

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

Pilar Gutiérrez Santiago

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de León

Resumen. Dado que el concebido se tiene por nacido para “todos” los efectos que le sean *favorables* –siempre que nazca con figura humana y sobreviva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (arts. 29 y 30 CC)-, la protección jurídico-civil al *nasciturus* no se agota en la que el Código Civil le dispensa expresamente en materia de derechos sucesorios y donaciones hechas en su favor, sino que se extiende a otras muchas esferas tanto de carácter patrimonial como de índole personal. A aquellos tradicionales efectos patrimoniales se suma la obtención de indemnizaciones por daños irrogados al concebido antes de haber nacido (ya en su propia persona, ya en su esfera familiar), o la fijación de pensiones alimenticias, para cuando nazca, establecidas en sentencias de separación o divorcio de sus padres, dictadas siendo aquél *nasciturus*. Proscrita legalmente la constitución de su adopción, la jurisprudencia da muestras, en cambio, de la posibilidad de anticipar al nacimiento del menor la declaración de su situación de desamparo o de acordar su acogimiento. Y en sede de filiación, amén de la admisibilidad del reconocimiento del *nasciturus* y del ejercicio de acciones de reclamación y de impugnación de la filiación del tan solo concebido, no faltan casos en que el acuerdo de los padres para invertir el orden de los apellidos del hijo se formaliza con anterioridad a su nacimiento. Asimismo, la retroactividad de los efectos del nacimiento al momento de la concepción (*ex art. 29.2 CC*) ha llevado a apreciar la adquisición originaria *iure sanguinis* de la nacionalidad española por el nacido de progenitor extranjero que era español cuando aquél fue concebido.

Abstract. This article reconsiders the legal protection of the *nasciturus*. The Spanish Civil Code characterises as a person any being with human form and living twenty four hours fully detached from her mother. This constitutes entitlement to full legal protection, particularly as benefits are concerned (section 29 and 30 of the Spanish Civil Code). Such a protection does not only cover her eventual rights as heir or recipient of legacies, but also to other personal and economic entitlements. Among the latter, mention should be made of the right to be compensated on account damage inflicted (directly or indirectly through her relatives) upon the *nasciturus* before birth; the protection of the eventual entitlement to child support when establishing the economic consequences of divorce or separation of her parents; the arrangement of foster care from the very moment of birth (which, given that *nasciturus* cannot be given in adoption until

birth, is of utmost importance when the child would otherwise not be properly taken care of); the admission of legal actions aimed at the recognition of the parenthood of the *nascituri* as well as the vindication of such parenthood; agreements among the parents on the order in which the first family name of each parent is to be given to the *nasciturus*. Finally, it should be added that it has been established that a child is entitled to Spanish (original *ex sanguinis*) citizenship if her parent was a Spaniard at the time in which the *nasciturus* was conceived, even if in the meantime she or he has lost the Spanish citizenship (a result of applying section 29.2 of the Spanish Civil Code which extends protection in a retroactive manner to conception).

Palabras clave: *nasciturus*; nacimiento; concepción; personalidad civil; filiación; protección civil del concebido

Keywords: *nasciturus*, birth, conception, civil personality, legal protection of the *nasciturus*

Sumario: 1. Introducción. 2. Consideraciones preliminares sobre los arts. 29 y 30 del Código Civil. 2.1. El nacimiento como comienzo de la personalidad y sus requisitos legales “a efectos civiles”. 2.2. La retroacción al concebido no nacido de los efectos que le sean favorables. 3. Derechos sucesorios y donaciones al concebido no nacido: nociones generales. 4. Otras esferas de la protección jurídico-civil del concebido no nacido. 4.1. La amplitud de la fórmula -“todos” los efectos favorables- empleada por el art. 29.2 CC: su cobertura de los efectos patrimoniales y extrapatrimoniales. 4.2. El *nasciturus* como beneficiario de indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil. 4.3. El *nasciturus* en los procedimientos judiciales de separación y divorcio: pensión de alimentos en favor del concebido, guarda y custodia, régimen de visitas y uso y disfrute de la vivienda familiar. 4.4. El *nasciturus* y las medidas jurídicas de protección de los menores: adopción, acogimiento y declaración de la situación de desamparo. 4.5. El *nasciturus* en los procesos de filiación. 4.6. El *nasciturus* y la adquisición *iure sanguinis* de la nacionalidad española.

1. INTRODUCCIÓN.

Si nunca resulta ocioso retomar las reflexiones jurídicas acerca de los siempre candentes conceptos de persona y de personalidad o capacidad jurídica, o volver a replantearse los límites subjetivos del derecho a la vida o cuál sea el estatuto jurídico del concebido, a veces la ocasión para ello se presenta especialmente propicia, cual sucede cuando reformas legales vienen a poner sobre el tapete tales nociones y cuestiones primordiales que están en la base de todo el ordenamiento

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

jurídico y del Derecho civil en particular (en cuanto Derecho de la persona por antonomasia). Ni que decir tiene que una de esas ocasiones de excelencia la constituye la promulgación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo; y ahora ya, su misma entrada en vigor¹, una vez transcurrido el periodo de *vacatio legis* de cuatro meses establecido en su Disp. Final 6ª y habida cuenta de que, no obstante los recursos de inconstitucionalidad promovidos y admitidos a trámite contra varios artículos de la Ley, el Auto del Pleno del TC de 14 de julio de 2010 (RTC 2010/90) denegó –aunque con cuatro votos particulares– la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados durante la tramitación del recurso. Con dicha Ley, y aun alejados de todo posicionamiento ético o religioso (y más aún de índole política o ideológica) y prescindiendo también de cualquier valoración filosófica acerca del ser humano y la persona, ya en el plano estrictamente jurídico la polémica queda servida y el debate reabierto... *una vez más*. A ésta le precedieron las duras controversias suscitadas en su día por las reformas del Código Penal en materia de aborto que acometió la LO 9/1985, o las surgidas de la temprana regulación en 1988 de las técnicas de reproducción asistida y, de forma complementaria, de la donación y utilización de embriones y fetos humanos, por mencionar algunas de las más señaladas. Aun no siendo ni mucho menos pretensión de estas páginas ahondar en el tratamiento *constitucional* de problemas de la envergadura del reconocimiento del embrión como vida humana o la consideración jurídica de la vida del *nasciturus*, sí parece oportuno comenzar recordando, de forma muy sintética, la doctrina que en aquellas ocasiones sentara el Tribunal Constitucional respecto de esas complejas cuestiones, que

¹ De forma complementaria, y conforme a la D.Final 4ª de la LO 2/2010, se hallan en vigor desde el 5 de julio de 2010 dos reglamentos de desarrollo parcial de la misma: el RD 825/2010, de 25 de junio (que desarrolla, en concreto, lo dispuesto en los arts. 13 cuarto, 16 y 17 de dicha Ley) y el RD 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo.

también subyacen, con mayor intensidad si cabe, bajo la reciente LO 2/2010.

Obligada es la cita de la STC de 11 de abril de 1985 (RTC 1985/53), dictada en el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto contra el Proyecto de Ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en ciertos casos (que culminaría con la mencionada LO 9/1985, de 5 julio, por la que se introdujo en el Código Penal de 1973 el art. 417 bis -cuya vigencia fue mantenida por el CP de 1995 y que ahora viene a ser derogado por la LO 2/2010-). Comenzó esta Sentencia advirtiendo que “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación,... que genera un «*tertium*» existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”; y a partir de ahí argumentó que la Constitución no puede desproteger la vida “en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma”, por lo que –concluía el TC- “la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra Norma fundamental”. Seguidamente, sin embargo, se encargó de puntualizar el Tribunal Constitucional –y he aquí una de sus afirmaciones claves (y más polémicas)- que de lo anterior no cabe dar el salto a sostener que el *nasciturus* sea titular de ese derecho fundamental a la vida.

En tanto que en la precedente Sentencia se asientan importantes fundamentos jurídicos respecto de la trascendencia del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional y sobre el concreto alcance de la protección constitucional del *nasciturus*, su doctrina fue acogida por la STC 212/1996 de 19 de diciembre (RTC 1996/212), dictada en el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos (hoy día derogada por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica). A fin de declarar en términos generales la constitucionalidad de

dicha Ley, el TC parte de que "*el artículo 15 CE, en efecto reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los nascituri*". Así pues -añade más adelante-, "en el caso de la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 CE".

De los mismos pronunciamientos se hace eco, en fin, la STC de 17 de junio de 1999 (RTC 1999/116) en su declaración de constitucionalidad de la Ley 35/1988, de 22 noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida Humana (actualmente derogada por la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, reguladora de esa materia). De nuevo en esta Sentencia se reitera, sin ambages, que titulares del derecho a la vida del art. 15 CE lo son sólo los nacidos –y no el *nasciturus*-, de manera que la Ley impugnada, en tanto "regula técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano", "no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el art. 15 CE" ni vulnera "la protección jurídica que constitucionalmente se garantiza a los *nascituri*".

A la vista de las escuetas referencias que hemos entresacado de la visión por el Tribunal Constitucional de la titularidad del derecho a la vida y la protección de la vida prenatal como bien jurídico, no está de más insistir en que su interpretación en torno a problemas de tan hondo calado en absoluto ha sido ni es pacífica. Y así, por dirigir la atención a la pionera STC 53/1985, es ilustrativo observar que si, de un lado, constituye el eje de los razonamientos vertidos por los magistrados firmantes de los votos particulares al citado ATC 90/2010 que se manifestaron contrarios a la aplicabilidad inmediata de la impugnada LO 2/2010 de interrupción voluntaria

del embarazo², por otro lado esta misma Ley declara expresamente en su Preámbulo haber tomado aquella doctrina constitucional como punto de partida para concretar el modelo legal que se establece de despenalización del aborto; y -en lo que, *mutatis mutandi*, pudiera valer el paralelismo- también en la mencionada STC 53/1985, así como en las restantes que le siguen, fundó en su día la Audiencia Nacional su visto bueno a la autorización de la denominada “píldora del día después”³.

Con todo, sentado por el supremo intérprete de nuestra Constitución que el *nasciturus* no es persona ni titular del derecho a la vida ni de los demás derechos fundamentales, y en tanto que el propio TC distingue meridianamente entre derechos del concebido e intereses del mismo constitucionalmente dignos de tutela, es ya momento de indicar que el objeto del presente estudio se centrará en la vertiente *civil* de la protección jurídica que se brinda al no nacido en nuestro ordenamiento; perspectiva civil que, ante la multiplicidad de aspectos susceptibles de ser tratados desde la misma, y a fin de acotar con mayor precisión el propósito de este trabajo, girará en particular sobre los “nuevos” ámbitos o planos de protección jurídico-civil del *nasciturus* que se suman a los ya clásicos que contempla el Código Civil en materia de sucesiones y donaciones. Aun así, y como punto de arranque obligado para todo análisis de la defensa civil del concebido no nacido, se impone comenzar efectuando algunas consideraciones generales, siquiera breves y a modo de recordatorio, sobre la regulación contenida al respecto en los arts.

² Los cuatro votos particulares emitidos coinciden en subrayar que, *a la luz de la doctrina sentada en la STC 53/1985* en torno a la protección constitucional del *nasciturus* (garantizada por el art. 15 CE), la alegación de los recurrentes de que existía un evidente daño absolutamente irreversible e irreparable (*periculum in mora*) debió ser tomada en consideración e incluso atendida, procediendo, pues, la suspensión de la vigencia o aplicabilidad de los preceptos impugnados, a fin de proteger cautelarmente vidas que están constitucionalmente protegidas.

³ Vid. SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 octubre 2003 (JUR 2004\131447), confirmatoria de la S. del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo de 4 febrero 2003 (JUR 2009\253580).

29 y 30 CC, haciendo especial hincapié en el alcance y proyección del art. 29.2.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LOS ARTS. 29 Y 30 DEL CÓDIGO CIVIL.

A tenor del art. 29 CC, “*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*”. Y dispone el art. 30 que “*para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*”. Guste o no –ese es otro cantar⁴–, estas son las premisas desde las que nuestro Derecho civil positivo -y vigente⁵, por más que pudiera considerarse anticuado en algún punto- articula el reconocimiento

⁴ Aunque sea adelantar cuestiones que se tratarán más adelante, interesa advertir de antemano que la regulación contenida en los arts. 29 y 30 CC, lejos de contar con el beneplácito de toda la doctrina, es censurada por no pocos civilistas. A título de ejemplo, recientemente CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., “Reflexiones sobre el concepto de persona y la protección de la vida prenatal en el ordenamiento español: del nasciturus al moriturus”, en *RJNot.*, nº.73, 2010, pp. 247- 250, 270, n.43 y 285 ha reivindicado que, con el soporte que ofrece el art. 10.1 CE, “la consideración del valor de la vida prenatal reclama la revisión de la tradicional categoría jurídica del *nasciturus*, cuya configuración, anclada en planteamientos ancestrales, basados esencialmente en la protección patrimonial de los intereses del concebido..., resulta a todas luces insuficiente”. Criticando en particular la solución acogida por el art. 30 de nuestro CC, también MARÍN LÓPEZ, J.J., “La persona”, en *Derecho Civil (Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad)*, dir. por Á. CARRASCO, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 2004, p. 65 ha señalado que, además de conducir de hecho a resultados injustos e inequitativos, es contraria al principio de «dignidad de la persona» del art. 10 CE, con arreglo al cual lo más acorde sería que la personalidad civil se hiciera depender única y exclusivamente del hecho del nacimiento, sin ningún aditamento, careciendo igualmente de toda explicación plausible, desde las coordenadas del citado art. 10 CE, que la persona sea una para los “efectos civiles” (ex art. 30 CC) y otra distinta para los penales.

⁵ Sin perjuicio de alguna opinión doctrinal, a la que luego se aludirá, que considera *derogado* el requisito de sobrevivencia durante veinticuatro horas desde el nacimiento natural.

de la condición de persona y dispensa al *nasciturus* un cierto grado de protección jurídica.

2.1. EL NACIMIENTO COMO COMIENZO DE LA PERSONALIDAD Y SUS REQUISITOS LEGALES “A EFECTOS CIVILES”.

A la luz de la primera proposición del art. 29 CC, es en el nacimiento donde se sitúa el origen de la personalidad en las personas físicas; personalidad entendida como capacidad jurídica, como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Se tiene, pues, la cualidad de persona desde el momento mismo del nacimiento “natural” –desde el corte del cordón umbilical, en atención al necesario *desprendimiento por entero* del feto del claustro materno que establece el art. 30 *in fine* CC-.

Sin embargo, y de conformidad con este mismo art. 30, “*para los efectos civiles*” nuestro legislador parece exigir algo más que ese total desprendimiento del seno materno, al añadir dos requisitos (*el plazo de las veinticuatro horas de vida desde aquel momento y la figura humana*) que, vestigios de la tradición jurídica patria, y ausentes en los Códigos Civiles de nuestro entorno, vienen a condicionar que el nacido goce de plena personalidad en el orden civil⁶. Sin entrar aquí en las razones

⁶ Entiéndase bien que, aun para los efectos civiles, *el momento del nacimiento* no es el de cumplirse la hora veinticuatro, sino el de desprenderse el feto del cordón umbilical, si –teniendo figura humana- vive veinticuatro horas, contadas desde aquel momento (LACRUZ BERDEJO, J.L./SANCHO REBULLIDA, F. de A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol.2º. Personas, 3ª ed. revisada y puesta al día por J. DELGADO, Dykinson, Madrid, 2002, p. 14). En efecto, es el momento del corte del cordón umbilical –fijado en el parte médico- el que consta como fecha y hora del nacimiento en la inscripción de éste en el Registro Civil (arts. 41 y 48.3º LRC). Es desde ese preciso instante –y no tras las veinticuatro horas de vida- cuando comienza a contarse la edad de la persona, goza ésta de los derechos fundamentales, de un estado civil, etc. (MONTÉS PENADÉS, V.L., “Comienzo y fin de la personalidad”, en *Derecho*

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

históricas y en los motivos por los que el Código español estableció esas exigencias⁷ —en lugar de acoger el criterio de la viabilidad o aptitud para seguir viviendo⁸ (ya la viabilidad “propia”, entendida como madurez fetal o tiempo suficiente de desarrollo intrauterino, ya la “impropia”, determinada por la ausencia en el nacido de defectos funcionales u orgánicos de consecuencias mortales e incompatibles con la vida)-, lo que interesa destacar aquí es que son única y *exclusivamente* los “efectos civiles”, y no otros distintos, aquellos cuya producción se hace depender de que el nacido cumpla los requisitos del art. 30⁹,

Civil. Parte General y Derecho de la Persona, coord. por F. BLASCO GASCÓ, Tirant lo Blanch, Valencia, 4ª ed., 2003, p. 187).

