

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONCEBIDO
EN EL DERECHO ESPAÑOL

THE LEGAL PROTECTION OF THE CONCEIVED IN SPANISH LAW

Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 16-33



José Ramón
DEVERDAY
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: El presente trabajo expone la protección que el Derecho Español dispensa a la vida humana en la fase previa al nacimiento, prestando especial atención a la tutela constitucional y las demandas de responsabilidad derivadas de las lesiones causadas al concebido.

PALABRAS CLAVE: Nasciturus, concepturus, daños prenatales, reproducción asistida.

ABSTRACT: This paper describes the protection that Spanish law dispenses human life in the pre-birth, paying particular attention to constitutional protection and liability claims resulting from injuries to the conceived.

KEY WORDS: Nasciturus; concepturus; prenatal damage; assisted reproduction

SUMARIO.- I. La tutela constitucional del nasciturus.- II. El estatuto jurídico del embrión concebido in vitro.- III. La protección civil del concebido.- IV. Daños derivados del nacimiento.- I. Responsabilidad civil médica respecto del niño nacido con deficiencias no detectadas en el diagnóstico prenatal.- 2. Responsabilidad civil médica respecto de la madre por privación de la facultad de interrumpir el embarazo.- V. La posición del concepturus.

I. LA TUTELA CONSTITUCIONAL DEL NASCITURUS.

En España la cuestión de la posición constitucional del concebido no nacido se planteó como consecuencia de la LO n. 9, de 5 de julio de 1985, de despenalización parcial del aborto, que, dando nueva redacción al 417 bis del ya derogado Código Penal del 1973, lo admitió en los supuestos de grave peligro para la vida o salud de la madre, violación y deficiencias del feto.

El Tribunal Constitucional¹, interpretando el art. 15 de la Constitución española, declaró que el *nasciturus* no era titular del derecho a la vida, pero sí un *bien jurídico constitucionalmente protegido*, que debía ser tutelado por el Estado, el cual ha de establecer “un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma”. El argumento para fundamentar esta tesis es que “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación”, la cual “ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”; si la Constitución protege la vida, “no puede desprotegerse 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”².

1 En la emblemática STC del I de abril de 1985, n. 53, RTC, 1985, 53; y en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 28, 1986, pp. 247-252, con nota de CUERDA RIEZU, A. R.: “Comentario a la sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre el recurso de inconstitucionalidad del proyecto de ley orgánica que introduce en el código penal un artículo 417 bis (despenalización parcial del aborto)”.

2 Esta doctrina del Tribunal Constitucional no ha sido del gusto de la toda la doctrina, existiendo autores críticos con la misma, en particular, con la categoría del *bien constitucionalmente protegido*, bien por considerarla insuficiente en orden a garantizar la vida del *nasciturus*, bien, por todo lo contrario, esto es, por entender que constituye un límite artificial a la posibilidad de que la mujer pueda abortar: v. por ejemplo, en la primera

• José Ramón de Verda y Beamonte

Es Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Ha escrito múltiples artículos y monografías. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, la familia y el contrato, materias en las que ha impartido conferencias en Universidades europeas y americanas. Actualmente dirige el Proyecto de Investigación MINECO DER2013-47577-R, “Impacto social de las crisis familiares”. Ha coordinado diversas obras colectivas, como, por ejemplo, “Comentarios a las Reformas de Familia de 2005”, Thomson-Aranzadi, 2006; “Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica de 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen”, Thomson-Aranzadi, 2006; “El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista”, Thomson-Aranzadi, 2011; “Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares”, Thomson-Aranzadi, 2012, o “Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones”, Thomson-Aranzadi, 2015.

Ahora bien, el Tribunal precisó que la protección de la vida del concebido no tiene la misma intensidad que la del nacido y que no tiene carácter absoluto, por lo que debe ceder en aquellos casos en que colisione con otros intereses legítimos igualmente dignos de protección desde el punto de vista constitucional y en los que sería desproporcionado recurrir al Derecho penal, razón por la cual, en esencia, consideró conforme al art. 15 de la Constitución, los concretos supuestos de despenalización del aborto llevados a cabo por la LO n. 9 de 1985, por encontrar una justificación razonable en la protección del derecho a la vida e integridad física de la madre (en el caso de peligro grave para la vida o salud de la embarazada) en el respeto su dignidad y libre desarrollo de la personalidad (en el caso de violación) o en "la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva" (en el caso de feto con graves deficiencias).

La claridad de esta doctrina jurisprudencial parece chocar con el régimen jurídico del aborto establecido en la LO n. 2, del 3 marzo 2010, en materia de salud sexual y reproductiva (que se halla pendiente de un recurso de inconstitucionalidad), la cual permite, no sólo el aborto por razones médicas dentro de las primeras veintidós semanas de gestación (supuesto en el que se subsumen los casos de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y de anomalías en el feto), sino también (en su art. 14) la interrupción del embarazo "a petición de la mujer" dentro de las primeras catorce semanas de la gestación, sin que tenga que alegar ningún motivo, salvo su mera voluntad de querer abortar, siempre que se le haya informado "sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad" y que transcurran, como mínimo, tres días entre la información y la interrupción del embarazo³.

En la Exposición de Motivos de la Ley se habla de que "La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual". Ahora bien, desde mi punto de vista, cabe preguntarse hasta qué punto es conforme al art. 15 de la Constitución que durante las primeras catorce semanas de gestación la protección de la vida del concebido dependa de la mera voluntad de la madre de permitir el nacimiento de su hijo, sin necesidad de

dirección, CALVO MEJIDA, A.: "El nasciturus como sujeto del Derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista", *Cuadernos de Bioética* (2004), 2, pp. 283 e ss.; o DÍAZ PINTOS, G.: "La concepción «totémica» del «nasciturus» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: STC 53/1985, de 11 de abril", *Persona y Derecho*, n. 54 (2006), pp. 185-212; y, en la segunda, entre otros, VIVES ANTÓN, T.S.: "Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 15 (1985), septiembre-diciembre, pp. 145-146.

