

UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA AL ESTATUTO JURÍDICO DEL CONCEBIDO NO NACIDO

Freddy Andrés Hung Gil*

RESUMEN:

El estatuto jurídico del ser humano que se encuentra aún en el claustro materno (nasciturus o concebido no nacido) ha sido objeto de atención para los juristas desde la antigüedad. Este particular ha sido fundamentado desde diversas posturas teóricas: como porción de las vísceras maternas, tenerlo por nacido mediante una ficción legal, considerar que es persona o sujeto de derecho. Las teorías que admiten la personalidad y la subjetividad del concebido resultan garantistas y omnicomprensivas en cuanto a la tutela legal de concebido. La existencia del nasciturus extracorpóreo trae aparejada la necesidad de resolver nuevas problemáticas jurídicas en sede de su tutela que vienen a engrosar el ya complejo campo de protección del concebido no nacido.

PALABRAS CLAVE: *estatuto del nasciturus, naturaleza jurídica del concebido no nacido, técnicas de reproducción humana asistida, embrión humano*

ABSTRACT:

The judicial status of the human being cloistered within the maternal womb, a.k.a. nasciturus, has drawn the interest of jurists from ancient times. This fact has been founded on diverse theoretical positions; whether it is considered an integral part of maternal entrails, it is assumed as being born through a legal fiction, deemed a person, or a subject of the law. Those theories which accept the personality as well as the subjectivity of the unborn, exceed the guaranties and the range as to the legal tutelage of the unborn. The existence of the conceptus out of the womb, brings along the need of solving our judicial issues related to its tutelage, which, in time, will increase the existing complex field of protection to the unborn.

KEY WORDS: *status of the unborn, juridical nature of the unborn, human attended reproduction technics*

87

* Especialista en derecho civil. Notario especialista del Ministerio de Justicia. Profesor de la Universidad de Camagüey, Cuba. Recibido: 25.8.2008; aceptado: 3.12.2008.

SUMARIO

1. Reflexiones preliminares
2. Hacia una definición del *nasciturus*
3. Enfoques sobre la naturaleza jurídica del concebido no nacido
4. Consideraciones finales

Los juristas, como hombres prácticos, rara vez pueden permitirse el lujo de dudar, al menos, a la hora de defender bienes de relevancia suficiente como para que merezcan su atención.

ANDRÉS OLLERO

1. Reflexiones preliminares

El estatuto jurídico del ser humano concebido, pese a ser una temática clásica de obligada referencia para el derecho de personas —y por ello aparentemente manida— dista mucho, a mi juicio, de ser un aspecto pacífico dentro del derecho civil. Un estudiante recientemente tocaba en clases el punto crucial que me motivó a poner por escrito estas ideas, cuando preguntaba con la ingenuidad de la que a veces se revisten quienes se inician en la ardua cuesta que supone el estudio del derecho: ¿En definitiva, qué es el *nasciturus*? Y cerraba la pregunta con otra no menos incisiva: ¿Cuál es su naturaleza jurídica?

Numerosos textos en el ámbito del derecho romano y del derecho civil parecen dejar zanjada la cuestión mediante la alusión a comentarios clásicos que reflejan al concebido como parte del cuerpo de su madre y el contenido de la protección de ciertos intereses, en virtud de su futura humanidad, sometido a la condición suspensiva de su nacimiento con los requisitos adicionales fijados *ex lege*. Si se entiende que el nacimiento determina el inicio de la personalidad (como reflejan algunos códigos civiles, tales como el francés, el español, el italiano y el cubano) y que durante la gestación al concebido se le tiene por nacido mediante una ficción, para los efectos que le sean favorables, a condición de que nazca con ciertas exigencias legales, cabe la pregunta sobre la naturaleza jurídica de este ser humano en el periodo que media desde que se verifica la fecundación hasta el nacimiento. Durante ese lapso cómo debe quedar definido el estatuto jurídico del concebido: ¿es persona, o acaso

una cosa?, ¿es un sujeto de derecho?, y en consecuencia: ¿cuáles derechos le son atribuidos?, ¿se trata de un caso de lo que la doctrina llama derechos sin sujeto o la reflexión conduce al absurdo de establecer la existencia de objetos con derechos?¹

El debate, aunque está planteado desde una perspectiva jurídica (a lo cual no es ajena, obviamente, la reflexión filosófica-jurídica), recibe aportaciones diversas de la ética, la bioética, la religión, por sólo nombrar las más notables. Las presentes consideraciones intentan echar luz sobre un aspecto controvertido en el ámbito del derecho y por esa razón no serán abordadas con profundidad otras aristas del problema. De todos modos, las conclusiones a las que se arribe, si bien apuntan hacia respuestas que pertenecen a la esfera de lo jurídico, han estado presididas para su formación por la asunción de determinados principios éticos, tales como el papel central que juega la persona frente al ordenamiento jurídico, el respeto a la dignidad del hombre y el valor intrínseco de la vida humana.

2. Hacia una definición del *nasciturus*

La palabra *nasciturus*, es la voz latina que identifica al ser humano concebido que se encuentra aún en el claustro materno, concepto diverso al de *natus*: ser ya nacido. En la terminología jurídica —como asevera Catalano— existe una línea de continuidad desde la República romana al Principado y que se extiende hasta el siglo XVIII, en la que el término técnico para identificar al concebido no nacido parte de la locución: *Qui in utero sunt* (los que están en el útero). Otras expresiones como *conceptus*, *liberi nondum nati*, *qui nasci speratur*, resultan menos frecuentes o provienen de fuentes tardías.² Las Siete Partidas se refieren dentro del estado en que pueden encontrarse los hombres a *nacidos o por nacer* (Prólogo al t. XXIII, p. IV) o aluden expresamente a *la criatura en el vientre de su madre* (p. IV, t. XXIII, l. III).

La doctrina tradicional admite una categoría genérica (*nasciturus*) y ésta encierra dos especies: *conceptus* o ser concebido y *concepturus* o *nondum conceptus*, el que habrá de ser concebido. *Conceptus* y *concepturus* son especies que se diferencian notablemente pues la primera es una realidad (ser ya

¹ Vid, Andrés Ollero Tassara, "Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?", en Justicia, solidaridad, paz, Estudios en homenaje al Profesor José M. Rojo Sanz, Vol. I, Valencia, 1995, pp. 341-356.

² Vid. Pierangelo Catalano, *Diritto e persone*, t. I, *Studi su origine e attualità del sistema romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990, pp. 196-197.

concebido), mientras que la segunda es sólo una hipótesis admitida mediante una ficción jurídica, que bien puede no verificarse.³

El *conceptus* o concebido puede ser definido como el ser humano durante la etapa prenatal que se extiende desde la concepción hasta el completo desprendimiento del claustro materno, el cual es tutelado de manera especial y en diversos ámbitos de protección por parte del ordenamiento jurídico.⁴ No obstante, como tendré ocasión de exponer, sobre la naturaleza jurídica del concebido y la protección conferida por los ordenamientos jurídicos pueden hacerse numerosas precisiones.

El *concepturus* o *nondum conceptus* es un ser hipotéticamente existente, una realidad futura o sujeto de derecho futuro a favor del cual, por medio de una ficción legal, se realiza una atribución patrimonial.⁵ Se trata en definitiva de un término adoptado por la doctrina jurídica por el cual se expresa la posibilidad del nacimiento de un ser humano que no se encuentra concebido en el momento en que se realiza un determinado acto jurídico (que generalmente constituye una atribución patrimonial) cuya eficacia depende de un suceso futuro e incierto: el nacimiento de dicho ser. Como realidad hipotética el *concepturus* puede llegar a ser concebido y efectivamente nacer o por el contrario no verificarse nunca tal evento.

El impacto que en la actualidad la ciencia y la tecnología tienen en el proceso procreativo del ser humano, ha propiciado que en ciertas ocasiones resulte imprecisa la denominación del *nasciturus* que proviene de las fuentes romanas. La expresión heredada del derecho romano que lo sitúa tomando como referente obligado el vientre materno (*qui in utero est*), no es ya una regla absoluta pues como consecuencia de la aparición y puesta en práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, éste puede encontrarse durante un periodo más o menos prolongado fuera del cuerpo de la mujer. Se perfila

³ Pese a la precisión realizada, la doctrina tradicional usa corrientemente de forma indistinta los términos *nasciturus* y concebido para referirse al ser humano aún no nacido, y reserva el término *concepturus* al que habrá de ser concebido en el futuro.