⁷ De “viabilidad *legal*” suele hablarse para calificar el sistema del art. 30 de nuestro CC: vid. RDGRN de 3 septiembre 1996 (RJ 1997/1846), y en la doctrina, por todos GULLÓN BALLESTEROS, A., “Com. arts. 29 a 31 CC”, en *Comentario del Código Civil*, coord. por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, Barcelona, 2000, p. 587.

⁸ No falta algún autor que, como señaladamente PEREZ GONZÁLEZ, B., “El requisito de la viabilidad”, en *RDP*, 1944, pp. 273 y ss., defiende —de forma ciertamente minoritaria y casi aislada— que el Código Civil, en el propio art. 30 (reforzado por los arts. 960, 962, 964, 745.1 y concordantes), incorpora en el fondo el criterio de la viabilidad impropia *stricto sensu*.

Entre los muchos autores que, en contra de tal tesis, consideran que nuestro Código no adopta el requisito de la viabilidad, vid. DíEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol.I, Tecnos, Madrid, 11ª ed., 2003, p. 216; y por extenso MORENO MOZO, F., “Requisitos del nacimiento: análisis del artículo 30 del Código Civil”, en *La Ley*, nº.7361, 12-14 marzo 2010 (y en *Act.Civ.*, nº.22, 2009).

⁹ Así lo subraya la RDGRN de 3 septiembre 1996 (RJ 1997/1846). Y también en la doctrina, autores como HUALDE SÁNCHEZ, J., “La personalidad”, en PUIG Y FERRIOL, L./ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C./ GIL RODRÍGUEZ, J./ HUALDE, J., *Manual de Derecho Civil*, I (Introducción y Derecho de la Persona), Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 114; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, T.II, Vol.1º, coord. por J. RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 255, 320-321, entre otros, han puesto de relieve que, a efectos distintos de los civiles, como en relación con la titularidad de derechos fundamentales y de la personalidad (vida, integridad física, honor, etc.), o con la protección penal del recién nacido (STS, Sala 2ª, 29 noviembre 2001 [RJ 2002/1787], SAP de Barcelona 23 julio 1999 [ARP 1999/3190]), al nacido se le reconoce personalidad desde el mismo momento del alumbramiento, sin que opere la exigencia de que sobreviva veinticuatro horas.

llegando a afirmar la doctrina mayoritaria que tales efectos civiles son sólo los que afectan a la personalidad patrimonial, a la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones de carácter patrimonial¹⁰, siendo el propósito principal del precepto evitar un posible cambio injustificado y poco racional en el curso de una sucesión *mortis causa* -tal como expresamente señala la RDGRN de 3 septiembre 1996 (RJ 1997/1846)-.

Aunque sea brevemente, no puede prescindirse de ofrecer algunas pinceladas acerca del significado de las dos mentadas condiciones que reclama el art. 30 CC. De una parte, como eco histórico que, a través de las Partidas, se remonta al Derecho romano¹¹, la exigencia de *figura humana*¹² conduce a que a no se reconozca la personalidad civil en los casos más patentes y claramente visibles de nacidos con una apariencia externa no humana por razón de su monstruosidad o deformidad (acéfalos, bicéfalos, etc.)¹³; supuestos a los que un sector doctrinal –interpretando el término “figura”, no sólo como aspecto externo, sino como cuerpo humano en su estructura esencial-, añade aquellos otros en que el nacido, aun con una apariencia externa

¹⁰ Vid. por ejemplo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...*, II-1º, 2000, pp. 321-322; y GONZÁLEZ GOZALO, A., “Com. art. 30 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Aranzadi, 3ª edición, 2009, p. 146.

¹¹ Vid. al respecto, ALEMÁN MONTERREAL, A., “La forma humana y su vinculación con la viabilidad: precedente romano del artículo 30 del Código Civil”, en *Act.Civ.*, nº.35, sept.-oct. 1999, pp. 1059-1071.

¹² Tal como recuerda, por ejemplo, DÍEZ PICAZO, L., “Com. art. 30 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T.I, dir. por M. ALBALADEJO, Edersa, Madrid, 1978. p. 816, la exigencia de figura humana ha sido a veces criticada doctrinalmente por entenderse que respondía a la, hoy infundada, creencia originaria de que pudieran nacer de mujer seres no humanos.

¹³ En cualquier caso, es opinión unánime que las meras imperfecciones (exceso o defecto de miembros, etc.) no suponen la carencia de figura humana. De ahí que MARÍN, J.J., “La persona”, en *Derecho Civil...*, 2004, p. 64 considere “evidente que el campo de aplicación de esta exigencia –la figura humana- es extremadamente reducido”.

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

normal, presenta defectos internos tan graves que le hacen inviable en sentido propio¹⁴.

De otra parte, y en cuanto a la exigencia por el art. 30 de *supervivencia del nacido durante veinticuatro horas*, es obligado hacer mención de la opinión radicalmente crítica de ALBALADEJO que, desde su estudio monográfico del tema en 1997¹⁵, viene defendiendo que el ser humano es persona desde el mismo momento que nace. A su juicio, la afirmación de que la personalidad civil sólo se adquiere pasadas veinticuatro horas de vida se halla derogada por el art. 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y por el art. 7.1 de la Convención de la ONU sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, vigentes ambos en España y en los que se dispone que todo niño “será inscrito *inmediatamente después de su nacimiento...*”, de forma que, por tanto, pese a la letra del art. 30 CC y de los arts. 40 y 42 de la Ley del Registro Civil de 1957¹⁶, se es persona e inscribible en el Registro desde que se

¹⁴ Así lo entienden, por ejemplo, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, I-3º, Edersa, Madrid, 1995, p. 800; y LACRUZ, J.L. *et al.*, *Elementos...*, I-2º, 2002, p.13, para quien carecen también de figura humana los nacidos en los que “la disposición de los órganos vitales demuestra su ineptitud para seguir viviendo («figura» como cuerpo humano en su estructura esencial); y asimismo los eventos de falta de madurez del feto, tal que lo hace inepto para la vida autónoma”. Aun reconociendo lo discutible que puede ser –y que, de hecho, es– esta interpretación, considera el autor que con ella “habría, así, en este requisito de la figura humana, un eco del de la viabilidad presente en toda la historia del Derecho español”.

En contra de dicha interpretación, vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...*, II-1º, 2000, p. 314; y MARÍN, J.J., “La persona”, en *Derecho Civil...*, 2004, p. 65.

¹⁵ ALBALADEJO, M., “Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro”, en *RDP*, nº.81, 1997, pp. 166 y ss.

¹⁶ Conforme a estos preceptos de la LRC, “son inscribibles los nacimientos en que concurren las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil”, disponiendo además los arts. 171 y 174 del RRC que el nacido en quien no concurren tales circunstancias se considerará una criatura abortiva y se incorporará al legajo de abortos, como el que nace muerto.

nace¹⁷. Con todo, y amén de que la DGRN –en la antes citada Resolución de 3 septiembre 1996 (RJ 1997/1846)- haya rechazado expresamente esa argumentación declarando que las referidas normas internacionales no inciden sobre nuestra regulación civil (ni sustantiva ni registral), interesa advertir que el propio ALBALADEJO puntualiza que, si bien el nacido es persona e inscribible desde el momento mismo de nacer (y no después de veinticuatro horas), “ni recibe ni causa herencia, ni su vida tiene consecuencias patrimoniales hasta haber vivido veinticuatro horas”¹⁸.

2.2. LA RETROACCIÓN AL CONCEBIDO NO NACIDO DE LOS EFECTOS QUE LE SEAN FAVORABLES.

Dado que el nacimiento es el origen de la personalidad (*ex* art. 29.1 CC), el concebido no nacido carece de ella y, hasta que nazca, no será persona ni tendrá la *capacidad jurídica* que es consustancial a la misma, la aptitud genérica para ser titular de derechos. De ahí que, como al principio apuntábamos, el TC haya declarado en varias ocasiones que el *nasciturus* no es titular de derechos fundamentales tales como el derecho a la vida o a la

¹⁷ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I*, Introducción y Parte General. Edisofer, Madrid, 18ª ed., 2009, pp. 205-207 y 214. Vid. en la misma línea, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...*, II-1º, 2000, pp. 326-328. Es ilustrativo comprobar que esa interpretación es precisamente la que ha plasmado normativamente el legislador catalán en la reciente Ley 25/2010, de 29 julio, por la que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (en vigor desde el 1 de enero de 2011, conforme a su Disp. Final 5ª). Dispone el art. 211.1 de dicha Ley que “la personalidad civil es inherente a la persona física *desde su nacimiento*” y que “el concebido tiene la consideración de persona a los efectos que le sean favorables, siempre y cuando llegue a *nacer*” (sin adición de plazo o exigencia alguna), explicándose a tal fin en el Preámbulo de la Ley que “*a los efectos del Derecho catalán, la personalidad civil se adquiere por el nacimiento, en la línea de lo dispuesto por el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado español el 30 de noviembre de 1990*”.

¹⁸ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I*, 2009, p. 207.

dignidad humana (SSTC 11 abril 1985 [RTC 1985/53], 19 diciembre 1996 [RTC 1996/212] o 17 junio 1999 [RTC 1999/116])¹⁹.

No obstante lo anterior, y pese a que el concebido no ostente la cualidad de persona, el propio artículo 29 CC, lejos de reputarle jurídicamente irrelevante y no atribuir a su existencia ningún tipo de tutela, establece en su inciso segundo la “ficción legal”²⁰ de considerarle nacido a los efectos favorables, en la hipótesis de que efectivamente llegue a nacer y lo haga con los requisitos señalados por el art. 30. No se trata, pues, de que al concebido se le empiece a considerar persona ya antes de su nacimiento -desde el momento de la concepción-, sino que, para el caso de que nazca con las condiciones del art. 30, se le tiene por nacido, en lo que le beneficie, desde el momento en que fue concebido, retro trayéndose los derechos del nacido a la fecha de su concepción. Ante la esperanza y la expectativa de que llegue a ser realmente persona, y en previsión de ello, la operatividad del art. 29.2 CC –similar a la de la condición suspensiva²¹- conduce a que, desde la concepción hasta que se produzca el nacimiento (o,

¹⁹ Frente a esa opinión, y criticando en concreto la STC 53/1985 cuando afirma que al *nasciturus* no le corresponde la titularidad del derecho a la vida. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...*, II-1º, 2000, pp. 256-257 defiende, desde el punto de vista del Derecho civil al hilo de la interpretación del art. 29 CC, la consideración como persona del ser humano desde el momento mismo de la concepción, de manera que, a su juicio, antes del nacimiento su personalidad es *restringida* y está limitada a la titularidad de los derechos naturales primarios (la vida, la integridad física, etc.). Contrarios a que el concebido tenga una personalidad, no ya plena, sino *ni siquiera especial o limitada*, son, en cambio. LACRUZ, J.L. *et al.*, *Elementos...*, I-2º, 2002, p. 15; DÍEZ PICAZO, L., “Com. art. 29 CC”, en *Comentarios...*, I, Edersa, 1978, p. 811; o HUALDE, J., “La personalidad”, en PUIG Y FERRIOL, L. *et al.*, *Manual...*, I, 1997, p. 119, entre otros.

²⁰ Así califican expresamente al art. 29.2 CC las RR. DGRN de 31 marzo 1992 (RJ 1992/3474), 12 julio 1993 (RJ 1993/6357), 7 septiembre 2001 (JUR 2001/8437) y 26 diciembre 2002 (JUR 2003/57531); y en la doctrina, por todos LACRUZ, J.L. *et al.*, *Elementos...*, I-2º, 2002, pp. 16 y 19.

²¹ Vid. en este sentido, por ejemplo GARCÍA AMIGO, M., *Derecho Civil de España*, I (Parte General). Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, p. 306.

por el contrario, el aborto o el nacimiento sin los requisitos del art. 30), las cosas queden paralizadas o en suspenso y los derechos o relaciones favorables para el concebido se encuentren en una “*situación de pendencia*” que se extiende durante toda la gestación –tal como expresamente ha señalado la STS (Sala 2ª) de 20 diciembre 1980 (RJ 1980/4980)-. Mientras tanto, y en aras a la protección de los intereses del *nasciturus*, la ley arbitra una serie de medidas de cautela que se articulan a través de la puesta en administración de los bienes y derechos dispuestos a favor de aquél (arts. 959 y ss. CC); y sólo una vez que nazca (con las condiciones del art. 30) pasará *retroactivamente* –como si verdaderamente hubiese sido persona durante la gestación- a hacerlos suyos y ser titular de los mismos.

Dejando aquí de lado las distintas opiniones doctrinales acerca de los criterios a emplear para la determinación y prueba del momento en que tuvo lugar la concepción –dato temporal crucial para precisar el concreto alcance de la eventual retroacción a aquella fecha de los efectos civiles favorables al *nasciturus*²²-, el nudo gordiano del art. 29.2 CC (o con mayor exactitud, el aspecto que para nuestro estudio más interesa) reside

²² Según la doctrina mayoritaria, se ha de aplicar por analogía la presunción que en materia de filiación matrimonial establece el art. 116 CC, donde se prevé como duración del embarazo el tiempo de *trescientos días* (vid. por todos, LACRUZ, J.L. et al., *Elementos...*, 1-2º, 2002, pp. 19-20). Observa al respecto ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I*, 2009, p. 209 que tal interpretación quedaría abonada por el fin perseguido por el art. 29.2 CC –protección del nacido, extendida al periodo de la gestación-, que, “en caso de duda, debe alcanzarse a lo más, ya que se pretende *favorecer* al que nacerá y, por tanto, debe interpretarse en caso de duda, que su concepción tuvo lugar lo antes posible, pues cuanto antes haya sido, más beneficio cabe que reciba”. Sin embargo, el propio autor añade a renglón seguido que “se puede pensar también que, siendo el embarazo normal de nueve meses, la concepción se presumirá acaecida *doscientos setenta días antes del nacimiento*”. En cualquier caso, como puntualiza el citado autor y en general toda la doctrina, al tratarse de presunciones *iuris tantum* (ya los trescientos, ya los doscientos setenta días –que son un periodo máximo posible de gestación-), cabe prueba en contra, de forma que podrá acreditarse, normalmente por pericial médica, que fue otra la fecha de la concepción.

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

en dilucidar cómo debe entenderse la expresión “*para todos los efectos que le sean favorables*”.

Antes de nada, importa subrayar que, como sin dificultad parece desprenderse de la letra del art. 29.2 (al emplear la locución “que le sean favorables” y, en concreto, el pronombre personal “*le*”) y como igualmente recogían de forma explícita sus remotos precedentes romanos²³, los efectos favorables han de ser *para el concebido* -donde, obviamente, no se incluye al *concepturus*²⁴-, y *no para un tercero*. Aunque pudiera ser discutible la operatividad de la norma en el caso de que *los efectos favorables para un tercero también beneficien indirectamente al concebido*, la mayoría de la doctrina se inclina por considerar que esos beneficios meramente indirectos para el *nasciturus* no justifican la aplicación del art. 29.2²⁵. Con todo, y

²³ Tal como recuerda MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...*, II-1º, 2000, pp. 259 y 268, el Derecho romano consideraba de forma explícita que “se protege al hijo concebido como si hubiese nacido, *siempre que se trate de sus ventajas propias, pues antes de nacer no puede favorecer a tercero*” (D. 1, 5, 7) y que “lo que decimos de que se tiene por nacido al que se espera que nazca, es cierto *siempre que se trate de su derecho*, pues para otros efectos solo cuenta desde que nace” (D. 50, 16, 231).

²⁴ No siendo el art. 29 CC aplicable al *nondum conceptus*, éste podrá, sin embargo, beneficiarse de una reserva de derechos a su favor a través de otras vías: institución de heredero condicional (art. 758 CC), sustitución fideicomisaria (arts. 781 y ss. CC), designación como legatario (RR. DGRN 29 enero 1988 [RJ 1988/316] y 27 diciembre 1982 [RJ 1982/8065], SAP Málaga 10 marzo 2003 [AC 2003/238355]), donación con cláusula de reversión (art. 641 CC), contrato para persona a designar o contrato a favor de tercero (art. 1257.2 CC), etc.

