

Trabajo de Fin de Grado.

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021.

Convocatoria: junio.

EL NASCITURUS Y LAS DIFERENTES REALIDADES A LAS QUE ATAÑE.

The nasciturus, and the diferents realities to which it applies.

Realizado por el alumno D. Alejandro González López.

Tutorizado por la Profesora Dña. María Etelvina de las Casas León.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho Romano.

ABSTRACT.

The situation of the unborn has been and is a controversial reality since time immemorial. In this way, since Roman Law this situation was discussed, and the tireless and excellent Roman jurists tried to solve this situation, as well as everything that surrounds the unborn child, say the future mother or the transfer of the womb. Despite all this, the debate on the situation of the unborn is still ongoing and the advancement of science and technology makes the controversy rise to other terms in the context of the unborn child.

Key words: unborn, rights, doctrine, authors, Rome, present, woman, reproduction, motherhood.

RESUMEN.

La situación del *nasciturus* ha sido y es una realidad controvertida desde tiempo inmemorables. De esta forma, ya desde el Derecho Romano esta situación era discutida, y los incansables y excelentes juristas romanos trataban de dar solución a esta situación, así como a todo aquello que rodea al concebido no nacido, dígase la futura madre o la cesión del vientre. A pesar de todo ello, aún continua el debate sobre la situación del *nasciturus* y el avance de la ciencia y la tecnología hacen que la controversia, así, se eleve a otros términos del contexto del *nasciturus*.

Palabras claves: nasciturus, derechos, doctrina, autores, Roma, actualidad, mujer, reproducción, maternidad.

ÍNDICE:	PÁGINA
1.- Introducción.	4
2.- El nasciturus.	6
2.1.- El nasciturus en el Derecho Romano.	9
2.2.- ¿Derecho a la vida del nasciturus?.	11
2.3.- El nasciturus y la futura madre.	14
2.4.- Derechos sucesorios del nasciturus y del hijo póstumo.	16
2.5.- Convenios intencionales sobre la protección del nasciturus.	19
2.6.- Nuevas técnicas reproductivas. La maternidad subrogada y la ectogénesis.	21
3.- Conclusiones.	26

1.- Introducción.

Desde tiempos inmemorables, el ser humano se caracteriza por querer dar respuesta a todo los sucesos y realidad que lo rodean dada su capacidad de raciocinio. Esta característica abarca desde, por ejemplo, el descubrimiento del fuego hasta las inclemencias meteorológicas, pasando, como no, por las reglas y normas sociales. De aquí se desprenden (más adelante en el tiempo) la institución que hoy conocemos como “*Ubi societas, ubi ius*”, donde hay sociedad hay derecho, y hay conflictos, pues la manifestación del poder, como capacidad bio-psico espiritual, se exterioriza cuando hay dos o más personas; y cuando ello ocurre no falta la oposición o resistencia, que hace surgir el conflicto, por eso es necesario un proceso para resolver el conflicto de intereses que surge de dicha interacción, mediante formas civilizadas y democráticas que tengan como propósito lograr, en justicia, la paz social¹.

Como es de esperar, una de esas búsquedas de respuesta se trasladó al plano ético-jurídico, y se trata de la vida, de las personas, de la muerte: ¿qué es la vida?, ¿cuándo hay vida?, ¿qué es una persona?, ¿cuándo existe la persona?... De esta forma, todavía hoy seguimos investigando y debatiendo las respuestas a estas preguntas, pues ninguna de ellas se considera como la verdad absoluta.

El término persona tiene su origen etimológico en la palabra griega «*προσωπον*» y del latín “persona”, que significa mascara o careta de actor. De esta forma, una aproximación ontológica del concepto de persona sería todo individuo de la especie humana, esto es, el ser humano, el hombre; no hay diferencia alguna entre hombre, ser humano y persona ². La persona es el sujeto concreto de orden espiritual, con su propia individualidad (que se manifiesta mediante el nombre) y su peculiaridad, la cual es incomunicable, dotado de un alma racional, merced a la cual goza de una inteligencia y razón y de una voluntad libre, que le permite elegir y decidir acerca de si mismo. Esta

¹ Dr. Gino Ríos Patio, Director del Instituto de Investigación Jurídica. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6551329.pdf>

² Ferrer, U. «Bases ético-antropológicas de la legislación alemana sobre el embrión», *La Humanidad in Vitro*, 101, citado por Calvo Mejide A. “*El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*”, *Cuad. Bioét.* 2004/2a.

voluntad libre no es ajena ni está dissociada de la razón, sino que voluntad y razón se encuentran en el hombre vinculadas y unidas entre sí; el hombre es una unidad, no la superposición de un conjunto de potencias, sino que estas se dan en el hombre formando una unidad armónica³. Para Fernández Buján, fueron los juristas lo que introdujeron la palabra “persona” para referirse al ser humano, sin distinción entre libres o esclavos. Nos dice así este autor que “persona es el ser físico o individual y, asimismo, la entidad incorporal o social con capacidad para ser titular de derechos y obligaciones”⁴.

De esta última concepción de persona, se desprende necesariamente otra institución como es “*la personalidad jurídica o personalidad*”. La personalidad jurídica puede ser definida como la capacidad de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, teniendo plenos efectos los actos realizados⁵. Esta capacidad es inherente a toda persona, sin embargo, no todas las personas pueden ejercer esos derechos y obligaciones por si solas, careciendo por tanto de capacidad de obrar, como ocurre con los menores de edad y los incapaces⁶. La personalidad jurídica, actualmente, se adquiere en el momento del nacimiento con vida una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, como bien enuncia el Código Civil en su artículo 30⁷.

El concepto de personas para el Derecho Romano, no comprende únicamente a los hombres, sino también a los seres morales o de razón (personas jurídicas o sociales) que, personificadas por la ley, son susceptibles de tener derechos y obligaciones (Estado, ciudad, fisco, corporación). En otro sentido, no todos los hombres son para el Derecho Romano personas; los esclavos no tienen, al menos por derecho antiguo y relativamente a sus dueños, ni derechos ni obligaciones; forman parte de las cosas, de

³ Lucas Lucas, R. Antropología y Problemas Bioéticos, BAC, Madrid, 2001, 16-17, citado por Calvo Mejide A. “*El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*”, Cuad. Bioét. 2004/2a.

⁴ Fernández de Buján, A., Derecho Privado Romano, ed. Iustel, Madrid 2011, pág. 191. citado por De las Casas León, M. E., “*Pasado, presente y futuro de la máxima “Conceptus pro iam nato habertus”*”, Revista General de Derecho Romano, ISSN: 1697-3046, núm. 34, Junio (2020).

⁵ https://www.eustat.eus/documentos/opt_1/tema_30/elem_1831/definicion.html

⁶ Artículo 322 del Código Civil.

⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

los objetos sobre que se establecen derechos. Por esta razón los jurisconsultos ya dividían a las personas en físicas y sociales ⁸.

Anterior a todos los conceptos supra mencionados encontramos una realidad, si cabe, más controvertida entre la doctrina. Hablamos del *nasciturus*, de todo los efectos jurídicos que surgen o pueden surgir desde la concepción del embrión hasta el nacimiento y adquisición de personalidad.

