaturas

Art.	Artículo
A.A.V.V	Autores Varios
BOE.	Boletín Oficial del Estado
CC.	Código Civil
CE.	Constitución Española
CP.	Código Penal
Idem.	Misma obra
n.	Número
Op. Cit.	Opere Citato (“obra citada”)
P.	Página
ss.	Siguientes
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo
Vid.	Viden (“véase”)

1. Introducción

El tratamiento al concebido no nacido ha venido levantando gran polémica en la doctrina de nuestro sistema de Derecho Civil. Dada la gran repercusión que este asunto genera en relación a múltiples disciplinas que involucran al Derecho, y que trascienden del mismo, una gran discusión se ha suscitado en torno a como regularlo.

Es evidente que este debate va mas allá de meramente articular un tratamiento jurídico, pues los factores sociales, biológicos, éticos y morales cuentan con un gran bagaje en la regulación de su protección y responsabilidad. Los avances científicos que nos ofrece la biología y medicina, han permitido delimitar progresivamente la forma de proteger a estos seres altamente vulnerables y desprotegidos en numerosas ocasiones ante la ley. Sin embargo, dada la regulación actual, altamente influenciada por el devenir histórico, y las limitaciones científicas, la mayor dificultad la encontramos al determinar cuando nace la personalidad que sirva de garante para la generación de derechos y obligaciones sobre el individuo. Factores como la religión, la filosofía (y la filosofía del derecho), la ideología política o la tradición, son grandes condicionantes en la regulación de la protección del concebido no nacido.

Al hilo del avance en las capacidades científicas actuales, se ha observado como hoy en día es posible detectar afecciones o enfermedades en los concebidos no nacidos, y del mismo modo como es posible tratarlas o evitarlas. Así nace la posibilidad de exigir a los padres contar con una diligencia especial, que en caso de faltar a ella podría derivar en responsabilidad por los daños que pudieran sufrir los hijos. Ante esta cuestión, se presenta un reto para el Derecho, y en particular para el Derecho Civil, pues todo debe comenzar por establecer un estatuto aplicable al *nasciturus*, que reduzca o amplíe la protección de estos seres. El Código Civil resulta ciertamente escueto al concretar un estatuto aplicable a los concebidos no nacidos, simplemente estableciendo una excepción positiva sin otorgarles la consideración de persona. Ha sido la doctrina la encargada de interpretar el alcance de la protección a los concebidos, en base a numerosos condicionantes como comentamos anteriormente.

Este trabajo buscara dar una respuesta a todos estos interrogantes, quizás mediante la propuesta de una posición intermedia que nos permita aclarar la indeterminación del asunto. Se pone especial énfasis en la posibilidad de los niños de exigir responsabilidad a los padres por los daños que éstos les pudieran ocasionar por falta de diligencia durante el embarazo, es decir en la etapa prenatal. Por ello se abordan también las posibilidades de proteger la vida antes del nacimiento, con objeto de evitar dichos daños.

Con este fin, se comienza reflexionando sobre el actual concepto del concebido no nacido, y su regulación civil como resultado de una gran evolución histórica. Para ello se analizan las distintas regulaciones que se le han venido aplicando al concebido, y sus distintas interpretaciones ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia. A partir de aquí, la intención es examinar la protección debida y la responsabilidad en dos fases; antes del nacimiento y después de éste por los daños que hubiese podido sufrir. De igual modo, se busca encontrar una posición intermedia a partir de artículos y trabajos académicos con posturas opuestas, siempre bajo las consideraciones biológicas pertinentes.

En este trabajo me refiero principalmente a la figura del concebido no nacido, su regulación en el Derecho español, su protección jurídica y la respuesta a los daños que pudiera sufrir una vez nacido por falta de diligencia parental. Me refiero a el concebido indistintamente como concebido no nacido, *nasciturus*, o simplemente concebido.

2. Tratamiento del Concebido No Nacido en el Derecho Civil Español

Un artículo esencial para abordar esta cuestión es el número 29 del Código Civil español, en el cual se define el momento en el que nace la personalidad civil de las personas físicas, siendo desarrollado por el siguiente artículo. Hemos de considerar el nacimiento de la personalidad civil, como el momento en el cual el ser humano comienza a ser sujeto de derechos y obligaciones. Dicha concepción se encuentra ampliamente respaldada por la legislación universal de protección de los derechos humanos, principalmente en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, que en

su artículo 6º establece que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Se ha venido definiendo por tanto este derecho como innato¹ o propio del Derecho Natural pues se encuentra anclado a la dignidad inherente al hombre como persona física.

El anteriormente mencionado artículo 29 del Código Civil reza lo siguiente: “*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*”. Como observamos, este artículo dispone de dos significados principales²; primeramente establece la ausencia de atribución de personalidad jurídica plena al concebido no nacido, cuyo requisito indispensable pasa por el nacimiento, y por otro lado aclara que su existencia no le es indiferente a nuestro sistema de Derecho Civil, pues reconoce una excepción en todos los efectos que le fueran favorables.

Para comprender mejor la existencia de esta excepción a la atribución de personalidad jurídica para el concebido no nacido, debemos analizar la evolución histórica de esta figura en el derecho. El acto de la concepción comenzó a ser objeto de reconocimiento jurídico en el Derecho Romano, pues a pesar de considerarse el nacimiento como condición indispensable para afirmar la existencia de la persona, el derecho justiniano comenzó a reconocer la condición de *nasciturus, qui in utero est*, atribuyéndole derechos de forma limitada³. Se comenzaron a reconocer derechos al *nasciturus*, especialmente a efectos hereditarios en el Digesto del emperador Justiniano I, estableciendo preceptos como el siguiente: “*Los hijos ya concebidos son considerados en casi todo el derecho civil como nacidos...*” Desde esta perspectiva del derecho privado romano se dio lugar al principio fundamental que sigue nuestro Código Civil

¹ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil (Volumen II), Derecho de la Persona*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 26

² *Idem*, p. 41-42

³ FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Iustel, Madrid, 2013, p. 194-195

actual en su artículo 29, “*nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*”⁴.

El Derecho Romano fue el primero en crear principios jurídicos que sirviesen de protección para los intereses del concebido no nacido en términos generales, defendiendo bienes jurídicos como la vida, castigándose el aborto, o prohibiendo enterrar a las mujeres encintas antes de extraer el feto. Pero la mayor garantía se ofrecía en las situaciones de conflictos hereditarios, a diferencia del Código Napoleónico que se ocupaba de la protección del concebido al hilo de problemas o situaciones concretas, pero sin una regla de alcance general.

Una vez entendemos cual es la evolución que ha seguido la protección al concebido no nacido, observamos que la regulación civil española sigue fielmente dichos principios enunciados en el Derecho Romano, aportando nuevas consideraciones. Como bien se mencionó anteriormente, el artículo 29 del Código Civil, fiel seguidor del sistema de Derecho Romano, es desarrollado por el artículo siguiente. El artículo 30 dice así: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. Este último artículo fue modificado por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, pues con anterioridad se exigía que el feto además tuviera forma humana y viviera 24 horas enteramente separado del seno materno. De nuevo el requisito de la forma humana deriva del Derecho Romano justinianeo, con el fin de negar capacidad jurídica a los “seres monstruosos”. Sin embargo, la doctrina comenzó a considerar el requisito de la viabilidad en cierto modo absurdo o inútil⁵, señalando su arcaísmo y su escasa compatibilidad con el artículo 15 de la Constitución Española⁶ (derecho a la vida), no siendo conforme con el principio de dignidad del ser humano del artículo décimo. Resulta en cierto modo injusto negarle la

⁴ Al concebido se le tiene ya por nacido para todos los efectos que le sean favorables

⁵ PEREZ GONZALEZ, B., “El requisito de la viabilidad”, Revista de Derecho Privado, n. 325, 1944, p. 296

⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La protección jurídica del concebido en el Derecho español”, Revista Boliviana de Derecho, n. 22, 2016, p. 24

personalidad o capacidad jurídica, a quien desde un punto de vista constitucional ya es persona⁷.

A diferencia del Derecho Civil francés y el italiano, nuestro Código Civil va mas allá de reconocer tan solo determinados efectos sucesorios, dotando al concebido de otros efectos civiles que le sean favorables⁸ (artículo 29 Código Civil). Por tanto podemos considerar como regla general de protección civil del concebido, que no solo permite al *nasciturus* heredar legítimamente del causante premuerto, sino que abarca todos los efectos que le sean favorables⁹. De este modo observamos como también se le otorga un tratamiento excepcional al concebido no nacido en materia de donaciones, como deducimos del artículo 627 del Código Civil¹⁰ que prevé la posibilidad de que pueda recibir donaciones aceptadas por las personas que legítimamente les representarán. La redacción de este ultimo artículo de nuevo hace hincapié en el hecho de que la carencia de personalidad supone también la carencia de representación jurídica hasta la verificación del nacimiento con vida.