⁴ La doctrina civilista se muestra reacia en muchas ocasiones a ofrecer una definición de concebido, quizás por considerar obvia la respuesta y se detiene en la explicación de la tutela a éste conferida por los diversos ordenamientos. El civilista peruano Juan Espinoza adelanta, en cierta medida, en la definición que brinda sobre el *nasciturus*. Sobre su posición con respecto a la naturaleza jurídica del mismo, dice ese autor: "el ser humano antes de nacer que, pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y los deberes que lo favorecen. Es por eso que se dice que es un sujeto de derecho privilegiado". Cfr. Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de las personas*, Editorial Rodhas SAC, Lima, 2006, pp. 55-57.

⁵ Vid. Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.), *Derecho de sucesiones*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 127; J. Espinoza Espinoza, *Derecho...*, *Op. cit.*, p. 56.

así lo que la doctrina ha denominado *nasciturus* o concebido extra-corpóreo. La existencia del *nasciturus extra-corporis* trae aparejada la necesidad de resolver nuevas problemáticas jurídicas en sede de su tutela que vienen a engrosar el ya complejo campo de protección del concebido no nacido.

3. Enfoques sobre la naturaleza jurídica del concebido no nacido

Uno de los aspectos más controvertidos dentro de la doctrina científica que estudia al *nasciturus* es el relativo a su naturaleza jurídica. Adoptar una postura en cuanto a este importante extremo posee, además de su alcance teórico, una proyección normativa que se traduce directamente en la protección conferida por los ordenamientos jurídicos al concebido no nacido. A continuación se realizará un recuento crítico de las direcciones teóricas más relevantes sobre el aspecto debatido y se hará mención al reflejo que algunas de ellas encuentran en los ordenamientos jurídicos.⁶

a) Teoría de la *portio mulieris*

La teoría de la *portio mulieris* encuentra su basamento en algunos textos romanos multicitados por la doctrina tradicional tanto romanista como civilista, de cuya interpretación se infiere que el concebido es parte de la mujer o de sus vísceras, esto es, un órgano de la madre. El *Digesto* establece al respecto: *partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum* (D., 25, 4, 1), *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur* (D., 35, 2).⁷ La tesis planteada se fundamenta además en la afirmación del jurisconsulto Gayo, por la cual el concebido no se encuentra aún *in rebus humanis, in rerum natura*.⁸

El fundamento de la teoría enunciada carece de reciedumbre en la actualidad por las razones que se expondrán a continuación. Pese a que en el periodo de gestación el concebido depende del soporte vital que le proporciona su madre, no podría decirse que forma parte del cuerpo de aquella pues se encuentra

⁶ En el análisis de las teorías que abordan la naturaleza jurídica del concebido se seguirá el orden que observa en la doctrina peruana Espinoza pues, a juicio del autor de estas reflexiones, ese civilista lleva a cabo un estudio omni-compreensivo desde una perspectiva histórica de la institución analizada. No obstante, la exposición será enriquecida con otros planteamientos y razonamientos críticos y se hará referencia a la acogida de las direcciones teóricas en el ámbito legislativo. Vid. Juan Espinoza Espinoza, *Derecho...*, *Op. cit.*, pp. 68 y ss.

⁷ Porque todavía el que no ha sido dado a luz se considera porción de la mujer o de sus vísceras y se dice con razón que no es hombre.

⁸ Cfr. Gayo, 2, 203; D., 30, 24.

genéticamente individualizado y posee estructuras anatómicas propias que se diferencian sustancialmente de las maternas. No obstante, la teoría de la *portio mulieris* ha servido como piedra angular de algunas construcciones que intentan explicar el *status* jurídico del *nasciturus* en el derecho romano e incluso más allá de éste.

Una adecuación de esta teoría ha sido elaborada en la doctrina civilista colombiana por Valencia Zea y Ortiz Monsalve, quienes expresan:

El derecho civil actual se inspira en la misma idea de los romanos, que considera al simplemente concebido como una porción de la vida misma y del cuerpo de la madre (*portio mulieris*), salva la advertencia de que tal porción u órgano debe considerarse como la más noble, en virtud de su potencialidad de poder separarse en lo futuro del cuerpo de la mujer y constituirse en una vida autónoma.⁹

Puede suponerse que los civilistas colombianos citados se refieren de manera figurada al *nasciturus* como porción de la mujer por las razones anteriormente aducidas y que más bien se centran en las potencialidades que éste tiene de llegar a ser, tras el parto, un ser completamente independiente con plena autonomía vital. Una lectura *ad pedem litteræ* de una afirmación como la transcrita puede encontrar dificultades para sustentarse por sí sola en el momento actual. Estos autores consideran que la principal ventaja de la teoría estudiada radica en que el derecho romano evitó de ese modo que el concebido fuese considerado como un simple objeto y esto condujo a que en ciertas ocasiones su *status* jurídico se equiparara con el del nacido.¹⁰

La teoría de la *portio mulieris* puede ser considerada una de las primeras construcciones fundamentada en fragmentos de las fuentes romanas que intenta explicar la naturaleza jurídica del concebido y con ello determinar la *ratio iuris* de la protección a éste conferida por el ordenamiento jurídico. Su basamento teórico puede ser objetable si se toma como presupuesto la indi-

⁹ Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil*, t. 1, *Parte general y Personas*, Temis, Bogotá, 2006, p. 352.

¹⁰ Dicen estos autores al respecto: "Ya los juristas romanos consideraban el feto como un miembro o porción de las vísceras de la madre (*mulieris viscerum portio*), con lo cual se negaba que el feto fuera simplemente una cosa. Concepción que en todo caso permitía dar protección jurídica al concebido. En efecto, el concebido (*nasciturus*) gozaba de la protección jurídica que se le daba al cuerpo mismo de su madre, y así podían sancionarse los hechos ilícitos provenientes de cualquier persona, que lesionaran o impidieran la gestación normal del concebido. Empero, en ciertos casos se asimilaba el concebido al infante ya nacido, con el fin de otorgarle una personalidad diferente de la personalidad de la madre." *Ibid.*, p. 351.

vidualidad del concebido y la inexactitud al definirlo como órgano de la madre. No obstante su valor eminentemente histórico, algunas consideraciones que forman parte de su base teórica están presentes, a mi juicio, en el tracto conceptual por el cual se sostiene la decisión de la mujer de interrumpir voluntariamente la gestación.

b) Teoría de la ficción

La teoría de la ficción encuentra también su plataforma conceptual en las fuentes romanas clásicas y ha sido acogida en numerosos códigos civiles que admiten en sede de protección del ser concebido el principio latino: *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*. El *Corpus Iuris Civilis* sentencia al respecto: *Partus dum in ventre portatur speratur* (Código, L. VII, t. V, L. 14), de lo que se infiere que antes del parto el concebido es simplemente una esperanza de hombre. El jurisconsulto Paulo, refiriéndose a la protección concedida al *nasciturus* expresa: *qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur quamalli, antequam nascatur nequam prosit*.¹¹ Las Partidas retoman la tradición presente en los textos romanos citados cuando expresan que: “demientras que estouiere la criatura en el ventre de su madre toda cosa que se faga, o se diga, a pro della, aprovechase ende, bien así como, si fuesse nacida”. (P., IV, t. XXIII, L. III).