Biológicamente se distinguen dos periodos; el periodo embrionario y el periodo fetal. El periodo embrionario comienza desde la fecundación y culmina en la octava semana. En este periodo se distingue la fecundación, la segmentación, la formación de la blástula, la formación de la grástula y la diferenciación. El periodo fetal comienza, por tanto, desde la novena semana hasta el nacimiento. En este sentido Natalia López Moratalla afirma que *“El proceso que constituye un nuevo ser humano es la fecundación. Con él se prepara la materia recibida de los progenitores para dar una unidad celular con las características propias de inicio o arranque de un programa de vida individual; esto es, con capacidad de comenzar a emitir o expresar el lenguaje genético del nuevo individuo. El engendrar de los padres, la fecundación natural, acaba en la formación de una célula con un fenotipo característico, el cigoto, que inicia su ciclo vital”*⁹.

En el plano jurídico, el *nasciturus* comprende las dos etapas, sin diferenciación. En esta etapa de desarrollo interno o inetruterino de la futura persona se plantean diversas teorías sobre varias instituciones que pueden intervenir jurídicamente en la situación del *nasciturus*, así como la situación jurídica del mismo.

2. El nasciturus.

⁸ Petit, E., *Tratado Elemental de Derecho Romano*, ed. Porrúa, México, 2007.

⁹ López Moratalla, N. «FIV y Deficiencias en la Relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo». *La Humanidad In Vitro*, Comares, Granada, 2002, 129 ss.

La situación jurídica del *nasciturus*¹⁰, o el concebido no nacido, ha sido discutida desde Roma hasta nuestros días, donde aún perviven las desavenencias entre autores respecto de este tema. Se discute mayormente sobre su personalidad, sus derechos, sus obligaciones, las instituciones que le pueden repercutir y sobre su situación en general. De esta forma, es indiscutible que el *nasciturus* es una realidad tangible y no una mera ficción jurídica, pues es el inicio de la vida, de la persona, por lo que requiere y ha requerido su propia regulación. Además, es una realidad que atañe, naturalmente, a otro sujeto; a la futura madre, pues no se puede concebir la idea del *nasciturus* sin su madre, la persona que lo gesta y de la que hablaremos mas adelante dentro de la máxima “*mater semper certa est*”. Esta materia es una de las más difíciles de estudiar, ya que la Filosofía del Derecho no es clara en la determinación de los derechos de la madre y del *nasciturus* y las soluciones absolutas se presentan muchas veces como injustas y poco eficiente¹¹.

En nuestro Código Civil, el artículo 29 establece que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones del artículo 30 del mismo texto legal. Así, el concebido no nacido adquiere la personalidad en el momento del parto con el entero desprendimiento del seno materno como establece el artículo 30, sin embargo, no es la redacción original de este precepto ya que fue modificado en 2011, de tal forma que anteriormente para considerar que había nacido se requiera la forma humana del *nasciturus* y que sobreviviera más de veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

Actualmente surgen diversas discrepancias sobre si es correcto afirmar que la personalidad se adquiere con el entero desprendimiento del seno materno o una vez ha sido expulsado del canal de parto sin haber seccionado el cordón umbilical aún, incluso antes, ya con las labores de parto. Estas discrepancias adquieren especial relevancia, además, en el ámbito del Derecho Penal, pues determinar el momento en el que hay personalidad marcaría la diferencia entre un delito de homicidio o de aborto, con una

¹⁰ El concebido no nacido. En una traducción literal del latín “el que va a nacer”.

¹¹Barcia Lehmann, R., *Derecho a la vida del nasciturus en España*, Ius et Praxis, ISSN 0717-2877, Vol. 6, Nº. 2, 2000, págs. 11-28

penalidad muy diferente. Por todo ello, “El problema radica entonces en determinar a partir de qué preciso instante se entiende que ha ocurrido el nacimiento, puesto que es un proceso que se inicia con el comienzo del parto y concluye con el total desprendimiento del feto del vientre de la madre, acompañado de la respiración pulmonar. Para ello hay que acudir a criterios que sirvan lo mejor posible a los objetivos protectores de la norma que se dirigen respectivamente a la vida humana intrauterina y extrauterina. Bien es cierto que la modificación de Código Civil en este aspecto ha facilitado la confluencia de perspectivas en nuestro ordenamiento jurídico, al adelantar el momento de la adquisición de la personalidad al nacimiento, sin tener que esperar al secular periodo de veinticuatro horas desde el completo desprendimiento del claustro materno, que hoy ya no tiene justificación alguna”¹².

Dentro de las diversas teorías “*Algunos autores fijan en torno al comienzo del parto el de la vida humana independiente, bien identificándolo con el comienzo de la labores del parto, que, en su repetición, conducen a la expulsión del feto (parece sustentar este criterio actualmente la jurisprudencia: STS 726/1998, de 22 de enero de 1999), o bien con el comienzo de su expulsión. Otro criterio que ha encontrado mayor aceptación en la doctrina es el de exigir la expulsión del feto del claustro materno, pero mientras que para nos ya no importa que se ha seccionado el cordón umbilical, ni que aquel haya iniciado autónomamente la respiración pulmonar u otras funciones vitales (Morales Prats en Quintero Olivares ComPE p.39; Muñoz Conde PE p.32; Romeo Casabona, Los delitos contra la vida pp. 16 ss.: suponen la combinación de criterios materiales y normativos), para otros, por exigencias prácticas de prueba, hoy superadas, se requiere que se haya producido uno de estos supuestos (respiración pulmonar autónoma: SSTS 20 de mayo de 1975 y 28 de marzo de 1989) o ambos, pues sostienen que hasta entonces todavía “no ha nacido”. Una vez ocurrido el nacimiento de la nueva criatura es protegida con independencia de su viabilidad extrauterina o de que sea un ser deforme o monstruoso*”¹³.

¹² Muñoz Conde, F. Derecho Penal. Parte Especial, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019 pág. 32.

¹³ Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E., Boldova Pasamar M.A., Derecho Penal. Parte Especial, ed. Comares, Granada 2016, pág. 7.

2.1. El *nasciturus* en el Derecho Romano.

En palabras de Patricia González Gutiérrez “*La situación y derechos del feto suponían, para la legislación romana, un asunto delicado. Por un lado, requería una cierta definición del mismo, y, por otro, de cómo afectaba un nacimiento a la posición de los distintos miembros de la familia. Para ello se hacía necesario conjugar toda una serie de creencias religiosas, sociales y médico-científicas, además de los intereses particulares de las familias y del Estado*”¹⁴. Esto evidencia, una vez más, la dificultad para dar respuestas a la situación jurídica del *nasciturus*, ya en tiempos pasados y por grandes juristas como eran los romanos.

En el Derecho Romano el *nasciturus* no era considerado una persona, por lo que era común referirse al feto como “lo que se lleva en el vientre” (*kata gastrós*) o como animal (*zôon/animal*)¹⁵. Las palabras más usuales en latín, como *conceptus*, *nasci speratur* o *in utero est*, dan una idea neutra del *nasciturus*, que no se concibe como persona. En general, se considera que está *in rerum naturam* pero no *in rebus humanis*. Aún así, en ciertos casos adquiriría algunos de los derechos de una persona ya nacida bajo ciertas condiciones, sobre todo en el derecho tardío¹⁶. De esta forma, Ulpiano D. 25,4,1,1pr. decía: “*el parto, antes de que se dé a luz es parte de la mujer o de sus entrañas (...)*” o Papiniano D. 35, 2, 9,1pr. “*el parto que aún no ha sido dado a luz no se dice con razón que sea un hombre*”¹⁷. En estos casos, se evidencia que estos autores no atribuían ningún potencial derecho al *nasciturus* ni lo concebían como una vida o un ser independiente de la madre, si bien no se le negaba el derecho a nacer.