Mayor dificultad encontramos en el momento de determinar que efectos son favorables, y cuales por el contrario desfavorables. Para ello, la solución pasa por realizar un juicio de carácter general, y de orden abstracto, que determine si dichos efectos son favorables para el concebido, y no necesariamente para terceros¹¹. La jurisprudencia ha venido denegando casos en los que el beneficio sea indirectamente beneficioso para los hijos¹², pues la doctrina considera que no sería de aplicación el artículo 29 debido a su carácter excepcional. Podemos considerar que la protección que actualmente se le otorga al concebido tiene la finalidad principal de que éste no se vea perjudicado por su retraso en

⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., 2016, *Op Cit*, p. 16-33

⁸ MARTINEZ GARCIA, M. A., "Las disposiciones patrimoniales y las personas físicas no nacidas: el *nasciturus* y el *concepturus* y los bienes a ellos destinados", p. 8, (disponible en http://mbnotarios.com/uploads/web_works/mandbnotariosconferenciamanuelmartineznasciturus.pdf; ultima consulta 27/02/2019)

⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., 2016, *Op Cit*, p. 24

¹⁰ Artículo 627 del Código Civil: Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento.

¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 121

¹² STS de 5 de junio 1926 y 15 de marzo 1927

nacer. Es decir, los derechos que se le atribuirían al *nasciturus* se convierten en cierto modo en una expectativa de derechos¹³, de los que no se le podrá privar una vez nacido.

Mas adelante analizaremos la cuestión relativa al resarcimiento de daños y perjuicios por parte de los padres a sus hijos que hubieran sufrido daños en el ámbito de la procreación natural, pues la doctrina y jurisprudencia ya ha venido admitiendo dicha posibilidad. De momento continuaremos examinando de qué forma se vienen relacionando los *nasciturus* con la atribución de sus derechos y personalidad jurídica. La doctrina mayoritaria en relación a la protección del concebido en el Código Civil funda la atribución de los derechos que le fueran favorables, al encontrarse estos en una situación de pendencia¹⁴. Los derechos que por sucesión, y los personales, que por la adquisición de la personalidad le fueran atribuibles al concebido se hayan en situación de pendencia, como parece confirmar el Código Civil en materia de sucesiones en sus artículos 965 y ss. De ello, observamos que una vez nacido bajo las condiciones legales del artículo 30, se le tiene por nacido desde que fue concebido, constituyéndose en una especie de ficción jurídica que se retrotrae al momento de la concepción y consolidando los derechos que se le fueron atribuyendo. Sin embargo, como dispone el artículo 29, tan solo se retrotraen los efectos civiles que le fueran favorables. Parece razonable considerar pues, que encontramos dos periodos a distinguir en relación a la personalidad jurídica de los concebidos¹⁵; un primer periodo prenatal en el que tan solo le serán atribuibles los efectos favorables, y un segundo periodo en el cual dicha personalidad se extiende también a lo desfavorable.

Antes de continuar analizando la protección que nuestro Derecho Civil dirige al concebido, es importante delimitar temporalmente el comienzo de ésta, una vez ya hemos asumido los criterios objetivos y subjetivos. El artículo 29 únicamente se aplica una vez la concepción ha tenido lugar, pero no es especialmente exhaustivo en la determinación exacta de ese momento. Por ello habrá que recurrir a la doctrina para

¹³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Op Cit*, 1984, p. 117

¹⁴ *Idem*, p. 119-121

¹⁵ *Idem*, p. 121

interpretar dicho precepto, que ha resuelto esta incógnita mediante la aplicación analógica del artículo 116 del Código Civil¹⁶. Este artículo establece a efectos de filiación matrimonial un tiempo medio de gestación de 300 días, de modo que una vez nacido, se puede entender al hijo concebido con dicha anterioridad. Se aplica este plazo al considerarse la solución mas favorable para el nacido el entender que fue concebido lo antes posible, de modo que pueda beneficiarse de cualquier efecto favorable que se produjera en los 300 días anteriores a su nacimiento¹⁷. Contra esta aplicación analógica, siempre es posible aportar una prueba pericial médica que demuestre que la concepción tuvo lugar en otro momento posterior, o incluso anterior, de modo que sea posible ampliar el plazo y beneficiarse de los efectos favorables debidos.

Otra cuestión polémica en cuanto a la determinación del momento de la concepción, a efectos de considerar el comienzo del goce de aquellos efectos que al concebido le fueran favorables, la encontramos en aquellos casos en los que el embrión hubiese sido concebido *in vitro*. La doctrina ya se ha planteado esta situación en los casos en los que el embrión concebido *in vitro* no hubiera sido transferido al útero materno. De forma afirmativa, se ha admitido la posibilidad¹⁸ de que un embrión pueda heredar, testada o intestadamente a su padre, siempre y cuando la transferencia del embrión se hubiera producido dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento. Esto es así por lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. El artículo noveno de dicha ley establece la posibilidad para el marido de prestar el consentimiento para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Asimismo, dicho artículo dispone que una vez nacido quedaría automáticamente determinada la filiación respecto

¹⁶ Artículo 116: 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.

¹⁷ HUALDE SANCHEZ, J. J., *La adopción del propio hijo natural reconocido*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979

¹⁸ Vid., en este sentido, Cabanillas Sánchez, A.: “ad art. 29 CC”, en AA.VV.: *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), t. I, vol. 3o, 2a ed. Madrid (1993): Edersa, pp. 793-795; Femenía López, P. J.: *Status jurídico*, p. 272 y 283; Herrera Campos, R.: *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación española*. Granada (1991): Comares, pp. 83 y ss.; Lledó Yagüe, F.: *Fecundación artificial*, p. 84-85; Moro Almaráz, M. J.: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Barcelona (1988): Bosch, p. 115 y ss.; Rodríguez Guitián, A. M.: *Reproducción artificial*, p. 110.

a ambos progenitores, pudiendo beneficiarse el hijo de los efectos hereditarios en sucesión del padre premuerto. De este modo observamos que no existen diferencias en la protección jurídica de aquellos que hubiesen sido concebidos mediante técnicas de reproducción asistida y aquellos que lo hubiesen sido por métodos naturales.

Hasta ahora se ha venido realizando un análisis de las previsiones que el Derecho Civil hace en torno a la figura del concebido no nacido. Sin embargo, debemos preguntarnos si las normas de protección de menores les serían también de aplicación a aquellos que no hubieran nacido, pero hubieran sido concebidos. La principal norma en este ámbito es la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus sucesivas modificaciones. La doctrina ha respondido negativamente, en cuanto a la posibilidad de ejercicio por el concebido de los derechos regulados por dicha Ley¹⁹. Mas allá de los derechos de educación, guarda y sostenimiento, también debemos considerar la posibilidad de adopción del nasciturus. El Código Civil es claro en este asunto, el artículo 177.2 imposibilita a la madre a prestar el consentimiento para la adopción de sus hijos hasta haber transcurrido seis semanas desde el parto. Dicho precepto fue modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ampliándolo de 30 días a seis semanas desde el parto²⁰. De dicha modificación, comprendemos la intención del legislador de proteger a la infancia con mayor intensidad, sin dedicarle especial interés a permitir la adopción de los concebidos no nacidos. Esta situación se corresponde con la falta de personalidad jurídica del concebido, pues no puede ser adoptado quien no es persona todavía. Sin embargo, si dicha adopción le fuera favorable a los intereses del concebido, encontramos cierta contrariedad con lo dispuesto en el artículo 29 del Código Civil.

¹⁹ CASTAN VAZQUEZ, J. M, ‘Comentario al artículo 154 del Código Civil’, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 2º, Edersa, 1982, p. 106, señala: ‘Sin rechazar totalmente la existencia de patria potestad sobre hijos no nacidos... es difícil admitir el ejercicio de los derechos y deberes de educación, guarda y sostenimiento del concebido. Tampoco existe administración y goce de los bienes de éste por el titular de la patria potestad’.

²⁰ En cumplimiento del Convenio Europeo de Adopción hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, que fue ratificado por España.

Esta Ley en rigor no le sería aplicable al concebido no nacido, pero en cierto modo resulta criticable la carencia de una referencia explícita a la protección del nasciturus, o al menos a la guarda prenatal de la madre²¹. La tutela o guarda administrativa de la madre con el fin de proteger al concebido ha levantado gran polémica, pues se trata de “un conflicto irresoluble entre la salud del concebido y la libertad de la madre al que daría lugar la aplicación de la guarda asistencial judicial y la tutela *ex lege*”²². Este debate será objeto de discusión en este trabajo más adelante.