3 V. en este sentido con total claridad MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "ad art. 29 CC", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (coord. por A. CAÑIZARES LASO y otros), vol. I. Cizur Menor (Navarra) (2011): Thomson Reuters, p. 274.

ponderar otros valores constitucionales merecedores de protección, como acaecía en todos los supuestos de despenalización del aborto contemplados en el art. 417 bis del Código penal de 1973. Es legítimo dudar de que sea razonable que la pura apelación a la idea de la “autodeterminación individual” de la madre (basada, sin duda, en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad) pueda determinar, sin más, el sacrificio de la vida del *nasciturus*, que, no se olvide, es un *bien constitucionalmente protegido* desde el momento mismo de la concepción, y no sólo a partir de la quinceava semana de su existencia⁴.

II. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN CONCEBIDO *IN VITRO*.

Es discutible si la tutela constitucional de la vida se extiende a los embriones concebidos *in vitro* mediante las técnicas de reproducción asistida, lo que obviamente incide sobre el tema de la experimentación con seres humanos⁵.

El art. 3 de la anterior Ley n. 35, de 22 de noviembre de 1988, de técnicas de reproducción asistida, prohibía “la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana”. Así pues, quedaba claramente excluida la posibilidad de crear embriones con la finalidad de experimentar sobre ellos. Era posible experimentar con gran amplitud con los embriones “sobrantes” del proceso de reproducción asistida que estuvieran muertos o no fueran viables (arts. 15.3 y 17.3); sin embargo, sobre los embriones vivos viables sólo se autorizaba la investigación aplicada de tipo diagnóstico y con fines terapéuticos o preventivos, siempre que no comportara la modificación de su patrimonio genético no patológico y se realizara dentro de los catorce días siguientes a la fecundación (art. 15.1.2.). Se trataba, pues, de investigaciones orientadas al bienestar del concebido y al favorecimiento de su desarrollo.

La Ley n. 45, de 21 de noviembre de 2003, mantuvo en vigor el régimen legal previsto por la Ley n. 35 de 1988, respecto de la investigación de embriones

4 La LO n. 11, de 21 de septiembre de 2015, ha suprimido el polémico número 4º de la LO n. 2, de 3 de marzo de 2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, el cual permitía abortar a las menores sin el consentimiento de sus progenitores e, incluso, sin informar a ninguno de ellos, cuando la menor alegara “fundadamente” que el hecho de informarles le provocaría “un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos”, o le produciría “una situación de desarraigo o desamparo”. El actual art. 9.5.II de la ley n. 41, de 14 de noviembre de 2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (modificado por la misma LO n. 11, de 21 de septiembre de 2015) establece ahora que “Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

5 V., a este respecto FEMENIA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid (1999) Mac Graw-Hill, F. LLEDÓ YAGÜE, F.: *Fecundación artificial y Derecho*. Madrid (1988): Tecnos, pp. 85-86, pp. 80-93; VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Algunos datos y observaciones para contribuir a la consideración jurídica del embrión humano concebido in vitro”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2º, Madrid, (1993) pp. 2077-2105; así como, más recientemente, las extensas consideraciones de CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “Reflexiones sobre el concepto de persona y la protección de la vida prenatal”, *Revista Jurídica del Notariado* (2010), pp. 284-301.

concebidos *in vitro*, pero lo exceptuó para los que se hallaren criopreservados al tiempo de su entrada en vigor; respecto de los cuales admitió la posibilidad de experimentar con ellos para fines estrictamente científicos, es decir, no orientados a favorecer el bienestar o el mejor desarrollo del concebido (Disposición Final Primera). Por otro lado, la referida Ley intentó acabar con el problema del “almacenamiento” de embriones sobrantes de procesos de reproducción asistida, limitando a tres los óvulos que podían ser fecundados por cada ciclo reproductivo⁶ y estableciendo que sólo podían ser transferidos a la mujer tres embriones con la finalidad de evitar los embarazos múltiples (para lo cual reformó los arts. 4 y 11 de la L. n. 35 de 1988).

La vigente Ley n. 14, de 26 de mayo de 2006, de técnicas de reproducción asistida (que deroga la l. n. 35 de 1988, n. 35), ha supuesto un cambio radical en el tema de la investigación con embriones humanos, siendo una de sus finalidades fundamentales la generalización de la autorización (introducida con carácter excepcional por la Ley n. 45 de 2003) para experimentar con todos los embriones sobrantes de procesos de técnicas de reproducción asistida. Para hacer efectiva la posibilidad de experimentar, con fines estrictamente científicos, con embriones sobrantes, la nueva Ley n. 14 de 2006, previamente, posibilita su existencia. La manera de lograrlo es la supresión de la limitación a tres del número de ovocitos que pueden ser fecundados en cada ciclo reproductivo, manteniendo, sin embargo, la prohibición de transferir más de tres embriones a la usuaria de las técnicas de reproducción asistida⁷.

El consentimiento para que los embriones sobrantes puedan ser utilizados para la investigación deberá ser otorgado por la mujer usuaria de las técnicas de reproducción asistida y, si está casada, también por su marido, antes de la generación de los mismos (art. 11.5), consentimiento que deberá ser renovado o revocado cada dos años, pero, pasados dos periodos consecutivos de renovación sin que estos hayan manifestado su voluntad al respecto (después de haber sido requerido fehacientemente para que la manifestaran), los embriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren criopreservados, los cuales podrán destinarlos a la experimentación (art. 11.6).

Cabe preguntarse si la atribución a las parejas reproductoras o, en su caso, a la mujer que haya acudido sola a las técnicas de reproducción asistida de la facultad de

6 Salvo en los casos en los que lo impida la patología de base de los progenitores”, casos éstos, en los que se permitía fecundar un mayor número de ovocitos. El Anexo del Real Decreto de 23 de julio de 2004, n. 1720, especificaba las tipologías fisiopatológicas en las que se permite la fecundación de más de tres ovocitos en el mismo ciclo.

7 A mi parecer, si se suprime la autorización para fecundar más de tres óvulos, no es, como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley, para remover un obstáculo “que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer”, ya que en casos justificados la Ley n. 4 del 2003, admitía la posibilidad de que se fecundaran más de tres ovocitos. Yo creo que la finalidad primordialmente perseguida es favorecer la existencia de una reserva de embriones congelados, con los que experimentar. En la práctica, ello supone autorizar la creación de un ser humano, que podrá ser congelado y uno de cuyos posibles destinos va a ser la investigación científica.

poder decidir la descongelación de un embrión viable con el fin de dejarlo morir o de destinar sus estructuras biológicas a fines de investigación de carácter científico es plenamente respetuosa con el art. 15 de la Constitución.