Sin embargo, teniendo en cuenta que “*tanto para el derecho romano como para las legislaciones modernas, para que el nasciturus pueda ostentar la capacidad jurídica ha*

¹⁴ González Gutiérrez, Patricia (2017) La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia, en Gerión 35/1, 99-116.

¹⁵ Kapparis 2002, 36 y ss. citado por González Gutiérrez, Patricia (2017) La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia, en Gerión 35/1, 99-116.

¹⁶ González Gutiérrez, P., op. cit.

¹⁷De las Casas León, M. E., “*Pasado, presente y futuro de la máxima “Conceptus pro iam nato habertus”*”, Revista General de Derecho Romano, ISSN: 1697-3046, núm. 34, Junio (2020).

*de haber nacido. Algunas legislaciones entienden que aún siendo únicamente concebido tiene los mismos derechos que los ya nacidos. Mas esa situación solo se dará si el nacimiento se produce con éxito, es decir que se cumpla la condición de que nazca con vida.*¹⁸

En contraposición a los casos supra nombrados, Paulo D. 50,16,231 decía “*lo que decimos que lo que se espera que nazca, se tiene por nacido, es cierto cuando se trata de su propio derecho; pero cuando se trata del derecho de otros, no les aprovecha si no hubiese nacido*”¹⁹. También “*El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trata de las conveniencias de su propio parto, aunque antes de nacer; en manera ninguna favorezca a un tercero*”²⁰. Ya con estos autores, supra nombrados, encontramos que el *nasciturus* se acerca mas a la vida humana, al ser humano en si.

Maria Etelvina de las Casas León, Profesora Contratada Doctora de la Facultad de Derecho Universidad de La Laguna, nos dice que de estos casos contrapuestos ya mencionados podemos extraer dos teorías. La primera es la teoría tradicional donde se concibe al *nasciturus* como un “ser” integrado en su madre, como una entraña, formando parte de la misma, sin incorporarlo en las *res humanae*. La segunda de las teorías es una teoría moderna y que se desprenden del segundo grupo de casos. Esta teoría acepta, en cierto modo, que el *nasciturus* adquiere la personalidad jurídica una vez ha sido concebido, si posteriormente nace con vida²¹. De esta forma, se entiende que se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorable²².

¹⁸ De las Casas León, M. E., *idem*.

¹⁹ Digesto 50,16,231

²⁰ Paulo D. 1,5,7 y Juliano D.1,5,26 citado por De las Casas León, M. E., “*Pasado, presente y futuro de la máxima “Conceptus pro iam nato habertus”*”, Revista General de Derecho Romano, ISSN: 1697-3046, núm. 34, Junio (2020).

²¹ De las Casas León, M. E., *op. cit.*

²²Esta teoría es la que actualmente encontramos en el artículo 29 del Código Civil “*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.*”, sin embargo, acentúa, en primer lugar, que lo que determina la personalidad es el nacimiento.

En palabras de Patricia González Gutiérrez “*En todo caso, sea cual sea la concepción legal o estatal sobre el feto, todos los derechos del nasciturus se condicionaban necesariamente al nacimiento con vida y aceptación del recién nacido, lo que se especifica en la legislación. Además, se afirma que cualquier derecho del que pueda ser sujeto el feto no afecta a terceras personas, no pudiendo ser la normativa usada en este sentido. El embrión, pues, solo es considerado como nacido o como humano para lo que le interese a sí mismo en cuanto a futuro portador de derechos. Así mismo, en caso nacimiento de un neonato muerto, no contaba como hijo (ni nacido ni procreado) para ninguna de las ventajas legales y económicas que proporcionaba tener uno o más hijos²³, ni tampoco afectaba al testamento ni a la herencia. Tampoco se consideraba como parto un aborto, provocado o no, e independientemente de lo tardío del mismo (cui mortuae filius exsectus est.*”²⁴

Todas estas situaciones y derechos del *nasciturus* entran en juego en temas tan diversos como la institución de heredero, las donaciones, el *status familiae* o la situación de la madre, de los que hablaremos más tarde.

2.2 ¿Derecho a la vida del *nasciturus*?

Existen, y han existido, diversas teorías sobre si el *nasciturus* tiene derecho a la vida o no. En España, actualmente, partimos del artículo 15 de la Constitución en el que se declara que “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*”. De esta forma, se discute si este artículo es de aplicación al *nasciturus* o no.

²³ Dig. 1.5.7; 50.16.129 Modestio señala que “*Más el que está en el vientre, aunque en muchas partes de las Leyes se les compara con los nacidos, sin embargo, ni en el presente caso ni para los demás cargos civiles le aprovecha el padre y esto se dijo en la Constitución del Divino Severo.*”

²⁴ González Gutiérrez, P., op. cit.

Dentro de la teoría que defiende que el *nasciturus* no tiene un derecho subjetivo a la vida encontramos diversos argumentos. En primer lugar, Bustos Pueche entiende que esta es la posición del Tribunal Constitucional, mostrada en sentencia de 11 de abril de 1985. En esta sentencia se señala que “...no pueden estimarse para fundamentar la tesis que al *nasciturus* corresponde también la titularidad del derecho a la vida (...) es un derecho jurídico (la vida del *nasciturus*) constitucionalmente protegido en el artículo 15 de nuestra normativa fundamental”. También, otro de los argumentos dados para negarle el derecho subjetivo a la vida del *nasciturus* es la interpretación del propio artículo 15 de la Constitución. De esta forma, se entiende que la expresión que da inicio al propio artículo como “todos” solo integra a las persona ya nacidas, excluyendo, por tanto, al *nasciturus*²⁵.

A su vez, la teoría de que el *nasciturus* si tiene un derecho subjetivo a la vida es defendido con diferentes argumentos. En primer lugar, se afirma que los derechos del *nasciturus* quedan dentro del artículo 15 de la Constitución, teniendo en cuenta que la expresión “todos”, en palabras de Barcia Lehmann, no excluye al *nasciturus*, pues en otros textos similares, como la Declaración Internacional de los Derechos del Niño se entiende que dicha expresión comprende, así, al *nasciturus*. También, dentro de nuestras cámaras legislativas este debate tuvo su oportunidad. De esta forma, “se se rechazó la modificación planteada por la Comisión Parlamentaria, en la discusión del artículo 15, que presentó una solicitud de enmienda en el sentido de sustituir la frase todos tiene derecho a la vida, por las personas. Sin embargo, dicha enmienda no prosperó en el Pleno del Congreso que retomó el texto original. En consecuencia, el pleno no quiso restringir la aplicación del artículo 15 de la Constitución solamente a las personas. De ello, se puede interpretar que su deseo era extender los alcances de la norma a aquellos a los que en esa época no se les consideraba como persona, es decir al *nasciturus*”²⁶.

Antes estas dos posturas tan separadas, surge por la doctrina una teoría intermedia que trata de solventar esa distancia entre ambas. De esta forma, esta teoría pareciera ir por el

²⁵ Barcia Lehmann, R., op. cit.