Habiéndose analizado la situación jurídica en que se hallan los concebidos no nacidos en el Derecho español, conviene precisar una serie de razones más allá de la evolución histórica que permitan entender su consideración en el mismo. En origen, y como define su teoría, el Derecho busca regular la vida social de las personas (los sujetos del Derecho). Es evidente que el concebido carece de vida social autónoma, transcurriendo en todo caso a través de la madre, lo que parece justificar su carencia de derechos²³. Esta teoría sería compatible con el hecho de que una vez el concebido nace, se convierte en un ser social, y automáticamente deviene en sujeto de derechos y obligaciones, que le permita relacionarse con las personas de su entorno (desde el más próximo; la familia, hasta el más amplio; la sociedad en su conjunto).

3. La Protección del Concebido en la Fase Previa al Nacimiento

Para ofrecer una visión completa del sistema de protección aplicable a los concebidos no nacidos, analizaremos ésta en dos fases distintas: antes y después del nacimiento. De este modo podremos comprobar como difiere la responsabilidad de los padres en ambos campos. Para entender la necesidad de regular con mayor profusión la protección de estos sujetos, analizo el principio de interés superior del menor, como principio rector de nuestro ordenamiento de protección de menores. A continuación, se valora la inseguridad jurídica en torno al concepto poco definido del concebido no nacido y el

²¹ LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001, p. 45-46

²² IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs Ed, Madrid, 1996, p. 76

²³ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Op Cit*, 2015, p. 50

conflicto de derechos que nace frente a la libertad de la madre. Para finalizar el análisis de la fase previa al nacimiento se considerara la guarda prenatal, como internamiento involuntario de la gestante con el fin de proteger los derechos del *nasciturus*.

3.1 El interés superior del menor

Partiendo de la posición que la figura del concebido no nacido ocupa en nuestro ordenamiento civil, es momento de considerar qué tipo de protección se le debe garantizar. Como es natural, nuestro derecho civil regula una serie de instituciones de protección a los menores, la cual se dispensa principalmente a través de la patria potestad y la tutela, a las cuales quedan sujetos. Encontramos una dualidad de modelos o sistemas de protección: por un lado los padres, tutores o defensores judiciales ejercen la guarda legal ordinaria de los menores, formando parte del modelo institucional de protección de menores. Por otro lado, el modelo funcional entra en juego cuando los anteriores no cumplen con diligencia su cometido, dando lugar a la tutela administrativa o a la asunción de la guarda por las entidades públicas, competencia de las Comunidades Autónomas²⁴. Asimismo, conviene remarcar que el ejercicio de estas instituciones protectoras ha de perseguir, y tiene su fundamento siempre en el interés superior del menor²⁵.

El principio fundamental que rige como directriz básica toda la legislación relativa a los menores es el del interés superior del menor²⁶. Se encuentra consagrado por la Constitución en su artículo 39.4²⁷, que nos remite a los textos internacionales²⁸ de

²⁴ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M., *Introducción al Derecho Civil, Derecho de la Persona*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 219

²⁵ *Idem*, p. 220

²⁶ LINACERO DE LA FUENTE, M., *Op Cit*, 2001, p. 56, comenta como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, erige el interés superior del menor en sus artículos 2.1 y 11.2 a).

²⁷ Artículo 39.4 de la CE: Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

²⁸ Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, menciona el interés superior del menor en numerosas ocasiones: arts. 4.b), 16.1 d), 21,1, y 24. Convención de los Derechos del Niño de 1989, menciona el interés superior del menor en sus arts. 3.1º, 9.1º, 9.3º, 18.1º, 21, 37 c) y 40.

protección de menores. Del mismo modo, el principio al que nos referimos aparece mencionado repetidamente en distintos preceptos del Código Civil²⁹ y en las leyes autonómicas de atención a la infancia³⁰, viéndose reflejado ampliamente en la jurisprudencia³¹.

En cuanto a este principio, observamos una tendencia de nuestro Derecho a inclinarse hacia un “favor minoris” en la protección de los legítimos intereses de los individuos³². Dicho de otro modo, nuestro ordenamiento jurídico de forma abstracta e indeterminada, pues no se puede dar una definición concreta que podría pecar por exceso o por defecto³³, busca proteger por encima de todos los intereses de los menores cuando estos se vean comprometidos. Es evidente que la ponderación del interés debido deberá adecuarse a las circunstancias de hecho en cada caso concreto, pues los procedimientos de familia se caracterizan por su amplia discrecionalidad³⁴.

Refiriéndonos a la naturaleza casuística de este principio, debemos considerar que dicha primacía no siempre podrá darse. A juicio de Rivera Fernandez³⁵, en ocasiones encontramos conflictos de derechos irresolubles, donde la aplicación de este principio no basta para considerar qué derecho debe prevalecer. Zarraluqui Sanchez-Eznarriaga³⁶

²⁹ En los artículos 159, 170, 172.4, 176.1, 216 y 224 se habla de actuar siempre en beneficio o interés de los hijos. En los artículos 92.8, 160, 161, 172 bis, 173 bis y 178.4 se hace referencia literal al interés superior del menor.

³⁰ Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (art 3.3 a)), Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de la Generalitat, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia (Preámbulo y art. 3º), Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid (arts. 1, 3 y 4) entre otras.

³¹ Sentencia Civil Nº 659/2016, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Rec 2191/2015 de 10 de Noviembre de 2016, Sentencia Civil Nº 93/2018, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Rec 1047/2017 de 20 de Febrero de 2018 y Sentencia Civil Nº 516/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Rec 1275/2014 de 16 de Septiembre de 2015, entre otras.

³² LINACERO DE LA FUENTE, M., *Op Cit*, 2001, p. 57

³³ DAGNINO, “Potesta parentale e diritto di visita”, *Dir Fam. E Per.*, 1975, p. 1525

³⁴ Auto del Tribunal Constitucional 127/1986, de 12 de Octubre, Mariano Aguilar Benítez de Lugo señaló la amplia discrecionalidad de los procedimientos en materia de familia, teniendo en cuenta como criterio básico y preferente el interés de los hijos.

³⁵ RIVERA FERNANDEZ, M., *Anotaciones a la Ley 1/1996*, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, RDG, junio de 1996, p. 6503

³⁶ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, L., “El interés del menor en los casos de separación nulidad y divorcio, El Menor y la legislación actual”, Universidad Antonio de Nebrija, 1998, p. 92

añadía la necesidad de incluir en relación a los principios inspiradores de la Ley 1/1996, la primacía del interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo de similar entidad. De forma que la versión vigente de la Ley 1/1996³⁷, incorpora la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto administrativas como judiciales³⁸. Como explica la exposición de motivos de la versión vigente de la Ley 1/1996, el interés superior del niño deberá ser tomado en consideración para orientar la decisión del Juez en la protección de los intereses del menor. Por lo que, en caso de conflicto de derechos, hará el juez prevalecer los derechos de éste, sobre los otros de similar entidad.

3.2 La inseguridad jurídica en la protección al concebido no nacido

Como bien se infiere de un rápido análisis de la regulación existente en torno a la protección de los concebidos no nacidos, encontramos una palpable inseguridad jurídica que dificulta entender qué derechos les son atribuibles y cuales no. La actual regulación es por tanto inadecuada, y no permite proteger de forma efectiva los derechos del concebido³⁹. Tal como Moreno-Torres Sanchez advierte, no queda claro si las escasas medidas que la regulación prevé deben introducirse en el ámbito del desamparo o si es suficiente hablar de situación de riesgo. Del mismo modo añade, contra el argumento de la necesidad de que se produzca una situación de desamparo, que debemos considerar que el concebido aun no ha nacido, y por tanto no se le reconoce patria potestad que pueda ser suspendida, con el fin de tutelar los intereses del concebido⁴⁰.

En la actualidad, cuando se vienen produciendo situaciones de riesgo tan solo se contempla la posibilidad de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, de modo

³⁷ Versión vigente desde el 12 de agosto de 2015

³⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Exposición de Motivos, 1º

³⁹ MORENO-TORRES SANCHEZ, J., *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 206

⁴⁰ LINACERO DE LA FUENTE, M., *Op Cit*, 2001, p. 44, señala que la respuesta negativa al desamparo del concebido se sustenta en la imposibilidad del ejercicio del contenido del artículo 154 del Código Civil.

que una vez nacido se puedan introducir las medidas de protección que sean necesarias. Este caso lo podemos observar en la normativa de protección a la infancia del País Vasco, la cual prevé que una vez dicha situación se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal se debe garantizar el bienestar del nasciturus hasta su nacimiento⁴¹. A pesar de que dicha norma parece buscar introducir medidas de protección durante el embarazo, difícilmente se podrá hacer efectivo hasta el nacimiento del concebido. Del mismo modo, dicho precepto termina añadiendo “*sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo.*”, encontrando la protección de la vida del concebido un importante obstáculo ante el objetivo principal de la norma.