Recordemos que la jurisprudencia constitucional⁸, ha afirmado que “la vida humana es un devenir; un proceso que comienza con la gestación”, la cual “ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”. Ciertamente, esta afirmación se hace en relación al *nasciturus* que se halla en el útero de la madre, diciéndose explícitamente que la vida comienza con la gestación, lo que, a primera vista, parece dejar fuera del ámbito de protección constitucional la vida del embrión, que, al hallarse crioconservado, no ha sido todavía transferido. Sin embargo, podría pensarse que esta referencia exclusiva a la vida del *nasciturus* alojado en el seno de la madre encuentra explicación en la circunstancia de que se estaba enjuiciando la constitucionalidad de la despenalización de ciertos supuestos de aborto⁹, delito éste, que supone la interrupción del embarazo, por lo que no puede darse en los casos de destrucción de una vida extrauterina, de modo que, a los efectos de resolver el caso litigioso, no era necesario que el Tribunal Constitucional se planteara si la vida constitucionalmente protegida comienza en un proceso anterior a la gestación, lo cual, por otro lado, tiene escaso sentido en los casos de procreación natural, donde la concepción y la gestación tienen lugar simultáneamente¹⁰. Tan sólo, en los casos de formación de embriones obtenidos mediante el recurso a técnicas de reproducción asistida, puede mediar un período de tiempo significativo entre la concepción y la gestación, la cual sólo se iniciará tras la transferencia del embrión.

Creo, pues, que cabría sostener que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional respecto del comienzo de la vida se refiere exclusivamente a las hipótesis de procreación natural, pudiéndose ser redefinida en los supuestos de procreación artificial, en el sentido de considerar que, en tales casos, la vida comienza en el momento de la concepción, ya que, desde entonces, existe un “tertium” “existencialmente distinto de la madre”, si bien no alojado en el seno de ésta. Me parece que, antes de su implantación, el embrión existe con una individualidad propia, de modo que su transferencia al útero de la madre no marca el comienzo de su vida: no supone un tránsito del no ser al ser; sino una nueva etapa en el desarrollo

8 STC 11 de abril de 1985, n. 53, *RTC*, 1985, 53.

9 Así lo entiende BUSTOS PUCHE, J. E.: “El Derecho español ante las nuevas técnicas genéticas”, *Diario La Ley*, n. 3055 (1992), p. 925, para quien la declaración del Tribunal Constitucional se refería exclusivamente al concebido no nacido por razones de congruencia procesal, considerando no existir graves obstáculos, “sino todo lo contrario”, en extenderla por analogía al embrión.

10 Lo evidencia GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de sucesiones”, *Revista Jurídica del Notariado* (1995) pp. 181 ss., a quien no parece que el Tribunal Constitucional tuviera la intención de definir con carácter general el concepto de *nasciturus*, sino exclusivamente en relación con los supuestos de despenalización del aborto contemplados en el anterior art. 417 bis del Código Penal.

de una vida ya iniciada¹¹. Utilizando palabras del Tribunal Constitucional, sería posible entender que, si la Constitución protege la vida “no puede desprotegerse 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 la vida del embrión no trasferido sería un bien jurídico protegido por el art. 15 de nuestra Carta Magna¹².

No quiere ello decir que la tutela de la vida del embrión hubiera de ser idéntica a la del embrión anidado en el útero, sino que, en alguna medida, podría estar incluida en el ámbito de protección constitucional de la vida, de modo que los poderes públicos habrían de establecer un sistema legal para su defensa, que “suponga una protección efectiva de la misma”¹³; y, desde este punto de vista, habría que enjuiciar el art. 11.4 de la Ley n. 45 de 2003, que, como se ha dicho, permite la destrucción de embriones viables y el uso de sus estructuras biológicas para la experimentación, lo que supone convertir a un ser humano ya concebido en un mero instrumento al servicio de fines que no miran a su propio beneficio¹⁴.

11 LLEDÓ YAGÜE, F.: *Fecundación artificial*, cit., pp. 85-86, se refiere a la necesidad de traspolación del concepto de dignidad al embrión desde el momento de la fecundación, en el cual “ha iniciado su personalidad en desarrollo, es decir, una entidad humana con propia y original identidad sustancial”.

12 Cfr., en este sentido, entre otros, FEMENÍA LÓPEZ, P. J.; *Status jurídico*, cit., p. 225; LLEDÓ YAGÜE, F.: *Fecundación artificial*, cit., pp. 84-86; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Valencia (2013): Tirant lo Blanch, pp. 86-88; o J. VIDAL MARTÍNEZ, “Algunos datos”, cit., p. 2105, quien, en referencia al principio de dignidad de la persona consagrado en el art. 10.1 CE, “como primer cimiento del ordenamiento jurídico español”, se pregunta retóricamente, si acaso “no va ese capital principio constitucional a asistir al ser humano concebido in vitro en los primeros días de su existencia”.

13 Los autores que entienden que la vida del concebido *in vitro* es un bien jurídico protegido por el art. 15 CE, no obstante, reconocen, implícita o explícitamente, que su grado de protección no es idéntico al del concebido anidado en el seno materno. V. así FEMENÍA LÓPEZ, P. J.; *Status jurídico*, cit., p. 225; LLEDÓ YAGÜE, F.: *Fecundación artificial*, cit., p. 85; VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Algunos datos”, cit., p. 2100; y, de manera más clara, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Reproducción artificial*, cit., pp. 86-88.