Los civilistas colombianos Valencia y Ortiz explican que la protección jurídica del *nasciturus* en el derecho romano puede concebirse tanto como una ficción jurídica o como excepción al principio que establece que el nacimiento determina la adquisición de la personalidad. Expresan esos autores:

Poco interesa que se diga que se trata de una ficción o de una excepción. Esto desde el punto de vista práctico, porque desde el punto de vista lógico existe una diferencia clara. Los romanos —pueblo esencialmente guerrero— elaboraron sus principios sin excepciones: las reglas jurídicas debían tener la misma precisión y exactitud que las normas de la disciplina militar. Así, elaborado el principio de que sólo el nacimiento era adquisitivo de la personalidad, no podía admitir

¹¹ El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trate de la conveniencia de su propio parto, aunque antes de nacer en manera ninguna favorecerá a un tercero D., 1, 5, 7.

excepciones: por dicho motivo recurrían al sistema de la ficción, o sea, se consideraba al concebido como si ya hubiese nacido (a fin de salvar el principio). Los juristas actuales no necesitan de la ficción, y así puede afirmarse que excepcionalmente la personalidad comienza antes del nacimiento.¹²

El derecho romano, teniendo en cuenta la futura condición jurídica del *nasciturus*, estableció reglas orientadas a protegerlo durante la gestación y a garantizar la adquisición de ciertos derechos que le corresponderán al nacer. Las normas protectoras del *nasciturus* giraban en torno a la prohibición del aborto provocado por la misma mujer o por un tercero, la realización de la operación cesárea en caso de muerte materna, la prohibición de que una mujer en estado de gestación sufriera tormentos físicos y el aplazamiento de la pena capital hasta después del parto. En cuanto a la protección de los intereses de *qui in utero est* se le dotó de un *curator ventris*, se admitió que pudiera ser instituido heredero en testamento y se confirió la posesión de los bienes a la mujer encinta –*missio in possessionem ventris nomine*– y que su *status personarum* fuera determinado en atención al momento de la concepción. La legislación justiniana se hace eco de esta protección estableciendo que siempre que se trate del provecho del *nasciturus* puede estimarse como nacido.¹³

La protección del *nasciturus* en el derecho romano en lo tocante a la adquisición de derechos, giró de modo particular en torno a la posibilidad de que el hijo póstumo pudiera concurrir a la herencia paterna mediante la atenuación de la regla de derecho que exige para la sucesión la supervivencia del sucesor al causante. La protección de acento marcadamente patrimonial equiparaba la situación del *nasciturus* a la del *natus* sólo a los efectos que le fueran favorables. Este principio se consagró por medio de la máxima latina: *nasciturus pro iam nato habetur...*, cuyo espíritu se ha transmitido a los sistemas jurídicos que tienen causa en el derecho romano.

En el ámbito estudiado, se debe a Savigny la ficción por la cual se concede capacidad al *nasciturus*. Para ese eminente jurista alemán, la capacidad jurídica de la persona física comienza con el nacimiento, después que el neonato

¹² A. Valencia Zea y A. ORTIZ MONSALVE, *Op. cit.*, pp. 356-357.

¹³ Cfr. *D.*, 1, 5, 7; *D.*, 1, 5, 26; Marciano, *D.*, 11, 8, 2; Ulpiano, *D.*, 37, 9, 1, 15. Cfr. Juan Iglesias, *Derecho romano*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 74. Emilio Fernández Camus, *Curso de derecho romano*, t. II, *Personas y Derecho de familia*, Editorial Cultural, La Habana, 1941, p. 37. Julio Fernández Bulté, Carreras Cuevas y Yáñez, *Manual de derecho romano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 48.

se ha separado completamente del claustro materno. Por esa razón el ser meramente concebido resulta capaz para heredar por vía de una ficción por la cual se anticipa la capacidad al concebido.

La teoría de la ficción considera al concebido como nacido a los fines de la adquisición de eventuales derechos. El *status* jurídico del *nasciturus* es equiparado al del nacido, pero la adquisición de los derechos se encuentra sometida a una condición suspensiva: el nacimiento del nuevo ser con los requerimientos exigidos por ley para que le pueda ser atribuida la personalidad. Al verificarse el nacimiento, los derechos se entienden adquiridos desde el momento de su atribución (el cual coincide con la etapa en que el que habrá de nacer era una simple esperanza de hombre). Si por el contrario, se produce un aborto o el neonato muere sin que le sea atribuida la personalidad jurídica, se entenderá que los derechos nunca fueron adquiridos.

La notable romanista mexicana Mercedes Gayosso y Navarrete considera que la teoría de la ficción se basa en un absurdo, pero su principal virtud estriba en la protección que se confiere a los intereses de los nacidos. Dice al respecto esa autora:

Las leyes han podido llegar a la posición absurda, proveniente de la pandectística alemana y en particular de Savigny, de colocar el hombre *qui in ventre est*, bajo una capacidad concedida por ficción jurídica. A pesar de ello su existencia resulta necesaria para los intereses de los nacidos, pues la más radical posición pragmática, desea conservar, precisamente por su pragmatismo, derechos como el de la sucesión patrimonial *mortis causa*, que no podrían darse si ese hombre que está en el vientre no los generara.¹⁴

La teoría de la ficción posee una fuerte carga histórica y supone un arduo ejercicio teórico que agrupa varias posturas centradas en la justificación de la existencia de ciertos derechos otorgados a favor del *nasciturus*. No obstante, carece de fundamento afirmar que el concebido no se encuentra en el mundo

¹⁴ Mercedes Gayosso y Navarrete, *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*, Universidad Veracruzana, Veracruz, 1992, p. 103. Con mayor énfasis afirma Fernández Sessarego: "Reputar nacido al concebido es recurrir a una ficción que significa, en la práctica, negarle su propia naturaleza humana, vaciarle de contenido ontológico. Asimilar netamente al concebido a la calidad de nacido para el sólo efecto formal de atribuirle derechos bajo condición suspensiva, equivale a desconocerle su naturaleza humana y a negarle subjetividad en tanto carece de capacidad para ser titular de los mismos de modo actual y eficaz." Cfr. Carlos Fernández Sessarego, "Concebido", en *Enciclopedia jurídica OMEBA*, Versión digital, Apéndices I-V, pp. 1 y ss.

de los hombres, pues aunque por su especial situación no pueda tener un contacto directo con la vida social, se trata de un ser humano en plena formación. En otro orden de cosas el parangón entre concebido y nacido a los efectos de la tutela del primero puede resultar innecesario, pues como dice Espinoza, “el ordenamiento normativo le brinda protección al concebido en atención a que se trata de una individualidad jurídica y real”.¹⁵

En la actualidad, como asevera Catalano —posición con la que coincido plenamente— pueden apreciarse claramente dos corrientes de pensamiento en lo tocante a la condición jurídica del *nasciturus*: la primera de inspiración justiniana presente en gran parte del área ibérica (quizás más justamente hispanoamericana) y la segunda fuertemente influenciada por la pandectística germana que encuentra expresión también en el *Codice Civile* italiano de 1942.¹⁶ La tradición romana acogida por el derecho histórico español y posteriormente por algunos sistemas jurídicos latinoamericanos (son colosales al respecto las contribuciones de Teixeira de Freitas y Vélez Sársfield en el siglo XIX) conduce a una equiparación entre concebido y nacido a los efectos de la tutela efectiva de los intereses y derechos y de la “persona” misma del primero de ellos. Esta equiparación ha sufrido los embates de las doctrinas germanas decimonónicas (en particular la teoría savigniana que otorga capacidad al concebido mediante una ficción y la aparición de conceptos abstractos ajenos a las fuentes del derecho romano), de modo que algunas legislaciones de honda raigambre romana han dejado a un lado la tradición anterior en cuanto a la consideración jurídica de *qui in ventre est* para acoger la tesis de la ficción.¹⁷

¹⁵ J. Espinoza Espinoza, *Op. cit.*, p. 71.

¹⁶ Pierangelo Catalano, “Observaciones sobre la ‘persona’ del concebido a la luz del derecho romano (De Juliano a Teixeira de Freitas)”, en *La persona en el sistema jurídico latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un código civil tipo en materia de personas*, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 139 y ss.

¹⁷ El Código Civil español de 1888 manifiesta en su artículo 29 una clara referencia a la teoría de la ficción. Sin embargo, la primera edición de ese cuerpo legal muestra una notable diferencia en cuanto a la redacción del citado precepto (dice textualmente: “El nacimiento determina la personalidad excepto en los casos que la ley retrotrae a una fecha anterior los derechos del nacido”), con lo cual se aproxima a la tradición jurídica romana e ibérica. En torno a este particular se entabló un enconado debate en las Cortes que terminó, contradictoriamente, dando la razón a los sostenedores de la teoría de la ficción frente a los defensores de la tradición anterior. *Vid.* Arroyo I. Amayuelas, Esther, *La protección al concebido en el Código Civil*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 39-48. También resulta abrumadora, a mi juicio, la ruptura del *Codice Civile* italiano con la tradición romana en lo tocante a la consideración jurídica del concebido (*Vid.* artículo 1) hasta el punto de convertirse —en palabras de Catalano— en antirromano. *Vid.* Catalano, P., “Il concepito ‘soggetto di diritto’ secondo il sistema giuridico romano”, *Memorias del xv Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, Morelia, Michoacán (México), 16-18 de agosto de 2006, p. 13.