²⁶ Barcia Lehmann, *ídem*.

camino de un derecho objetivo, de tal forma que quedaría solventado el problema del cometido de los derechos fundamentales, “*ya que su sustento constitucional estaría en la emanación de un valor objetivo de la CE*”. En conclusión esta teoría indica que el supuesto derecho del *nasciturus* a que no se interrumpa su desarrollo estaría protegido por un derecho objetivo, un derecho constitucional²⁷.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 supra nombrada, después de precisar algunas consideraciones generales sobre el derecho a la vida, entiende que “la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”. Asimismo, el propio Tribunal señala que “esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”, aunque advierte que dicha protección no significa que haya de revestir carácter absoluto, pues, en determinados supuestos puede y debe estar sujeta a limitaciones.

No podemos dejar de resaltar el artículo 29 del Código civil. Este artículo contiene una expresión importante respecto del *nasciturus*: “*para todos los efectos que sean favorables*”. Esto implica la exclusión de los efectos perjudiciales y la facultad general de adquirir derechos aunque puedan pesar cargas y gravámenes sobre los mismos. En el Código civil cuando se mencionan derechos a favor de los concebidos éstos son de carácter patrimonial, inter vivos o mortis causa, y se le atribuyen siempre que se produzca su nacimiento. Por lo que más que la atribución de una titularidad se está produciendo una reserva de la titularidad de estos derechos. Concretamente en el Código Civil se reconoce la posibilidad de realizar donaciones a los concebidos no nacidos (art. 627 del Código Civil), y de nombrarles herederos. Sin embargo, la doctrina

²⁷ Barcia Lehmann, R., op. cit.

amplía el contenido de los efectos, señalando que éstos no se limitan únicamente a la esfera patrimonial sino también a los de carácter personal²⁸.

2.3 El nasciturus y la futura madre.

Es innegable que la situación del *nasciturus*, naturalmente, atañe a otro sujeto como es la futura madre, la persona que lo gesta. En esta situación encontramos un cumulo de intereses que confluyen, algunas veces de forma neutra y otras veces entrando en conflicto. Esta confluencia de intereses tienen como presupuesto dos situaciones:

- en primer lugar, la futura madre, lógicamente, es una persona ya nacida y en edad de reproducción con todos sus derechos como persona, como ser humano,
- en segundo lugar, tenemos al *nasciturus* al cual se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorable, siempre que llegue a nacer, sin embargo, todavía no ha nacido y no goza de los mismos derechos que goza una persona ya nacida.

Esos intereses de la futura madre, en ocasiones, pueden estar en consonancia con sus derechos como persona, esto es, tiene derecho a la vida y tienen derecho a la salud, de tal forma que, en una situación de grave peligro para la salud de la persona gestante en la que se haga necesaria la interrupción del embarazo, se le permite tal práctica²⁹. En este supuesto, los derechos de la madre podrían entrar en conflicto con los derechos del *nasciturus* a nacer, a la vida.

En el Derecho Romano, en el caso de que la madre fuese esclavizada durante el mismo, el feto seguía siendo libre, pero si la mujer era esclava y era liberada, el feto también

²⁸ Lalaguna Domínguez, E., “*El artículo 29 del Código Civil como norma general de protección jurídica del concebido*”, en RJN, nº 39, 2001, pp. 141 y 142; y González Gonzalo, A., “*Comentario al artículo 30 del Código Civil*”, en Comentarios al Código Civil, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Aranzadi, 3a ed., 2009, p. 144.

²⁹ En España actualmente rige un sistema de plazos en los que la Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo establece en qué supuesto y en qué lapso de tiempo es posible la interrupción del embarazo, teniendo en cuenta siempre la situación de la madre y la situación del feto referente a la salud y la vida de ambos, si bien en el caso del *nasciturus* se estudia la viabilidad del mismo fuera del seno materno.

adquiría la condición libre³⁰. De esta forma prima el derecho del comprador, que adquiere tanto a la esclava como su embarazo, pese a que este hubiera sido concebido estando la madre en propiedad de otra persona³¹. La disposición normativa que indica la libertad del feto en caso de que su madre fuera libre en cualquier momento dio lugar a algunos supuestos curiosos. Uno de estos ejemplos viene de la intersección con la norma que establecía que una esclava con tres hijos adquiría inmediatamente la libertad. Esto podía provocar dudas en caso de que la esclava hubiera tenido dos veces gemelos o un hijo y luego trillizos. La legislación, en este caso, establece que solo el último hijo en salir del vientre materno es libre, ya que considera que la mujer sería libre solo a partir de haber parido el tercer hijo, no contando la mera concepción en este caso³².

Esta endeble relación legal de la madre con sus hijos contrasta ferozmente con la gran presión social y religiosa que existía sobre el deber de tener hijos para la mujer, no solo dentro de la familia, donde los descendientes afirmarían su posición dentro del matrimonio, sino también de cara a sus obligaciones cívicas con el Estado. La relación entre la guerra y el parto, como obligaciones masculina y femenina, se hace presente en todo el mundo antiguo, y Roma no era una excepción³³.

Dicho lo anterior, *“De hecho, en las leyes augusteas sobre el matrimonio, con una fuerte carga de propaganda sobre la recuperación de la moralidad y el retorno a un pasado dorado, no solo se hace énfasis en el castigo del adulterio o la dignificación del matrimonio, sino también en medidas fuertemente pronatalistas. Así, mediante esta fertilidad abundante se podían conseguir importantes ventajas legales, a través del ius trium liberorum, tanto para el padre como para la madre, que podía conseguir, por ejemplo, la liberación de la tutela. La mujer esclava podía obtener también su libertad a través de la maternidad, reforzando la carga simbólica y social de la misma”*³⁴.

³⁰ Dig. 1.5.5; Inst. Iust. 1.4 citado por González Gutiérrez, P., op. cit.

³¹ González Gutiérrez, P., op. cit.

³² *ibidem*,

³³ Domínguez Arranz, A. *Mujeres en la Antigüedad Clásica: género, poder y conflicto*. Madrid: Sílex, 2010. 264pp. ISBN: 978-84-7737-414-5

³⁴ Barcia Lehmann, R., op. cit.

Así, es importante aquí destacar la *manus maritalis*. La *manus maritalis* es un poder peculiar reconocido al *paterfamilias* sobre una esposa que pasa a ocupar en la nueva familia la posición de hija o de nieta, según que el marido sea o no *paterfamilias*. La mujer *in manu* queda incorporada a una nueva familia agnaticia en condición de *filiafamilias* (si se había casado con un *pater*) o de nieta (si se había casado con un *filius*). Pierde así su vinculación con la familia originaria y aporta todo su patrimonio a la nueva familia. La *conventio in manum* no era por tanto más que un negocio jurídico de traspaso de la mujer de una familia a otra. Destacamos en este punto la de doble sumisión, como esposa-hija o como esposa-nieta³⁵.

De esta forma, en cierta medida la protección del *nasciturus* tenía mas relevancia con la *autoritas* del *paterfamilia* que con la misma madre³⁶.

2.4.- Derechos sucesorios del *nasciturus* y del hijo póstumo.

Para determinar si el *nasciturus* tiene derechos sucesorios o no, debemos partir del ya citado artículo 29 del Código Civil. En este artículo se determina que al *nasciturus* se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorable, por lo que, en un primer momento podríamos decir que si tiene derechos sucesorios.