14 A este respecto, me parece interesante recordar que el argumento utilizado por la STC de 17 de junio de 1999, n. 116, RTC, 1999, 116, para justificar la constitucionalidad de los arts. 15 y 17 de la Ley n. 35 del 1988, fue que dichos preceptos sólo permitían investigar con embriones no viables, abortivos o muertos. Dice, así: “Es evidente que la Ley en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más experimentación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención. Esta apreciación es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del art. 15 CE, por cuanto descartada (...) que la investigación con finalidad diagnóstica, terapéutica o preventiva pueda suponer infracción alguna del art. 15 CE, el resto de las hipótesis a que se refiere la Ley sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables, es decir, incapaces de vivir”. Y, más adelante añade: no “siendo los preembriones no viables (‘abortados en el sentido más profundo de la expresión’) susceptibles de ser considerados, siquiera ‘nascituri’, ni las reglas que examinamos ni las ulteriores del art. 17 (relativo a los preembriones ya abortados, a los muertos y a la utilización con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos previamente autorizados de preembriones no viables) pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana”.

Ciertamente, de esta sentencia no se deduce, necesariamente, que, a juicio del Tribunal, la investigación con embriones viables sea inconstitucional, pero sí, cuanto menos, que las leyes que la posibiliten “pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana”, dudas, que, a mi entender, son las que, precisamente, suscita el art. 11 de la Ley n. 14 del 2006, al permitir descongelar embriones viables, que se encontraran conservados al tiempo de su entrada en vigor, y “utilizar” (la locución legal es bastante expresiva) sus estructuras biológicas para fines de investigación. V. a este respecto las consideraciones realizadas por TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C.: “ad art. 15 CE”, en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española, XXX aniversario* (coord. CASAS BAAMONDE, RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER). Madrid (2009): Wolters Kluwer, p. 315, bajo la vigencia de la anterior Ley n. 35 del 1988, n. 35, en previsión de que hubiere reformas legales que en un futuro permitieran la experimentación con embriones

III. LA PROTECCIÓN CIVIL DEL CONCEBIDO.

La protección civil del concebido se halla consagrada en el art. 29 de nuestro Código, según el cual “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”.

Actualmente, el art. 30 CC, tras la modificación llevada a cabo por la Ley n. 20, de 21 de julio de 2011, afirma que la *personalidad*, entendido éste concepto como *capacidad jurídica* o aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones, “se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. Con anterioridad, el precepto exigía además que el feto tuviera “figura humana” y viviera veinticuatro horas enteramente separado del seno materno¹⁵. El requisito de la “figura humana”, que, procedente del Derecho Romano justiniano¹⁶, pasó al Derecho Histórico español con el fin de negar capacidad jurídica a los “seres “monstruosos”¹⁷, fue objeto de críticas por parte de la doctrina¹⁸, que señaló su arcaísmo¹⁹; y el de que el recién nacido viviera veinticuatro horas²⁰ (llamado *viabilidad legal*)²¹ era, desde mi punto de vista, dudosamente compatible con al art 15 de la Constitución, pues no parecía conforme al principio de dignidad del ser humano (consagrado en el art. 10 de la Constitución) que se negara *personalidad* o capacidad jurídica a quien, desde un punto de vista constitucional, ya era *persona* (en cuanto titular del derecho a la vida).

Es de señalar que el art. 29 del Código civil español se aparta de su modelo el Código civil francés, al establecer una regla general de protección civil del concebido, que, no sólo permite que el *nasciturus* pueda heredar al causante premuerto (será legítimo y, de no ser instituido heredero, habrá preterición)²², sino que abarca *todos los efectos que le sean favorables*, entre los que el art. 627 del Código civil contempla,

viables; y por LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “Algunos apuntes en torno al tratamiento del derecho constitucional a la vida en la nueva Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida del 6 de mayo de 2006”, *Diario La Ley*, n. 6534 (2006), 26 de julio, p. 17, ya bajo la vigencia de la actual Ley, que permite dicha experimentación.

15 Estos dos requisitos se toman y tal y como fueron establecidos por el art. 60 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870.

16 Cfr. C. 6, 29, 3; D. 1, 5, 14.

17 Cfr. *Partidas* 4, 23, 4 y 5.

18 En particular, por PÉREZ GONZÁLEZ, “El requisito de la viabilidad”, *Revista de Derecho Privado* (1944), p. 296, que considera el requisito de la figura humana absurdo o inútil.

19 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, t. II. Madrid (1952, reedición 1984); Civitas, pp. 119-120, enumera una curiosa tipología de supuestos de recién nacido “sin figura humana”, en la que sitúa los “nacidos de mujer que no sean de raza humana, en el que caso de que esto sea posible.

20 Este requisito, de inspiración germánica, fue recogido en el Derecho Histórico español por la Ley 13 de Toro.

21 La exigencia de que el recién nacido viviera veinticuatro horas era evitar que por el hecho de vivir unos instantes adquiriera derechos hereditarios del padre premuerto y, a su fallecimiento, los transmitiera a la madre, saliendo los bienes de la familia (la paterna) de la que procedían.

22 Muerto el padre antes de que nazca el hijo, se procederá a la suspensión de la partición de la herencia y a la adopción de las cautelas previstas en los arts. 959 y ss. CC hasta que se verifique el nacimiento o se adquiera la certidumbre de que el mismo no tendrá lugar.

expresamente, la posibilidad de que reciba donaciones (que podrán aceptadas por las personas que legítimamente lo representarían, de haberse verificado el nacimiento), habiendo sido admitido, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por hechos ilícitos que tuvieron lugar en el período de la gestación²³: así, se ha reconocido el derecho a ser resarcido por el daño derivado de la muerte del padre en un accidente de tráfico acaecido antes del nacimiento²⁴; y, por supuesto, la reparación de los perjuicios causados al feto por una mala praxis médica, esto, es por un comportamiento negligente del profesional sanitario durante el período de embarazo de la madre²⁵ o durante el parto²⁶. Así mismo, el art. 29 del Código civil ha sido invocado en juicios de separación y divorcio para determinar la cuantía de la futura prestación de alimentos en favor del hijo ya concebido, en previsión de su nacimiento, o para atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre, por razón de su embarazo y ser su interés el más necesitado de protección²⁷.