²⁵ Vid. en este sentido, por todos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...*, II-1º, 2000, pp. 268-269. Por esa razón, a la hora de examinar la posibilidad de revocar una donación por *superveniencia de hijos* (art. 644.1º CC) en caso de existencia de un concebido aún no nacido, DÍAZ ALABART, S., “Com. art. 644 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, T.VIII-2, Edersa, Madrid, 1986, p. 316 y ss. considera que *el art. 29 no permite al padre (o la madre) revocar las donaciones por superveniencia de hijos antes de su nacimiento* –en cuanto que esa revocación no favorece *directamente* al concebido, sino al padre donante-, si bien tampoco sirve para considerar la donación irrevocable cuando fue realizada después de la concepción –pues

aparte de no faltar autorizados especialistas en la materia que, contrariamente a la opinión generalizada, defienden una interpretación amplia del precepto sobre ese particular²⁶, interesa adelantar desde este momento que en la práctica la cuestión no resulta estar nada clara, siendo no pocas las sentencias que, al cobijo del interés o beneficio indirecto del *nasciturus* (ex art. 29.2 CC), terminan por atribuir derechos a sus progenitores.

Bajo la premisa anterior, en una primera aproximación al significado de la fórmula “*efectos favorables*” es común afirmar que, amén de la evidente exclusión de los efectos perjudiciales, por efecto favorable se entiende la *facultad general de adquirir derechos*. Por tanto, puesto que tal facultad se considera que, en términos abstractos, ya es algo en sí favorable, la aplicación del art. 29.2 no debe llevar a deslindar, en cada situación concreta que afecte al concebido, entre los aspectos favorables y los desfavorables que, a veces, puede encerrar, de manera que, contemplada de forma unitaria, sobre el derecho en cuestión que aquél adquiera (al nacer) pueden pesar cargas y gravámenes²⁷: como gráficamente explica a este respecto MARTÍNEZ DE AGUIRRE²⁸, es favorable para el concebido la atribución de una herencia (aunque pueda ser gravosa) o de una donación (aunque pueda ser *sub modo*), por lo que en tales casos aquélla se adquirirá con las deudas y ésta sometida al modo. En contrapartida, y como igualmente señala el citado autor, no se considera favorable la celebración de un contrato *oneroso* -por

tampoco la irrevocabilidad de la donación puede entenderse como un efecto favorable para el concebido-.

²⁶ Tal es el caso de DÍEZ PICAZO, L., “Com. art. 29 CC”, en *Comentarios...*, I, Edersa, 1978, p. 813; y GULLÓN, A., “Com. arts. 29 a 31 CC”, en *Comentario...*, coord. por I. SIERRA, 2000, p. 589.

²⁷ Vid. por todos DÍEZ PICAZO, L., “Com. art. 29 CC”, en *Comentarios...*, I, Edersa, 1978, p. 813; y GULLÓN, A., “Com. arts. 29 a 31 CC”, en *Comentario...*, coord. por I. SIERRA, 2000, p. 588.

²⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...*, II-1º, 2000, pp. 267-268.

grande que pudiera ser la expectativa de ganancia-, dado que implica la asunción de obligaciones a cargo del *nasciturus*²⁹.

Concretando algo más la naturaleza de esos *efectos favorables*, suele también afirmarse que el art. 29.2 CC está pensado fundamentalmente para los efectos beneficiosos de carácter *patrimonial*³⁰, para la defensa de los intereses económicos del concebido no nacido. Desde esta perspectiva, y al hilo de los dos ejemplos a los que anteriormente se ha hecho referencia –la herencia y la donación-, parece oportuno exponer las nociones más elementales sobre las manifestaciones típicas, contempladas específicamente por el Código Civil, de protección civil del *nasciturus* en su esfera patrimonial, tanto por vía *mortis causa* como a través de negocios *inter vivos*.

3. DERECHOS SUCESORIOS Y DONACIONES AL CONCEBIDO NO NACIDO: NOCIONES GENERALES.

Dado que su estudio ya ha recibido una amplia y exhaustiva atención doctrinal, me limitaré aquí a recordar, de forma sumamente concisa, los principales extremos de la proyección del art. 29.2 CC a los efectos favorables para el *nasciturus* en el campo sucesorio y en orden a las donaciones realizadas en su favor; materias ambas cuya concreta regulación codicial se centra fundamentalmente -como podrá comprobarse-, más que en la eficacia retroactiva del nacimiento respecto de las situaciones jurídicas existentes durante el periodo de gestación, en el plano previo de las medidas de defensa del concebido antes de su nacimiento.

²⁹ Vid. igualmente, LACRUZ, J.L. *et al.*, *Elementos...*, I-2º, 2002, p. 17; y Díez-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema...*, I, 2003, p. 218.

³⁰ Vid. especialmente, BUSTOS PUECHE, J.E., *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 37 y ss.; y ARROYO I AMAYUELAS, E., *La protección al concebido en el Código Civil*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 103 y ss. (en particular p. 104), para quienes la protección dispensada al *nasciturus* por el art. 29 CC se limita a algunos concretos y determinados intereses estrictamente patrimoniales en materia de donaciones y sucesiones.

Teniendo en cuenta que, conforme a las raíces históricas de la norma³¹, el art. 29.2 nació para salvaguardar primordialmente los intereses hereditarios del *nasciturus* (y en particular, los derechos del hijo póstumo en la herencia paterna), el Código Civil se ocupa de regular detalladamente en los arts. 959 a 967 algunas de las consecuencias que tiene en el ámbito sucesorio la existencia de un concebido con eventuales derechos hereditarios. Bajo la rúbrica «*De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta*», dichos preceptos establecen una serie de reglas para disciplinar la situación transitoria de pendencia que se produce cuando en la vocación hereditaria (condicional en este caso) hay llamamiento a un concebido que puede tener derechos sobre la herencia del causante³² en caso de nacer: fundamentalmente, la suspensión de la división de la herencia (art. 966) y su sujeción a administración hasta que se verifique el nacimiento (con los requisitos del art. 30 CC) o, por el contrario, tenga lugar el aborto (arts. 965 y 967). Además de las mencionadas precauciones –que en absoluto implican reconocer ya capacidad sucesoria al *nasciturus* ni que haya delación en su favor a la muerte del causante sino que, de conformidad con el art. 29.2 CC, *paralizan* el fenómeno sucesorio que le afecta hasta que, a resultas del nacimiento o del aborto, quede claro quién va a heredar³³–, cabe también apuntar, siquiera telegráficamente, otro par de efectos favorables al concebido en sede de sucesiones *mortis causa*: de un lado, la preterición del *nasciturus* produce las consecuencias que prevé el

³¹ Vid. por todos, ALISTE SANTOS, T.J., “La protección histórica al concebido y su proyección en el Derecho Civil español actual”, en *Act.Civ.*, 2008, T.1, nº.4 (2ª quincena febrero).

³² La doctrina unánime advierte que, aunque el CC habla de la “viuda” embarazada –pensando en el problema concreto de los derechos del hijo póstumo en la herencia paterna–, las reglas que establece al respecto son aplicables a cualquier otro caso en que un *nasciturus* pueda llegar a tener derechos en una herencia (aunque la madre no sea la viuda del causante).

³³ Vid. por todos, CORDERO LOBATO, E., “La delación”, en *Derecho de Sucesiones*, coord. por R. BERCOVITZ, Tecnos, Madrid, 2009, p. 69.

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

art. 814 CC si aquél nace con las condiciones del art. 30 (al ostentar en este caso la cualidad de heredero forzoso)³⁴; y por otra parte, tampoco cabe dejar de mencionar que al concebido se le tiene por nacido en relación con las sustituciones fideicomisarias del art. 781 CC³⁵, por lo que su institución será válida aun cuando sobrepase la limitación del segundo grado³⁵.

Sin perjuicio de que el objetivo principal del art. 29.2 sea – o, al menos, fuera en sus orígenes- proteger al *nasciturus* en el campo hereditario, el Código Civil también contempla explícitamente, como manifestación de dicha norma en los negocios *inter vivos*, las donaciones en favor de aquél. A tenor del art. 627 CC, “*las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado el nacimiento*”. Este precepto autoriza a que la donación al concebido sea aceptada *inmediatamente* (por ejemplo, por los padres³⁷), a fin de evitar que, no aceptada, pudiera decaer, de

³⁴ Vid. por ejemplo, MONTÉS, V.L., “Comienzo...”, en *Derecho Civil...*, 2003, p. 191. Cfr. SAP de Barcelona de 26 julio 2007 (JUR 2007\284040).

³⁵ Vid. al respecto, PÉREZ DE CASTRO, N., “Com. art. 781”, en *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 3ª ed., 2009, p. 940.

³⁶ Por otra parte, y como con buen criterio advierte la doctrina (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...*, II-1º, 2000, p. 271), el art. 29.2 CC no es que sea directamente aplicable para resolver las dudas que pueden derivar de las disposiciones testamentarias por las que se nombra herederos o legatarios a los hijos o descendientes del testador sin hacerse una referencia específica a los solamente concebidos y aún no nacidos (ya para incluirlos o para excluirlos). Sin embargo, y si bien en tales casos lo que procede es la interpretación de la cláusula testamentaria de acuerdo con la voluntad del testador (*ex art. 675 CC*), a falta de criterios para deducir la intención del causante y no siendo seguro que éste quisiera excluir a los concebidos, el art. 29.2 podrá utilizarse como norma subsidiaria y entender así que, como efecto en su favor, aquéllos quedan *comprendidos* en las disposiciones otorgadas a favor de los nacidos. Así lo hicieron las ya añejas SSTs de 18 octubre 1889 y 27 octubre 1903 (*Jurisprudencia Civil*. t.88, 1899, p. 110; t.96, 1904, p. 507).

³⁷ Aunque -al hacerse la donación en el periodo de gestación- siempre habrá *madre*, no pueden eludirse los problemas que aún así pueden surgir (por ejemplo, aquélla está incapacitada, habiendo muerto el padre del concebido o siendo desconocido); problemas y soluciones de los que se ocupa ALBALADEJO, M..

morir el donante antes del nacimiento, o que éste pudiera retirarla libremente antes de haber nacido el donatario³⁸. Tal aceptación de la donación en favor del *nasciturus*, aunque hace que la misma devenga irrevocable durante el periodo de gestación, no significa que el donante pierda ya la propiedad actual del bien donado (lo cual –al quedar en suspenso, en estado de pendencia- ocurrirá solamente si tiene lugar el nacimiento con los requisitos del art. 30); pero, además, según entiende la práctica totalidad de la doctrina, ni siquiera obliga, aunque cabe acuerdo en contra, a que el donante deba entregar inmediatamente lo donado a quien haya aceptado la donación (ni que éste pueda exigírselo)³⁹. Con todo, desde la aceptación de la donación, el donante queda vinculado por la misma y ha de custodiar los bienes donados en beneficio del concebido hasta que éste llegue a nacer (o no nazca)⁴⁰.

4. OTRAS ESFERAS DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CIVIL DEL CONCEBIDO NO NACIDO.

4.1. LA AMPLITUD DE LA FÓRMULA -“TODOS” LOS EFECTOS FAVORABLES- EMPLEADA POR EL ART.

“Com. art. 627”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, T.VIII-2, Edersa, Madrid, 1986, pp. 131-132.

³⁸ Vid. por todos, ZURILLA CARIÑANA, M^a.Á., “Com. art. 627”, en *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 3^a ed., 2009, p. 791.

³⁹ En contra se pronuncia MARÍN, J.J., “La persona”, en *Derecho Civil...*, 2004, p. 70.

⁴⁰ Aparte de la referida disposición legal sobre las donaciones al concebido no nacido, el art. 29.2 CC también será aplicable en relación a otros negocios *inter vivos* por los que aquél venga a recibir atribuciones gratuitas, entre los que se comprenden *los contratos de seguro* (por ejemplo, seguros de vida) *que tengan como beneficiario al nasciturus* (HUALDE, J., “La personalidad”, en PUIG Y FERRIOL, L. *et. al.* *Manual...*, I, 1997, p. 121) y, en general, cualquier contrato o estipulación en su favor conforme al art. 1257.2 CC (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...*, II-1^o, 2000, pp. 276-277).

29.2 CC: SU COBERTURA DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES.

La expresa regulación por el Código Civil de los derechos sucesorios del *nasciturus* y de las donaciones a su favor -de lo que, en apretada síntesis, hemos dado cuenta- en absoluto permite interpretar que esté restringida a esos supuestos la virtualidad del art. 29.2 CC. Bien al contrario, existen también *otros efectos de carácter patrimonial*, distintos de los anteriores, que igualmente pueden entrar sin dificultad en el campo de aplicación del precepto; y no en vano, ya en la doctrina algunos autores apuntan la posibilidad de encuadrar dentro de la proyección patrimonial del art. 29.2 *las indemnizaciones* de las que se hace acreedor el *nasciturus* por los daños que hubiera sufrido durante el periodo de gestación⁴¹, o *la pensión alimenticia* fijada en su favor en procesos de separación y divorcio donde la esposa está embarazada⁴².

Pero aún hay más. Repárese en que, abandonando el casuismo que en otros tiempos caracterizara a las reglas de protección de los intereses del concebido, la fórmula gramatical por la que nuestro legislador se decantó a la hora de redactar en su versión definitiva el art. 29.2 CC⁴³ es claramente genérica - “*para todos los efectos que le sean favorables*”- y está dotada de gran amplitud, en cuanto el precepto habla, en particular, de “*todos*” los efectos favorables. Sin forzar lo más mínimo su letra, puede pues convenirse que la consideración del concebido como nacido (si nace con las condiciones del art. 30) no se limita a la

⁴¹ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...*, II-1º, 2000, p. 280.

⁴² Vid. GONZÁLEZ GOZALO, A., “Com. art. 29 CC”, en *Comentarios...*, Aranzadi, 2009, p. 144.

⁴³ Y es que en la primera edición (de 1888) del Código Civil, tras afirmarse que el nacimiento determina la personalidad, el art. 29 rezaba que ello era “sin perjuicio de los casos en que la ley retrotrae a una fecha anterior los derechos del nacido”, con lo que parecía que era necesario que *la ley admitiese en cada caso concreto* la posibilidad de tener al concebido por nacido. Vid. al respecto, MARÍN, J.J., “La persona”, en *Derecho Civil...*, 2004, p. 68.

vertiente exclusivamente patrimonial sino que, abarcando una protección civil completa e integral de aquél, incluye también los efectos favorables de índole *personal* o *extrapatrimonial*. Así lo ha declarado expresamente la DGRN, en cuyas Resoluciones de 31 marzo 1992 (RJ 1992/3474), 12 julio 1993 (RJ 1993/6357), 7 septiembre 2001 (JUR 2001/8437), 26 diciembre 2002 (JUR 2003/57531) y 23 mayo 2007 (JUR 2008\256348) puede leerse que el art. 29 CC “*contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no se agota en la esfera patrimonial*”. Y también de esa interpretación se han hecho eco algunos de los más reputados estudiosos del tema que, como MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁴⁴, señalan que el art. 29.2 está pensado “para aspectos fundamentalmente *–pero no solo–* patrimoniales” y que la regla que contiene, aunque “se refiera principalmente a efectos favorables de carácter patrimonial, *no son éstos los únicos posibles*”⁴⁵.

Desde estas coordenadas, y ante la amplia dicción del art. 29.2 CC, el propósito de las páginas que siguen es constatar la variopinta y heterogénea índole de la vasta gama de efectos

⁴⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...*, II-1º, 2000, pp. 258 y 266. Según explica el autor (pp. 259-260), así lo avalan los antecedentes históricos del precepto que, ya en su regulación romana justiniana (tal como resulta de los textos recopilados en el Digesto), vio extendido su alcance “a aspectos más directamente personales, ligados al estado (*status*) de las personas: así ocurre, por ejemplo, en relación con el *status libertatis*, de manera que el concebido por madre libre que ha pasado a ser esclava al tiempo del nacimiento nace ya libre, ya que *la desventura de la madre no debe dañar al concebido* (D. 1, 5, 2); o respecto al *status civitatis* y *status familiae*: *si es deserrada la que concibió de justas nupcias, pare un ciudadano romano y bajo la potestad del padre* (D. 1, 5, 18)”. Asimismo recuerda MARTÍNEZ DE AGUIRRE (pp. 262 y 266) que en momentos posteriores –en la época de la codificación, en concreto en la doctrina POTHIER- la regla de protección al concebido fue también aplicada para reconocer a éste *la condición de noble*, entendiéndose que nacia con tal condición quien ya estaba concebido cuando la perdió su padre.

⁴⁵ Entre otros autores para quienes igualmente la amplitud del tenor literal del art. 29 permite también su aplicación a efectos extrapatrimoniales, vid. GONZÁLEZ GOZALO, A., “Com. art. 29 CC”, en *Comentarios...*, Aranzadi, 2009, p. 144.