Como hemos visto, las medidas de protección resultan relativamente ineficaces, sin embargo dicha ineficacia se ve exacerbada por la descoordinación de éstas. Al tratarse de una competencia cedida a las Comunidades Autónomas, aun habiéndose puesto en conocimiento de las autoridades cualquier situación de riesgo o desamparo, la protección desaparece una vez la madre sale de su ámbito territorial. Es necesaria una adecuada coordinación entre las Comunidades Autónomas, sustentada sobre la base de una normativa exhaustiva de aplicación estatal. De modo contrario se produce una desprotección del concebido, debido a la gran inseguridad jurídica que se da en este ámbito.

A pesar de parece claro, en virtud de la introducción del interés superior del menor como principio fundamental en la normativa de protección de menores, seguimos encontrando conflictos de derechos perjudiciales para los concebidos no nacidos. Dado que sus derechos permanecen en situación de pendencia hasta su nacimiento, parecen prevalecer las decisiones de los progenitores (en particular las de la madre) sobre los intereses de los concebidos. Esta situación se apoya sobre la inseguridad jurídica en su protección, y es por tanto menester resolver dichos conflictos de forma tuitiva para los

⁴¹ Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, art. 52.2, el cual prevé que “*cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que peligra el normal desarrollo del nasciturus, lo pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento.*”

nasciturus (pues su interés debe siempre prevalecer sobre los demás de similar entidad, en virtud del principio de interés superior del menor).

3.3 Conflicto de derechos

La regulación, en particular el Código Civil, y la normativa de protección de menores, no resultan especialmente tuitivas en lo que concierne la salud, los daños y la integridad física de los no nacidos. Esto parece contradictorio con la intención de proteger los intereses que al concebido le fueran favorables, pues resulta antagónico legalizar prácticas como el aborto o no atribuirles personalidad jurídica. Del mismo modo, resulta aún más incomprensible que se ensalce el principio de interés superior del menor como fundamental en su protección, olvidando por completo incluir los derechos de los concebidos.

Por esta razón, encuentro la razón de dicha disonancia en la imposibilidad de conciliar derechos que resultan ser antagónicos, como son los de la madre y el menor en gestación. En cierto modo, resulta más fácil hacer primar las decisiones de la madre sobre las del concebido, pues éste se encuentra en una posición de mayor indefensión, unido a su incapacidad de exteriorizar su voluntad al carecer de conciencia propia hasta el nacimiento. Pero con más motivo deberían protegerse con mayor intensidad los derechos del concebido cuando éste no puede defenderse o pronunciarse sobre su destino, debiendo primar sobre los de la madre encinta.

Resulta fundamental analizar la contraposición de los derechos entre gestante y concebido para resolver este conflicto. Como esquema general, encontramos un triple conflicto de derechos entre la libertad de la madre y la protección del nasciturus, unido a la posibilidad de que sea el propio padre el que solicite la protección de su hijo⁴². Nos encontramos ante un conflicto en apariencia irresoluble, como lo califica Iglesias

⁴² MORENO-TORRES SANCHEZ, J., *Op Cit*, 2009, p. 207

Redondo en referencia al existente entre la salud del concebido y la libertad de la madre⁴³.

De acuerdo con el derecho civil actual, y remitiéndonos de nuevo al consabido artículo 29 del Código Civil, “*al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*”. Como también vimos en la primera parte de este trabajo, al analizar la protección de los concebidos en nuestro ordenamiento jurídico, dichos efectos favorables alcanzan entre otras: la capacidad de adquirir la condición de heredero, recibir legados, mejoras, e incluso donaciones. El Código Civil y la doctrina no ha interpuesto objeciones a ello, y se les han reconocido atribuibles todos los anteriores efectos favorables, siempre que así lo sean. Sin embargo, lo que realmente nos preocupa es que todos aquellos derechos se derrumbarían con la sola decisión de la madre de interrumpir la gestación⁴⁴. Habiéndose despenalizado el aborto se le ha otorgado primacía a los derechos de la madre sobre los del concebido aún no nacido, quien no podrá gozar de los derechos, que aún encontrándose en situación de pendencia, se consolidarían con el nacimiento. Encontramos aquí al concebido en necesidad de amparo y tutela hasta que por el nacimiento pueda adquirir personalidad jurídica y ser titular de dichos derechos.

Primeramente cabe mencionar que resulta preocupante la interpretación que la doctrina hace del artículo 29, limitando su aplicación a aspectos puramente patrimoniales. De la interpretación literal de dicho precepto se entendería que la protección de los derechos del concebido estuviese presente en todos los aspectos de su persona, extendiéndose a los bienes jurídicos de su personalidad. Parte de la doctrina se inclina por incluir aquellos efectos de la esfera personal o extrapatrimonial⁴⁵.

⁴³ IGLESIAS REDONDO, J. I., *Op Cit*, 1966, p.76

⁴⁴ GARRIDO DE PALMA, V. M., “El Derecho civil, protector del ser humano”, *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 36, N° 4, 1983, p 1369

⁴⁵ LALAGUNA DOMINGUEZ, E., “El artículo 29 del Código Civil como norma general de protección jurídica del concebido”, RJN, no 39, 2001, p. 141 y 142; y GONZALEZ GOZALO, A., “Comentario al artículo 30 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Aranzadi, 3a ed., 2009, p. 144.

Dada la configuración legal que nuestro derecho plantea para el concebido, la mujer gestante es la encargada de decidir sobre la esfera jurídica propia y la ajena hasta el momento del nacimiento, en el que se adquiere la personalidad jurídica. En cierto modo se establece un vínculo de propiedad de la madre respecto del hijo en gestación, lo que entra en contradicción con la actual concepción de relación paterno-filial de cuidado y defensa⁴⁶. Cabría esperar que la madre en todo caso obrase con diligencia para garantizar el bienestar del concebido, lo cual también se desprende del Derecho Natural. Asimismo, si comenzamos a cosificar al hijo en gestación, podríamos asimilarlo a una especie de depósito que la madre debe conservar con la diligencia debida. Siguiendo esta concepción de propiedad del nasciturus, debemos examinar qué tratamiento le otorga el derecho civil a la madre como deudora por daños o pérdida. Por un lado, el artículo 1122 considera responsable al deudor cuando la cosa se pierde o deteriora por su culpa. Por otro lado, observamos como el artículo 1094 establece que el obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia. De modo que vemos como incluso en el caso de querer negar la vida previa al nacimiento, resulta contradictorio con el Código Civil dañar o incluso destruir aquello que está encaminado a adquirir personalidad e innegablemente vida.

Como comentaba anteriormente, resulta difícil tutelar los derechos del concebido hasta su nacimiento pues no existe patria potestad que pueda ser suspendida con el fin de intervenir la Administración Pública correspondiente. Sin embargo, tal como establece el Código Civil en su artículo 110: *“El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.”*. Parece evidente que aunque la administración no se encuentre facultada para intervenir en la protección de la vida y la integridad de quien no ha nacido todavía, los padres deben siempre procurar favorecer los intereses de aquellos⁴⁷. Asimismo, la

⁴⁶ GARRIDO DE PALMA, V. M., *Op Cit*, nota al pie nº 6, p. 1370

⁴⁷ GARRIDO DE PALMA, V. M., *Op Cit*, p. 1371

jurisprudencia ya ha venido refiriéndose al concebido como hijo bajo la patria potestad de sus padres⁴⁸.

Observamos como existe una tensión difícil de resolver entre los derechos de la madre y el hijo en gestación, sin embargo esta tensión puede verse de nuevo comprometida con los derechos del padre. A pesar de que la gestación se produce en las entrañas de la madre, son ambos progenitores iguales en derechos y obligaciones respecto del niño que va a nacer. Esto se deduce de una interpretación analógica de varios artículos del Capítulo V del Título IV del Código Civil. Dicho capítulo hace referencia a los derechos y deberes de los cónyuges, haciéndose hincapié en el artículo 66 del mismo, que equipara en derechos y deberes a ambos cónyuges. De forma similar el artículo 67 del Código Civil establece que *“los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.”*

Cabría entender que los derechos (aun en situación de pendencia) y la expectativa de vida que integra el sujeto concebido lo asimilan a un hijo o a un menor de edad merecedor de similar protección a éstos⁴⁹. La subjetividad que la esfera jurídica en pendencia otorga al concebido prácticamente le dota de personalidad propia con suficiente entidad como para tener en cuenta sus derechos. Entendemos pues, que actuar contra los intereses del menor en gestación supondría actuar contra el interés de la familia, ya sea decisión de la madre o del padre del mismo. Es sin embargo la madre quien debe prestar su consentimiento con el fin de interrumpir el embarazo o quien debe actuar de forma diligente para garantizar el bienestar del concebido hasta su nacimiento, frente a la frustración del padre impotente. En todo caso, entendemos que cualquier situación que genere un daño al nasciturus por causa de los padres es desde todo punto injustificable. Y que ante la lesión de un bien jurídico o un derecho del nasciturus, parece comprensible que deban prevalecer sus derechos sobre la libertad lesiva de los progenitores.

⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), num. 124/2016 de 19 de febrero. JUR 2016/70420. En dicha sentencia se hace referencia los hijos como “dos hijos, uno de ellos aún nasciturus”.

⁴⁹ CORRIPIO GIL-DELGADO, M. R., "El ser humano en gestación, hacia un estatuto civil del “hijo no nacido””, Revista de Derecho Civil, ISSN 2341-2216, vol. V, num 4, 2018, p. 148

Entendiendo que los derechos del *nasciturus* se encuentran en pendencia, es natural considerar que existe una condición suspensiva, *sine qua non* llegarían a consolidarse los derechos inherentes al sujeto en gestación. Si consideramos la consolidación de los derechos del *nasciturus* como una obligación sometida a condición, y a tenor del artículo 1119 del Código Civil⁵⁰, parece razonable que impedir voluntariamente el cumplimiento de la misma acarree efectos jurídicos sancionadores para la obligada⁵¹. Asimismo, de acuerdo con el precepto 158, 3º del Código Civil⁵² podrían introducirse una serie de medidas cautelares con el fin de garantizar el cumplimiento de la obligación de la madre de proteger el bienestar del concebido.

3.4 La guarda prenatal

La cuestión en torno a como se deberían proteger los intereses del concebido antes de su nacimiento es difícil de resolver, pues mientras que un sujeto carece de personalidad jurídica es susceptible de gran vulnerabilidad. Los padres representan *ex art. 162* del Código Civil a sus hijos menores no emancipados, y con mayor intensidad deben hacerlo durante el periodo de gestación, pues no pueden ellos exteriorizar voluntad alguna. La jurisprudencia ya ha venido admitiendo la representación legal por los padres del concebido no nacido, asimilando su posición a la de una persona física⁵³. Sin embargo, en este caso debemos considerar aquellos casos en los que exista una contraposición entre los intereses de los padres y el concebido. Como establece el artículo 216 del Código Civil, *“las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.”*. Debemos preguntarnos sin embargo, que ocurre cuando dichas funciones se

⁵⁰ Artículo 1119 del Código Civil: Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento.

⁵¹ GARRIDO DE PALMA, V. M., *Op Cit*, p 1373

⁵² Artículo 158. 3º del Código Civil :El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas.

⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 5ª, num. 230/2011, de 29 de junio, AC 2011/2053

ejercen contra los intereses del tutelado. Para ello nos remitimos a la segunda parte de dicho precepto que reza así:

Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos.

A tenor de los artículos anteriores, una vez el concebido se encuentra en situación de riesgo de desamparo, las administraciones públicas correspondientes deberían adoptar las medidas adecuadas de prevención para evitarlo. La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 17, apartado noveno, prevé que la administración pública competente intervenga cuando exista un riesgo prenatal de sufrir un daño durante la gestación⁵⁴. Debemos remarcar que no solo se circunscribe dicha protección al cuidado físico de la madre, sino a “cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo”⁵⁵.

Lo que parece claro es el hecho de que las autoridades pueden y deben procurar el bienestar del concebido, interviniendo durante la gestación lesiva mediante la introducción de medidas pertinentes a tal efecto. Sin embargo de nuevo encontramos el mencionado conflicto de derechos, que limitaría la libertad de la madre en protección del concebido. Encontrando la autonomía de la voluntad de la madre como principal límite infranqueable, resultaría más sencillo incluir en el marco de la Seguridad Social programas de atención y prevención, a los que las madres pudiesen recurrir al detectar un comportamiento propio lesivo para el concebido. De este modo se conciliarían los intereses de ambos sujetos sin hacer prevalecer unos intereses sobre otros.

⁵⁴ Artículo 17.9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor: La administración pública competente para intervenir en la situación de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección.

⁵⁵ CORRIPIO GIL-DELGADO, M. R., 2018, *Op Cit*, p. 156

Al tratarse de una competencia autonómica la regulación es especialmente diversa, sin embargo encontramos algunos ejemplos interesantes para el objeto que nos ocupa. Por un lado, la normativa catalana⁵⁶ nos habla de la posibilidad de realizar una declaración preventiva del desamparo antes del nacimiento, de forma que se puedan solicitar a la autoridad judicial competente las medidas necesarias para hacer efectiva la futura protección del recién nacido. Por otro lado, la legislación riojana de protección de menores⁵⁷ prevé la posibilidad de que la autoridad competente adopte las medidas necesarias en una situación de desamparo incluso antes de nacer el concebido.

Como observamos, la Administración Pública competente debe encontrarse siempre preparada para proteger los intereses del concebido incluso antes de haber nacido. Sin embargo, cabe cuestionarse si tan solo debe intervenir la Administración cuando la madre así lo solicite, o también cuando no sea así. Ya vimos como el equilibrio perfecto entre los intereses de la madre y el concebido residía en el respeto de la autonomía de la voluntad de la madre. Contrariamente, la legislación existente como la que acabamos de examinar impone a la Administración el deber de velar por el bienestar de la vida prenatal. Parece lógico que cuando la madre no se encuentre en un ambiente favorable para la gestación, o lleve a cabo acciones lesivas para el concebido, sin ejercer su derecho a interrumpir el embarazo, intervenga la Administración con la finalidad de tutelar los intereses del concebido. Si la gestante ha decidido continuar con el embarazo, a pesar de contar con la posibilidad de interrumpirlo, resulta injusto para la vida que acoge en sus entrañas tener que sufrir los daños que la mane voluntariamente no impida.

Es en estos casos en los que bajo mi punto de vista debe imponerse una tutela sobre los intereses del concebido, imponiendo una guarda prenatal sobre la madre. Moreno-

⁵⁶ Ley de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, reguladora de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (DO. Generalitat de Catalunya 2 junio 2010, num. 5641), art. 110.4

⁵⁷ Ley 1/2006 de la Rioja, de 28 de febrero, de protección de los menores, BO. La Rioja 9 de Marzo de 2006, num 33, art. 32.4

Torres⁵⁸ ya venía admitiendo la posibilidad de que una autoridad judicial competente autorice el internamiento involuntario de la madre en un centro para recibir el apoyo necesario para el bienestar del concebido. Dada la regulación actual, en la que una madre puede decidir sobre la interrupción de su embarazo, haciendo primar sus intereses sobre los del concebido, es justo que llegado el momento en el cual dicha opción desaparezca, sean los intereses del concebido los que deban primar. De forma que una vez la madre pierde el derecho a interrumpir su embarazo se produce una declaración *de facto*, mediante la cual la madre se compromete a salvaguardar el bienestar de su hijo hasta el nacimiento, y en caso de no hacerlo encontrarse la Administración facultada para intervenir incluso contra la voluntad de la madre.

Es evidente que el caso anterior no se corresponde con la realidad general, pues se debe particularizar cada caso con el fin de tomar las medidas mas adecuadas para la protección del concebido. Sin embargo, esta opción resultaría la mas eficiente cuando la Administración detecte una manifiesta desatención de la madre de sus deberes de cuidado, o cuando exista un evidente maltrato prenatal. Cabe mencionar que todas estas medidas se encuentran encaminadas a asegurar un adecuado desarrollo de la vida del concebido, y que se ejercerán sin perjuicio de una posible retirada de la custodia del mismo una vez nacido. Se ha venido cuestionando la legalidad de la actuación de la autoridades, a la hora de retirar dicha custodia una vez producido el nacimiento⁵⁹, sin embargo existe una situación de riesgo de desamparo que podría generar terribles consecuencias sobre el menor.

⁵⁸ MORENO-TORRES SANCHEZ, J., 2009, *Op Cit*, p. 207, y MORENO-TORRES SANCHEZ, J, “La situación de desamparo”, Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías, (Martínez García, C., Coord.), Dykinson, Madrid, 19 de octubre de 2006, p. 99

⁵⁹ MORENO-TORRES SANCHEZ, J., 2006, *Op Cit*, p. 99

4. La Posible Responsabilidad Parental por Daños al Concebido

Cabe comenzar abordando esta cuestión distinguiendo entre dos tipos de daños de los que los padres son responsables como resultado de la procreación natural⁶⁰. Por un lado, debemos considerar aquellos daños que resulten de la conducta negligente de la madre, en su deber de cuidado durante la gestación. Y por otro lado, encontramos aquellos daños que derivan de la transmisión de enfermedades como parte de su patrimonio genético de padres a hijos.