La teoría de la ficción ha sido acogida por numerosos códigos civiles, especialmente por aquellos que surgieron al calor de las doctrinas germánicas decimonónicas de depurada técnica jurídica (e incluso, algunas de ellas con pretendido abolengo romano, aunque tal cosa no coincida plenamente con el dato histórico). Esta dirección teórica, pese a las críticas que ha recibido de la doctrina civilista reciente, resultó un modo eficaz de protección del concebido en el momento histórico en el que surgió.¹⁸ No obstante, la creciente influencia de la ciencia y la técnica en la vida prenatal del hombre y su impacto en el concebido convocan hoy a una relectura de la tutela jurídica del *nasciturus* a partir de una ficción.

c) Teoría de la personalidad

La teoría enunciada parte de la consideración de la personalidad jurídica del ser humano concebido. Esta dirección teórica ha suscitado polémicas motivadas por la radicalidad del planteamiento y consecuentemente dispares soluciones, tanto en el ámbito doctrinal como en el legislativo. La teoría de la personalidad encuentra su génesis en el derecho romano y posee una línea de continuidad en la tradición legislativa ibérica y latinoamericana.

Catalano, en la doctrina italiana y la romanista mexicana Gayosso y Navarrete, quienes siguen de cerca las reflexiones de R. Orestano, afirman la existencia de una paridad ontológica evidente en las fuentes romanas de los periodos clásico y justiniano entre *qui in utero sunt* y *natus*. Esa analogía entre concebido y hombre (la cual reconduce a la noción de persona) se oscurece bajo la influencia de las doctrinas pandectísticas y civilistas que emergen a partir del siglo XVIII, y por la aparición de conceptos abstractos, *verbigracia*: personalidad, subjetividad y capacidad jurídica, entre otros, lo cual coadyuva a la negación de la paridad ontológica en el plano normativo.¹⁹

La cuestión planteada deja abierta la siguiente interrogante: ¿Son las distintas teorías que explican el *status* jurídico del *nasciturus* y encuentran su

¹⁸ Dice Ollero refiriéndose a la regulación hispana decimonónica sobre el particular: "El ámbito jurídico-civil se hallaba aún notablemente ajeno a la futura eclosión de los llamados derechos personalísimos, o de la personalidad, más directamente cercanos a los hoy llamados derechos fundamentales. Su objetivo no era la tan obvia como indirecta protección del nuevo ser humano sino la garantía de seguridad de un tráfico jurídico-privado necesitado de conocer sí, y desde cuando, contaba ya con un nuevo interlocutor." Cfr. "El estatuto jurídico del embrión humano", en *Biotechnología y posthumanismo*, bajo la coordinación de Jesús Ballesteros y Encarnación Fernández, 1ª edición, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 342.

¹⁹ Cfr. P. Catalano, *Op. cit.*, pp. 169-172, 195-221; M. Gayosso y Navarrete, *Op. cit.*, pp. 49-75, 97-115.

fundamento en el derecho romano, muestra de las contradicciones presentes en sus fuentes? Gayosso y Navarrete sentencia al respecto:

Tal discusión es el resultado de la diferente interpretación que los romanistas, canonistas y civilistas han dado a los opiniones de los jurisconsultos clásicos romanos y no a una auténtica discrepancia entre éstos; mucho menos a una contradicción entre tales opiniones jurisprudenciales contenidas en las fuentes del derecho romano.²⁰

La doctrina moderna, al abordar la situación jurídica del *nasciturus* en el derecho romano, lo hace en muchas ocasiones desde la postura –errónea a juicio del autor de las presentes reflexiones– que parece indicar que el mismo elaboró una teoría general sobre la persona. En el derecho romano, a pesar de la variedad de sus fuentes, se evidencia una vocación por darle forma legal a las cuestiones de la vida social concreta, la cual se pone de manifiesto de manera particular en los edictos de los magistrados y los senadoconsultos. El carácter eminentemente casuístico y práctico del derecho romano²¹ se aprecia también en las definiciones que han llegado hasta la actualidad sobre *qui in ventre est*, más centradas en dar solución a un caso particular que en una pura teorización dogmática.

La jurisprudencia romana –como afirma Costa– conoció y aplicó a la solución de casos concretos los supuestos del nacimiento y la concepción en lo tocante a la protección del *nasciturus* para asumir finalmente la segunda como la más justa, con la salvedad de que debe verificarse el nacimiento con ciertos requisitos como revalidación de la protección conferida a aquél desde el vientre materno.²²

A continuación se analizarán brevemente algunos fragmentos de las fuentes romanas, a partir de los cuales los defensores de la teoría de la personali-

²⁰ *Ibid.*, p. 56.

²¹ Savigny dice sobre los jurisconsultos romanos: "Cuando tienen que considerar un caso de derecho parten de la viva intuición de éste, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse. De este modo, no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica vese siempre elevada a la altura del proceso científico." Federico Carlos Savigny, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, La España Moderna, Madrid, p. 44. *Vid.* Maximiano Errázuriz Eguiguren, *Manual de derecho romano*, t. I, *Historia externa de Roma. Del acto jurídico. De las personas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 59 y ss.

²² José Carlos Costa, "Protección al concebido. Vigencia de los principios rectores del derecho romano en la legislación argentina", *Memorias del xv Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, Morelia, Michoacán (México), 16-18 de agosto de 2006, p. 3.

dad fundamentan la paridad ontológica entre *nasciturus* y *natus* y con ello la condición de persona del concebido. Los sostenedores de esta teoría ponen en tela de juicio la tesis de la *portio mulieris* defendida a partir de un fragmento de la opinión de Ulpiano contenida en *D.*, 25, 4,1, 1, mediante el análisis de la cita completa, la cual dice:

Aparece evidentiísimamente en este Rescripto, que los senadoconsultos sobre reconocimiento de hijos no tuvieron aplicación, si la mujer disimulase que estaba embarazada, o aún si lo negase; y no sin razón, porque el parto, antes que se dé a luz, es parte de la mujer o de sus entrañas; pero después de haber sido dado a luz el parto por la mujer, ya puede el marido pretender por derecho propio por medio de interdicto o que se le exhiba el hijo, o que se le permita llevárselo, extraordinariamente. Así, pues, el Príncipe auxilia en caso necesario.

Una disposición similar contienen las Partidas para el caso de que la viuda declarase estar embarazada y se dispone que “cinco buenas mugeres” inspeccionen su vientre para determinar si se encontraba en estado de gestación (p. VI, Tít. VI, L. XVII).

La cita de Ulpiano corresponde al título “De la inspección del vientre y de la custodia del parto”, y se refiere a la improcedencia del reconocimiento de los hijos aún no nacidos pues mientras no ocurra el parto están ligados al cuerpo de la madre. La estrecha conexión presente en los juristas antiguos romanos entre las nociones de *homines* y *qui in utero sunt* es echada a un lado tomando como referencia directa el fragmento de un comentario clásico que conduce a la solución de un caso en que la mujer divorciada dice no encontrarse embarazada y el ex marido lo refuta y, por razones obvias, el reconocimiento o la exhibición del hijo *in utero* no procede.

Tanto la cita de Ulpiano, como la contenida en las Partidas, más que ocuparse directamente de una definición de *qui in ventre est*, dirigen su atención a la solución de los casos concretos en que tras el divorcio o la muerte del marido puede ocultarse o simularse el embarazo. Estas regulaciones, en otro orden de cosas, no dejaron a un lado la tutela de la integridad de la mujer.

Otra de las fuentes romanas sobre la que se sustenta la falta de capacidad del *nasciturus* y por tanto la ficción jurídica por medio de la cual se garantiza su protección es de Ulpiano (*D.*, 50, 16, 161) donde se afirma que “no es pupilo el que está en el vientre por tanto no le corresponde la tutela”. El

nasciturus es protegido en el derecho romano mediante la designación de un *curator ventris*.²³ La necesidad del nombramiento de un curador y no de un tutor y la referencia a la opinión de Modestino en *D.*, 27,2, 6, han sido invocados con el objetivo de cancelar la analogía entre *nasciturus* y *natus*. No obstante, la lectura de la cita completa —y no de un segmento de la misma— puede conducir a conclusiones diversas. Dice la opinión de Modestino: “Mas el que está en el vientre, aunque en muchas partes de las leyes se le compara con los ya nacidos, sin embargo, ni en el presente caso, ni para los demás cargos civiles, le aprovecha al padre; y esto se dijo en la Constitución del Divino Severo.”