La jurisprudencia todavía no se ha pronunciado sobre la delicada cuestión de si los hijos pueden ejercitar acciones de resarcimiento contra sus padres por los daños prenatales ocasionados por un comportamiento culpable de estos durante el período de gestación²⁸. A mi entender, no hay porque excluir apriorísticamente el resarcimiento de dichos daños: no creo, así, que el hecho de que los padres hayan dado la vida al hijo (bien mayor) opere como una suerte de compensación para eximirles de responsabilidad por los perjuicios que, obrando negligentemente, les puedan haber originado (mal menor): si esto es indiscutible respecto de los daños causados a un hijo ya nacido no veo por qué ha de ponerse en duda en relación a los provocados antes de que nazca. Pensemos, por ejemplo, en enfermedades ocasionadas por el consumo de alcohol o tabaco por parte de la madre embarazada, en las debidas a un accidente de tráfico causado por cualquiera de los progenitores o en las originadas por la violencia ejercida por el padre sobre la gestante. Me parece, en cambio, que, en ningún caso, sería resarcible el daño consistente en haber nacido el hijo con enfermedades hereditarias involuntariamente transmitidas por sus padres, pues tales daños no serían debidos a un comportamiento negligente de los mismos, sino que tendrían su origen en el patrimonio genético de éstos, sin que se les pudiera ser jurídicamente reprochable el hecho de haber dado lugar al

23 GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: "ad art. 29 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ), t. I. Valencia (2013): Tirant lo Blanch, pp. 497-501, realiza un exhaustivo estudio de la cuestión, con profusa cita de autores y de fallos jurisprudenciales.

24 SAP Córdoba 25 septiembre 1997 (AC 1997, 1793).

25 STS 10 diciembre 1997 (RAJ 1997, 8755).

26 STS 13 octubre 1992 (RAJ 1992, 7548) y STS 23 febrero 1999 (RAJ 1999, 1059).

27 SAP Cuenca 27 mayo 1999 (AC 1999, 5908).

28 En la doctrina ha tratado este tema de manera detallada ATIENZA NAVARRO, M^º L.: "La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural", en AA.VV.: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Cizur Menor (2012): Thomson-Aranzadi, pp. 51-82.

nacimiento de un hijo con una enfermedad, ni siquiera aunque supieran del riesgo de que naciera enfermo, porque su decisión estuvo amparada en la libertad de procreación, que es una manifestación del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad.

En la doctrina española la explicación comúnmente aceptada a propósito del art. 29 del Código civil (en particular, en el ámbito sucesorio) es la que, una vez producida la concepción, los derechos a los que se encuentra llamado el *nasciturus* se encuentran en una situación de pendencia o de indeterminación transitoria de su titular; por el contrario, verificado el nacimiento (extremo éste, que integra una *conditio iuris*), la adquisición del derecho se retrotrae al momento de la concepción²⁹.

Se ha planteado si la protección civil que el art. 29 del Código civil dispensa al *nasciturus* es aplicable al embrión concebido *in vitro* no trasferido al útero materno, interrogante éste, al que la generalidad de la doctrina responde afirmativamente³⁰. Sería, así, posible que un embrión concebido *in vitro* heredara, testada o intestadamente, a su padre, siempre que la transferencia del embrión hubiera tenido lugar dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento³¹: en tal caso, una vez nacido, quedaría determinada su filiación matrimonial respecto de ambos progenitores (art. 9.2.II de la Ley n. 14 del 2006), por lo que sería llamado a la sucesión del padre premuerto³².

IV. DAÑOS DERIVADOS DEL NACIMIENTO.

Actualmente, uno de los supuestos más controvertidos en el ámbito de la protección del concebido es el que tiene lugar, cuando el médico omite o cumple incorrectamente el deber de informar a la madre sobre la existencia en el feto de deficiencias graves, que, de haber sido conocidas por aquélla, le habrían facultado para interrumpir su embarazo, dentro de las veintidós primeras semanas de gestación, conforme a lo dispuesto en el art. 15.b de la LO n. 2 de 3 de marzo del 2010, de

29 Es la doctrina expuesta por DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil*, cit., pp. 119-120.

30 V., en este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "ad art. 29 CC", en AA.VV.: *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), t. I, vol. 3º, 2ª ed. Madrid (1993): Edersa, pp. 793-795; FEMENIA LÓPEZ, P. J.: *Status jurídico*, cit., p. 272 y 283; HERRERA CAMPOS, R.: *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación española*. Granada (1991): Comares, pp. 83 y ss.; LLEDÓ YAGÜE, F.: *Fecundación artificial*, cit., pp. 84-85; MORO ALMARAZ, Mª J.: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Barcelona (1988): Bosch, pp. 115 y ss.; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Reproducción artificial*, cit., p. 110.

31 Expresamente, el art. 9.2.II de la Ley n. 14 del 2006 sólo requiere ese plazo para la fecundación *post mortem* de la mujer con gametos del marido premuerto. Ahora bien, parece razonable exigirlo también para el supuesto de la transferencia *post mortem* de embriones, pues, como observa RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "La reproducción *post mortem* en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 20 (2015), julio, p. 313, la transferencia del embrión "no puede dejarse a la exclusiva voluntad de la viuda".

32 Hay que valorar positivamente que el art. 9.2 II n. 2 de la Ley n. 14 del 2006, presuma el consentimiento del marido para la transferencia *post mortem* del embrión existente al tiempo de su fallecimiento, pero pendiente de implantación, si éste había consentido la fecundación de la mujer, porque dicha transferencia no es sino la culminación de un proceso ya iniciado en vida de aquél. Esta presunción parece acorde con la finalidad pretendida por el marido al consentir la fecundación de la mujer y, además, como evidencia RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "La reproducción", cit., p. 306, responde a un interés digno de protección, que es el de "posibilitar el desarrollo de la vida del embrión aún no implantado".

salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (antiguo art. 417 bis del Código Penal de 1973)³³.

Al contemplar el supuesto descrito, se plantean dos cuestiones distintas:

a) de un lado, la posibilidad de que el niño nacido con deficiencias, que el médico que atendió a su madre no detectó, pueda ejercitar contra él una acción de resarcimiento, por negligencia en el ejercicio de su profesión, reclamando la reparación del “daño” consistente en haber nacido.

b) de otro lado, la posibilidad de que la madre pueda dirigirse contra el médico, que, al no haber cumplido correctamente su deber de información, le privó, en su momento, de la facultad legal de abortar, dando lugar al nacimiento de un niño con hándicaps.