4.1 Daños causados por conducta lesiva de los progenitores

Comenzamos analizando el primer supuesto, mediante el cual la conducta de los padres se encuentra íntimamente ligada al resultado lesivo. El Código Penal tipifica el delito de lesiones al feto en su artículo 157. Dicho artículo reza lo siguiente:

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Una lectura de dicho artículo nos hace entender la intención del legislador de proteger la vida prenatal de las agresiones externas que puedan afectar su desarrollo y vida posterior al nacimiento. La dificultad estriba en detectar la comisión de dichas lesiones sobre el feto, pues en numerosas ocasiones éstas solo son evidentes después del parto⁶¹. Sin embargo, debe el derecho “intentar posibilitar el nacimiento libre de daños que puedan condicionar su futura existencia”⁶².

⁶⁰ ATIENZA NAVARRO, M. L., “Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad de los padres en el ámbito de la procreación natural”, *Revista Española de Drogodependencias*, Sección Jurídica, 2008, p. 95

⁶¹ FRANCES, F., “La protección del feto maltratado”, Universitat de València, Valencia, *Gaceta Internacional de Ciencia Forense*, num 2, enero-marzo de 2011, p. 3

⁶² VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios a la parte especial en Derecho Penal*, “Comentario al artículo 157”, Aranzadi Thomson, Pamplona, 2004, p. 147

Por otra parte debemos asumir que dichas lesiones no solo observan al feto como sujeto pasivo, si no al *nasciturus*, independientemente del grado de desarrollo del mismo. La doctrina hace una interpretación teleológica, con objeto de proteger la vida prenatal en sí, y no a una etapa de la gestación en particular. De este modo debemos incluir bajo la protección de este precepto, tanto al feto como al embrión anidado en el útero materno⁶³.

Cabe remarcar que, a diferencia del artículo 158, el cual excluye como sujeto activo a la madre embarazada, el 157 no hace dicha exclusión, por lo que podría exigírsele responsabilidad a los padres por daños. Sin perjuicio de la apreciación de responsabilidad penal en la conducta de la madre, podrá originarse responsabilidad civil con objeto de indemnizar los daños causados al menor⁶⁴. Dado que este artículo se refiere a comportamientos lesivos para el feto, podemos incluir en este precepto tanto los casos en en que se produzca dicho resultado conscientemente, como aquellos en que se produzca una falta de cuidado de la madre. De este modo podemos subsumir bajo este tipo penal conductas como el consumo de alcohol y drogas, que podríamos incluir en la categoría de dolo eventual⁶⁵.

Como explica el Código Penal en su artículo 109, “la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados”. Sin embargo, cabría preguntarse que sucedería en caso de que los daños se produjesen, pero la conducta no fuese sancionable penalmente⁶⁶. Resulta ciertamente complejo tratar de responsabilizar a la madre civilmente por llevar a cabo conductas de riesgo para el concebido. Por un lado, se le impondría a la madre un deber de cuidado especial,

⁶³ SUAREZ GONZALEZ, “Comentario al artículo 157 del Código Penal”, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, (A.A.V.V.), dir. por Rodríguez Mourullo, G., Civitas, Madrid, 1997. p. 448, y SANTANA PAEZ, E. y SENENT MARTINEZ, S., Comentario al artículo 157, *Comentarios al Código Penal* (A.A.V.V.), dir. por Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 1999, p. 641

⁶⁴ Artículo 116.1 del Código Penal: Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.

⁶⁵ ATIENZA NAVARRO, M. L., 2008, *Op. Cit* p. 96

⁶⁶ *Idem*, p. 97 y 98

que podría entrar en conflicto con su libertad y autonomía personal. Pues al exigirle a la madre dicho deber especial de cuidado, nos encontramos ante una situación en la que fácilmente podría correrse el riesgo de extralimitarse en la protección del concebido a costa de limitar la libertad de la madre. Sin embargo, una postura intermedia sería la más acertada en estos casos, en los que la madre encontrará el límite a su libertad cuando ésta choque con la salud y el derecho a la protección de la integridad física del *nasciturus*. De este modo vemos que existe un límite a los derechos de ambos sujetos, que pueden convivir y respetarse mutuamente.

En cuanto a la exigibilidad de responsabilidad a los padres por los daños causados en la procreación natural, resulta complicado establecer una relación de causalidad cuando realmente lo que encontramos es una omisión del deber de cuidado. Por ello resulta más conveniente emplear la teoría de la imputación objetiva, de modo que pueda atribuirse a la madre la responsabilidad por el daño que ha sufrido el *nasciturus*. Tendría sentido atribuir la responsabilidad civil a los progenitores si se constatare con certeza que el niño no hubiese nacido con los daños si se hubiera llevado a cabo la conducta omitida (el deber de cuidado)⁶⁷. Como Atienza Navarro comenta al respecto, aun admitiendo que debe respetarse la libertad y la autonomía privada de la madre, es ella misma que deberá después del nacimiento responder civilmente del daño, pudiendo imputar el mismo objetivamente a su comportamiento.

Cuestión diferente es que se le pueda atribuir con claridad y absoluta certeza a la madre la causación de dichos daños⁶⁸. Pues en muchas ocasiones será muy difícil demostrar dicha causalidad al intervenir numerosos factores en la causación de una enfermedad o daño durante la gestación. Para facilitar dicho reconocimiento de responsabilidad cabría establecer unos estándares mínimos, sobre los que la autoridad judicial pudiese graduar la responsabilidad parental en función del caso particular.

⁶⁷ ATIENZA NAVARRO, M. L., 2008, *Op. Cit* p. 99

⁶⁸ SANTANA PAEZ, E. y SENENT MARTINEZ, S., *Op. Cit*, 1999, p. 645

4.2 Daños causados por transmisión genética o contagio a los hijos

Este tipo de daños cuentan con una mayor complejidad jurídica, pues se debe investigar de forma separada en función del momento de transmisión de la enfermedad y del conocimiento que tuviesen los padres de su existencia. Es evidente que no supone el mismo grado de responsabilidad aquellos casos en los que los padres no son conscientes de contar con aquellas afecciones en su patrimonio genético, o cuando el contagio de la enfermedad se produce tras la concepción.

Por un lado, resulta claro que el desconocimiento de poseer la enfermedad exime de responsabilidad desde todo punto a los padres. Sin existir conocimiento de la existencia de aquella afección que por medio de la procreación natural se le transmite a los hijos, resultaría ilógico que se les pudiese exigir una compensación a los padres. No se podría considerar como un comportamiento negligente, pues no existía deber alguno de actuar de una manera determinada⁶⁹. La doctrina también se ha pronunciado descartando la obligación de someterse a un diagnóstico previo al embarazo para los grupos de riesgo⁷⁰, por lo que se descarta completamente su responsabilidad incluso cuando lo podrían haber sabido.

A) Casos en los que la transmisión se produce mediante la concepción, con el conocimiento los progenitores

El artículo 149 del Código Penal reza lo siguiente:

“El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años”

Si interpretásemos este artículo de forma literal podríamos entender que efectivamente nace de esta conducta responsabilidad penal, y responsabilidad civil *ex art.* 116.1 del

⁶⁹ MARTIN GRANIZO, M., *La incapacitación y figuras afines*, Colex, Madrid, 1987, p. 53 a 55

⁷⁰ MACIA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 68, en nota 94

Código Penal. Primeramente, cabe mencionar que como señala Macía Morillo⁷¹, el ámbito de las enfermedades contagiosas o transmisibles depende en gran medida de la probabilidad, por lo que nunca se tiene la certeza de que la transmisión vaya a tener lugar.

La doctrina española cuenta con diferentes posturas en relación a esta cuestión. Martín Granizo considera que en relación a esta cuestión no debería nacer responsabilidad civil de los padres⁷². Según este autor, no sería conveniente la aplicación del artículo 1902 del Código Civil⁷³, al tratarse de “una obligación natural” de los padres prestar apoyo o auxilio moral o económico a éstos por la afecciones que padeciesen. Es decir, en cierto modo carecería de sentido que los padres indemnizaran los daños que derivasen de la transmisión de una enfermedad, pues *ex art. 154*, 1^o⁷⁴, ya son responsables de velar por el bienestar de sus hijos, procurándoles todo aquello que les fuese necesario para sobreponerse a dicho mal. El autor propone que si fuese necesario garantizar dicha compensación económica, los padres podrían concertar un seguro del que el hijo fuese beneficiario, o quizás otorgar un testamento en el que fuese mejorado en caso de que hubiese otros descendientes.