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

favorables al concebido -patrimoniales y no patrimoniales⁴⁶- que, dejando de lado su tradicional concreción en materia de sucesiones y donaciones, pueden quedar comprendidos dentro del ámbito de operatividad de la norma. Sin perjuicio de las oportunas referencias doctrinales, el campo de pruebas para tal fin lo constituirá la praxis judicial, la multiplicidad de decisiones dictadas al respecto por nuestros tribunales (TS, Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia y por la DGRN), cuya simple ojeada revela una enorme casuística en la que no faltan asuntos más o menos pintorescos o llamativos que, como en tantos otros temas del Derecho, hacen pensar que la realidad supera a veces la ficción; y ello, no sólo en el orden civil⁴⁷ –como podremos comprobar con más detalle- sino también en los demás órdenes jurisdiccionales: así, en el contencioso-administrativo, por ejemplo la solicitud de admisión en una guardería a un concebido no nacido, al cobijo de la proyección del art. 29.2 CE sobre el derecho a la educación⁴⁸; en sede laboral, la invocación de la protección jurídica del *nasciturus* como criterio hermenéutico de un convenio colectivo, a fin de estimar la procedencia de un permiso retribuido a un trabajador, a través de la inclusión de la práctica de la prueba de amniocentesis a su pareja embarazada dentro del supuesto previsto de “*intervención quirúrgica de un*

⁴⁶ Por mencionar una hipótesis muy particular de éstos, viene a colación la opinión de ERDOZÁIN, J.C., “La protección de los datos de carácter personal en las telecomunicaciones”, en *Aranzadi Civil*, n.º.1, 2007 (BIB 2007\90, *Westlaw*) para quien, en cuanto *la protección de los datos personales del nasciturus es un efecto favorable*, cabe aplicar al concebido (*ex art. 29.2 CC*) la LO 15/1999 de Protección de Datos de carácter Personal.

⁴⁷ Aparte de los asuntos acerca de la aplicación directa del art. 29.2 CC, no dejan de suscitarse en la jurisdicción civil algunos casos en que la sola existencia de un *nasciturus* conduce a discutir la eventual incidencia de aquél en la suerte de una acción de desahucio, al hilo de la distinción entre comodato y precario. Así se advierte en las SS. AAPP de Las Palmas de 24 noviembre 2000 (JUR 2001\31683) y Granada de 14 junio 2005 (JUR 2006\38794).

⁴⁸ Tal fue la pretensión de un padre –no estimada- en el asunto que resuelve la STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 julio 2000 (JUR 2000\296713).

*descendiente*⁴⁹; o en el orden penal, y rozando la perplejidad, el planteamiento de que el hecho de que la mujer víctima de una agresión de violencia de género estuviese embarazada pudiese encajar, a efectos de la agravación del tipo, en la circunstancia de delito perpetrado “*en presencia de menores*”⁵⁰.

Aparte de situaciones tan anecdóticas o insólitas como las anteriormente indicadas, y centrándonos en particular en las resoluciones recaídas en relación con los efectos de carácter *civil*, el análisis pormenorizado de las mismas pondrá en evidencia que existen muy diversos ámbitos -Derecho de Daños, nacionalidad y, de forma especialmente fecunda, Derecho de Familia (procedimientos de separación y divorcio, protección jurídica de menores, acciones de filiación, etc.)- en los que, ya con apoyo exclusivo en el art. 29.2 CC, ya con el sustento complementario que ofrecen otros preceptos legales de nuestro ordenamiento –a veces, de forma expresa y, las más, bastante tibia o genérica-, los tribunales otorgan al *nasciturus*, ante la expectativa de que llegue a nacer y a condición de ello, diferentes tipos de derechos civiles, tanto de carácter patrimonial como extrapatrimonial (notas que en no pocos casos se entremezclan y hallan entrelazadas); sin que tampoco falten las ocasiones en que tal jurisprudencia viene a extender a cualquier *interés* más o menos difuso o indirecto del concebido la aplicación del art. 29.2 CC, sorteando para ello –con mayor o menor habilidad según los casos- los obstáculos con que en verdad se tropezaría en una recta interpretación de la norma⁵¹.

⁴⁹ Así lo entendió la S. del Juzgado de lo Social núm.1 de Santander de 17 junio de 2004 (AS 2009\2441).

⁵⁰ Tal cuestión llegó a suscitarse –aunque, cabalmente, sin éxito- en la SAP de Alicante de 26 septiembre 2005 (JUR 2006\3038).

⁵¹ Una última consideración se impone antes de entrar en materia; y es la de que en el seno de los pleitos civiles que examinemos destinados a alcanzar el reconocimiento de efectos favorables para el *nasciturus* se encontrarán subyacentes, en ocasiones, las cuestiones procesales que atañen, tanto a la *capacidad del concebido para ser parte* en el proceso civil -que a tales *efectos favorables* le otorga el art. 6.1.2º de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil-, como a su obligada *comparecencia en juicio* a través de las personas que legítimamente

4.2. EL *NASCITURUS* COMO BENEFICIARIO DE INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Ya en 1952 afirmaba DE CASTRO que “el nacido tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos durante el periodo de gestación, en los bienes que le correspondan, en su situación familiar (muerte del padre, o de la madre al dar a luz) y respecto a su misma persona (defectos físicos o lesiones orgánicas que le fueran ocasionadas)”⁵². Y es que, ciertamente, no parece en principio plantear mayores dificultades la posibilidad de incluir, dentro de los efectos patrimoniales favorables para el *nasciturus* a que proyecta su retroacción el art. 29.2 CC, las indemnizaciones por la responsabilidad civil derivada de los perjuicios (materiales, familiares o personales) sufridos por aquél desde el momento de su concepción⁵³.

Ni que decir tiene que es irrelevante, a esos efectos, que tal responsabilidad se haya dirimido y determinado en el orden jurisdiccional civil, contencioso-administrativo, penal o laboral; y correlativamente, cuál haya sido el concreto hecho dañoso del

lo representarían si ya hubiere nacido (art. 7.3 LEC). Aun admitiendo que el ámbito de aplicación de la norma contenida en dicho art. 6 es bastante menos amplio de lo que en principio cabría pensar (vid. LACRUZ, J.L. *et al.*, *Elementos...*, I-2º, 2002, p. 18, siguiendo a SAMANES ARA, C., *Las partes en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000), no cabe eludir que es justamente en algunos de los casos que aquí vamos a analizar donde podrá tener mayor operatividad. El propio LACRUZ, J.L. *et al.*, *Elementos...*, I-2º, 2002, p. 18 pone como ejemplos posibles “el ejercicio, en ciertos supuestos, de acciones de filiación, o acaso de responsabilidad civil por daños al concebido, u otros supuestos en que se hagan valer derechos propios del concebido (los que tendrá, si nace), no heredados por él; pero sólo –matiza- cuando, de esperar al nacimiento, peligraría el resultado del pleito, pues sólo entonces le es favorable litigar”.

⁵² DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, T.II, Civitas, Madrid, 1984 (reproducción facsimilar de la edición del Instituto de Estudios Jurídicos, 1952), p. 31.

⁵³ Vid. entre otros. MONTÉS, V.L., “Comienzo...”, en *Derecho Civil...*, 2003, p. 191; GONZÁLEZ GOZALO, A., “Com. art. 29 CC”, en *Comentarios...*, Aranzadi, 2009, p. 144; o MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...* II-1º, 2000, p. 280.

que aquélla traiga causa (por ejemplo, desde los daños causados al *nasciturus* por una deficiente asistencia médica, ya en la sanidad privada ya en la pública, hasta los derivados del asesinato de su padre⁵⁴ o de la muerte de éste en un siniestro laboral o en un accidente de tráfico). Es obvio, pues, que pretender, no ya abordar con el mínimo rigor, sino dar cuenta siquiera de la infinidad de hipótesis posibles obligaría a embarcarnos no sólo en el campo de la responsabilidad civil *stricto sensu* (principalmente extracontractual conforme a los arts. 1902 y ss. CC), sino también en el respectivo régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (arts. 139 a 146 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificados por las Leyes 4/1999 y 13/2009), la responsabilidad civil derivada del delito (arts. 109 y ss. CP) o la responsabilidad por accidentes de trabajo (art. 115 y concordantes del TR de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD. Legisl. 1/1994). Ante lo absolutamente inabarcable de tal enfoque, más propio de un auténtico tratado de responsabilidad civil, nos limitaremos aquí a esbozar únicamente algunos de los supuestos más comunes en los que, al hilo de la praxis judicial, se ha estimado al concebido beneficiario directo del resarcimiento –en el que, a menudo, concurren partidas indemnizatorias en concepto de daño moral y de daño material- de los perjuicios sufridos durante la gestación, ya *en su propio ser*, ya *en su esfera familiar*. Si los primeros nos sitúan fundamentalmente -aunque no sólo- en el campo de la responsabilidad médica y hospitalaria (ya civil, penal o de la Administración), los segundos nos trasladan –aunque tampoco exclusivamente- a la responsabilidad por muerte de familiares del *nasciturus* en accidentes de circulación y accidentes laborales.

⁵⁴ Vid. el rocambolesco asunto que resuelve la SAP de Burgos de 30 septiembre 2002 (JUR 2002\256200), en la que se concede indemnización al *nasciturus* por los daños derivados del asesinato de su padre.

4.2.1. RESARCIMIENTO DE DAÑOS AL CONCEBIDO EN SEDE DE RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA.

Es común en nuestra doctrina entender que “la retroacción de la «personalidad» pueda ayudar al nacido en la reclamación, *por derecho propio, del resarcimiento por lesiones que se le causaron estando en el claustro materno* y cuyos efectos persistan luego”, ya que, al margen de su eventual valoración penal, “se puede reputar cometido contra él un acto ilícito civil, y... debe ser él el acreedor de la indemnización por los *daños sufridos por él mismo*”⁵⁵. Aun refiriéndose al Derecho y la jurisprudencia italianos, resulta ilustrativa la formulación ejemplificativa que apunta UBERTAZZI⁵⁶ de daños que puede haber padecido el nacido en su propia persona durante el periodo de gestación: “el *nasciturus* es titular de un derecho de resarcimiento del «*danno di procreazione*» que ha sufrido por la transmisión de una enfermedad grave por parte de los padres en el momento de la concepción”⁵⁷; asimismo es titular de “un derecho de resarcimiento de daños morales y patrimoniales que ha sufrido por un hecho ilícito del progenitor; por ejemplo, el derecho a ser resarcido por el padre en caso de daños sufridos por un golpe que éste haya dado al vientre de la madre, o por la madre en caso de daños derivados de las sustancias que malforman el feto y que ésta había consumido con dolo o culpa”. Finalmente, también recuerda dicho autor que el *nasciturus* “tiene derecho al resarcimiento de los daños morales y patrimoniales que ha sufrido por hecho ilícito de terceros; así, por ejemplo, a

⁵⁵ LACRUZ, J.L. *et al.*, *Elementos...*, I-2º, 2002, p. 17.

⁵⁶ UBERTAZZI, B., “La ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*”, en *ADC*, Vol. 61, nº.3, 2008, p. 1376.

⁵⁷ Cfr. el famoso caso resuelto por la S. del Tribunal de Piacenza de 31 julio 1950 (en *Foro It.*, 1951, I, p. 987), en relación con el nacimiento de un hijo con malformaciones causadas por la sífilis que el padre contagió a la madre, asunto – que despertó un gran clamor social- en el que se declaró responsables a los dos progenitores frente al hijo. Vid. las observaciones que sobre sentencia efectúa LISERRE, A., “In tema di danno prenatale”, en *Riv.Dir.Civ.*, 2002, I, pp. 97-108 (en concreto, p. 101).

causa del incumplimiento del centro hospitalario o de la impericia del médico o del equipo de obstetras”⁵⁸.

Dejando aquí de lado la muy discutida y discutible aseveración de que el concebido tenga derecho a ser indemnizado por la llamada “procreación irresponsable” a que corresponden las tres primeras hipótesis mencionadas –esto es, por el nacimiento del hijo con taras o enfermedades transmitidas por sus padres o derivadas de la conducta de éstos⁵⁹-, sí parece firme la opinión de que, entre los posibles *efectos favorables* para el *nasciturus* a que se refiere el art. 29.2 CC, se incluye su “derecho a ser indemnizado por los daños que se le hayan ocasionado por una *defectuosa asistencia en el momento del parto*”⁶⁰ -tal como reflejan las SSTs (Sala 1^a) de 13 octubre 1992 (RJ 1992/7547), 10 diciembre 1997 (RJ 1997/8775) y 23 febrero 1999 (RJ 1999/1059)- o en las *actuaciones médicas inmediatamente anteriores al mismo* -según apreciara, en sede de responsabilidad civil derivada de un delito de lesiones al propio *nasciturus*, la conocida STS (Sala 2^a) de 5 abril 1995 (RJ 1995/2882)- o practicadas en general *a lo largo del embarazo*.

Además de esos casos de responsabilidad derivada de *la causación directa o indirecta de lesiones o taras en el nacido por la actuación médico-sanitaria previa a su nacimiento*⁶¹, no puede

⁵⁸ Cfr. S. de la Corte de Casación italiana de 9 mayo 2000 (en *Danno e Resp.*, 2001, p. 169), S. del Tribunal de Milán de 13 mayo 1982 (en *Resp. Civ.*, 1983, p. 156) y S. del Tribunal de Nocera Inferiore de 7 marzo 1996 (en *Giur. Merito*, 1997, p. 521).

⁵⁹ Tales reclamaciones se enfrentan, entre otras dificultades, a las derivadas de que la demanda del hijo vaya dirigida precisamente contra sus propios progenitores (y no contra un profesional sanitario). Sobre esos y otros obstáculos, vid. MACÍA 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, pp. 65-69.

⁶⁰ MARÍN LÓPEZ, J.J., “La persona”, en *Derecho Civil...*, 2004, p. 68.

⁶¹ Tal como señala MACÍA, A., *La responsabilidad médica...*, 2005, p. 63, aparte de la reclamación por los padres –que no sería más que una demanda de responsabilidad por daños indirectos o de rebote-, también cabe que sea el propio

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

obviarse, por otra parte, que los daños personales sufridos por aquél pueden ir “aparejados” a diagnósticos prenatales erróneos, insuficientes o inexistentes; y en tal sentido es preciso recordar que, con terminología anglosajona, se halla consolidada doctrinal y jurisprudencialmente⁶² la distinción entre las acciones “*wrongful birth*” y “*wrongful life*”, todas ellas formuladas en demanda de resarcimiento “de los daños producidos por el nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades congénitas que se asocian, por lo general, a la negligencia omisiva del facultativo por no haber realizado las pruebas que habrían podido detectar en fase prenatal las malformaciones y/o por una incorrecta valoración de los resultados de esas pruebas si llegaron a practicarse y/o por la omisión del deber de información sobre la anomalía o malformación, todo lo cual conlleva la privación de la facultad u opción de decidir (o no) abortar en plazo legal” (SAP de Salamanca de 29 noviembre 2006 [JUR 2007\194526]). A fin de diferenciar entre una y otra categoría, interesa destacar que, frente a las “*wrongful birth actions*” –que aluden a la pretensión propia de los progenitores (uno o ambos) del hijo nacido enfermo y que, por tanto, se alejan de los confines de nuestro estudio, al ser aquéllos los beneficiarios de la correspondiente indemnización-, en las acciones *wrongful life* “*los padres formulan la reclamación en nombre de su hijo, en cuanto representantes legales del mismo*⁶³, por el daño moral y patrimonial que éste sufrirá durante su vida por causa de haber nacido con esas malformaciones”⁶⁴, por el hecho mismo de vivir con esas taras originadas con anterioridad a su nacimiento.

hijo quien ejercite la pretensión resarcitoria del daño sufrido por la lesión que fue causada a su salud e integridad física cuando aún era *nasciturus*.

⁶² Vid. en especial la STS (Sala 1ª) de 11 mayo 2001 (RJ 2001/6197).

⁶³ Acerca de la posibilidad –remota- de que el propio hijo (al llegar a la mayoría de edad) ejercite la acción *wrongful life* por sí mismo, y sobre las muchas trabas para ello, vid. MACÍA, A., *La responsabilidad médica...*, 2005, p. 81, en especial n. 118.

⁶⁴ Vid. SAP de Salamanca de 29 noviembre 2006 (JUR 2007\194526).