La curatela romana, que constituía un cargo civil personal a la par de un honor (Hermogeniano, *D.*, 50, 4, 1, 4), por su propia naturaleza no podía ser renunciada a menos que la persona designada alegara una excusa (previstas en *D.*, 27, 1). En este sentido la cita de Modestino analizada se refiere no directamente al *nasciturus* ni a una negación explícita del principio del *commo-dum*, sino a que la existencia de *qui in utero sunt* no sirve de excusa al padre para el ejercicio de un cargo civil.²⁴

Los defensores de la teoría de la personalidad sostienen además que la paridad ontológica entre *nasciturus* y *natus* no deriva de una ficción, la cual puede ser fundamentada a partir de expresiones ambiguas presentes en las fuentes.²⁵ La exclusión de la posibilidad de que la protección en el derecho romano estuviera basada en una ficción, puede fundamentarse por la falta de la nota de imperatividad que caracteriza a las ficciones jurídicas.²⁶

Una última cita, que es riquísima, pues es muestra de la paridad en la protección entre el *partus* (entiéndase *nasciturus*) y el niño (*puer*) e incluso de la tutela especial que merece el primero en cuanto nace también en interés del Estado, se encuentra en *D.*, 37, 9, 1, 15. Dice al respecto Ulpiano:

²³ Ulpiano, *D.*, 37, 9, 1: “Así como el pretor cuidó de los descendientes que ya habían nacido, no descuidó tampoco, por la esperanza de que naciera, a los que todavía no habían nacido.” Modestino, *D.*, 26, 5, 20: “No puede darse por los magistrados del pueblo romano tutor al que está en el vientre, pero puede dársele curador, porque en el edicto se comprendió el nombramiento de curador.”

²⁴ Vid. M. Gayosso y Navarrete, *Op. cit.*, p. 101.

²⁵ Paulo, *D.*, 1, 5, 7: “*Qui in utero est* es atendido lo mismo que si ya estuviera in *rebus humanis*, siempre que se trate de las conveniencias de su propio parto, aunque antes de nacer, de manera ninguna favorezca a un tercero.” Terencio Clemente, *Ley Julia y Papia*, Libro xi, 50, 11, 153: “Se ha de entender que existió al tiempo de la muerte *qui in utero* fue dejado.” Celso, *D.*, 38, 16, 7: “... o si viviendo éste fue concebido, porque se estima que el concebido existe en cierto modo.”

²⁶ Cfr. P. Catalano, *Diritto e persone...*, *Op. cit.* p. 203; M. Gayosso y Navarrete, *Op. cit.*, p. 60.

Y en general, no dudamos que por las mismas causas por las que el pretor solió dar al *puer* la posesión *Carboniana* de los bienes, debe auxiliar el pretor al que está en el vientre, con tanta más razón cuanto que es más digna de favor la causa del *partus* que la del *pueri*; porque al *partus* se le favorece para esto, para que sea dado a luz, y al *puer* para que sea introducido en la familia; pues ha de ser alimentado este *partus*, que nace no solamente para el padre, de quien se dice que es, sino también para la república.

Existe una continuidad conceptual en el área ibérica en cuanto a la consideración jurídica del concebido. En este orden de cosas, la obra de Alfonso X El Sabio, especifica que en cuanto a su estado y condición los hombres pueden ser “libres o siervos, nacidos o por nacer” (Part. IV, Tít. xxiii, “Del estado de los omes”). La propia Partida, Ley III, se refiere al estado o condición en que se encuentra “la criatura mientras que sea en el vientre de su madre”. Las Partidas acogen el principio romano del *commodum* y garantizan la posibilidad de que se brinden alimentos al concebido (P. III, Tít. xxii, l. vii). De igual modo, garantizan que la mujer embarazada “deue ser apoderada, por juyzio, de aquellos bienes que demanda en nome de aquella criatura, de que es preñada, e puede vivir, e mantenerse en ellos” (P. III, Tít. xxii, l. vii). La propia Ley se refiere a la petición de alimentos a favor de un hijo cuya paternidad niega el demandado.

Las Siete Partidas fueron un vehículo eficiente para la recepción en la América española del derecho romano justinianeo. La literatura jurídica ibérica, apoyada durante siglos en ese monumento jurídico, se extendió por las posesiones ultramarinas de la Corona, lo cual constituyó otra de las vías por las que el espíritu del derecho romano llegó a penetrar y enraizarse en el Nuevo Mundo.²⁷

La tradición justiniana –ibérica en cuanto a la consideración jurídica del *nasciturus* se patentiza en Latinoamérica en la labor codificadora de Teixeira de Freitas en Brasil (*Consolidação das Leis Civis*, 1858; y *Esboço*, 1860) y de Vélez Sársfield en Argentina (Código Civil, 1869)–. Para estos eminentes juristas el *nasciturus* es ya una persona y lo ponen de manifiesto mediante

²⁷ Vid. José María Castán Vázquez, “La recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justiniana sobre el comienzo de la existencia humana”, en *La persona en el sistema jurídico latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un código civil tipo en materia de personas*, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 167 y ss.

la utilización del concepto de “pessoas por nascer” (Teixeira de Freitas) “personas por nacer” (Vélez Sársfield). Estos autores consideran que el concebido no es una persona futura o mera esperanza, sino una persona por nacer que ya existe en el vientre de la madre.²⁸ En la obra de Teixeira de Freitas puede apreciarse una línea de continuidad con respecto a conceptos y principios del derecho romano justiniano. Así la *Consolidação das Leis Civis* se acerca a la tradición latina, pues en su artículo 1 acoge la regulación presente en *D.*, 1, 5, 7 y 26; 50, 16, 129 y 231 y en el *Esboço* continúa sobre esta directriz en abierta crítica a la teoría savigniana sobre la capacidad del *nasciturus*.²⁹ El Código Civil argentino de Vélez Sársfield (1869) inspirado en la labor de Freitas, establece en su artículo 70 el inicio de la existencia de las personas tomando como referente la concepción y consagra la posibilidad de la adquisición por parte del *nasciturus* de algunos derechos. Esta adquisición es sometida a una condición resolutoria: el nacimiento con vida, aunque sea por instantes.³⁰

La tradición europea, fuertemente influenciada por la pandectística decimonónica, en sentido contrario a la línea antes descrita, ha acogido numerosos conceptos abstractos (*verbigracia*: personalidad, capacidad jurídica, sujeto de derecho, entre otros) que conducen a la supresión de la paridad ontológica entre hombre y persona y dan paso a una “excepcional equiparación legislativa”.³¹

La crítica de la teoría de la personalidad del *nasciturus* se basa en que la misma asimila los conceptos de vida humana y persona humana, que según algunos autores (Orgaz en la doctrina argentina, por ejemplo) no son necesariamente equivalentes. Por otra parte, entra en el foco de la discusión la naturaleza de los derechos otorgados al concebido (derechos actuales aunque sometidos a una condición) y la solución legislativa adoptada por el Código Civil argentino que considera que el concebido que muere antes de la separación completa del cuerpo materno, se reputa como si nunca hubiese existido (artículo 74).

²⁸ Cfr. Santos Cifuentes, *Elementos de derecho civil, Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 104 y ss; Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil, t. I, Parte general*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 251 y ss.

²⁹ P. Catalano, *Op. ult. cit.*, p. 208.

³⁰ El Código Civil de la República de Paraguay de 1985 hace eco de la tradición argentina e introduce una regulación con ciertas variantes. Su artículo 28 establece: “La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado. La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno.” El Código Civil peruano de 1985, inspirado también en el Código de Vélez, orienta la protección del *nasciturus* dentro de las pautas de la tradición romana e ibérica recibida también en Latinoamérica, aunque realiza innovaciones mediante la introducción de la abstracción jurídica de sujeto de derecho.

³¹ *Idem.*, p. 205.

La tesis de la personalidad es una de las más ampliamente debatidas y pese a los obstáculos que debe sortear a fin de garantizar su plena sustentabilidad en los planos doctrinal y legislativo, tiene a su favor la plena defensa del concebido basada en su equiparación con el *natus*. Su abolengo romano y el contenido ético que subyace en su base conceptual, la convierten en una de las teorías más completas en cuanto a la protección del *nasciturus*.