De forma contraria, Ruiz Larrea admite la posibilidad de reconocer responsabilidad civil en estos casos⁷⁵. Este autor considera suficiente el hecho de que el progenitor conociese la dolencia o fuese consciente de la posibilidad de ser transmitida, lo cual a su entender es suficiente para ser considerado negligencia. A juicio de Ruiz Larrea,

⁷¹ *Idem*, p. 68, en nota 94

⁷² ATIENZA NAVARRO, M. L., 2008, Op. Cit p. 101

⁷³ Artículo 1902 del Código Civil: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

⁷⁴ Artículo 154, 1^o del Código Civil: Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

⁷⁵ 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, D-62, tomo I, p. 2041

conociendo la existencia de la enfermedad, debieran los padres haber adoptado medidas con el fin de evitar la concepción.

Una posición menos radical defiende Ureña Martínez⁷⁶, quien propone recurrir a la figura del defensor judicial con pretensiones indemnizatorias contra los progenitores por concebir a un hijo a sabiendas de la posibilidad de transmisión de la enfermedad. Este autor considera a los padres civilmente responsables de compensar a su hijo “por los gastos, pena y el dolor que estos seres pueden sentir al haber sido contagiados de por vida”.

Es evidente que en relación a esta cuestión encontramos un debate doctrinal sin una respuesta clara a la exigibilidad de responsabilidad hacia los padres. En un punto intermedio encontramos a Pantaleón Prieto⁷⁷, quien establece una distinción entre la procreación natural y la artificial. Mientras que al autor le parece permisible reconocer responsabilidad civil en los casos de procreación artificial, no lo ve adecuado en el caso de la procreación natural. Pantaleón Prieto, considera que una vez la técnica artificial entra a formar parte de la concepción, no puede justificarse la exención de responsabilidad civil, pues ya no es resultado de la naturaleza, y podría haberse evitado la transmisión de la enfermedad. Del mismo modo, el autor considera pertinente que el legislador prohíba a quienes quieren ser padres el acceso a las técnicas de reproducción asistida siempre que exista un riesgo significativo de transmisión de enfermedades.

En cierto modo, gracias a Pantaleón Prieto observamos que el problema va más allá de la mera justicia resarcitoria por daños. Y del mismo modo, también va más allá de un conflicto de derechos entre la madre y el concebido. Establecer una regulación que determine reconocer responsabilidad civil sobre los padres por cualquier resultado dañoso que a éstos les pudiera ser atribuible resulta verdaderamente arriesgado. La procreación natural forma parte de la más absoluta intimidad de los individuos, de

⁷⁶ UREÑA MARTINEZ, M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 45, 1997, p. 1115 y 1116

⁷⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., “Procreación natural y responsabilidad civil”, en *La filiación a finales del s.XX*, II Congreso Mundial Vasco, Trivium, Vitoria-Gasteiz, 1987, p. 275 y 276

forma que las injerencias estatales sobre ella suponen una importante limitación de sus derechos⁷⁸. Como consagra la Constitución en su artículo décimo, el principio al libre desarrollo de la personalidad busca otorgar a las personas la facultad de escoger libremente la forma de desarrollar su vida. Sobre la libertad de procreación De Verda Beamonte⁷⁹ comenta, “la opción vital es concebir, o no, un hijo, decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano”.

Como bien apunta De Verda Beamonte, se trata de un derecho personalísimo en el que no se puede interferir para limitarlo. Cuestión distinta es que dicho derecho se ejerza con responsabilidad, o que del mismo se derive una situación de riesgo o desamparo sobre el menor. No existe conducta antijurídica alguna en la procreación por el mero hecho de portar en el propio patrimonio genético una enfermedad que podría transmitírsele a los hijos, pero sin certeza alguna de que eso fuese a ocurrir. En todo caso, admitir la posibilidad de responsabilizar a los padres por decidir recurrir a la procreación natural contando con una enfermedad transmisible, supone una intromisión en la privacidad e intimidad de las personas⁸⁰.

Al hilo de lo anterior, la doctrina habla de buscar una procreación “responsable”, de modo que se pueda hacer que los padres asuman las consecuencias dañosas derivadas de sus decisiones. Es decir que, como veíamos anteriormente, es natural que los padres deban asumir las consecuencias de la naturaleza, sin embargo no se busca establecer un deber jurídico de procreación responsable, sino que parece mas acertado que se trate mas bien un deber moral⁸¹. Pantaleón Prieto añade sobre lo anterior, que reconocer la responsabilidad civil en caso de daños a los hijos por la procreación natural solo “trataría de desincentivar una planificación familiar irresponsable mediante el resarcimiento de todos los costos inherentes a sus decisiones y no solo los relativos a la

⁷⁸ ATIENZA NAVARRO, M. L., 2008, *Op. Cit*, p. 103-105

⁷⁹ DE VERDA BEAMONTE, J. R., "Libertad de procreación y libertad de investigación", *La Ley*, nº 6161, 2015

⁸⁰ ATIENZA NAVARRO, M. L., 2008, *Op. Cit* p. 105

⁸¹ MACIA MORILLO, A., 2005, *Op Cit* p. 68, en nota 94 y bibliografía citada

obligación legal de alimentos”⁸². Quizás lo mas acertado, después de conocer la discusión doctrinal existente, sería exigir una obligación reforzada de cuidado a los padres. Es decir, considerar que aunque exigir responsabilidad a los padres por los daños a los hijos resulta demasiado atentatorio con la libertad de los padres, quizás sí que se debería exigir un especial deber de cuidado de éstos para con sus hijos, y en caso de faltar al mismo, reconocerse una verdadera responsabilidad civil por omisión de dicho deber. Podríamos entrar a considerar la aplicabilidad del artículo 1902 del Código Civil, cuando los padres, una vez asumiendo los daños que han transmitido a los hijos de forma absolutamente involuntaria, deciden no prestar a este el especial apoyo que precisa. Es en este caso cuando encontraríamos una clara relación de causalidad con el padecimiento de los hijos, por lo que realmente se le estaría causando un daño que tendría que ser resarcido.

B) Casos en los que el contagio de la enfermedad se produce de forma negligente durante la gestación, con el conocimiento de los padres

En este caso encontramos una gran diferencia con el apartado anterior, pues el contagio se produce una vez ya se ha producido la concepción, y negligentemente los padres no toman las precauciones necesarias para evitar los daños al concebido⁸³. Indudablemente en este caso, siendo conocedores los padres de la enfermedad contagiosa, se les debe exigir tomar las precauciones pertinentes para no causar un daño perfectamente evitable. Por lo tanto, dicho comportamiento negligente podría perfectamente hacer nacer responsabilidad civil de los padres para compensar a su hijo, pues el interés superior de éste no entraría en contradicción con la libertad reproductiva de los padres que pudieron evitarlo. Es evidente que para que se pueda aplicar el artículo 1902 del Código Civil debe existir un comportamiento negligente. Dicha negligencia tan solo se materializaría en caso de que los padres se expongan sin precaución a contraer una enfermedad, a sabiendas que durante el embarazo el contagio al concebido es altamente probable. De este modo advertimos una cierta culpabilidad de los padres, pues durante

⁸² PANTALEON PRIETO, F., 1987, *Op Cit*, p. 276

⁸³ ATIENZA NAVARRO, M. L., 2008, *Op. Cit*, p. 105 y 106

la gestación el deber de cuidado debe ser especialmente intenso, en protección de los intereses del *nasciturus*. Además, resulta especialmente relevante el hecho de que el embrión fue concebido sano, pues no se portaba dicha enfermedad, y por la conducta irresponsable de los padres, el menor se verá aquejado de una afección dañosa el resto de su vida. Es aquí donde observamos la causación directa del daño durante la gestación, lo cual podemos distinguir de aquellos caso que como vimos antes carecen de certeza en el contagio⁸⁴, o dependen de la probabilidad de la procreación natural.

Del mismo modo, tal como ya se ha explicado y en virtud del respeto que la vida prenatal merece, es muy distinto reprochar a los padres la causación de daños cuando la única forma de evitarlos fuese la no concepción, que cuando pueden evitarse por un comportamiento diligente durante el embarazo. Se desprende de este razonamiento una consideración de la culpabilidad de los padres en relación al daño causado, que puede resolver el conflicto de determinación de la responsabilidad.

Cabe remarcar que, no cualquier daño por el mero hecho de serlo debería ser indemnizable, pues la genética en la procreación natural es susceptible de generar numerosas taras que causan infinitos tipos de perjuicios sobre los hijos. Es importante que se debe relativizar el daño objetivo, entendiéndolo como el padecimiento, que sufre el hijo. Es por ello destacable, que no debe tratarse de defectos insignificantes o que en ningún modo alteren la vida de la persona. De lo contrario se colapsarían los tribunales de reclamaciones sin fundamento real⁸⁵.