En contraste con la relativa frecuencia con que se interponen las primeras, su cierto grado de acogida por la jurisprudencia y su admisión mayoritaria a nivel doctrinal, las reclamaciones interpuestas en nombre del propio hijo –que son las que vienen a colación en relación al objeto del presente trabajo- son rechazadas por la generalidad de nuestra doctrina⁶⁵, ya por razón de las dificultades para identificar el daño y determinar su valoración (pues la disyuntiva a nacer con malformaciones habría sido no nacer y se cuestiona la consideración del hecho de la vida como daño y que éste pueda consistir en la lesión de un supuesto “derecho a no nacer” o de un “derecho a nacer sano”)⁶⁶, ya en atención a los problemas atinentes a la relación de causalidad y a la imputación objetiva del daño al profesional sanitario demandado⁶⁷. Esos mismos

⁶⁵ Contrarios a acoger las reclamaciones *wrongful life* son entre nuestros autores, por ejemplo BERCOVITZ, R., “Comentario a la STS de 4 febrero 1999 (Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones)”, en *CCJC*, nº.50, 1999, pp. 841-860; o PANTALEÓN PRIETO, F., “Procreación artificial y responsabilidad civil”, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 245 y ss.

⁶⁶ Tras exponer las opiniones doctrinales más difundidas en ese sentido (pp. 403-438), MACÍA, A., *La responsabilidad médica ...*, 2005, pp. 81, 443 y ss. y 581 sostiene que en las acciones *wrongful life* la admisión de la existencia de un daño “no erosiona el bien vida”, pues “el niño discapacitado no reclama realmente por vivir, sino por vivir discapacitado; el daño no es la vida, sino el hecho de vivir con las malformaciones, defectos o enfermedades”. “Con ello, no se trata de reclamar como daño las lesiones en sí..., sino, aunque suponga hilar muy fino –reconoce la autora- el sufrimiento, dolor y angustia que ocasionan” (a veces dolor físico, y en todo caso, moral).

⁶⁷ Tras un amplio análisis del tema, MACÍA, A., *La responsabilidad médica...*, 2005, pp. 463 y ss. y 581-583 sostiene que en las acciones *wrongful life*. además de las dificultades para establecer un enlace causal, los daños reclamados “no son imputables al profesional sanitario demandado, pues no se integran dentro del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad que se reclama. En concreto, la normativa sobre la interrupción voluntaria del embarazo no contempla la protección de los intereses del niño, sino que, en las situaciones de conflicto, priman sobre ellos los de la gestante, que son los que resultan efectivamente protegidos”.

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

obstáculos conducen a que en aquellas ocasiones –escasas, pero no inexistentes- en que tales acciones *wrongful life* han sido efectivamente planteadas, no hayan llegado a prosperar en nuestro país⁶⁸ (sin que tampoco los tribunales europeos suelen estimarlas, salvo contadas excepciones⁶⁹). Aunque lo más común es que dicha acción sea ejercitada conjuntamente con la *wrongful birth* –de forma que los padres, al tiempo que reclaman en su propio nombre, lo hacen también en el de su hijo demandando el resarcimiento de los daños que a éste se “ocasionaron” siendo *nasciturus*-, se trata de acciones independientes y que, en consecuencia, pueden correr la misma o distinta suerte. Basten como ejemplo de ello un par de sentencias, ambas en sede de responsabilidad civil patrimonial de la Administración, en las que además se refleja la referida tendencia comúnmente desestimatoria de la pretensión indemnizatoria ejercitada en nombre del hijo. Así, en el caso resuelto por la S. del TSJ de la Comunidad de Madrid de 15 julio 2008 (JUR 2008/300283) los padres de una niña que nació con síndrome de Down –habiéndose omitido la práctica a la madre de la prueba del *triple screening*-reclamaban, además de la indemnización de su propio daño moral por haberseles privado de la posibilidad de decidir someterse a un aborto eugenésico, *una pensión vitalicia de carácter mensual a favor de su hija por importe de 700 euros, actualizada anualmente conforme al IPC, desde la fecha de nacimiento de la niña*. La Sentencia, sin embargo, ni siquiera llegó a entrar en el examen particular de esta última pretensión pues, al rechazar la existencia de toda responsabilidad de la Administración sanitaria,

⁶⁸ Desestimatorias de las demandas *wrongful life* planteadas por los padres en nombre de su hijo fueron, por ejemplo, las SSTS (Sala 1ª) 7 junio 2002 (RJ 2002/5216) y 18 diciembre 2003 (RJ 2003/9302), o la SAP de Barcelona de 10 octubre 2001 (JUR 2002/6033).

⁶⁹ En la jurisprudencia francesa, es bien conocido el caso *Perruche*, resuelto por la S. Corte de Casación de 17 noviembre 2000, que concedió indemnización a un niño en un supuesto de *wrongful life*. Vid. entre otras críticas a dicho fallo, las de VINEY, G., “Brèves remarques à propos d’un arrêt qui affecte l’image de la justice dans l’opinion. Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000”, en *La Semaine Juridique*, nº.2, 2001, pp. 65-66.

desestimó *in totum* el recurso de los padres⁷⁰. Por su parte, la conocida STS (Sala 3ª) de 14 marzo 2007 (RJ 2007\1750) –en la que sí aprecia responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y se concede la correspondiente indemnización a los padres de una niña nacida sin las dos piernas y el brazo izquierdo– hace notar que, tal como ya señalaba la resolución de la Audiencia Nacional que se impugnaba, el efectivo daño a cuyo resarcimiento debe procederse es el derivado del “mal funcionamiento del servicio por ausencia de información sobre la evolución del feto, lo que impidió a los padres poder optar por una interrupción voluntaria del embarazo”, pero “*en ningún momento se entiende que las consecuencias de la mala praxis médica fueran las malformaciones congénitas de la menor*”.

4.2.2. RESARCIMIENTO DE DAÑOS AL CONCEBIDO EN SEDE DE RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN Y POR ACCIDENTES DE TRABAJO.

Dejando por completo al margen la responsabilidad civil derivada de la pérdida de un feto (o muerte del *nasciturus*, si se quiere) en un accidente de tráfico⁷¹, interesa ahora ocuparnos de

⁷⁰ Igualmente en el asunto de que se ocupa la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 abril 2007 (RJCA 2007\540), los padres de un niño que nació con graves taras y anomalías (determinantes de una incapacidad permanente superior al 80%) *solicitaron en nombre de aquél una indemnización de algo más seiscientos mil euros*. Aunque también aquí la Sentencia rechaza por completo la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, interesa poner de relieve que en el voto particular formulado por uno de los magistrados de la Sala, si bien éste se decantó por considerar indemnizables, en contra del criterio de la mayoría, los daños morales y materiales que la incapacidad de su hijo menor y la pérdida de la oportunidad de interrumpir legalmente el embarazo habían infligido a los padres, no dejó de puntualizar que, en cambio, “*la incapacidad del menor no trae su causa de la frustración de aquel derecho a abortar de la madre*”, por lo que ciertamente *debe desestimarse “el pedimento relativo a la incapacidad del menor, al no ser achacable a funcionamiento anormal o normal de la Administración”*.

⁷¹ Vid. al respecto, las SS. AAPP de Burgos de 6 abril 2004 (JUR 2005\20195) y Barcelona de 9 marzo 2005 (AC 2005/852).

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

la virtualidad del art. 29.2 CC en la determinación de si el concebido –no contemplado, lógicamente, en la lista de “*perjudicados*” que recoge el actual sistema de baremación de daños personales en ese ámbito (Anexo del TR 8/2004)- puede ser considerado como tal y, consiguientemente, como beneficiario de la correspondiente indemnización por el fallecimiento de su padre, hermanos, etc. en un siniestro de circulación. Si en la doctrina es pacífico incluir dentro de los efectos favorables para el concebido a los que dicho precepto retrotrae el momento del nacimiento “las indemnizaciones que tengan su causa en la muerte de su progenitor acaecida en periodo de gestación del *nasciturus*” en concreto cuando ese fallecimiento es “*por causa de un accidente de circulación por culpa de otro conductor*”⁷², veamos qué criterios se reflejan al respecto en el foro judicial.

Pues bien, igualmente en la jurisprudencia es diáfana la tendencia a otorgar al concebido la condición de perjudicado y a reconocerle el derecho a ser indemnizado por la *muerte de su padre* en un accidente de tráfico acaecido *antes de aquél hubiera nacido*. Así lo entiende, por ejemplo, la SAP de Córdoba de 25 septiembre 1997 (AC 1997\1793), a fin de estimar el recurso de apelación interpuesto por la madre de una menor en representación de su hija. Tras indicar que “la expresión «*perjudicado*» comprende a todo aquel que como consecuencia de un determinado evento haya experimentado una lesión en su esfera patrimonial (daños materiales) o afectiva (daños morales)”, argumentó en este caso la Audiencia que “*resulta indudable que la hija no nacida, pero sí concebida, tiene tal condición por mor del art. 29 del Código Civil, que al determinar el alcance y significación jurídica de la palabra nacido, incluye en ella expresamente a los concebidos para todos los efectos que le sean favorables*”. Así, pues –concluyó la Sentencia-, procede indemnizarla por “el evidente perjuicio que dimana del simple

⁷² Vid. MARÍN, J.J., “La persona”, en *Derecho Civil...*, 2004, p. 69; y “Los perjudicados por la muerte en accidentes de circulación”, en *Aranzadi Civil*, sept. 1997 (BIB 1997/120, *Westlaw*).

hecho de nacer huérfana de padre y, a partir de ahí, todas las múltiples eventualidades que deberá atravesar a lo largo de su vida sin contar con la presencia de su progenitor”⁷³.

Con total claridad se pronuncian también sobre el particular otras sentencias que, sin dudar de la consideración del *nasciturus* como perjudicado por la muerte de su progenitor y como consiguiente beneficiario de la indemnización por responsabilidad civil en materia de accidentes de tráfico, centran la discusión en el reconocimiento al mismo de tal condición en caso de *fallecimiento de un hermano*, haciendo gravitar el problema, esencialmente, sobre la circunstancia de la “*convivencia*” entre hermanos a que alude el baremo de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Muy ilustrativa es la SAP de Badajoz de 11 noviembre 2002 (JUR 2003\13358) que, dictada en el orden penal, y en respuesta a la impugnación de la responsabilidad civil derivada de una imprudencia grave con resultado de muerte, estimó el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal y por el padre de un menor, que en el momento de *fallecimiento de su hermano* en el accidente tenía aún la condición de concebido no nacido. A fin de declarar el derecho del entonces *nasciturus* a ser indemnizado, la Audiencia comienza recordando que “el artículo 29 del Código Civil establece que el nacimiento determina la personalidad; pero *el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente, disponiéndose en el art. 30 que, para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”. A la luz de esos preceptos, afirma la sentencia en términos tajantes que,

⁷³ El reconocimiento del derecho a indemnización del *nasciturus* por el fallecimiento de su padre en un accidente de circulación se deja también entrever en la SAP de Madrid de 17 marzo 2003 (JUR 2003\203072). Vid. en el mismo sentido, antes de la aprobación en 1995 del baremo de daños a las personas en los accidentes de circulación, la STS (Sala 2ª) de 31 enero 1976 (RJ 1976/249).

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

“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*”. Así -prosigue razonando la AP-, a la muerte del niño en el accidente de tráfico, éste contaba con un hermano –concebido no nacido- “*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, 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... Por lo demás, y como se afirma por el Ministerio Fiscal en su recurso, difícilmente podría hablar el Baremo del «nasciturus», por cuanto ya el Código Civil le imputa siempre la cualidad de nacido a todos los efectos que le favorezcan. Cabe así pues –concluye la sentencia- acoger el recurso formulado por el Ministerio Fiscal y por los padres del nasciturus [ya nacido]”⁷⁴.*

Aunque con menor frecuencia que en el ámbito automovilístico, tampoco faltan casos en que la muerte en un *siniestro laboral* de un familiar –el padre, en concreto- ha planteado la duda de si el concebido aún no nacido podía obtener la correspondiente indemnización al amparo del art. 29.2 CC. También en esta sede de la responsabilidad civil derivada de

⁷⁴ Vid. en la misma línea la SAP de Barcelona de 20 septiembre 2000 (ARP 2000\3289).

accidentes de trabajo la jurisprudencia ha dado una respuesta positiva a dicho interrogante, siendo ya cita clásica la de dos añejas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los años veinte. Así, en primer lugar, la STS de 5 junio 1926⁷⁵ se sirvió del art. 29 para considerar viuda “con hijos”, a los efectos de cobrar una mayor indemnización, a la esposa que se encontraba encinta cuando falleció su marido en un accidente laboral. Aunque esta resolución ha sido empleada por algunos autores como un ejemplo en que la aplicabilidad del art. 29.2 CC tuvo lugar a los efectos favorables *para un tercero* (la madre) que sólo indirectamente beneficiaban al concebido⁷⁶, conviene observar – como hace MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁷⁷– que en ella se aplicó correctamente dicho precepto porque, además de la atribución a la viuda de la indemnización solicitada, también concurrió *un efecto directamente favorable para el hijo*, que *igualmente fue considerado beneficiario de una indemnización por derecho propio* y en cuya representación en juicio actuó su madre. Como con acierto apunta el mismo autor, con mayor claridad todavía se advierte la impecable aplicación del art. 29.2 CC que hizo la otra Sentencia a que aludíamos, la STS de 15 marzo 1927⁷⁸: dictada también en un caso de muerte en accidente de trabajo del padre de la entonces *nasciturus*, más patente fue aquí la consideración de la indemnización atribuida a la hija del fallecido –única beneficiaria de la indemnización en este asunto, al ser hija natural y no haber, pues, viuda– como un efecto directamente favorable para el concebido.

Más recientemente, se inscribe en esa misma dirección la SAP de Castellón de 3 septiembre 2002 (ARP 2002\642) que, en autos penales, tipificó el accidente laboral sufrido por un albañil

⁷⁵ En *Jurisprudencia Civil*, t.171, 1928, p. 362.

⁷⁶ Así la interpretan DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema...*, I, 2003, p. 218, n.3.

⁷⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...*, II-1º, 2000, pp. 268-269.

⁷⁸ En *Jurisprudencia Civil*, t.174, 1929, p. 234.

encofrador -fallecido al caer al vacío desde la décima planta del edificio en construcción- como un delito contra los derechos de los trabajadores y estableció la correspondiente responsabilidad penal del arquitecto y el aparejador de la obra. En orden a la responsabilidad civil derivada del delito, la sentencia de 1ª instancia había acordado indemnizar, además de a la viuda, a los tres hijos habidos del matrimonio y, *con igual cantidad* que a éstos, *también al cuarto hijo que esperaban, nacido después de la muerte del trabajador*. Impugnado el *quantum* de esas indemnizaciones por los condenados (y por las respectivas compañías aseguradoras de su responsabilidad civil profesional), el recurso del arquitecto técnico se fundó, en lo que aquí interesa, en “*la no equiparación del «nasciturus» a la del resto de los hijos, por lo que debía serle reconocida menor indemnización*”. La Audiencia, sin embargo, vino a dismantelar tal alegato argumentando que “en el presente caso, *perjudicados* por el fallecimiento lo fueron tanto la esposa como los tres hijos nacidos y *el que todavía no lo estaba*, pues no cabe duda de que sufrieron no sólo el daño moral, sino también la pérdida de sus expectativas de desarrollo y subsistencia económica”. Más concretamente, y a fin de no reducir la indemnización en favor del *nasciturus* cuando acontecieron los hechos, el Tribunal declaró expresamente no compartir la alegación del aparejador de que “*el hijo no nacido no pudiese sufrir daño moral, toda vez que si no sufrió el provocado por la pérdida directa, sí sufrió el de la ausencia permanente de su padre con todo lo que emocionalmente ello conlleva, y por tal motivo su daño moral también debe ser resarcido... Hay un daño moral evidente para toda la familia y un evidente lucro cesante para todos ellos, y frente a este argumento, no hay ningún otro que imponga la indemnización mínima que el señor A. pretende*”.

4.3. EL NASCITURUS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO: PENSIÓN DE ALIMENTOS EN FAVOR DEL CONCEBIDO,

GUARDA Y CUSTODIA, RÉGIMEN DE VISITAS Y USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Ante la nada irreal situación de que un procedimiento de separación o divorcio se desarrolle en el curso del embarazo de la mujer, y de que la correspondiente sentencia sea dictada antes del nacimiento del hijo, no parece inoportuno examinar la posición de nuestros tribunales acerca de la posibilidad o no de adoptar -a menudo por los cónyuges en el propio convenio regulador homologado judicialmente (art. 90 CC)- medidas en favor del por entonces *nasciturus*, las cuales se traducen principalmente en la fijación de una pensión alimenticia, la atribución de su guarda, el régimen de visitas y el otorgamiento del derecho de uso de la vivienda familiar (arts. 91 a 94 y 96 CC)⁷⁹.