Fuera del ámbito técnico-normativo y desde una posición filosófica cercana al personalismo, el filósofo español Xavier Zubiri (1898–1983) introduce el concepto de “personidad” para referirse a la consideración ontológica del ser concebido. Zubiri articuló, como afirma Castilla y Cortázar, toda su obra filosófica en torno a la noción de persona.³² Ese pensador distingue a la personalidad de la llamada personidad. Dice al respecto:

Ser persona, evidentemente, no es simplemente ser una realidad inteligente y libre. Tampoco consiste en ser sujeto de sus actos. La persona puede ser sujeto pero es porque es persona, y no al revés. También suele decirse que la razón formal de la persona es la subsistencia. Pero yo no lo creo: la persona es subsistente ciertamente, pero lo es porque es suya.

Si llamamos personidad a este carácter que tiene la realidad humana en tanto que suya, entonces las modulaciones concretas que esta personidad va adquiriendo es lo que llamamos personalidad. La personidad es la forma de realidad; la personalidad es la figura según la cual la forma de realidad se va modelando en sus actos y en cuanto se va modelando en ellos.³³

El concepto de personidad si bien no tiene un impacto directo en la esfera normativa, pues posee un sustrato filosófico en lugar de técnico-jurídico, afirma la necesidad de una protección efectiva del *nasciturus* tomando como basamento la dignidad del ser humano. La personidad es un *príus* y precisamente por ello el concebido llegará a adquirir la personalidad. La existencia

³² Blanca Castilla y Cortázar, “Persona y vida humana desde la noción de persona de Xavier Zubiri”, www.bioeticaweb.com. Consulta: 24 de marzo de 2008.

³³ Xavier Zubiri, *El hombre y Dios*, Alianza Madrid 1984, p. 48. Citado por Castilla y Cortázar, *Idem*. En cuanto a la situación del *nasciturus*, dice Zubiri: “Se es persona, en el sentido de personidad, por el mero hecho de ser realidad humana, esto es, de tener inteligencia. Ciertamente el embrión humano adquiere inteligencia y por tanto personidad en un momento casi imposible de definir; pero llegado ese momento ese embrión tiene personidad. Todo el proceso genético anterior a este momento es por esto tan sólo un proceso de hominización. *Idem*.”

de la vida humana, siguiendo esta línea de pensamiento, conlleva a la consideración de la personería del ser concebido y por tanto de su personalidad en un proceso de formación gradual.

d) Teoría de la subjetividad

La noción de sujeto de derecho, que resulta medular en las construcciones teóricas provenientes de la pandectística alemana decimonónica, se refleja ampliamente en la moderna doctrina y llega incluso a ser equiparada frecuentemente con el concepto de persona. La categoría sujeto de derecho ha sido acogida también en el ámbito legislativo; así, el Código Civil peruano de 1984 la reconoce y aplica a categorías jurídicas específicas (*verbigracia*: persona individual, persona colectiva, *nasciturus*, organizaciones de personas no inscritas, etc.).³⁴

Como se ha explicado, numerosos ordenamientos jurídicos establecen que la personalidad en el ser humano surge a partir de su nacimiento (lo cual no impide que se estatuyan medidas específicas para la defensa y protección del concebido y de sus intereses). No obstante, y como una notable distinción en el plano teórico de los términos persona y sujeto de derecho, un sector de la doctrina civilista reciente no ha dudado en afirmar la subjetividad jurídica del *nasciturus*, pese a que no sea aún considerado persona.

En la doctrina colombiana, Montoya Osorio y Montoya Pérez explican la tesis de la subjetividad del concebido del siguiente modo:

... el que está por nacer no es persona; sin embargo, desde la antigüedad los ordenamientos jurídicos se han preocupado por proteger la vida y las expectativas del que está por nacer y para ello, los Estados lo han considerado sujeto de derecho sin personalidad; tal consideración se hace en razón de la fugacidad de este ente, ya que la máxima consideración temporal, como regla general, es de trescientos (300) días, término al cabo del cual se encuentra con la persona jurídica individual o se llega a la certeza de la no existencia de ella.³⁵

³⁴ J. Espinoza Espinoza, *Derecho...*, *Op. cit.*, p. 74.

³⁵ Marta Montoya Osorio y Guillermo Montoya Pérez, *Las personas en el derecho civil. Las personas y otros sujetos*, Editorial Leyer, Bogotá, 2007, p. 240.

La moderna teoría que fundamenta la existencia de los sujetos de derecho sin personalidad, admite como uno de los sujetos en particular al *nasciturus*. Tal consideración podría cimentarse en una doble circunstancia: la individualidad del concebido, pese a que se encuentra unido durante la gestación al soporte vital del cuerpo materno; y la concreta atribución de derechos por parte de los ordenamientos jurídicos —aspecto ampliamente debatido en la doctrina— a favor de los seres concebidos y no nacidos.

Los adelantos científico-técnicos que sostienen la individualidad genética del concebido y por tanto su autonomía funcional con respecto al cuerpo materno (lo cual no niega obviamente que durante la gestación la subsistencia del *nasciturus* depende del soporte vital del cuerpo de la madre), fundamentan su existencia como ser humano en plena formación. Ese carácter de ser humano en formación —y no esperanza de hombre— conduce a la necesidad de una protección efectiva por parte del ordenamiento jurídico que como tal lo considera centro de imputación normativa.

Los seres concebidos a quienes no se les reconoce *strictu sensu* personalidad jurídica, se encuentran en el periodo comprendido entre la concepción y el parto en una especial situación en cuanto centros de imputación jurídica. Durante ese periodo —cuya duración aproximada es objeto de especial atención para las ciencias biomédicas y posee además una notable trascendencia en el campo de lo jurídico— los ordenamientos atribuyen al *nasciturus* ciertos derechos (tanto en el ámbito patrimonial como en el extrapatrimonial) que han de moverse en lo que se ha dado en llamar “efectos favorables” y que no es otra cosa que una adecuación del principio romano del *commodum*. La atribución de estos derechos y la especial tutela que dispensa el ordenamiento a ciertos bienes como la vida, la integridad física, entre otros, convierten al *nasciturus* en centro de imputación jurídica durante el periodo de la gestación y, por tanto, en sujeto de derecho especial o privilegiado.³⁶

Las teorías que fundamentan la subjetividad y la personalidad del concebido son, a mi juicio, las posturas doctrinales más completas si se entiende superada la consideración del *nasciturus* como parte del cuerpo de la madre e innecesaria la alusión a una ficción jurídica a fin de fundamentar la protección concedida por el ordenamiento. No obstante, la tesis de la personalidad y la de la subjetividad no son idénticas habida cuenta de la diferencia conceptual entre ambas nociones (persona y sujeto de derecho) y el diverso ángulo que

³⁶ *Ibid.*, pp. 239-240.

en cada teoría se apoya la construcción doctrinal. Así, la teoría de la personalidad posee un marcado acento ético y se fundamenta en la identidad entre las nociones de persona y concebido. La teoría de la subjetividad, en cambio, encuentra su origen en una abstracción jurídica propia del derecho moderno y explica la especial tutela jurídica (que considera al concebido como centro de imputación de derechos y deberes favorables) mediante el recurso a dicho concepto abstracto y técnico: el *nasciturus* es sujeto de derecho.

e) *El estatuto jurídico del embrión extracorpóreo*

El debate en torno al estatuto jurídico del embrión humano (el cual se enriquece con consideraciones científicas y éticas), es uno de los temas atinentes al derecho de las personas más ampliamente discutidos en diversos foros a lo largo de las últimas décadas. Esta polémica, que ha estado precedida por el controvertido tema del aborto, se ha ido enriqueciendo paulatinamente con la admisión de nuevos aspectos (*verbigracia*: las intervenciones biomédicas en la procreación humana, el destino de los embriones criopreservados, la investigación con embriones preimplantatorios, la clonación de seres humanos, etcétera). La lozanía del tema, motivada especialmente por el impacto de las nuevas tecnologías, deja en ocasiones estupefacto al investigador al constatar que el mismo entronca con algunos de los problemas que históricamente ha intentado resolver el pensamiento occidental, como los relativos a la generación de las especies y al alma del hombre, aunque se evidencia una transición del plano eminentemente teórico en que se movió la reflexión inicial, a un plano teórico-práctico con innegable trascendencia jurídica en la actualidad.³⁷