I. Responsabilidad civil médica respecto del niño nacido con deficiencias no detectadas en el diagnóstico prenatal.

La primera de las cuestiones no se ha planteado en la jurisprudencia española, pero existe una práctica unanimidad de que no es posible la reparación de dicho daño, tesis ésta aceptada por alguna sentencia en declaraciones *obiter dicta*³⁴ y a la que me adhiero; y ello, por tres razones.

En primer lugar, porque falta la relación de causalidad entre el comportamiento negligente de los profesionales de la medicina y la deficiencia con la que nace el niño (por ejemplo, síndrome de Down), la cual no se debe a la falta de detección (y, en consecuencia, de la falta de información) de la misma, sino que encuentra su causa en el propio patrimonio genético de la persona³⁵.

En segundo lugar, en mi opinión, el nacimiento de un ser humano nunca puede constituir un daño resarcible, porque la vida es un bien constitucionalmente protegido, con independencia de la percepción que la persona pueda tener acerca del valor de su propia existencia; desde el punto de vista jurídico, merece siempre una valoración positiva y ha de ser tutelada por el Estado, lo que es predicable de todos los seres humanos, cuya dignidad es idéntica, cualquiera que sea su calidad de vida y por muy

33 Por cuanto respecta a esta materia v. en la doctrina científica española DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE). Cizur Menor (2012): Thomson-Aranzadi, pp. 23-50; como también MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de ‘wrongful birth y wrongful life’)*. Valencia (2005): Tirant lo Blanch; y VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Consejo Genético en diagnóstico antenatal”, en AA.VV.: *Hacia una nueva Medicina: consejo genético* (coord. C. M^a ROMEO CASABONA) Granada (2014): Comares, pp. 119-125.

34 Cfr. STS 4 febrero 1999 (RAJ 1999, 748), STS 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572) y STS 15 septiembre 2015 (Tol 5439307).

35 Cfr. MAZEAUD, D.: “Ad Cass. civ. 17 noviembre 2002, Ass. Plé.”, *Dalloz* (2001). 4, pp. 333.

graves que sean las deficiencias que sufra: desde la óptica constitucional, no hay vidas que no merezcan ser vividas, por ello, ninguna persona puede invocar un interés, digno de protección, a no haber nacido; de hecho, la causa por la que se permite abortar a la madre, en el caso de que el feto nazca con graves deficiencias, no reside en una valoración jurídica negativa de la vida del deficiente, sino en la consideración de que no es exigible a la madre soportar las cargas que para ella se derivan de tal supuesto³⁶.

En tercer lugar, existe otro argumento que desaconseja la consideración del nacimiento de una persona con deficiencias no imputables a negligencia médica, cual es el riesgo de que se produjera una proliferación de demandas de responsabilidad civil en dos direcciones: de un lado, contra los profesionales de la medicina, habiéndose apuntado el riesgo de que aquéllos pudieran acabar obligados, no ya a desarrollar su actividad profesional con la diligencia propia de la *lex artis*, sino a conseguir que nazcan seres humanos sin deficiencias, asumiendo, así, una especie de obligación de resultado (nacimiento de personas con una calidad de vida óptima); por otro lado, si se considera que una persona con deficiencias tiene interés legítimo a no nacer y, en consecuencia, se le permite dirigirse contra el médico, que, al no cumplir correctamente su deber de información, no permitió a la madre interrumpir su embarazo, ¿quién dice que no pudiera acabar dirigiéndose también contra su propia madre, que, sabiendo que el hijo nacería con enfermedades, sin embargo, optó por no abortar?

2. Responsabilidad civil médica respecto de la madre por privación de la facultad de interrumpir el embarazo.

La segunda de las cuestiones sí ha sido abordada por la jurisprudencia española y respecto de ella han existido tres posiciones: la primera, la de no admitir el resarcimiento, por entender que faltaba la prueba del nexo de causalidad entre la falta de información y el daño, entendido éste como el nacimiento con *hándicaps*³⁷; la segunda consiste en admitir la indemnización reclamada, entendiendo que el nacimiento de un niño con síndrome Down es un daño resarcible que sufren los padres, tanto patrimonial, como moral, centrado en el "impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que

36 Cfr. NEYRET, L.: "Handicaps congénitaux: tout risque d'action en responsabilité civile d'un enfant contre sa mère n'est pas écarté", *Dalloz* (2003). 26, p. 111.

37 STS 4 febrero 1999 (RA) 1999, 748); en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 50 (1999), pp. 853-859, con nota de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.; y en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 10 (1999), pp. 117-155, con nota de DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth (4 de febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?"; y STS 7 junio 2002 (RA) 2002, 5216); en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 60 (2002), pp. 857-865, con nota de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.; y pp. 1097-1121, con nota de MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.; también en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 17 (2002), pp. 179-202, con nota de DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de 'wrongful birth'. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores".

puede llegar a alcanzar edades medianas³⁸; la tercera es la de admitir el resarcimiento, pero centrando el daño en la privación de la facultad de la madre de optar por el aborto³⁹.

Una vez constatada la falta de una doctrina jurisprudencial uniforme respecto de la segunda de las cuestiones examinadas, pasaremos a exponer algunas ideas, que, a mi juicio, debieran presidir la solución del problema analizado.

A) Admitido que la negligencia del personal sanitario en el cumplimiento de su deber de información puede causar un daño susceptible de reparación, procede, ante todo, determinar en qué consiste éste. A mi parecer, el daño resarcible es el perjuicio moral que sufre la madre, por la privación de su facultad de interrumpir el embarazo (*perte de chance*), perjuicio éste, cuya cuantificación presenta la dificultad inherente a la valoración de todo daño moral. Pero, en cualquier caso, no es admisible que, con el pretexto de reparar dicho daño moral, de hecho, se acabe resarciendo a la madre, no ya por la privación de la facultad de optar por el aborto, sino por el nacimiento del niño: el nacimiento de un ser humano, por muy graves que sean sus deficiencias, nunca puede constituir un daño resarcible; a ello se opone el principio constitucional de respeto a la dignidad de la persona. Por ello, contra lo que admite alguna sentencia reciente⁴⁰ no son susceptibles de indemnización los perjuicios, psíquicos (hipotético impacto emocional) o económicos, que pueda experimentar la mujer que da a luz un hijo enfermo, como son las mayores cargas que, en este caso, conlleva la maternidad.