Cuando un concebido no nacido es llamado a heredar, el resto de herederos no pueden poseer el patrimonio heredado, obviando al *nasciturus*. Por ello, se establecen dos medidas urgentes: asegurarse de la existencia del *nasciturus* y de que el nacimiento se produzca y sus derechos las medias de división de la herencia administrando los bienes consecuentemente³⁷. De esta forma, parte de la doctrina entiende que no existe la delación en favor del *nasciturus*, y que el llamamiento al concebido no nacido integra

³⁵Volterra, E. "La conventio in manum e il matrimonio romano". *Risg*, 12 (1968) 211-215

³⁶ Núñez Paz, M.I. *Auctoritas y mujeres romanas ¿Ejercicio o sumisión?*, *Arenal*, 22:2; julio-diciembre 2015, 347-387

³⁷ Arroyo Amayuelas, E. *La protección al concebido en el Código Civil*, ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 135.

por si mismo la suspensión de las delaciones incoamptibels con la futura delación a favor del concebido³⁸. También hay un sector de la doctrina que entiende que hay una delación condicional³⁹. Y en último lugar, otro sector de la doctrina considera que hay una delación sometida a condición resolutoria⁴⁰.

Conforme al artículo 959 del Código Civil, la futura madre que ha enviudado deberá comunicar el embarazo en el momento en el que crea que ya existe tal condición y no cuando el embarazo sea notorio. Tiene el deber de comunicar o informar a todo aquel interesado, esto incluye a quien tiene expectativas de heredar y a quien simplemente tiene interés por motivos técnicos como pueden ser los albaceas y los contadores-partidores⁴¹. Este deber de informar se puede evitar si el testador ha dejado constancia de que ese embarazo existe, conforme a lo dispuesto en el art 963 del Código Civil.

De esta forma, el legislador ha querido evitar que se consoliden los derechos sucesorio cuando entre los llamados a herederas existe un *nasciturus*⁴². Se pretende así, una indivisión transitoria de la masa hereditaria, condicionada siempre a que el nascituru nazca con vida o se interrumpa el embarazo, sin embargo, esto se produciría únicamente cuando haya más llamados a suceder además del concebido no nacido⁴³. Dichas medidas se encuentran en los artículos 965, 966 y 967 del Código Civil.

El Código Civil, sabedor de la situación de incertidumbre, preceptúa el nombramiento de un administrador encargado de la realización de las tareas como actos que no admiten retraso sin perjuicio, por ejemplo los que procuren la productividad del

³⁸ Royo Martínez, M., Exposición Elemental de Derecho Civil español, Edelce, Sevilla, 1951, pp. 46-47.

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

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

⁴¹ Manresa y Navarro, J.M., Comentarios al Código Civil Español, Tomo I, Instituto Editorial Reus, 6o edición, Madrid, 1943, p. 207 citado por Arroyo Amayuelas, E. La protección al concebido en el Código Civil, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992,

⁴² Alonso Pérez, M., op. cit.

⁴³ García Goyena, F., Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, Imprenta de la Biblioteca de jurisprudencia, Madrid, 1879 Apéndice 13, p.473.

patrimonio y los correspondientes a la defensa contenciosa o no del caudal. No son funciones de representaciones sino que son temporales para conservar y gestionar el caudal⁴⁴.

En el Derecho Romano, había una amplísima normativa sobre los casos de los hijos póstumos y su derecho a herencia, que adquiriría en el momento de su concepción.⁴⁵ Si nacía un hijo posterior a la muerte de su padre y no era nombrado en el testamento este se anularía, aunque esta anulación no sería válida en caso de que hubiera un aborto y el niño no llegara a nacer, o si se desheredara expresamente a cualquier póstumo que pudiera nacer⁴⁶. Aún así, no parece que haya una legislación clara a la que pueda acogerse y los casos de condenas que se encuentran en las fuentes resultan, en muchas ocasiones, exageraciones retóricas o recursos oratorios⁴⁷.

Robbe señala que *“la capacidad sucesoria del póstumo era reconocida desde las XII Tablas, ya que ésta era la disposición que regulaba la capacidad de éste para suceder ab intestato en general. Así, refiriéndose a la capacidad sucesoria del hijo póstumo, se ha afirmado que éste adquiriría la citada capacidad en el momento de la concepción, debiendo ser admitido de forma bastante rápida por el ius civile para impedir la extinción del culto doméstico y para excluir a los agnados de la sucesión legítima del paterfamilias”*. El póstumo sería entendido como el continuador de la personalidad del difunto⁴⁸.

Dentro de este apartado cabe especial mención a la sustitución fideicomisaria pues el hijo póstumo estaba incapacitado para heredar, por lo que la figura de la sustitución fideicomisaria era especialmente relevante para el mismo. La sustitución fideicomisaria

⁴⁴ Arroyo Amayuelas, E., op. cit.

⁴⁵ González Gutiérrez, P., op. cit.

⁴⁶ Cod. Iust. 3.28.30.1; 6.12.2; 6.36.1.

⁴⁷ Cic. Clu. 11-12.

⁴⁸ Robbe, I., *Postumi nella successione testamentaria romana*, Roma, 1937, p. 32. citado por Polo Arévalo, E. M., *Origen y significado del principio conceptos pro iam nato habertus en Derecho Romano y su recepción en Derecho Histórico español y en el vigente Código Civil*, AFDUDC, 11, 2007, 719-739

queda regulada en el artículo 781 del Código Civil. En la sustitución fideicomisaria se impone al heredero una carga que consiste en que transmita lo heredado, en todo o en parte, a un tercero. Es válida si las terceras personas están vivas al tiempo del fallecimiento del testador. El precepto prescribe la necesidad de que estas personas sean familiares de segundo grado del testador, sin embargo, esto no se ha entendido así por la jurisprudencia, que establece que la segunda sustitución no consiste en que las personas se limiten al ámbito familiar, sino que no se pueden dar dos llamamientos a favor de personas que no estén vivas a la muerte del causante de la herencia⁴⁹.

De esta forma, en el Derecho Romano, la tesis más generalizada (con base en las fuentes) encuentra el origen del fideicomiso en las primeras exigencias de testamentifacio pasiva o testamentifacción pasiva (capacidad para heredar), por considerar que con anterioridad hubiera sido completamente inútil su existencia⁵⁰.

2.5.- Convenios intencionales sobre la protección del nasciturus.

Lo acordado en estos convenios internacionales es realmente relevante por el hecho de que confluyen las ideas de varios países con la intención de llegara un pacto o a una idea común. De esta forma, en el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidad en 16 de diciembre de 1966, se señala de forma literal que *“El derecho a al vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podría ser privado de la vida arbitrariamente”*. De esta afirmación, Casabona nos dice que se pueden sustraer algunas conclusiones. En primer lugar, el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles garantiza el derecho a la vida frente a los Estados, así, agrega Barcia Lehmann que, no solo se garantiza frente a los Estados, sino también frente a los particulares. En segundo lugar, en la aprobación del referido pacto fracasó el intento de introducir una cláusula que tutelara el derecho del el momento de la concepción, y tercer y último lugar, el

⁴⁹ Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2010.