El estatuto jurídico del embrión extracorpóreo se distancia notablemente de las consideraciones tradicionales sobre el concebido por razones de signo diverso. Por una parte desaparece —al menos durante un lapso más o menos largo— la referencia directa al claustro materno. Por otra, y ésta es la más importante según mi criterio, la tutela jurídica del concebido extracorpóreo plantea nuevos dilemas no resueltos por la reglamentación jurídica histórica. La protección tradicional arraigada en la mayoría de los códigos civiles del siglo XIX, parte de centrarse en los aspectos patrimoniales de la tutela del *nas-*

³⁷ Vid. Nicola Abbagnano, *Historia de la filosofía*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 123-127; "Alma" y "Origen del alma", en *Diccionario de filosofía*, José Ferrater Mora, t. I, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, pp. 74 y ss, "Fijismo", "Identidad sexual", "Cardio/cerebrocentrismo" y "Facultades del alma", en *Atlas universal de filosofía*, Grupo Océano, Bajo la dirección de Carlos Gispert, Barcelona, 2006, pp. 112-119.

citurus dejando la protección de la integridad del mismo al ámbito penal.³⁸ En las condiciones *sui generis* en que se encuentra éste fuera del cuerpo de la mujer (pues sólo llegará a nacer por vía de intervenciones especializadas) y la creciente cosificación utilitarista de la que puede ser objeto como contribución a los fines investigativos y terapéuticos, se precisa de una normativa adecuada a las condiciones descritas. Gran parte de las legislaciones civiles tradicionales, pese a no considerar al *nasciturus* como persona, jamás lo privaron de su condición de ser o sujeto humano. Hoy precisamente este punto se encuentra en tela de juicio, de modo particular durante los primeros estadios del desarrollo del cigoto tras la fecundación.

El desarrollo vertiginoso de las ciencias biomédicas en las últimas décadas, y en particular los adelantos biotecnológicos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida, han hecho emerger nuevos cuestionamientos sobre las primeras etapas del desarrollo embrionario³⁹ y en relación con la regulación del tratamiento dado a los embriones humanos. No nos encontramos ante una problemática que pueda ser solucionada con fórmulas preestablecidas sino que, más bien, requieren un adecuado análisis en el que se deben tomar en consideración los diversos intereses en juego.

La pregunta medular sobre el estatuto jurídico del embrión puede plantearse descarnadamente del siguiente modo: ¿Cómo calificar jurídicamente al embrión extracorpóreo? Y en consecuencia, ¿qué tutela debe dispensársele?

³⁸ Explica Castiella con claridad meridiana al referirse a la legislación española del siglo XIX: "La defensa y respeto a la vida humana recién iniciada se produce en el campo penal, por la vía de la penalización del aborto. Ésta, y no otra, es la razón por la que el legislador decimonónico y mayoritariamente la doctrina civilista se desentendieron del esfuerzo normativo y hermenéutico en fundamentar la protección del concebido en las normas civiles y consideraron limitado el alcance del artículo 29 Cc a los derechos patrimoniales atribuibles al *nasciturus*." Cfr. José Javier Castiella Rodríguez, *Instituciones de derecho privado*, t. I, *Personas*, Vol. 2, bajo la coordinación de Juan F. Delgado de Miguel, Editorial Thomson-Civitas, 2003, p. 36.

³⁹ Un sector de la comunidad científica ha enunciado el concepto de pre-embrión para referirse al cigoto en las primeras etapas de desarrollo antes del día 14, contados desde la fecundación. Esta categoría ha sido admitida, entre otros documentos, por el controvertido Informe Warnock, aprobado por una comisión del Parlamento Británico en 1984, la Ley 35/88 sobre Técnicas de reproducción asistida en España, derogada por la Ley 14/06 y por la Declaración sobre el embrión, realizada en Roma en 1990. No obstante, tal categoría ha sido severamente criticada por algunos autores, los cuales ante la incertidumbre y la necesidad de una tutela efectiva, se han pronunciado *in dubio pro conceptus, in dubio pro vita*. Cfr. J. J. Castiella Rodríguez, *Instituciones de derecho privado*, t. I, *Op. cit.*, pp. 23 y ss. Dice Ollero al respecto: "La cuestión es decisiva, ya que con ello 'ser persona' se convierte en una propiedad del individuo de la especie humana, que aparece sólo a partir de un cierto intervalo de tiempo, como si el embrión fuera sólo potencialmente una persona o una 'persona potencial', cuando en realidad 'es actualmente una persona humana, con potencialidades todavía no actualizadas'; como si contempláramos un desarrollo 'hacia el ser hombre' en vez del 'desarrollo de un ser humano'. Se diseña así un difícil callejón cuya única salida sería admitir que cabe ser titular de derechos fundamentales sin ser persona, lo cual parece ir más allá de lo que la dogmática jurídica puede llevaderamente soportar." Cfr. A. Ollero Tassara, "El estatuto jurídico del embrión humano", en *Biotecnología y posthumanismo*, *Op. cit.*, p. 340. Vid. J. Espinoza Espinoza, *Derecho...*, *Op. cit.*, pp. 64 y ss.

La solución de la primera pregunta conduce indefectiblemente a que el derecho dé una respuesta coherente a la segunda o, en caso contrario, se inicie en el camino del contrasentido. El embrión no es persona —esta cuestión parece resuelta en los ordenamientos que consideran que la personalidad se inicia tras el nacimiento con vida—, pero no precisamente por eso debe entenderse que es una cosa. De hecho tal afirmación no se realiza categóricamente en la doctrina tradicional (debe notarse que el término *status* se predica de las personas, no de las cosas, a las que generalmente se las conecta con un régimen jurídico). No obstante, tampoco recibe el embrión una tutela similar a la de la persona física, la cual se fundamenta en la dignidad del hombre. La solución no debe ser evadida (pues precisamente porque el embrión se encuentra en un caso especial de indefensión su causa se hace digna de tutela legal) y mucho menos ponerla a completa disposición de la ciencia, lo cual puede conducir a la ecuación que identifica lo técnicamente posible con lo admisible desde el punto de vista jurídico.⁴⁰

La actual problemática del estatuto jurídico del embrión extracorpóreo, requiere un análisis particular basado en las especificidades que el mismo plantea al derecho y no una simple analogía con la tutela tradicional del concebido. Toda decisión legislativa debe sopesar los diversos intereses en juego y ser tomada con la conciencia cierta de que la misma no sólo impactará —positiva o negativamente— la realidad actual sino también la del futuro.

4. Consideraciones finales

La determinación de la naturaleza jurídica del ser humano concebido, tal y como he tratado de demostrar, no resulta una cuestión trivial, o en el mejor

⁴⁰ Ollero expresa con acento dramático sobre la solución de quienes optan por encontrar en la ciencia y sus altibajos la única respuesta: "La ciencia ha sustituido a la madre. Quizás oficia, más bien, como madre de todos los deseos insatisfechos; con la ventaja de que nadie se atreverá a relativizarlos por caprichosos. A la ciencia no se le diagnostican antojos. Al generalizar deseo y expectativas colectivos, resultará arduo plantear una auténtica ponderación con rigor similar al que se utilizó en la polémica del aborto; la sospecha de oscurantismo fundamentalista está cantada." [...] "Cuando la solución a un dilema se dogmatiza en estos términos, toda ponderación resulta tan imposible como superflua. ¿Quién osará oponerse a los indiscutibles logros de la ciencia, ni siquiera antes de que lleguen efectivamente a producirse? Habría que autoinmolarse como fanático oscurantista o suscribir confesionalmente una apasionada opción por la ignorancia..." Cfr. A. Ollero Tassara, *Op. cit.*, pp. 348, 350. Azzaro se refiere a tal particular en los siguientes términos: "La scienza é, dunque, chiamata a svolgere una funzione strumentale rispetto al diritto, cui compete l'onere di mediare tra quanto è tecnicamente possibile e quanto è giuridicamente lecito, valutando la consistenza delle situazioni soggettive in conflitto, mediante una analisi del loro contenuto relazionale." Cfr. Andrea Maria Azzaro, "Diritto al figlio e diritti del figlio", en *Procreazione assistita e diritti della persona. Problema attuali del diritto di famiglia*, bajo la coordinación del propio autor, Edizioni Scientifiche Italiane, Urbino, 2000, p. 127.

de los casos, una indagación más sobre un aspecto laberíntico del derecho civil. La apreciación de este particular tiene una enorme relevancia práctica traducida en la precisión que cada ordenamiento realiza sobre la condición jurídica de los seres humanos concebidos y la atribución a éstos de determinados derechos.