⁷⁹ Esa multiplicidad de cuestiones heterogéneas que pueden afectar al *nasciturus* en las crisis matrimoniales obliga a puntualizar que su agrupación bajo un genérico epígrafe común -a efectos puramente sistemáticos- en absoluto oculta que, en una especie de *totum revolutum*, convergen, por un lado, aspectos netamente patrimoniales (pensiones alimenticias, por ejemplo) con otros de naturaleza personal o extrapatrimonial (guarda y custodia, régimen de visitas, etc.); y que, por otra parte, también se dan cita supuestos en que ciertamente es el concebido el directo beneficiario de la medida en cuestión (como sucede con la pensión de alimentos fijada a su favor), con otros casos en que, aun existiendo un interés del *nasciturus* y reconocido que pueden derivarse ventajas para él, la medida adoptada se traduce propiamente en la concesión de derechos y beneficios a terceros. Piénsese, acaso, en el otorgamiento del uso de la vivienda familiar a la madre gestante; y decimos acaso, porque el art. 96.1 CC dispone que “en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella *corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”; criterio éste que, en verdad, pone el acento en *el beneficio o interés del hijo* (y no tanto del cónyuge, que no obstante se verá beneficiado de forma refleja o *per relationem*), vinculando automática y necesariamente la atribución a un determinado cónyuge del derecho de uso de la vivienda familiar a la decisión previa de a qué cónyuge se concede la guarda del hijo. Más problemático se torna aún el tema de la atribución de la custodia del hijo -sobre todo, cuando no es custodia compartida (conforme a la nueva redacción del art. 92 por la Ley 15/2005) y se otorga en exclusiva a uno de los cónyuges (en el caso del concebido, a la madre gestante)-, así como el de la concesión del derecho de visitas al otro progenitor (art. 94), pues no cabe obviar su respectiva naturaleza

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

de *derechos/deber* (o derechos-función), informados por el principio del *favor filii* y donde prevalece fundamentalmente *el interés del hijo*.

En cambio, la cuestión parece bastante más nítida en los asuntos en que el cónyuge obligado en un proceso matrimonial a abonar alimentos al hijo o hijos habidos de aquella unión alega el futuro nacimiento de un nuevo hijo ya concebido, fruto de una ulterior relación, para tratar de obtener una aminoración de la cuantía de dicha pensión. En estos pleitos de modificación de medidas, es claro que la pretensión –una reducción cuantitativa de la obligación del alimentante- no atañe de manera inmediata al *nasciturus*, aunque cabría entender que, siquiera indirectamente, también sus intereses pueden estar en juego, en cuanto que, en aras a la plena igualdad en la protección jurídica de todos los hijos (*ex art. 39 CE*), de nacer aquél merecería gozar de idéntica posición que los hijos anteriores y sería precisamente su derecho a recibir de su progenitor la debida asistencia lo que legitimaría la rebaja en las prestaciones de éste a favor de sus otros hijos. Pues bien, de conformidad con los arts. 90.3 y 91 *in fine* CC, las medidas complementarias establecidas en un proceso matrimonial de separación, divorcio o nulidad, podrán ser modificadas, judicialmente o por nuevo convenio, “*cuando se alteren sustancialmente las circunstancias*”. Según el criterio más generalizado en la jurisprudencia menor, *el nacimiento de un nuevo hijo* no constituye *per se* una alteración sustancial de las circunstancias y, por tanto, no es algo que por sí solo justifique la reducción de la pensión alimenticia acordada a favor de los descendientes en un anterior procedimiento matrimonial (*vid.* entre otras, SS. AAPP de Valencia de 12 mayo 2005 [JUR 2005\163353] y Las Palmas de 4 octubre 2002 [JUR 2002/266044]). Bajo esta óptica, y con un elemental razonamiento, huelga advertir que no habrá caso si lo que se alega es la concepción del nuevo hijo, aún no nacido.

No faltan, sin embargo, algunas resoluciones judiciales para las que el nacimiento de nuevos hijos del progenitor alimentante, en cuanto conlleva un ineludible incremento de gastos y la consiguiente reducción de los medios económicos disponibles (*ex art. 147 CC*), es una circunstancia de envergadura suficiente para justificar la aminoración de la prestación alimenticia fijada en favor de los anteriores hijos habidos del matrimonio que fue objeto de separación o disolución. Como parece obvio, es dentro de esta última corriente donde puede tener cabida el solo planteamiento de la eventual incidencia de un *nasciturus* en la referida modificación de la pensión de alimentos. A tal fin, importa destacar que, a la hora de interpretar el concepto de “alteración sustancial de las circunstancias”, es común la exigencia, entre otras, del carácter *imprevisible* de dicha alteración; y de ahí que la mayoría de las sentencias que se pronuncian sobre el concebido no nacido como posible factor determinante de una reducción de la pensión alimenticia a los hijos anteriores se inclinan por reputarlo irrelevante cuando el alimentista *ya tenía conocimiento de su existencia* -del embarazo de su nueva pareja- al pactar el convenio regulador con su excónyuge o al tiempo de dictarse la sentencia de separación o divorcio. Muestra de esa tendencia jurisprudencial dominante son las SS. AAPP de Valencia de 4 julio 2000 (JUR 2000\285316) y

Dos corrientes contrapuestas existen en la jurisprudencia menor acerca del momento procesalmente oportuno para disponer tales medidas sobre el futuro hijo. De una parte, se aprecia que son muy numerosas las resoluciones judiciales que, sin hacer cuestión de ello y viniendo así a admitirlo implícitamente, dejan constancia de que en el proceso de separación o de divorcio cabe ya establecer para el de momento concebido, *sin esperar a su nacimiento*, la *pensión de alimentos* en favor del mismo (SAP de Cádiz de 25 mayo 2001 [JUR 2001\200783], Auto de la AP de Madrid de 16 febrero 2004 [JUR 2004\260956], Auto de la AP de Zaragoza de 16 julio 2008 [JUR 2008\344431]), su régimen de *guarda y custodia* y el *derecho de visita* del progenitor no custodio (SAP de Barcelona de 24 mayo 2005 [JUR 2005\173278]), e incluso la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la esposa embarazada en aras –se aduce siempre- de la protección y el beneficio del *nasciturus* (SAP de Cádiz de 2 mayo 2006 [JUR 2007\129856]). Ilustrativa de ese compendio completo de medidas decretadas en un procedimiento matrimonial respecto del futuro hijo común de los cónyuges -medidas que, naturalmente, no se harán efectivas hasta que aquél nazca- es la SAP de Alicante de 27 octubre 2005 (JUR 2006\109279)⁸⁰. En ella, desestimándose el recurso de apelación interpuesto por el marido, se confirmó la *sentencia de separación* dictada en 1ª instancia, en la que, sin haberse planteado conflicto alguno sobre la necesidad de nacimiento o no del concebido, se había dispuesto toda una batería de medidas en relación con el mismo; en concreto, las siguientes: “- El hijo *nasciturus*, sometido a la *patria potestad de ambos progenitores*, quedará

Las Palmas de 2 junio 2004 (JUR 2004\206346) y, especialmente, la SAP de Madrid de 22 noviembre 2002 (JUR 2003\31898). En cambio, y aunque casi en solitario, la SAP de Badajoz de 4 diciembre 2002 (JUR 2003\32934) viene a apreciar una alteración sustancial de las circunstancias, justificativa de la reducción de la pensión alimenticia a favor de los hijos anteriores, pese a que el progenitor tenía conocimiento del embarazo de su nueva mujer al tiempo de fijarse aquellos alimentos.

⁸⁰ Vid. igualmente la SAP de Alicante de 6 octubre 2005 (JUR 2008\141060).

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

bajo la *guardia y custodia de la madre*. - Se establece como *régimen de visitas y comunicaciones* con el cónyuge no custodio dos horas un día a la semana. - Se señala la cantidad de 150 euros en concepto de *alimentos del nasciturus*; cantidad que el padre ingresará, una vez que se produzca su nacimiento, los primeros cinco días de cada mes en la cuenta que a dichos efectos señale el otro progenitor,... debiendo abonar cada progenitor el 50% de los *gastos extraordinarios* que pueda ocasionar el hijo. - Se atribuye *el uso de la vivienda conyugal y el ajuar familiar...* a la actora y *al hijo que espera*⁸¹.

Por girar precisamente el objeto del litigio en torno a la cualidad de concebido no nacido del hijo común del matrimonio en proceso de separación, merece ser objeto de mención particular la SAP de Cuenca de 27 mayo 1999 (AC 1999\5909); resolución que, de forma contundente, apuesta por la conveniencia de que las medidas atinentes al *nasciturus* se fijen ya, sin aguardar a que nazca, sustentando tal solución en la aplicación del art. 29.2 CC. En la sentencia de separación dictada en este asunto por el Juzgado se habían establecido, entre otras medidas, *la atribución a la esposa –embarazada- del uso y disfrute del domicilio conyugal*, de propiedad privativa del marido, y la obligación de éste de abonar la cantidad de 25.000 ptas. mensuales en concepto de *alimentos a su futuro hijo*, a partir del momento que naciera el niño. Solicitada la revocación de esos dos puntos concretos en el recurso de apelación interpuesto por el esposo, alegó éste en defensa de su pretensión que “ambas medidas podrán ser solicitadas por la madre, si lo estima oportuno, una vez producido y acreditado el nacimiento”. La Audiencia, sin embargo, acordó confirmarlas, aduciendo a tal fin que “*conforme al artículo 29 del Código Civil, el concebido ha de tenerse por nacido para todos los efectos que le sean favorables*” y “sin duda, las medidas de la Sentencia apelada que

⁸¹ Vid. en el mismo sentido, respecto a la posibilidad de establecer medidas en favor del concebido no nacido en el pleito originado por la *ruptura de la pareja de hecho* que formaban sus progenitores, la SAP de Barcelona de 30 marzo 2006 (JUR 2006\243312).

hoy se impugnan *redundan en beneficio del concebido*". Concretando su argumentación para cada una de ambas medidas, declaró la Sentencia que "en cuanto a la *fijación de alimentos para el futuro hijo del matrimonio* en la cuantía de 25.000 ptas., la Sala entiende que, *una vez resulte acreditado el nacimiento del mismo, y, a partir de dicho momento, procede el abono de dicha cantidad...*, la cual, dado el costo de la vida y los gastos que en la actualidad conlleva la correcta atención de un recién nacido, resulta adecuada. Pretender, como hace el apelante, que una vez acreditado el nacimiento, la madre pida la cantidad que estime oportuna en concepto de alimentos *originaría dilaciones temporales que, sin duda, redundarían en perjuicio del futuro hijo*". Idénticos razonamientos llevaron a la AP a confirmar la medida relativa al uso de la vivienda conyugal: "esperar a que se verifique el nacimiento y que la esposa solicite entonces, si lo estima oportuno, la atribución del uso de aquélla, como pretende el recurrente, no originaría sino *demoras en la resolución de la cuestión, que redundarían en perjuicio del hijo, cuyo interés es, sin duda, el más necesitado de protección*". Aunque conviene reparar en que el derecho de uso de la vivienda a quien se otorgó propiamente fue a la esposa –sin perjuicio de que ello redundara en beneficio del futuro hijo a su cargo y fuera primordialmente en interés de éste-, lo cierto es que el tribunal consideró que "habiéndose quedado acreditado en los autos el estado de gestación de la madre, *su interés y el del «nasciturus» es, sin duda alguna, el más necesitado de protección*; y en consecuencia, a ella debe ser atribuido el domicilio conyugal, siempre que resulte acreditado el nacimiento del hijo y que, como resalta la Sentencia de instancia, *aquél sea habitado*"⁸².

⁸² Si a la luz de las resoluciones anteriores –en especial de esta última- se viene a admitir que la sentencia de separación o divorcio establezca medidas en relación con el hijo de la pareja concebido y no nacido al tiempo de dictarse aquélla, con mayor motivo se podrán fijar en el caso de que su *nacimiento, aun no acaecido durante la tramitación del procedimiento, sí haya tenido ya lugar en el momento de dictarse dicha sentencia*. Así lo estima la SAP de Las Palmas de 21 diciembre 2007 (JUR 2008\89606).

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

Rompiendo en parte la línea más generalizada que, implícita o explícitamente, se refleja en las precedentes decisiones judiciales, la SAP de Toledo de 31 julio 2003 (JUR 2003\214032) se inclina, al menos en relación con algunas de las medidas derivadas de una crisis matrimonial que pudieran afectar al hijo concebido (en concreto, la pensión de alimentos y el régimen de visitas), por el *aplazamiento de la fijación misma* de tales medidas –y no sólo del inicio de su efectividad- *hasta el nacimiento de aquél con los requisitos del art. 30 CC*. En la sentencia de separación matrimonial dictada en este asunto por el Juzgado, si bien se había dispuesto que “el uso y disfrute de la vivienda familiar, del mobiliario y del ajuar doméstico se atribuye a la esposa, en cuya compañía quedará el hijo que nazca” y asimismo se atribuía “a la esposa la guarda y custodia del hijo común que nazca, ejerciendo ambos la patria potestad compartida, siempre subordinada al efectivo nacimiento”, se acordó *no “fijar régimen de visitas, ni pensión alimenticia, sin perjuicio de promover el correspondiente procedimiento de modificación de medidas, una vez que se verifique el nacimiento”*. Los dos cónyuges recurrieron dicha sentencia alegando, respectivamente, que la misma *no se había pronunciado ni sobre la pensión solicitada por la madre para el hijo concebido, ni sobre el régimen de visitas pretendido por el padre*, entendiendo ambos que con ello se había producido una trasgresión del derecho a la tutela judicial efectiva. Pues bien, los dos recursos fueron desestimados y la Audiencia confirmó así la sentencia de 1ª instancia, declarando que *su falta de pronunciamiento sobre tales extremos era conforme a derecho*. Argumentó a tal fin el Tribunal que *“si bien es cierto que al nasciturus se le tiene por nacido para todo aquello que pueda beneficiarle, en el caso de autos tanto la pensión de alimentos”⁸³, como un posible régimen de visitas, deben ser acordes con las reales y efectivas necesidades del nacido, y es obvio que tales*

⁸³ De forma implícita, también se inclina por posponer *hasta el efectivo nacimiento* del hijo concebido la fijación de la pensión alimenticia a favor del mismo la SAP de Badajoz de 4 diciembre 2002 (JUR 2003\32934).

necesidades no pueden ser realmente conocidas hasta el momento de su nacimiento a fin de que puedan ser efectivamente ponderadas y protegidas por el Juzgador”.

4.4. EL NASCITURUS Y LAS MEDIDAS JURÍDICAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES: ADOPCIÓN, ACOGIMIENTO Y DECLARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO.

Aun enumeradas en orden inverso al que corresponde al *iter* propio de estas medidas jurídicas de protección de los menores – desamparo, acogimiento y/o adopción-, comenzamos planteando el tema de la *adopción* del concebido por ser el que parece tener una solución más segura, en atención, especialmente, a uno de los preceptos de nuestro Código Civil que regulan tal figura.

Al referirse a las personas que pueden ser adoptadas, el art. 175.2 CC señala que “únicamente podrán ser adoptados los *menores* no emancipados” (y, por excepción, los menores emancipados y los mayores de edad, en las condiciones fijadas por el punto 2º de aquel mismo precepto). A diferencia de lo que se prevé para el adoptante (art. 175.1), ninguna edad mínima señala la ley para ser adoptado –de forma que toda persona podrá ser adoptada-, sin que tampoco se haga referencia explícita alguna al *nasciturus*, como por otra parte resulta lógico. Desde esa perspectiva, ya del tenor del citado artículo autorizados civilistas han seguido la conclusión de que, si sólo cabe adoptar a los «menores no emancipados», “en consecuencia, *no se pueden adoptar los concebidos*”⁸⁴, “*no se permite la adopción del nasciturus (contemplada en los trabajos prelegislativos)*”⁸⁵.

⁸⁴ HERRERA CAMPOS, R., “La filiación”, en AA.VV., *Curso de Derecho Civil IV*, (Derechos de familia y sucesiones), coord. por F.J. SÁNCHEZ CALERO, Tirant lo Blanch, Valencia, 4ª ed., 2005, p. 325. Vid. igualmente Díez Pícazo, L./Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol.IV (Derecho de familia. Derecho de sucesiones), Tecnos, Madrid, 10ª ed., 2ª reimpr. 2007, p. 279.

⁸⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L./SANCHO REBULLIDA, F. de A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ,

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

Como al respecto señala LASARTE⁸⁶, “el adoptado no ha de cumplir más condiciones que la de *haber nacido* y, en consecuencia, tener capacidad jurídica, sin haber llegado todavía a la emancipación. Ello, claro, *excluye la posibilidad de que pueda adoptarse (o establecerse pactos válidos sobre la adopción) de los nascituri*. Además de que ello constituiría un supuesto de «odioso tráfico de niños», es evidente que el sistema actual pretende excluir tales eventualidades” a través de la disposición contenida “en el artículo 177.2 *in fine*”.