⁵⁰ Aznar Domingo, A., *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1.999, pág. 18.

propio pacto excluye la pena de muerte para las condenas que estuvieran en estado de ingravidez lo que de alguna forma vendría a reconocer los derechos del *nasciturus*⁵¹

En el ámbito Europeo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, que se aprobó en 1950 por el Consejo de Europa, también hace mención a esta situación. De esta forma, en el artículo 2.1 se señala que el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley, lo que dio lugar a que se presentaran algunas demandas contra legislaciones en materia de aborto en Noruega y Austria. Así, en palabras de Barcia Lehmann, *“Tanto la Comisión, como el Tribunal tienen una tendencia a interpretar restrictiva entre el artículo 2.1 de la Convención y dejar en libertad a los Derechos internos en esta materia, así en los hechos estos organismo no reconocen el derecho a la vida del nasciturus. Pero esta interpretación está en evidente contradicción con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales. A su vez, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales coincide con el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, en el sentido de indicar en el párrafo 5 del referido artículo que la pena de muerte no será impuesta a la mujer embarazada. Por otro lado, en la Declaración Internacional de los Derechos del Niño, se proclama la protección del menor en los siguientes términos: “El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberá proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal”*. A pesar que en la última parte de la norma transcrita pareciera entender el ámbito de protección al *nasciturus*, se señala que al tratarse de una mera declaración de derechos, dicha norma no vincula a los Estados firmantes. Sin embargo, ello es verdad solo en parte, ya que si suponemos que en el Derecho español existe un vacío de ley en esta materia, entonces debemos integrar la ley y la ley se integra a través de la analogía o los principios generales del Derecho. De esta forma, si aplicamos la analogía extenderemos el ámbito de la tutela del menos al *nasciturus* y si aplicamos los principios generales del ordenamiento jurídico español es obligatorio la aplicación de la Declaración de los

⁵¹ Romero Casabona, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 89.

Derechos del Niño, que integran en dicho ordenamiento una protección amplia del menor extendiéndola a la concepción de acuerdo a la norma transcrita”⁵².

En el contexto americano es de resaltar el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, acordada por la Organización de Estados Americanos del 22 de noviembre de 1969, que declara de forma expresa que “*Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, general a partir del momento de la concepción. Nadie podría ser privado de la vida arbitrariamente*”⁵³. Aunque pareciera que la nombrada convención reconozca a el derecho a la vida del *nasciturus* utiliza antes de supuestamente reconocer ese derechos a la vida la expresión “en general”, lo que da lugar a establecer excepciones. Sin embargo, esas expresiones deben establecerse de forma expresa pues la regla general es que se protege desde el momento de la concepción. Dichas excepciones incluso deberán tener rango constitucional dado el importante alcance de la misma⁵⁴.

En el ámbito de las Naciones Unidas el debate en la Convención sobre los Derechos del Niño la discusión se centraba en dos principales posturas de acuerdo con la aceptación del aborto o no. De esta forma, el primer grupo de países, los cuales aceptaban el aborto, siendo los más desarrollados no estaban de acuerdo en otorgarle derechos al *nasciturus*, en cambio, el segundo grupo de países, menos desarrollados, si estaba de acuerdo en otorgarle derechos al *nasciturus*, sin embargo, no aceptaban el aborto en sus legislaciones. Ante este revuelo y la amenazada de retiro de los países mas desarrollados se desechó la idea de otorgarle derechos al *nasciturus*⁵⁵.

3.- Nuevas ideas de reproducción. La maternidad subrogada y la ectogénesis.

⁵² Barcia Lehmann, R. op. cit. Pág 20.

⁵³ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José), disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

⁵⁴ Barcia Lehmann, R., op. cit. Pág 19.

⁵⁵ Barcia Lehmann, R., op. cit. Pág 21

Con el avance de la ciencia, la creación de la vida deja de ser un tema teológico y empieza a tornarse como una realidad susceptible de investigación. Tanto es así que no solo se han encontrado formulas para “ser madre sin gestar” como la más llamada mantenido subrogada, sino también la creación de un útero artificial, extracorpóreo, como ocurre con la ectogénesis.

En el Derecho Romano, la cesión del vientre o *cessio ventris* con consentimiento válido de la mujer tiene lugar entre finales de la República y el Alto Imperio. De esta forma, dada la importancia de la fertilidad y del vientre femenino surgieron diferentes formas de tener descendencia, dentro de ellas hablamos de la *cessio ventris*. En palabras de Núñez Paz, “*La cesión del vientre se debe a un acuerdo de cesión gratuita, que responde a la finalidad de establecer alianzas familiares, en aras del officium amicitiae, de tal modo que la gratuidad o altruismo es un elemento esencial. La mujer, sujeto activo de la cesión, y con plena capacidad jurídica manifiesta su voluntad, es decir, la cesión no se produce si ella no consiente en la entrega*”. Este negocio jurídico fue posible cuando el matrimonio y el divorcio eran absolutamente libres, y cuando las mujeres eran autónomas a la hora de otorgar su consentimiento matrimonial (*affectio maritalis*) o de cesar en ese consentimiento divorciándose libremente. De esta forma, de un lado tenemos a la madre gestante y por el otro lado, la madre comitente. La madre gestante se ofrece como tal para que otra mujer sea madre y la madre comitente acepta como suyos los hijos que ha gestado y parido la madre gestante, por lo que, cuando la madre comitente acoge, la madre gestante pasa a ser madre "*caducaria*" o madre usurpada. Lo relevante aquí es, además del consentimiento de la mujer gestante, que la filiación la determina el padre y se presume que son hijos de su mujer porque existe matrimonio con el padre que ejerce la patria potestad, por lo que la mayoría de los casos de *cessio ventris* se producían en el matrimonio, esto es, una mujer casada y fértil cesa en su matrimonio y se casa con otro hombre que a su vez también se ha divorciado para darle hijos, así, posteriormente este segundo hombre regresa con su esposa que se convierte en madre comitente y la madre gestante refresca también a su matrimonio⁵⁶.

⁵⁶ Núñez Paz, M.I. op. cit. Pp 17-22

Actualmente, la maternidad subrogada o la cesión del vientre se encuentra en un gran debate, tanto ético-moral como jurídico. De esta forma, el debate se ha trasladado a esferas tan importantes como la Organización de las Naciones Unidas o diversos Convenios Internacionales dada la importancia tanto de la mujer gestante como del *nasciturus* pues se le espera que nazca y se le debe brindar protección.

La gestación subrogada se da cuando una mujer se presta a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad. Existen muchas modalidades para llevarla a cabo, en función de todas las variables que entran en juego. Lo que tienen en común todas las modalidades de gestación subrogada es la voluntad de privar de la condición de madre a quien ha dado a luz a un niño y atribuirle a otra u otras personas. Entre todas las variables que entran en juego en esta práctica cabe destacar el origen de la dotación genética del niño, el nivel de conocimiento y libertad de la gestante, la protección legal del menor y del proceso y la contraprestación o no a la mujer gestante.⁵⁷

1. El origen de la dotación genética del niño. El niño puede tener como padres genéticos o biológico al hombre y a la mujer comitentes de la gestación subrogada; al comitente y a la mujer gestante; al comitente y a una donante del óvulo; a un donante de esperma y a la comitente; a un donante de esperma y a la mujer gestante; y a un donante de esperma y a una donante de óvulo. Cada una de estas combinaciones puede estar motivada por distintas razones y repercutirá de manera distinta en el hijo en función, sobre todo, de que se establezca o no el anonimato sobre los donantes de los gametos. Obviamente, en el momento en que se puedan crear y utilizar gametos inducidos a partir de reprogramación celular (obtenidos “artificialmente”) para la reproducción, se incrementarán las posibles combinaciones de la carga genética de los niños.⁵⁸

⁵⁷ Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada disponible en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

⁵⁸ Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada op. cit.