5. Conclusiones

Tras conocer en profundidad el estado de la cuestión que nos ocupa, resulta palpable la incoherencia de nuestro ordenamiento jurídico de protección a los menores y a la vida prenatal. Esta situación no solo deriva de la pluralidad de regímenes con los que cuenta nuestro país, que genera numerosas desigualdades a nivel nacional, sino debido a la inseguridad jurídica que rodea la cuestión. Dado que la protección al concebido no

⁸⁴ *Idem*, p. 107

⁸⁵ ATIENZA NAVARRO, M. L., 2008, Op. Cit, p. 109

nacido ha sido generalmente objeto de polémica, influenciada por un gran número de factores que trascienden al Derecho, observo la gran complejidad del asunto. Sin embargo, dicha complejidad existe sin perjuicio de que resulta urgente regular con uniformidad la protección jurídica del *nasciturus*, el cual en la actualidad se enfrenta al ordenamiento con gran vulnerabilidad e inseguridad.

Comenzando por la carencia de personalidad civil, el concebido no nacido se encuentra en un estado de indeterminación jurídica que requiere una regulación más allá de una abstracta protección que busque permitirle gozar de los efectos que le fueran favorables. Sin entrar a considerar la actual regulación de interrupción del embarazo, la desprotección de quien está llamado a ser persona es absoluta, especialmente en una sociedad progresivamente menos humana y en la que la ponderación de los derechos es cada vez más compleja.

Tras investigar lo que la doctrina entiende como favorable para los intereses del concebido, entiendo que se hace una interpretación muy restrictiva de dicho precepto. Nuestro ordenamiento se encuentra muy enfocado a regular la protección de los intereses patrimoniales de los *nasciturus*, olvidando por completo los personales. Es preciso constituir un estatuto que le sea aplicable a estos seres, que representan una expectativa de vida, que ya cuenta con una esfera jurídica, aun encontrándose sus derechos en situación de pendencia hasta el nacimiento.

Nuestro ordenamiento, así como la normativa internacional pertinente, es claro a la hora de anteponer los derechos de quien se pueda ver privado de ellos, a los intereses de quien de forma irresponsable no actúa con la diligencia de cuidado y protección. Del mismo modo, históricamente hemos visto como del Derecho Natural se ha venido desprendiendo la intención de proteger la vida prenatal, culminando en la consagración del principio de interés superior del menor.

A pesar de la existencia de numerosos conflictos que resultan en ocasiones irresolubles, debemos ser conscientes de la posición que cada sujeto ocupa en dichas situaciones, así como no olvidar aquellos principios fundamentales de respeto a la vida, a la libertad y a

la integridad física. Todo derecho merece un reconocimiento digno, y no es justo privar de el a quien no es responsable de su propia existencia.

Por ello, este trabajo es partidario de otorgarle mayor peso a los derechos e intereses del concebido, con el fin de evitar abusos de derechos antes y después del nacimiento. Es evidente que la protección al concebido antes del nacimiento es capital para que una vez nacido pueda éste desarrollar su vida en condiciones dignas. A raíz de esta cuestión han emergido dudas, en torno a la exigibilidad de responsabilidad por daños que proceden de la etapa prenatal, y que en ocasiones resultan del comportamiento poco diligente y la falta del deber de cuidado, pero que en otras ocasiones dependen de la probabilidad que le es inherente a la procreación natural. Existe actualmente un gran debate doctrinal, que genera gran inseguridad jurídica en este ámbito, sin embargo como hemos observado debe hacerse una distinción causal para determinar su pertinencia o exigibilidad.

El objeto de este trabajo estriba en arrojar luz sobre la inseguridad que rodea la vida del concebido no nacido, que resulta un concepto fragilmente delineado por nuestro ordenamiento jurídico. La indeterminación de los derechos del *nasciturus*, hace de su protección un ejercicio complejo, redundando en una situación de mayor fragilidad para éstos. De igual forma, es muy importante hacer una ponderación de derechos objetiva, que no suponga un límite para la libertad de ninguna de las partes, si no que suponga el convencimiento de actuar de forma justa y coherente. Gran evolución es necesaria en este ámbito del derecho, y para ello es necesario involucrar a todos los distintos agentes sociales, con el fin de alcanzar un consenso que cumpla el objetivo principal de nuestro ordenamiento civil, reconocer la protección que a cada uno le corresponde por naturaleza.

6. Bibliografía

6.1 Obras doctrinales

ATIENZA NAVARRO, M. L., “Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad de los padres en el ámbito de la procreación natural”, *Revista Española de Drogodependencias*, Sección Jurídica, 2008

CASTAN VAZQUEZ, J. M., ‘Comentario al artículo 154 del Código Civil’, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2º, Edersa, 1982

CORRIPIO GIL-DELGADO, M. R., "El ser humano en gestación, hacia un estatuto civil del “hijo no nacido””, *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216, vol. V, num 4, 2018

DAGNINO, “Potesta parentale e diritto di visita”, *Dir Fam. E Per.*, 1975

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La protección jurídica del concebido en el Derecho español”, *Revista Boliviana de Derecho*, n. 22, 2016

DE VERDA BEAMONTE, J. R., "Libertad de procreación y libertad de investigación”, *La Ley*, nº 6161, 2015

FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Iustel, Madrid, 2013

FRANCES, F., “La protección del feto maltratado”, *Universitat de València*, Valencia, *Gaceta Internacional de Ciencia Forense*, num 2, enero-marzo de 2011

GARRIDO DE PALMA, V. M., “El Derecho civil, protector del ser humano”, *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 36, Nº 4, 1983

GONZALEZ GOZALO, A., “Comentario al artículo 30 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Aranzadi, 3a ed., 2009

HUALDE SANCHEZ, J. J., *La adopción del propio hijo natural reconocido*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979

IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs Ed, Madrid, 1996

LALAGUNA DOMINGUEZ, E., “El artículo 29 del Código Civil como norma general de protección jurídica del concebido”, *RJN*, no 39, 2001

LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001

MACIA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

MARTIN GRANIZO, M., *La incapacitación y figuras afines*, Colex, Madrid, 1987

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil (Volumen II), Derecho de la Persona*, Edisofer, Madrid, 2015

MARTINEZ GARCIA, M. A., "Las disposiciones patrimoniales y las personas físicas no nacidas: el nasciturus y el concepturus y los bienes a ellos destinados", p. 8, (disponible en http://mbnotarios.com/uploads/web_works/mandbnotariosconferenciamanuelmartineznasciturus.pdf; última consulta 27/02/2019)

MORENO-TORRES SANCHEZ, J., *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*, Aranzadi, Pamplona, 2009

MORENO-TORRES SANCHEZ, J., "La situación de desamparo", *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, (Martínez García, C., Coord.), Dykinson, Madrid, 19 de octubre de 2006

PANTALEÓN PRIETO, F., "Procreación natural y responsabilidad civil", en *La filiación a finales del s.XX*, II Congreso Mundial Vasco, Trivium, Vitoria-Gasteiz, 1987

PEREZ GONZALEZ, B., "El requisito de la viabilidad", *Revista de Derecho Privado*, n. 325, 1944

RIVERA FERNANDEZ, M., *Anotaciones a la Ley 1/1996*, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, RDG, junio de 1996

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M., *Introducción al Derecho Civil, Derecho de la Persona*, 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, D-62, tomo I

SANTANA PAEZ, E. y SENENT MARTINEZ, S., “Comentario al artículo 157”, *Comentarios al Código Penal (A.A.V.V.)*, dir. por Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 1999

SUAREZ GONZALEZ, “Comentario al artículo 157 del Código Penal”, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, (A.A.V.V.)*, dir. por Rodriguez Mourullo, G., Civitas, Madrid, 1997

UREÑA MARTINEZ, M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 45, 1997

VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios a la parte especial en Derecho Penal*, “Comentario al artículo 157”, Aranzadi Thomson, Pamplona, 2004

ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, L., “El interés del menor en los casos de separación nulidad y divorcio, El Menor y la legislación actual”, Universidad Antonio de Nebrija, 1998

7. Anexo Documental

7.1 Legislación

Constitución Española, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993

Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón

Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de la Generalitat, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia

Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid

Ley de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, reguladora de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, DO. Generalitat de Catalunya 2 junio 2010, num. 5641

Ley 1/2006 de la Rioja, de 28 de febrero, de protección de los menores, BO. La Rioja 9 de Marzo de 2006, num 33

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Exposición de Motivos

Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Ministerio de Gracia y Justicia «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889 Referencia: BOE A-1889-4763

7.2 Jurisprudencia

Auto del Tribunal Constitucional 127/1986, de 12 de Octubre

Sentencia Civil Nº 659/2016, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Rec 2191/2015 de 10 de Noviembre de 2016

Sentencia Civil Nº 93/2018, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Rec 1047/2017 de 20 de Febrero de 2018

Sentencia Civil Nº 516/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Rec 1275/2014 de 16 de Septiembre de 2015

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), num. 124/2016 de 19 de febrero. JUR 2016/70420

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 5ª, num. 230/2011, de 29 de junio, AC 2011/2053

Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio 1926 y 15 de marzo 1927