Si se rechaza la idea de tratar a un individuo humano como cosa (de ello se deriva la continua alusión en la doctrina a los términos *status* o condición jurídica, propios del tratamiento de las personas), cabe al derecho determinar el contenido de la tutela de los mismos mientras se encuentran *in utero*. No obstante, esta precisión reconduce a otros problemas no menos acuciantes, como la determinación del momento a partir del cual se está en presencia de una vida humana y la necesaria protección de los embriones generados a partir de las técnicas de reproducción humana asistida, con la consecuente colisión de intereses y derechos cuya titularidad ostenten otros sujetos, que puede verificarse.

La protección jurídica otorgada al concebido desde el derecho romano, se ha caracterizado por su cariz patrimonial (lo cual lleva, en ocasiones, a pensar que se está en presencia de un tema exclusivo del derecho de sucesiones). Una lectura actual del problema puede conducir a que entren en la escena otras consideraciones no menos importantes, como la posible protección del concebido más allá de sus intereses meramente patrimoniales.

Las teorías sobre el *status* jurídico del concebido que acoge la doctrina tradicional, explican este aspecto controvertido desde diversas aristas del problema y reflejan los aciertos y dislates apreciables en cada dirección analizada. Tomar una postura frente a las citadas teorías puede resultar tarea ardua si se nota que todas tienen en común el afán protector de los intereses del concebido. A pesar de ello, un balance necesario sobre el particular, conduce a afirmar que frente a la inexactitud de considerar al concebido un simple órgano de la madre y la alusión a una ficción como apoyo jurídico que ve innecesariamente al mismo como nacido a los efectos de su protección, se enarbolan las teorías de la personalidad y de la subjetividad como las más completas, a juicio personal del autor de estas reflexiones.

Junto a la compleja problemática jurídica (en el centro de la cual está el estatuto del embrión *in vitro* y la protección que debe dispensársele) afloran otros cuestionamientos de profundo carácter ético. La aparición de novedosas intervenciones biotecnológicas con un impacto directo en la vida prenatal del hombre imponen límites de validez a las teorías ancestralmente aceptadas como

justas y eficaces en lo tocante a la protección del concebido y hacen necesaria, quizás apremiante, una relectura de esa tutela a la luz de la realidad actual.

El puesto central que debe ocupar el ser humano frente al ordenamiento jurídico, la defensa de su dignidad, así como la consideración de la vida como valor especialmente digno de tutela legal, enfatizan la importancia de una protección eficaz del concebido. El legado jurídico de las generaciones pasadas debe estar siempre a disposición del hombre para limar asperezas y llenar oquedades. Las limitaciones de alguna teoría no pueden ser óbice para la oportuna protección de los intereses de la persona. Allí donde el jurista actual advierta la necesidad de especificar un ámbito de protección, debe hacerlo, convencido de la vigencia del viejo adagio romano: *Hominum causa omne ius constitutum est*.⁴¹ ■

Referencias

- ARROYO I. AMAYUELAS, Esther, *La protección al concebido en el Código Civil*, Civitas, Madrid, 1992.
- AZZARO, Andrea Maria, “Diritto al figlio e diritti del figlio”, en *Procreazione assistita e diritti della persona. Problema attuali del diritto di famiglia*, bajo la coordinación del propio autor, Edizioni Scientifiche Italiane, Urbino, 2000.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier, *Instituciones de derecho privado*, tomo 1, *Personas*, Vol. 2, bajo la coordinación de DELGADO DE MIGUEL, Juan F., 1era edición, Editorial Thomson-Civitas, 2003.
- CATALANO, Pierangelo, *Diritto e persone*, t. 1, *Studi su origine e attualità del Sistema Romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990.
- _____, “Observaciones sobre la ‘persona’ del concebido a la luz del derecho romano (De Juliano a Teixeira de Freitas)”, en *La persona en el sistema jurídico latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas*, 1era edición, traducción de Lucas Reyes y Fabio Espitia, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- _____, “Il concetto ‘soggetto di diritto’ secondo il sistema giuridico romano”, *Memorias del xv Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, Morelia, Michoacán (México), 16-18 de agosto de 2006.
- CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil, Parte General*, 4ª edición actualizada, 2ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

⁴¹ El hombre es causa para la constitución de todo derecho. *D.*, 1, 5, 2.

- CLEMENTE DÍAZ, Tirso, *Derecho civil - Parte general*, t. 1, Primera parte, Editorial ENPES, La Habana, [s.a.].
- COSTA, José Carlos, "Protección al concebido. Vigencia de los principios rectores del derecho romano en la legislación argentina", *Memorias del xv Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, Morelia, Michoacán (México), 16-18 de agosto de 2006.
- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, t. 1, Tecnos, Madrid, 1992.
- ERRÁZURIZ EGUIGUREN, Maximiano, *Manual de derecho romano*, t. 1, *Historia externa de Roma. Del acto jurídico. De las personas*, 2da edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.
- ESPIÑOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, 5ta edición, Editorial Rodhas SAC, Lima, 2006.
- FERNÁNDEZ CAMUS, Emilio, *Curso de derecho romano*, t. 1, *Personas y derecho de familia*, 2da edición, Editorial Cultural, La Habana, 1941.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, CARRERAS CUEVAS, D. y YÁNEZ, R., *Manual de derecho romano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, 1 Curso, *Parte general, Personas y familia*, xx edición, Porrúa, México, 2000.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho privado romano. Acciones, casos, instituciones*, 1ra edición abreviada, Dykinson, Madrid, 1993.
- _____, *Derecho privado romano. Acciones, casos, instituciones*, 9ª edición reformada, corregida y revisada, Dykinson, Madrid, 2000.
- _____, *Responsa. Casos prácticos de derecho privado romano planteados y resueltos*, 7ª edición, Dykinson, Madrid, 2000.
- GAYOSSO Y NAVARRETE, Mercedes, *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*, Universidad Veracruzana, Veracruz, 1992.
- HART, H., L. A., "El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna", en *El ámbito de lo jurídico*, CASANOVAS, Pompeu, MORESO, José Juan (Eds.), Crítica, Barcelona, 1994.
- HEINECIO, J. G., *Recitaciones del derecho civil según el orden de la Instituta*, t. 1, 1, 2ª edición, traducida por D. Luis de Collantes, Librería de D. Vicente Salvá, París, 1847.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, 12va edición, Ariel, Barcelona, 1999.
- KELSEN, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, 1ra edición, traducida del alemán por L. Legaz Lacambra, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Manual de derecho civil*, t. 1, Librería Bosch Barcelona, 1984.
- LAGRANGE, M. E., *Manual del Derecho Romano*, 2ª edición, traducida por D. José Vicente y Caravantes, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1889.
- LARROUMET, Christian, *Derecho civil. Introducción al estudio del derecho privado*, 1ª edición en español, Editorial Legis, Bogotá, 2006.

- LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil*, t. 1, *Parte general*, 16ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995.
- MARGADANT, Guillermo, *La segunda vida del derecho romano*, 1ª edición, Porrúa, México, 1986.
- MONTOYA OSORIO, M. y MONTOYA PÉREZ, G., *Las personas en el derecho civil. Las personas y otros sujetos*, 2ª edición, Editorial Leyer, Bogotá, 2007.
- OLLERO TASSARA, Andrés, “Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?”, en *Justicia, solidaridad, paz, Estudios en homenaje al Profesor José M. Rojo Sanz*, Vol. 1, Valencia, 1995.
- _____, “El estatuto jurídico del embrión humano”, en *Biotecnología y posthumanismo*, bajo la coordinación de BALLESTEROS, Jesús y FERNÁNDEZ, Encarnación, 1ª edición, Thomson-Aranzadi, 2007.
- PÉREZ GALLARDO, Leonor B. (Coord.), *Derecho de sucesiones*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- RECASÉNS SICHÉS, Luis, *Filosofía del derecho*. Decimocuarta edición, Porrúa, México, 2000.
- SAVIGNY, Federico Carlos, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, La España Moderna, Madrid.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho civil*, t. 1, *Parte general y Personas*, 16ª edición, Temis, Bogotá, 2006.