2. El nivel de conocimiento y libertad de la gestante. Aunque pareciera que la mujer gestante ha consentido serlo, debemos tener en cuenta las causas socioeconómicas que le rodean, pues podría quedar al descubierto que dicho consentimiento se hace por necesidad. Así, también es relevante el nivel de conocimiento sobre todo el proceso de la gestante derivado de las inexistentes garantías legales que de muchos países.

3. La protección legal del menor y del proceso. De esta forma, como indica el Comité de Bioética de España, existen países donde no hay regulación, también existen países donde se ha regulado pero no se garantiza el cumplimiento de la normativa y países donde no hay nada regulado. Aquí lo relevante es cuando existe maternidad subrogada internacional, donde confluyen diferentes legislaciones y donde los efectos de esa subrogación tiene consecuencias en la filiación y protección del menor.

4. La contraprestación o no a la mujer gestante. Así, si esta “técnica reproductiva” no se realiza de forma altruista estaríamos hablando de una mercantilización de la mujer que, de hecho, ya se produce, existiendo así “las granjas de mujeres gestantes”⁵⁹.

Como bien enuncia el Comité, y dejando entrever mi opinión al respecto, las expresiones como “vientre de alquiler” o “maternidad por sustitución” son solo eufemismos para referirse al alquiler de una mujer para que gaste un embrión, pues no se trata de un vientre de alquiler, sino del alquiler de una mujer, pues se está contratado a una persona para que gaste. De esta forma, “tampoco parece correcto hablar de “maternidad por sustitución” ya que desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible: o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante).

Dentro de estas nuevas ideas o técnicas de reproducción, cabe especial mención a la ectogénesis. Esta nueva técnica de reproducción trata de sustituir el útero biológico por un útero artificial, por lo que, ya no es que sea una persona la que gesta para otra, como ocurre en la maternidad subrogada, sino que no hay presencia alguna de una persona

⁵⁹ *ibidem*

gestante. De esta forma, este proceso se inicia con la fecundación in vitro y posteriormente dicho cigoto es implantado en un útero artificial, fruto de la tecnología⁶⁰. La ectogénesis, así, es la primera técnica que separa la reproducción humana del propio cuerpo humano. Sin embargo, no solo esta pensada para la gestación completa del feto, es más, en un principio no se pensó para ello sino para aquellos nacimientos prematuros donde se hace necesario la permanencia del bebé en un útero, sustituyendo así la incubadoras como método novedoso y mas semejante al útero biológico.

Actualmente aún se encuentra en debate la mal llamada maternidad subrogada, por lo que, la ectogénesis se presentaría como una solución a la misma. De esta forma, el feto se desarrollaría en un útero artificial y no seria necesario alquilar a una mujer gestante, acabándose así con la mercantilización de las mujeres y toda la problemática que, lógicamente, genera esta práctica⁶¹.

De esta forma, quienes investigan sobre la materia, defienden que su realización supondrá poder ofrecer mayor seguridad para el buen crecimiento del feto evitando riesgos y malformaciones, ya que en todo momento estará controlado y se le realizarán exhaustivos controles de salud. Ya sea desde el primer momento de la gestación o tras un nacimiento prematuro. Además supondría acabar con los riesgos que conlleva un embarazo y un parto. Algunos van más allá y creen que esta nueva técnica permitirá poner fin al parto con dolor y que supondrá un avance importante para la igualdad entre hombres y mujeres y para la libertad del género femenino, ya que la mujer podrá decidir libremente si tener hijos o no mediante un embarazo⁶².

En una posición contrapuesta, lo que más preocupa es la falta de vínculo físico y biológico del feto con un humano, con la madre, la persona gestante, como bien dice Henrique Atlan “*En mi opinión, la gran cuestión que planteará el útero artificial será la*

⁶⁰ Mariel Lovat, A., *Ectogénesis y criogenización humana. Desde la el inicio del ser hasta su reanimación tras la muerte. Principios éticos y criterios de convergencia*. Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado. Año IV, N°1, 2016 ISSN: 2347-0151

⁶¹ De las Casas León, M. E., op. cit.

⁶² Ramos, V., *Ectogénesis; bebés que no necesitan un útero para nacer*, disponible en <https://www.eulixe.com/articulos/ciencia/ectogenesis-bebes-necesitan-utero-nacer/20190621085120015190.html>

de la relación entre los adultos y los niños. La desaparición del vínculo carnal entre la madre y el bebé corre el riesgo de reforzar una forma de egoísmo de los adultos y conducir a unas actitudes de abandono de los niños, incluso a su instrumentalización”⁶³.

De esta forma, y dentro de la modalidad de ectogénesis mas extensa, esto es, donde todo el proceso gestante se realiza en un útero artificial, surge diferentes cuestiones como si se considera nacimiento el final del proceso. En este caso, la profesora De las Casas León nos dice *“Y entrecorrimos el término “nacimiento” porque sería el punto desde donde tendríamos que comenzar a abordar las complicaciones que tendríamos que afrontar. Si consultamos el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “nacer” proviene del latín “nascere”. La primera acepción sería: “Dicho de un ser vivo. Salir del vientre materno, del huevo o de la semilla.” Desde el punto de vista lingüístico, deberíamos dejar de emplear este vocablo implicaría “dicho de una raíz o semilla”. Quizás nos valdría esta definición...”⁶⁴.*

Aunque pareciera que esta técnica reproductiva, o “proceso artificial gestante”, podría dar solución a los vientres de alquiler, o mejor dicho “madres de alquiler”, consideramos que separar una de las etapas del ciclo de la vida como es la reproducción del propio individuo, de la propia vida, sería vaciar de contenido la propia esencia de la vida, pues la reproducción humana debe estar en consonancia con la propia naturaleza y debe existir vínculo entre feto y mujer, creándose, por tanto, una instrumentalización del bebé y de la propia reproducción. Dicho esto, aunque se trate de un progreso tecnológico totalmente admirable, el debate ético y jurídico no debería tener mayor alcance que el de un mero avance tecnológico, pues esta práctica no tiene cabida, en absoluto, en la legislación y en la reproducción humana.

3.- Conclusiones.

⁶³ Atlan, H., *L'Utérus artificiel*, ed. Seuil 2005 visto en Ramos, V op. cit.

⁶⁴ De las Casas Leon, M. E., op. cit.

La figura del *nasciturus* ha sido una figura controvertida en cuanto a la valoración de su existencia, y por ende, a sus derechos. De esta forma, este debate ha sido uno de los primeros debates conocido por nosotros en el Grado en Derecho, por lo que evidencia la importancia y la perpetuidad del mismo. Así, en el Derecho Romano ya se discutía, como hemos visto, si el concebido no nacido existía como realidad propia o como entraña de su madre. De esta forma, ya desde esos tiempos se le empezó a proveer de derechos, pues era lógico darse cuenta que el *nasciturus* era el inicio de la vida.

Como se ha evidenciado a lo largo del Trabajo, la realidad del *nasciturus* ha sido discutida desde tiempos inmemorables, y debemos, así, destacar la época romana, donde la discusión no escapaba del alcance de los juristas de la época y donde el análisis y la incansable búsqueda de soluciones fueron tan extraordinarias que en el día de hoy aún perviven en nuestra legislación.