En efecto, aparte del argumento que ofrece el art. 175.2 en sede de sujetos adoptables, no cabe perder de vista que, al fijar el tipo de declaraciones relevantes implicadas en la constitución judicial de una adopción (consentimientos, asentimientos y audiencias), y particularmente en relación con el asentimiento de los padres biológicos, el último párrafo del art. 177.2.2º CC –en su redacción actual por la Ley 21/1987, no afectada en este punto por la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor– dispone que “*el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto*”. Es así como el legislador, consciente del carácter irrevocable de la adopción, concede a la madre –o mejor, le impone– un periodo de reflexión para que medite sin los condicionamientos emocionales derivados de la inmediatez del parto, y pueda cerciorarse de la trascendencia que dicho acto conlleva y valorar con detenimiento su irreversible decisión. Pues bien, también a la luz de ese precepto se ha percatado la doctrina de que “*no cabe la adopción del concebido*, pues la madre que ha de asentirla no puede hacerlo hasta treinta días *después del parto*”⁸⁷, por lo que, menos aún,

F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, IV (Familia), 3ª ed. revisada y puesta al día por J. RAMS, Dykinson, Madrid, 2008. p. 377.

⁸⁶ LASARTE, C., *Derecho de familia. Principios de Derecho civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 7ª ed., 2008, p. 322.

⁸⁷ GONZÁLEZ GOZALO, A., “Com. art. 29 CC”, en *Comentarios...*, Aranzadi, 2009, p. 144; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 43 y ss.; MORENO FLÓREZ, R.Mª., “Com. art. 175”, en *Comentarios al Código Civil*, II-2º, coord. por J. RAMS, 2000, p. 1595.

podrá prestar su asentimiento *antes del nacimiento del hijo*⁸⁸. Tal opinión ha venido a ser corroborada por la célebre STS de 21 septiembre 1999 (RJ 1999/6944), en el caso de una joven viuda embarazada de ocho meses que, intentando ocultar su maternidad, había suscrito en la Delegación Provincial de Jaén de Asuntos Sociales un documento en el que, tras declarar no poder hacerse cargo de su futuro hijo, renunciaba al mismo en favor de la entidad pública, para su guarda inmediata al parto, su acogimiento familiar y su adopción, prestando su consentimiento expreso para la efectividad de todos esos actos. Sin embargo, una vez nacida la criatura, la mujer se replanteó la situación y demandó de la Junta de Andalucía la entrega de su hija; pretensión, atendida en sentido favorable por el Juzgado, que sería revocada por la Audiencia en estimación del recurso interpuesto por la Administración. Llevado el asunto hasta al Tribunal Supremo, éste estima la casación, a cuyo fin tacha de nula de pleno derecho la referida declaración de la madre: *“su renuncia anticipada -con un mes y medio de antelación- a unos derechos-deberes expectantes pugna de forma patente con lo dispuesto en el art. 177.2, párr. último del Código Civil”*. Según declara enérgicamente la Sentencia, *“no existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación al parto, y ni siquiera en el periodo de 30 días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día 31; y nunca con anterioridad al momento del parto”*.

Sentado que no es posible la constitución de la adopción del concebido no nacido (*ex arts. 175.2 y 177.2.2º CC*), cabría también preguntarse sobre la posibilidad de su *acogimiento*; figura disciplinada fundamentalmente por los arts. 173 y 173 bis CC tras su nueva redacción por la LO 1/1996 (y, en parte, por el

⁸⁸ Vid. FELIÚ REY, M.I., Comentarios a la Ley de adopción, Tecnos, Madrid, 1989, p. 115; LETE DEL RÍO, J.M., “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al prof. Dr. J.L. Lacruz Berdejo*, Vol.1, Bosch, Barcelona, 1992, p. 493.

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

art. 172, modificado nuevamente por la Ley 54/2007), que, tanto a la hora de contemplar las distintas clases de acogimiento (residencial o preferentemente familiar, ya simple, permanente, preadoptivo o provisional, en familia extensa o en familia ajena, etc.) como al regular su constitución (administrativa o judicial), se refieren en todo momento al *menor* acogido. Llamativo resulta, a juicio de MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁸⁹, el solo planteamiento de que el *nasciturus* pueda ser acogido pues, no siendo una persona con vida independiente hasta que realmente nace, no tiene sentido pensar en que sea “acogido en el seno de una familia, de un hogar funcional o de una residencia”. Tras afirmar irónicamente que, antes de nacer, el concebido está acogido, pero biológicamente, en el seno materno, concluye categóricamente dicho autor que “para el acogimiento de un menor es imprescindible que el nacimiento haya tenido lugar”, lo cual no excluye –puntualiza– que “*se pueda acordar el acogimiento antes del parto, para que sea efectivo después de él*”.

Pues bien, precisamente de esa posibilidad⁹⁰ es de la que ofrece algún ejemplo la realidad (SAP de Barcelona de 8 marzo

⁸⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Com. arts. 29 a 34 CC”. en *Comentarios...*, II-1º, 2000, p. 282.

⁹⁰ Tal posibilidad de constituir el acogimiento del *nasciturus* es, sin embargo, puesta en entredicho, siquiera en un pronunciamiento *obiter dictum*, por la antes citada STS (Sala 1ª) de 21 septiembre 1999 (RJ 1999/6944) -en la que se declaró nulo el asentimiento a la adopción de una niña prestado por su madre antes de que aquella hubiera nacido-. Y es que el TS señaló que, si bien cabría pensar inicialmente que dicho asentimiento pudo “servir para el acceso de la niña al acogimiento familiar”. no obstante, “la entidad del vicio es de tal naturaleza que se extiende a todo el contenido del documento, concebido en atención a la obtención expedita (y, desde luego, *contra legem*) de la autorización para adoptar, *máxime* -añade- cuando la identidad de razón para estimar inválido el consentimiento anticipado subsiste, conforme al art. 173 CC, respecto del acogimiento”. Particularmente discutible se torna la constitución del acogimiento antes del parto, cuando aquél reviste la modalidad de *preadoptivo*, para aquellos autores que consideran que esta clase de acogimiento exige los mismos requisitos que la adopción, también en orden al asentimiento de los padres biológicos (vid. GONZÁLEZ PILLADO, E./ GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004: TOL 460474, DROP-2713, núms.205-206). Tal es la opinión que expresa implícitamente DÍEZ

2007 [JUR 2007\142350])⁹¹, siendo bastante más frecuente que ya antes del nacimiento del menor se declare su situación de *desamparo*. Según dispone el art. 172.1, párr.2 CC –en su redacción por la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor-, “*se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*”. Aunque la expresa referencia a los “menores” que hace el precepto, y el propio concepto de desamparo –en cuanto *desprotección «de hecho»* (material, moral o afectiva) al niño por el incumplimiento, voluntario o no, de los deberes paterno filiales-, pudieran sugerir que tal situación de carácter fáctico exige desatención *real* al menor⁹² y que, por definición, no puede haberla antes de que haya nacido, lo cierto es que son no pocas las resoluciones administrativas que proceden a apreciar la situación de desamparo de un concebido, por razón de que las condiciones económicas, laborales, médicas, psicológicas o familiares de sus padres no permiten garantizar, atendiendo a la protección de los

GARCÍA, H., *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, p. 348, n.98 cuando, al hilo de la STSJ de Cataluña de 14 abril 2000 (RJ 2001/8163), considera criticable que “se aceptara por parte de la entidad pública que la madre prestara –tan sólo dos días después del parto- una especie de consentimiento anticipado al acogimiento preadoptivo de la menor...: actuación que *sobrepasaba los requisitos constitutivos de ese tipo de acogimiento familiar ya que, en atención a los efectos que genera, deberían exigirse al mismo iguales plazos que para la adopción y habría que entender, por tanto, que en virtud del último punto del art. 177.2 CC la madre sólo podría prestar tal anuencia cuando hubiesen transcurrido treinta días desde el parto*”.

⁹¹ Entre los hechos que se declaran probados en esta Sentencia, destaca la existencia de una resolución administrativa por la que, *antes del nacimiento de un bebé*, se había apreciado la situación de desamparo del *nasciturus*, se ordenaba su retención inmediata en el mismo centro hospitalario donde naciera y *se acordaba su acogimiento simple en centro residencial*.

⁹² Así lo apunta DÍEZ GARCÍA, H., *El acogimiento familiar...*, 2004, p. 348, n.98.

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

derechos e intereses del *nasciturus* –que se declaran prevalentes-, que aquellos puedan hacerse cargo del futuro hijo. Confirmadas ulteriormente en vía judicial invocándose *el interés superior del menor* como principio rector de todas las actuaciones en materia de protección de menores, conviene advertir que en ninguno de los autos o sentencias dictados a tal fin el punto controvertido lo fue realmente el que la declaración de desamparo *precediera* al nacimiento del menor; pero, a la postre, en cuanto que tal situación de desamparo apreciada respecto del tan solo concebido es ratificada por el tribunal o tomada en cuenta por éste para la resolución de la litis, sin hacer cuestión de ello, parece así venir a admitirse implícitamente tal posibilidad. Por poner un solo ejemplo de los muchos que hay, cabe mencionar el Auto de la AP de Girona de 26 octubre 2009 (JUR 2010\46140) que, dictado en sede de oposición de la madre biológica a la constitución del acogimiento preadoptivo de su hija, y al objeto de confirmar su procedencia en interés de la menor, tuvo en consideración, entre otros datos (problemas psiquiátricos de la madre y la tutela por la Generalitat de sus otros tres hijos anteriores), que la menor –nacida el 16 de agosto de 2007- había sido *declarada en desamparo siendo nasciturus*, por resolución administrativa de 13 de agosto del mismo año, sin que la madre se hubiera opuesto entonces a dicha medida⁹³.

⁹³ Otras resoluciones judiciales en las que igualmente se deja constancia de que *la Administración había dictado la resolución declarando el desamparo de un menor cuando todavía era nasciturus*, son las SS. AP de Barcelona de 3 junio de 2004 (JUR 2004\209029) y 11 octubre 2006 (JUR 2007\118321) o la de 6 septiembre 1994 (AC 1994\1404) –confirmada por la STS (Sala 1ª) de 29 octubre 1999 (RJ 1999\7632)-, así como el Auto de la AP de Barcelona de 15 diciembre 2005 (JUR 2006\74757). También la SAP de Girona de 8 septiembre 2005 (JUR 2006\51682), desestimando el recurso interpuesto por la madre biológica, confirmó la sentencia de 1ª instancia que había declarado ajustada a derecho la resolución administrativa por la que el Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat apreciaba *“la situación de desamparo del nasciturus, y la asunción automática por parte de la Sección de Atención a los Niños de las funciones tutelares respecto de aquél, con suspensión de la patria potestad de los progenitores desde el momento del nacimiento”*. A tal fin, destacó la AP que *“era evidente la situación de alto riesgo social de la familia hasta el punto de que los*

No es del todo causal que la precedente resolución, y las demás que se apuntan a nota a pie de página, provengan de tribunales catalanes y que en todos los casos fuera la Administración competente en protección de menores dentro de la Generalidad de Cataluña la que dictara la correspondiente declaración administrativa de desamparo del *nasciturus*⁹⁴; concentración geográfica, en principio chocante, que puede llegar a entenderse a la vista de que tal tendencia ha venido en parte a ser plasmada normativamente en la reciente Ley catalana 14/2010, de 27 mayo, reguladora de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia, en la que, amén de incluirse el *maltrato prenatal* en el elenco de situaciones de desamparo, se dispone, como medida cautelar a adoptar, “*la declaración preventiva de desamparo antes del nacimiento*

cuatro hijos habidos anteriormente por la impugnante estaban tutelados por la Administración”, a lo que se sumaba que “las relaciones de su compañero con las drogas y el ámbito delictivo *nada positivo podían aportar en garantía y seguridad del nasciturus*”, que “la precariedad laboral y económica de la madre hacía *inviabile la atención de las necesidades materiales básicas del futuro hijo*”, al tiempo que había quedado acreditada “su dependencia a las drogas (heroína y cocaína) y al alcohol”. Ante tales circunstancias, concluyó la AP que “*de la prueba practicada se desprende que al dictarse la resolución objeto de oposición, concurrían ya las situaciones de peligro para el nasciturus que motivaron la declaración de desamparo*”, lo que justificó tal medida “*a fin de garantizar el interés del entonces nasciturus... que es merecedor de rigurosa protección*”.

⁹⁴ Una reflexión más sugiere la lectura de las resoluciones transcritas, que inevitablemente enlaza con el factor *tiempo* como determinante de la eficacia de las medidas de protección de los menores. Si, por un lado, es común exigir celeridad y prontitud en la respuesta de la Administración a la hora de adoptar medidas protectoras de los menores, tampoco puede dejar de reconocerse que toda actuación de los mecanismos de intervención destinados a tal fin reclama las máximas garantías, aconsejándose extremar la prudencia a la hora de tomar decisiones. que, desde la misma declaración de desamparo, pueden llegar a traducirse en costes irreparables, si, por adoptarse a veces precipitadamente, son desacertadas. A la vista de todo ello –y teniendo cuenta la *premura* con que ciertamente se actúa cuando se declara la situación de desamparo de quien ni siquiera ha nacido-, resulta patente que el equilibrio entre unas y otras exigencias no es, ni mucho menos, fácil de conseguir en la práctica.

cuando se prevé claramente la situación de desamparo del futuro recién nacido” (art. 110.4⁹⁵).

4.5. EL NASCITURUS EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN.

Dentro del inabarcable haz de cuestiones que, por razones obvias, vinculan al *nasciturus* con el amplísimo y rico tema de la filiación⁹⁶, y ausentes en nuestra jurisprudencia –a lo que conozco- conflictos en materia de determinación legal de la filiación no matrimonial del concebido a través de su *reconocimiento* por el progenitor o progenitores (art. 120 CC)⁹⁷,

⁹⁵ Aunque a menor escala, y sin llegar a prever una declaración preventiva de desamparo del *nasciturus*, también el art. 32.4 de la Ley 1/2006 de Protección de Menores de La Rioja dispone que la Consejería competente “tomará *las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo*”.

⁹⁶ Al margen de lo ya indicado en el anterior epígrafe en relación con la imposibilidad de filiación adoptiva del concebido, la limitada dimensión de este trabajo no permite introducirnos –más allá de la referencia que al comienzo del mismo se hizo a la doctrina sobre la consideración jurídica del feto y del embrión humano y sobre la protección constitucional del *nasciturus* contenida en la STC de 17 junio 1999 (RTC 1999/116) por la que se declaró la constitucionalidad de la primitiva Ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Asistida Humana– en el más mínimo análisis que, pese a su indudable actualidad e interés, merecerían los especiales problemas relativos a la determinación de la filiación de los hijos fruto de dichas técnicas (inseminación artificial, fecundación *in vitro*, homóloga y heteróloga, etc.) conforme a la nueva Ley 14/2006 reguladora de las mismas (en especial, arts. 7 –modificado por la Disp. Adicional 1ª de la Ley 3/2007–, 8, 9 y 10). Al hilo de este art. 10 –en el que nuestro legislador, declarando nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución, muestra su repulsa frente a la maternidad subrogada (las llamadas «madres de alquiler»)-, únicamente quiero hacer mención, por su rabiosa actualidad, de la Instrucción de la DGRN de 5 octubre 2010 sobre *Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, en la que se viene a posibilitar, con una serie de condiciones, el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante dicha técnica de reproducción asistida.