B) Para que los profesionales sanitarios respondan frente a la madre, es necesario que la pérdida de su facultad de abortar haya sido causada por no haberle informado aquéllos de las enfermedades con las que nacería el feto. Ahora bien, lógicamente, no se les puede sujetar a una especie de responsabilidad objetiva por la existencia en el recién nacido de cualquier tipo de enfermedad no detectada durante el embarazo, sino que, tan sólo, responden por aquéllas que hubieran podido ser diagnosticadas dentro de las 22 primeras semanas de gestación con los medios científicos y técnicos ordinarios, o, en su caso, con los medios extraordinarios previstos para embarazos de riesgo, si el de la madre era de este tipo (por ejemplo, prueba de amniocentesis, para detectar si el feto está afectado por el síndrome de "Down", en el caso de mujeres mayores de 35 años). En definitiva, la responsabilidad civil surge, exclusivamente, cuando los profesionales sanitarios no han empleado la diligencia

38 STS 6 junio 1997 (RAJ 1997, 4610); en *La Ley* (1997), pp. 1699-1701, con nota de BUSTOS PECHÉ, J. E.: "Un caso de voluntarismo legal: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997"; y en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 45 (1997), pp. 1105-1116, con nota de UREÑA MARTÍNEZ, M.; y STS 21 diciembre 2005 (RAJ 2005, 10149).

39 STS 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572); STS 23 noviembre 2007 (RAJ 2008, 24); y STS 15 septiembre 2015 (Tol 5439307).

40 Como la STS 15 septiembre 2015 (Tol 5439307), que habla del "dolor que sufren [como propio] por el estado de su hijo"

exigible (según la *lex artis* en el estado actual de la ciencia médica) en la detección y consiguiente comunicación de las enfermedades con las que pudiera nacer el niño.

C) Para entender probada la existencia del nexo de causalidad, no hay por qué entrar en el examen de la delicada cuestión de si la madre hubiera, o no, interrumpido su embarazo de haber sabido las deficiencias con las que nacería el hijo. Dicho examen sólo sería necesario si se considerara que el daño resarcible es el nacimiento del niño, pero no, si como aquí se propone, se entiende que el único perjuicio susceptible de reparación es el de la privación de la facultad de abortar. Este daño moral de la madre se le produce siempre que no es informada de las deficiencias del feto, con independencia, pues, de cuál hubiera sido su decisión (abortar, o no), de haberlas conocido. De lo contrario se llegaría al sinsentido de que sólo las madres que hubieran estado dispuestas a abortar podrían recibir una indemnización de daños y perjuicios destinada, en definitiva, a atender las necesidades económicas del hijo deficiente, mientras que, en cambio, quedarían privadas de ella las que hubieran estado dispuestas a continuar con el embarazo, no obstante saber que darían a luz un niño enfermo. En realidad, cabe cuestionar si es función de la responsabilidad civil cubrir las especiales necesidades de atención que provocan las personas deficientes. Creo que la responsabilidad civil no es un medio de cobertura social universal frente a todos los riesgos de la vida.

En conclusión, la tesis que considera como daño resarcible el nacimiento de un niño con una deficiencia está haciendo cumplir a la responsabilidad civil una función asistencial que no le es propia. No cabe duda de que las personas desvalidas (todas ellas) deben ser atendidas. Pero, para ello, no debe recurrirse a una institución de Derecho privado, como es la responsabilidad civil, sino a la actuación de los poderes públicos, que han de desarrollar políticas sociales, basadas en la solidaridad, financiadas por todos los ciudadanos mediante sus impuestos.

Esta es –recuérdese– la dirección marcada en Francia por el art. I.I de la Ley núm. 2002-303, de 4 de marzo de 2002, el cual coloca a cargo de la solidaridad nacional las especiales necesidades de atención económica de las personas deficientes, excluyendo, expresamente, que los padres puedan dirigir demandas de responsabilidad civil por este concepto contra los profesionales sanitarios, que no hubieran diagnosticado dichas deficiencias durante el embarazo. Se trata de una consecuencia lógica derivada del principio, plasmado en el art. I.II de la misma Ley, según la cual toda persona deficiente, cualquiera que sea la causa de su deficiencia, tiene derecho a la solidaridad del conjunto de la colectividad nacional. En España, realiza un papel similar la Ley n. 39 de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuyo objeto es, de conformidad con su artículo primero, “regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la

promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”.

V. LA POSICIÓN DEL CONCEPTURUS.

Queda por hacer una referencia a la situación jurídica del que todavía no ha sido concebido, esto es, el llamado *nondum concepti o concepturus*, el cual, obviamente, no está protegido por el art. 15 de la Constitución, ni por el art. 29 del Código civil.

Es claro que es posible establecer una sustitución fideicomisaria en la que se nombre como fideicomisario a una persona todavía no concebida al tiempo del fallecimiento del testador (art. 781 del Código civil), como también hacer una donación con cláusula de reversión en favor de una persona futura, con los mismos límites establecidos para la sustitución fideicomisaria (art. 641 del Código civil): para evitar la vinculación perpetua de la propiedad sólo se admite nombrar dos fideicomisarios o donatarios que no vivan al tiempo del fallecimiento del testador o donante (art. 788 del Código civil). Pero, además, tras iniciales vacilaciones⁴¹ la jurisprudencia actual admite claramente la posibilidad de instituir como heredero a una persona todavía no concebida para el caso de que llega a nacer (extremo éste que integra una condición suspensiva), siempre que la misma resulte claramente identificada⁴².

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el art. 9.2 de la Ley n. 14 del 2006 permite la fecundación póstuma, también llamada *post mortem*, con gametos del marido de la usuaria, pero con cautelas, cumplidas las cuales, quedará determinada la filiación del hijo respecto del fallecido, con sus correspondientes consecuencias, en particular, en el ámbito sucesorio, siendo llamado a la herencia del padre muerto. El precepto exige el consentimiento del marido “para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer”, plazo éste en el que, por lo tanto, deberá realizarse la fecundación. Respetadas tales prescripciones se creará un vínculo de filiación entre el nacido y

41 La STS 29 noviembre 1935 se manifestó en contra de la posibilidad de que un *concepturus* fuera instituido heredero directamente.