Actualmente las posturas se inclinan hacia un derecho objetivo a la vida del *nasciturus*, como valor constitucional, si bien con limitaciones, como puede ser las establecidas en la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Esta postura, en nuestra opinión, podría ser la más acertada pues da solución tanto a la situación del concebido no nacido como a la situación de la mujer como ser biológicamente preparado para gestar. Así, dicha ley, en cuanto a la interrupción voluntaria del embarazo, se rige por plazos y circunstancias tanto de la mujer como del feto, y consideramos que perfectamente se adapta al momento y a los hechos.

Dada esta postura, creemos conveniente introducir en el debate una idea fruto de las conclusiones extraídas durante la realización de este nuestro Trabajo. En este sentido, consideramos la existencia de “la personalidad jurídica *sui generis* del *nasciturus*”, esto es, una personalidad jurídica propia de esta figura, separada de la que se adquiere al nacer, delimitada por la situación y las circunstancias que rodean a *nasciturus*. Esta idea nos surge pues se ha dotado al *nasciturus* de derechos, siempre condicionado a que

finalmente nazca con vida y con las únicas limitaciones objetivas establecidas en la ley supra citada. Esta personalidad jurídica *sui generis*, en la práctica, no es tan diferente a la de un recién nacido, pues, por ejemplo, este tampoco se vale por si mismo y, además, se le protege como al *nasciturus*. Esta teoría que nos nace no pretendemos que sea la solución absoluta a años de debate, sin embargo, consideramos que alimenta la controversia, lo cual también es importante y necesario para el progreso y el avance de la doctrina de autores.

A pesar de lo anterior, hechos como la “maternidad subrogada” o “mujeres de alquiler” centran el debate ya no en el *nasciturus*, sino en la realidad que lo rodea, en la persona gestante. Dejando ver nuestra opinión en la primera frase de este párrafo, seguimos pensando que esta práctica no se adapta a la evolución del ser humano, pues es casi una forma de esclavitud, al servir con tu cuerpo a otra persona para satisfacer sus intereses, en este caso, reproductivos.

De igual manera, otra de las nuevas técnica reproductivas como la ectogénesis, en su plano más radical como es la realización del proceso en su totalidad, desde la fecundación *in vitro* hasta el “nacimiento”, se torna totalmente ilógico dada la naturaleza del ser humano y su reproducción, además de la instrumentalización de neonato y su mercantilización, como si de un producto de supermercado se tratase.

En conclusión, dada la complejidad de este debate por la realidad tan delicada a la que atañe y la incansable búsqueda de una solución, así como el avance de la tecnología en la propia naturaleza del ser humano en cualquiera de sus etapas, consideramos sumamente importante que se sigan emitiendo opiniones e ideas por los expertos en la materia a fin de preservar nuestra propia esencia como ser natural y evolutivo en si.

Bibliografía.

- Alonso Pérez, M., Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales, dirigidos por Albaladejo, M., Tomo XIII, vol. 2, Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, p.6.
- Arroyo Amayuelas, E. *La protección al concebido en el Código Civil*, ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 135.
- Atlan, H., *L'Utérus artificiel*, ed. Seuil 2005
- Aznar Domingo, A., *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1.999, pág. 18.
- Barcia Lehmann, R., *Derecho a la vida del nasciturus en España*, Ius et Praxis, ISSN 0717-2877, Vol. 6, Nº. 2, 2000, págs. 11-28
- Cicu, A., Albaladejo, M., Valdecasa A.G., Derecho de sucesiones, Parte General, Barcelona, 1964, p. 178.
- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José), disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Domínguez Arranz, A. *Mujeres en la Antigüedad Clásica: genero, poder y conflicto*. Madrid: Sílex, 2010. 264pp. ISBN: 978-84-7737-414-5
- Fernández de Buján, A., Derecho Privado Romano, ed. Iustel, Madrid 2011, pág. 191. citado por De las Casas León, M. E., “*Pasado, presente y futuro de la máxima “Conceptus pro iam nato habertus”*”, Revista General de Derecho Romano, ISSN: 1697-3046, núm. 34, Junio (2020).
- Ferrer, U. «Bases ético-antropológicas de la legislación alemana sobre el embrión», La Humanidad in Vitro, 101, citado por Calvo Mejide A. “*El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*”, Cuad. Bioét. 2004/2a.
- García Goyena, F., Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, Imprenta de la Biblioteca de jurisprudencia, Madrid, 1879 Apéndice 13, p.473.
- Dr. Gino Ríos Patio, Director del Instituto de Investigación Jurídica. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6551329.pdf>

- González Gonzalo. A., “*Comentario al artículo 30 del Código Civil*”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Aranzadi, 3a ed., 2009, p. 144.
- Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.
- Kapparis 2002, 36 y ss. citado por González Gutiérrez, Patricia (2017) *La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia*, en *Gerión* 35/1, 99-116.
- Lalaguna Domínguez, E., “*El artículo 29 del Código Civil como norma general de protección jurídica del concebido*”, en *RJN*, nº 39, 2001, pp. 141 y 142
- López Moratalla, N. «*FIV y Deficiencias en la Relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo*». *La Humanidad In Vitro*, Comares, Granada, 2002, 129 ss.
- Lucas Lucas, R. *Antropología y Problemas Bioéticos*, BAC, Madrid, 2001, 16-17, citado por Calvo Mejide A. “*El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*”, *Cuad. Bioét.* 2004/2a.
- Manresa y Navarro, J.M., *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo I, Instituto Editorial Reus, 6a edición, Madrid, 1943, p. 207
- Mariel Lovat, A., *Ectogénesis y criogenización humana. Desde la el inicio del ser hasta su reanimación tras la muerte. Principios éticos y criterios de convergencia*. *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*. Año IV, N°1, 2016 ISSN: 2347-0151
- Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019 pág. 32.
- Núñez Paz, M.I. *Auctoritas y mujeres romanas ¿Ejercicio o sumisión?*, *Arenal*, 22:2; julio-diciembre 2015, 347-387
- Petit, E., *Tratado Elemental de Derecho Romano*, ed. Porrúa, México, 2007.
- Polo Arévalo, E. M., *Origen y significado del principio conceptos pro iam nato habertus en Derecho Romano y su recepción en Derecho Histórico español y en el vigente Código Civil*, *AFDUDC*, 11, 2007, 719-739

- Ramos, V., *Ectogénesis; bebés que no necesitan un útero para nacer*, disponible en <https://www.eulixe.com/articulo/ciencia/ectogenesis-bebes-necesitan-utero-nacer/20190621085120015190.html>
- Robbe, I., *Postumi nella successione testamentaria romana*, Roma, 1937, p. 32.
- Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E., Boldova Pasamar M.A., *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. Comares, Granada 2016, pág. 7.
- Romero Casabona, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 89.
- Royo Martínez, M., *Exposición Elemental de Derecho Civil español*, Edelce, Sevilla, 1951, pp. 46-47.
- Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2010.
- Volterra E. “La conventio in manum e il matrimonio romano”. *Risg*, 12 (1968) 211-215

Legislación.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 16 de diciembre de 1966.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales

Fuentes.

- Digesto 50,16,231
- Paulo D. 1,5,7
- Juliano D.1,5,26
- Modestio 1.5.7; 50.16.129
- Digesto 1.5.5
- Cod. Iust. 3.28.30.1; 6.12.2; 6.36.1.