⁹⁷ En atención a la amplitud del art. 29.2 CC cuando tiene por nacido al concebido para “todos los efectos que le sean favorables”, y en cuanto que el reconocimiento le es favorable, la doctrina que se ocupó del tema bajo la regulación de la filiación

ceñiremos las notas que siguen a dar cuenta de las vicisitudes atinentes al no nacido que la práctica judicial refleja en los procesos de filiación.

anterior a la Ley 11/1981 admitía de forma relativamente pacífica la posibilidad del reconocimiento de los hijos concebidos todavía no nacidos; criterio que se ha mantenido con posterioridad a dicha reforma, si bien con los matices derivados de la *prohibición* –establecida por el art. 122 CC- de que en el reconocimiento separado o unipersonal de uno de los progenitores éste manifieste o *revele la identidad del otro* (a no ser que ya estuviera legalmente determinada). Ningún obstáculo supone esa limitación legal, ni a la incuestionable posibilidad de que, ya antes del nacimiento, el meramente concebido sea reconocido *por ambos progenitores –conjuntamente-* (vid. por todos CALLEJO, C., *Aspectos civiles de la protección del concebido...*, 1997, pp. 39 y ss.; ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 10ª ed., 2006, p. 225, n.1 y p. 229), ni tampoco a su reconocimiento individual por parte de *solamente la madre* que lo está gestando (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “La filiación”, en *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Colex, Madrid, 2ª ed., 2008, p. 321). En cambio, cuando del reconocimiento por parte del *padre* se trata, un sector de la doctrina se manifiesta en contra de que aquél reconozca de forma aislada y por separado al *nasciturus*, pues resulta obvio que la identificación de éste únicamente sería posible por referencia a la madre embarazada, lo que podría conculcar el citado art. 122 (DÍEZ PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema...*, IV, 2007, p. 238; y LASARTE, C., *Derecho de familia. Principios... VI*, 2008, p. 282). Pese a este escollo, y teniendo en cuenta que la prohibición de revelar la identidad del otro progenitor suele fundarse en el derecho a la intimidad del mismo (o en algún caso de su honor), no faltan sin embargo otros reputados autores para quienes sí cabe dicho reconocimiento –como excepción necesaria al art. 122 CC (PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., “Com. arts. 121 a 126 CC”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol.I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 910-911)-, si bien la mayor parte lo consideran sujeto para su validez a las condiciones establecidas por el art. 124 CC –autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y de la madre en nuestro caso- que, previsto para el reconocimiento del menor no emancipado o del incapacitado, sería aplicable analógicamente al concebido (LACRUZ, J.L. *et al.*, *Elementos...*, IV, 2008, p. 327). Esta opinión –según advierte MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “La filiación”, en *Curso... (IV)*, 2008, p. 321- se encuentra especialmente reforzada desde que la archiconocida STS (Sala 1ª) de 21 septiembre 1999 (RJ 1999/6944), apreciando la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida de los arts. 47.I de la Ley del Registro Civil y 167 y 182 de su Reglamento, viniese a negar a la madre la posibilidad que tenía hasta entonces de desconocer y ocultar su maternidad.

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

Tanto antes como después de la reforma por obra de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de la regulación de las acciones de filiación en el Código Civil (arts. 127 a 141⁹⁸), nuestros tribunales han dado alguna muestra de que, aun siendo lo común que tanto la *reclamación* como la *impugnación* de una filiación (ya matrimonial o extramatrimonial, ya paterna o materna) afecten al hijo ya nacido –en su condición de legitimado pasivo o activo, según los casos–, también pueden llegar a recaer en ciertos supuestos sobre el tan solo concebido⁹⁹.

Del ejercicio de una acción de reclamación de la filiación extramatrimonial del concebido deja constancia la STS (Sala 1^a) de 15 octubre 1988 (RJ 1988\7489), sin que se plantease controversia alguna acerca del hecho de que aquél no hubiese aún nacido. Estimada por el Juzgado y confirmada en apelación la demanda planteada por una mujer embarazada en la que ésta solicitaba –literalmente- se condenara al demandado a “*reconocer la paternidad del nasciturus*”, interpuso el presunto padre recurso de casación aduciendo incongruencia de la sentencia y error en la valoración de la prueba. A fin de rechazar el primero de ambos motivos, y tras recordar que la congruencia exige únicamente que haya conformidad -pero no “una rígida y absoluta acomodación”-

⁹⁸ Como es sabido, aunque el aptdo. 2.1º de la Disp. Derogatoria única de la LEC derogó varios preceptos del CC en materia de acciones de filiación (en concreto, los arts. 127 a 130, 134.2º y 135), el contenido normativo de dichos artículos ha pasado a integrarse, sin cambios radicales, en los arts. 764 a 768 de la Ley procesal.

⁹⁹ En sede de disposiciones generales sobre *legitimación activa* para el ejercicio de las acciones de filiación, dispone el vigente art. 765.1 LEC 1/2000 –trasunto del derogado art. 129 CC- que “*las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a la legislación civil, correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente*”. Comentando esta norma -en su versión del art. 129 del Código-, PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS. M., “Com. art. 129 CC”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, I, 1984, p. 963 se decantaba indubitadamente por admitir *el ejercicio de las acciones de filiación en nombre del concebido pero todavía no nacido*. Ya en relación con el art. 765.1 LEC, se inclina en la misma dirección LACRUZ, J.L. *et al.*, *Elementos...*, IV, 2008, p. 337.

entre el fallo de la sentencia y la pretensión de las partes, destacó el TS que en este asunto, “a pesar de la poca fortuna del texto del suplico de la demanda, con la lectura de toda ella se colige que *la acción ejercitada es la de la determinación de la filiación extramatrimonial respecto del apelante y lo querido con dicha demanda es que se declare tal filiación...*” respecto del futuro hijo de la demandante. Por otro lado, al objeto de desestimar igualmente el motivo fundado en la errónea valoración de la prueba realizada por el Tribunal *a quo*, señaló el TS que la sentencia impugnada había analizado las pruebas obrantes en autos (sobre todo, la pericial y la testifical) con claridad, imparcialidad y gran minuciosidad, adverando “el noviazgo entre el apelante y la madre, la realización de yacimientos entre ellos y que, cuando la madre quedó embarazada, ambos con sus familiares concertaron el casamiento... y sólo después de la ruptura, el demandado afirmó ser impotente para la generación, impotencia que no ha probado, ya que por el contrario la falta de resultados concluyentes de la pericial practicada para determinarla... induce a creer que la impotencia no existe”.

Por su parte, el Auto de la AP de Madrid de 23 noviembre 2004 (JUR 2005\35835), revocando la resolución de 1ª instancia, acordó admitir a trámite la acción de *impugnación de la filiación matrimonial* promovida por el actor, además de en relación con su supuesta hija ya nacida del matrimonio, también respecto del entonces *nasciturus* –sin que se hiciera cuestión de ello-; admisión a trámite de la demanda del padre, que la Audiencia fundó en la declaración de un testigo que había afirmado que “*lo único que sabe es que la esposa estuvo un tiempo fuera de la casa y cuando llegó de vuelta estaba ya embarazada*”. Extrapolando a la interpretación del vigente art. 767.1 de la LEC 1/2000 la doctrina sentada en la STS de 3 de septiembre de 1996 (RJ 1996/ 6499) respecto de su homólogo en el Código Civil -el derogado art. 127.2 CC-, y en atención a la aplicabilidad general del precepto tanto a las acciones de reclamación como de impugnación y tanto a la filiación extramatrimonial como a la

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

matrimonial, la AP consideró que tal testimonio constituía un “*principio de prueba*” suficiente, a la luz de los principios constitucionales de acceso a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y de libre investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), sin que pudiera confundirse –como había hecho el Juzgado- la prueba plena que ha de realizarse en el curso del proceso para obtener una sentencia favorable, con el “principio de prueba” exigido para admitir a trámite la demanda, el cual –dirigido a poner coto a eventuales usos fraudulentos, temerarios, caprichosos o con fines espurios de las acciones de filiación- tan sólo reclama la apreciación de una mínima línea de seriedad, razonabilidad y verosimilitud en relación con la acción ejercitada¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Cambiando de tercio, y en atención a la consideración de los apellidos como uno de los efectos básicos de la filiación (art. 109.1 CC), debe recordarse que, a tenor del art. 109.2 CC tras su redacción por la Ley 40/1999, la opción de los padres de atribuir a su hijo, como primer apellido, el primero materno y, como segundo, el primero paterno, ha de ejercitarse, de común acuerdo entre ambos, «antes de la inscripción registral» de nacimiento. Como es sabido, si esa opción no se ejercita en su momento, en el Derecho español ha de inscribirse al nacido con el primer apellido paterno, como primero, y con el primero materno, como segundo (arts. 109 CC y 53 y 55 LRC, así como art. 194 RRC modificado por el RD 193/2000). Pues bien, aunque no deja de resultar bastante excepcional, cabe encontrar una Resolución de la DGRN de 18 junio 2008 (JUR 2009\397314), en la que se plantea si es posible o no la posibilidad de que el acuerdo de los padres de invertir el orden de los apellidos de su hijo se formalice siendo éste un concebido no nacido. En el presente asunto, *después de concebida la hija y antes de su nacimiento –que tuvo lugar el 27 de agosto de 2007-, los padres habían pactado en el convenio regulador de su divorcio la inversión de apellidos de la entonces nasciturus; convenio que fue aprobado por la sentencia de divorcio de 17 de julio de 2007*. Ante estos datos, la DGRN declaró –y esto es lo que interesa aquí poner en evidencia- que “*podría darse por cumplido el requisito del acuerdo de los padres antes de la inscripción*”, viniendo así a admitir, por tanto, que el ejercicio de la opción que el art. 109.2 CC concede a los padres para, de mutuo acuerdo, anteponer el apellido materno al paterno sea previo al nacimiento del hijo ya concebido. Cosa distinta es que, en el caso que nos ocupa, la DGRN desestimase el recurso planteado por la madre contra la decisión de la Juez encargada del Registro Civil de denegar la solicitud formulada por aquella de inversión de apellidos en la inscripción de nacimiento de su hija; solicitud que dicha progenitora fundaba en lo pactado con el padre en el convenio regulador del divorcio. El obstáculo que tanto el Juzgado como la Dirección General encontraron para acceder a tal solicitud estribó en que la madre, “al cumplimentar

4.6. EL *NASCITURUS* Y LA ADQUISICIÓN *IURE SANGUINIS* DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.

En cuanto que la primera de las formas de adquirir la nacionalidad española *originariamente* es por filiación, por ser hijo de un progenitor español -“son españoles de origen *los nacidos* de padre o madre españoles”, reza el art. 17.1.a) CC (conforme a su redacción por Ley 18/1990 de 17 diciembre)-, no es ocioso plantearse la eventual proyección del art. 29.2 CC a dicha causa de adquisición de la nacionalidad por *ius sanguinis*. La cuestión a dilucidar –no por poco frecuente en la práctica, irreal- consiste concretamente en determinar si el hijo *concebido* constante la nacionalidad española de cualquiera de sus progenitores, pero nacido cuando ya ninguno de ambos la conservaba, nace o no español de origen.

Escribía en su día DE CASTRO que “las disposiciones que basan el estado en el nacimiento, como la nacionalidad y la vecindad, no pueden ser referidas a la concepción” y que, en particular, “el hijo de padres españoles es español por su nacimiento y desde su nacimiento, siendo, por tanto, decisivo el momento de nacer”¹⁰¹. También actualmente hay autores –como DÍEZ PICAZO y GULLÓN, entre otros- que, a la hora de examinar la adquisición de la nacionalidad española por filiación

el cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil no hizo referencia a este acuerdo previo de inversión de apellidos *ni hizo constar la filiación paterna de la nacida, por lo que fue inscrita solo con los apellidos maternos y por su orden*. Consecuentemente, no puede admitirse ahora la propuesta de la madre consistente en que su hija tenga atribuidos como apellidos el primero materno «P.», como primero, y el primero paterno «S.» como segundo, porque *primero tendría que quedar determinada en la inscripción de nacimiento de la hija la filiación paterna*”. Y es que –debemos destacar-, tal como de forma expresa comienza señalando el art. 109.2 CC, es obviamente “*si la filiación está determinada por ambas líneas*” (ya sea tal filiación matrimonial o no) cuando los padres pueden acordar el orden de transmisión de su respectivo primer apellido a su hijo.

¹⁰¹ DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, II, 1952, pp. 129 y ss. y p. 398.

conforme al art. 17.1.a) CC, señalan que en cuanto “el dato de la nacionalidad del padre o la madre queda referido por la ley al momento del nacimiento, por esta razón *no se aplica la regla del art. 29 CC*, según la cual al concebido se le tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables. Con independencia de que la nacionalidad española sea considerada como un efecto favorable, es claro que la ley se refiere a *la nacionalidad de los padres en el momento del nacimiento*”¹⁰².

Sin embargo, en un sentido diametralmente opuesto, existe otro amplio sector doctrinal que manifiesta no ver obstáculo alguno para incluir, dentro de “todos los efectos favorables” para el concebido a que se refiere el art. 29.2 CC, la adquisición automática de la nacionalidad española *iure sanguinis*¹⁰³. Y también algunos especialistas en nacionalidad defienden que, si bien a tenor del art. 17.1.a) CC el padre o la madre deben ser españoles en el momento del nacimiento del hijo, “sin embargo, *esta regla se atenúa en la práctica*” al considerarse, de una parte, que “el hijo póstumo de español, por aplicación del art. 29 CC, es español por *ius sanguinis*”¹⁰⁴ y, de otra parte, que también

¹⁰² DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema...*, I, 2003, p. 290. Vid. igualmente ESPINAR VICENTE, J.M^a., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994, p. 65; y PRETEL SERRANO, J.J., “La adquisición de la nacionalidad española en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre”, en *Jornadas sobre nacionalidad y extranjería*, Madrid, Colegio de Registradores, 1994, pp. 162-164.

¹⁰³ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Corr. arts. 29 a 34 CC”, en *Comentarios...*, II-1º, 2000, pp. 267 y 280; LACRUZ, J.L. *et al.*, *Elementos...*, I-2º, 2002, p. 17; GONZÁLEZ GOZALO, A., “Com. art. 29 CC”, en *Comentarios...*, Aranzadi, 2009, p. 144.

¹⁰⁴ Vid. en este sentido, por ejemplo IRIARTE ÁNGEL, J.L., “Com. art. 17 CC”, en *Comentario...*, coord. por I. SIERRA, 2000, p. 536. Sobre ese particular, matiza atinadamente GONZÁLEZ CAMPOS, J., “Com. art. 17 CC”, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coord. por M. AMORÓS y R. BERCOVITZ, 1986, pp. 35-36 que en el caso del hijo póstumo de nacional español, no se trata de la aplicación del art. 29.2 CC, pues basta tener en cuenta que no se ha producido cambio en la nacionalidad del progenitor español, sino el fallecimiento de éste con anterioridad al nacimiento del hijo, de modo que ese hijo será español por *nacer de progenitor español*, aun cuando se trate de progenitor que ha fallecido.

adquiere la nacionalidad española el nacido de progenitor ya extranjero al tiempo del nacimiento, pero español al momento de la concepción, porque desde el punto de vista de nuestro ordenamiento la adquisición de la nacionalidad española ha de reputarse un efecto favorable comprendido dentro del ámbito del art. 29.2¹⁰⁵.

Sin perjuicio de la falta de acuerdo doctrinal al respecto, ha sido ese último criterio más permisivo el que ha inspirado a la DGRN en su expresa declaración de que “no hay motivos suficientes para excluir del *ámbito de aplicación del art. 29 del Código Civil las hipótesis de adquisición de la nacionalidad española «iure sanguinis»*”. Así lo entendió ya en sus Resoluciones de 31 marzo 1992 (RJ 1992/3474) y 12 julio 1993 (RJ 1993/6357), seguidas posteriormente por las de 7 septiembre 2001 (JUR 2001/8437) y 26 diciembre 2002 (JUR 2003/57531)¹⁰⁶. Aunque con algunas diferencias que no viene a cuento detallar, en los cuatro casos resueltos la madre (o el padre) eran españoles en el momento de la concepción del hijo y fue en el intervalo entre la concepción y el nacimiento cuando perdieron la nacionalidad española. Pues bien, pese a que el nacimiento de tales hijos sobrevino –cuatro, tres, cinco y tres meses, respectivamente en cada uno de tales asuntos- a la pérdida de la nacionalidad española por los padres (de manera que cuando aquéllos nacieron ninguno de sus progenitores era ya español), y pese a la dicción literal del art. 17 CC –cuando habla de “nacidos” de padre o madre españoles a fin de otorgarles automáticamente la nacionalidad española *iure sanguinis*-, concluyó la DGRN que “nada impide considerar al nacido como

¹⁰⁵ Vid. en este sentido, PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., “Com. art. 17”, en *Comentarios al Código Civil...*, Edersa, I-3º, 2ª ed., 1993, pp. 161-164; BERCOVITZ, R., “Com. art. 17 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, p. 122; o GONZÁLEZ CAMPOS, J., “Com. art. 17 CC”, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad...*, 1986, p. 36 (n.79).

¹⁰⁶ A esta Resolución de 2002 se remiten también las de 5 marzo 2007 (JUR 2008\141346) y 23 mayo 2007 (JUR 2008\256348).

ASPECTOS CIVILES (PATRIMONIALES Y PERSONALES) DE LA
PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO NO NACIDO

español de origen a la vista de *la retroactividad de los efectos del nacimiento al momento de la concepción* que preconiza el citado art. 29 CC”, pues “la cuestión de que «le sea favorable» es evidente, ya que si el interesado invoca la nacionalidad española del progenitor es porque obviamente estima que *le beneficia*”.