42 V., en este sentido, STS 25 abril 1963 (RAJ 1963, 1996); STS 3 abril 1965 (RAJ, 1965, 1965); y STS 28 noviembre 1986 (RAJ, 1986, 6622) (*obiter dicta*); como también STS 4 febrero 1970 (RAJ 1970, 524); STS 4 diciembre 1975 (RAJ 1975, 4324); STS 9 febrero 1998 (RAJ 1998, 609); SAP Valencia (7^a) 23 septiembre 1998 (AC 1998, 1699); y SAP Málaga (4^a) 10 marzo 2003 (JUR 2003, 238355), que admiten la posibilidad de que el testador atribuya el usufructo de unos bienes a una persona existente y la nuda propiedad de los mismos a un *concepturus* en el momento del fallecimiento del usufructuario, existiendo, en tal supuesto, un usufructo con nudo propietario transitoriamente indeterminado.

En la doctrina científica esta posibilidad, que hoy es admitida de manera prácticamente unánime, fue defendida por DIEZ PASTOR, J. L.: “Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VI (1952), pp. 568-572, cuyas ideas fundamentales fueron posteriormente acogidas por ALCÁNTARA SAMPELAYO, J.: “Atribuciones patrimoniales en favor del *concepturus*”, *Revista de Derecho Privado* (1953), pp. 103-104; LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Sustitución condicional”, en LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*. Barcelona (1981): Bosch, pp. 346-348; MOLLEDA FERNÁNDEZ, J. A.: “El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo”, en *Estudios de Derecho Privado*, II. Madrid (1965); o VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama de Derecho de Sucesiones*, vol. I. Madrid (1982): Civitas, pp. 341-345.

el padre premuerto con las consiguientes consecuencias de carácter sucesorio⁴³. A diferencia de lo que acontecía bajo la vigencia de la Ley n. 35 del 1988, dicho consentimiento podrá prestarse, no sólo “en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas”, sino también en el documento a que se refiere el art. 6.3 de la Ley, esto es, en el documento privado, suministrado por el centro autorizado, en el que se autoriza la fecundación de la mujer: “El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas”⁴⁴.

Determinada la filiación del hijo, creo que éste será llamado a la herencia del padre, tanto si existe un llamamiento testamentario hecho a su favor⁴⁵ (recuérdese que actualmente no plantea ninguna duda la posibilidad de instituir heredero a un *concepturus* bajo la condición suspensiva de que llegue a nacer), como si, a falta de testamento, es la propia Ley quien lo llama a suceder *ab intestato*⁴⁶. Es cierto que, en este último caso, existe un obstáculo legal a dicha sucesión, pues del art. 758 del Código Civil resulta que el heredero ha de existir al tiempo del fallecimiento del causante o, al menos, ha de estar concebido en este momento (esto último, por aplicación del art. 29 del Código Civil), lo que no acontece en el caso que nos ocupa.

Sin embargo, dicho obstáculo legal debe ceder ante las exigencias que derivan del principio constitucional de igualdad: determinada legalmente la filiación, no se puede negar a los hijos nacidos de una fecundación *post mortem* los derechos sucesorios que la ley reconoce a todo hijo, pues ello supondría una discriminación contraria al art. 14 de la Constitución. En este sentido, hay que elogiar el art. 325.3 del Código del Derecho Foral de Aragón, que establece que “Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida *post mortem* con su material reproductor; los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo

43 La ausencia del consentimiento del varón a la fecundación *post mortem* no puede ser suplido por la vía de la autorización judicial para satisfacer las aspiraciones de la mujer de tener un hijo de su marido premuerto. Cfr. AAP La Coruña 3 noviembre 2001 (AC 2001, 183).

44 En el caso de fecundación con gametos del conviviente, según el art. 9.3 de la Ley 14/2006, el consentimiento prestado por éste será considerado como un escrito indubitado a los efectos de iniciar el expediente gubernativo, para la inscripción de la filiación natural del hijo, previsto en el art. 49 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio –dice el precepto– de la acción de la reclamación judicial de paternidad, acción, que podrá ser ejercitada por el hijo, en el caso de que en el expediente se manifestare oposición por parte del Ministerio Fiscal o de parte interesada, probando que su padre manifestó en la forma legalmente prevista que su material reproductor pudiera ser utilizado para fecundar a su compañera y que dicha fecundación tuvo lugar o, al menos, se inició dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento.

45 Cfr. FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico*, cit., p. 283; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Reproducción artificial*, cit., pp. 112-113; y VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho Español”, en AA.VV.: *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida* (coord. J. VIDAL MARTÍNEZ). Granada (1998): Comares: pp. 115-116.

46 Tal posición, sobre la cual no existe unanimidad en la doctrina científica española es propuesta por GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “Técnicas de reproducción”, pp. 181 ss. RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Reproducción artificial*, cit., pp. 112-113, no se pronuncia al respecto (aunque se muestra favorable a una reforma legislativa que reconozca derechos sucesorios a los hijos concebidos *post mortem*). VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Las técnicas”, cit., pp. 115-116, parece aceptarla, al plantear la posible aplicación por analogía del art. 29 CC. En contra, en cambio, claramente PANTALEÓN PRIETO, F.: “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 15 (1993), mayo agosto, p. 156, nota 63, con el argumento de que, al tiempo del fallecimiento del padre, el hijo todavía no estaba concebido.

de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre estas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación". Por su parte, el art. 412-1.2 del Libro IV del Código Civil de Cataluña dispone que "Los hijos que nazcan en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto".

Por las mismas razones apuntadas, me parece que el hijo concebido póstumamente tendrá la condición de heredero forzoso del padre premuerto, por lo que podría ejercitar la acción de preterición en defensa de su legítima, si éste, al hacer testamento (antes o después de autorizar la fecundación *post mortem*), no lo hubiera nombrado como heredero o legatario; y siendo la preterición intencional habría que proceder a reducir la institución de heredero en la medida necesaria para preservar su legítima (art. 841.I CC)⁴⁷.

47 Cfr. en este sentido FEMENIA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico*, cit., p. 289.