

TEMA DE ESTUDIO: EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA: ETICA Y DERECHO

LA PERSONA DEL CONCEBIDO

Pilar Estellés.

Prof. Ayudante de Derecho Romano.

Universidad de Valencia.

1. EL CONCEBIDO: SUJETO DE DERECHO

La problemática en torno al concebido tiene su causa en la discusión doctrinal sobre si éste es sujeto de derechos. Por ello es preciso determinar quienes (qué seres o entes) pueden ser sujetos de un derecho. Porque la subjetividad jurídica -el "ser sujeto"- no es mero resultado de tener atribuido un derecho, sino también su antecedente. El titular es, ciertamente, sujeto de aquel derecho, pero para poder serlo, ha de ser precedentemente, sujeto de derechos; o lo que es lo mismo, ha de ser *persona*.¹

Para el Derecho, salvo las personas -incluidas las jurídicas- que son los únicos posibles sujetos de derechos, los demás entes tienen la consideración de objetos; son por tanto, medios o instrumentos ordenados a la satisfacción de necesidades e intereses humanos². Por ello, respecto al concebido no es posible mantener una posición intermedia en

el sentido de no considerarlo un objeto, aunque sin reconocerle la cualidad de sujeto³.

En primer lugar, se puede afirmar que el feto no es parte de la madre (*pars viscerum matris*)⁴. No es una masa informe de protoplasma, sino un individuo distinto de sus padres, con un código genético propio⁵. Es, además, humano, porque proviene de la unión de dos gametos humanos. Y está vivo⁶.

En nuestro ordenamiento, suprimidas la esclavitud y la muerte civil, la calidad de ser humano asume inmediatamente la de persona, y en consecuencia la de sujeto. Por su mera condición de ser humano, es por lo que el Derecho natural y el positivo le consideran con capacidad para servir de soporte a derechos y obligaciones⁷.

2. PROBLEMÁTICA EN TORNO AL CONCEPTO DE PERSONA. PERSONA VERSUS PERSONALIDAD.

Al hablar, entre otros, del derecho a la vida se plantea la cuestión de quién es el sujeto titular de ese derecho. Es una constante a lo largo de la historia del Derecho, que ese sujeto es la persona. De eso no hay duda y así aparece recogido en todos los ordenamientos positivos. Pero la determinación de quién es persona ha suscitado polémicas en muy diversos sectores doctrinales.

Hoy en día nadie duda que todos los seres humanos somos *personas*, es decir, sujetos portadores de valores que la organización social ha de reconocer y respetar, y especialmente el Estado como expresión del grupo social organizado. La idea de que todo ser humano es persona, por encima e incluso antes que la colectividad organizada, constituye el eje del Derecho civil y del Derecho en general.

El hombre, el ser humano vivo, es persona fuera del Derecho, pero *también* es persona para el Derecho positivo. El valor natural que se llama personalidad está en el hombre independientemente de todo orden jurídico; en el orden jurídico se traduce en personalidad jurídica. Por ello, el hombre conserva su valor -que es un valor particular correspondiente a la particular dignidad del hombre-, a la autonomía de su fin individual, a su libertad-, y lo conserva también en el orden actual del Derecho positivo⁹.

Pero ¿Cómo y cuánto se realiza aquel respeto del dato de valor humano que el Derecho positivo encuentra preconstituido aparte de él mismo?, ¿Cómo y cuánto es persona el hombre en el ordenamiento positivo?

El concepto de persona no es unitario sino que admite varias construcciones. Determinar lo que se entiende por persona es crucial en orden a la correcta resolución del tema que tratamos.

Son personas, en primer lugar y por antonomasia, todos los seres humanos, hombres y mujeres, aunque históricamente no siempre ha sido así, sino que se privaba a determinados grupos de seres humanos -los esclavos, en particular- de la posibilidad de ser sujetos de Derecho, es decir, de la cuali-

dad de ser personas jurídicamente.¹⁰ Mas hoy en día, todos los ordenamientos positivos reconocen a la persona como sujeto titular de los derechos y obligaciones a ella reconocidos. Reconocimiento que es unánime respecto del hombre ya nacido, pero que se niega al hombre no nacido pero concebido, al *nasciturus*, a pesar de que en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) se proclame que . Nos encontramos así con que el ordenamiento jurídico niega la personalidad, y con ella la titularidad de derechos y obligaciones al concebido, no porque no se le considere un ser humano sino porque no reúne determinados requisitos exigidos por la norma¹¹.

Al efecto de dilucidar el concepto de *persona* se han construido diversas concepciones entre las que se encuentran la filosófica y la jurídica.

El concepto filosófico es más abarcante, excede del ámbito de lo jurídico, trasciende el reducto de la titularidad jurídica, de esa cualidad personal de sujeto de derechos, para remontarse a lo que es la persona por su misma naturaleza. Por su naturaleza, la persona humana es un *prius* ante el Derecho.¹²

De este modo, las normas jurídicas han de darse y desarrollarse teniendo en cuenta la dignidad del hombre como persona y sus atributos como tal. La existencia de la persona no puede verse condicionada por la norma.¹³

No es posible, dice HERNANDEZ GIL¹⁴, la construcción de una teoría exclusivamente jurídica de la persona. Esta no empieza o es con el Derecho, sino que es anterior al mismo. Las razones que apunta son las siguientes:

1.- Porque lo constitutivo de la persona no es el *hecho de ser*, dato registrable de experiencia, sino el *acto de ser* -la subsistencia-. La persona humana es antes del nacimiento un ser para nacer -realidad existente- y, una vez nacido sólo la muerte interrumpe el proceso incoado desde la generación.

2.- Porque la estructura jurídica no es la estructura básica de la persona.

Es incuestionable que el concepto jurídico de persona -sujeto de derechos y obligaciones- es un concepto instrumental. Como cualquier otro concepto jurídico sirve de vehículo, no es la última instancia.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, para un sector doctrinal, no sería "persona" todo ser humano, sino sólo aquél a quien el ordenamiento jurídico de cada época reconociera tal cualidad otorgándole la personalidad civil. En este sentido, el Derecho objetivo señala los requisitos biológicos en virtud de los cuales un *ser vivo* es un *ser humano*; y en consecuencia, dicho *ser vivo* es *persona*, jurídicamente hablando. A estas personas "jurídicas" el ordenamiento concede la *capacidad jurídica* y la *capacidad de obrar*; por tanto, el concepto de *personalidad jurídica* -abstracción del concepto de persona- es distinto y previo al de *capacidad*, aun cuando por parte de la doctrina y del legislador civil, se identifiquen incorrectamente los conceptos de personalidad y capacidad jurídica¹⁵.

Lo cierto es que se puede ser, como persona, más o menos *capaz*: pero no se puede ser más o menos persona. El ordenamiento jurídico no es quien concede la personalidad, pero sí la capacidad; es por ello, que la personalidad jurídica del hombre no puede más

que ser *reconocida*; la atribución es obra de la misma naturaleza¹⁶.

Por su parte, DORAL opina que la capacidad jurídica, expresión tangible de la personalidad, comienza con la existencia autónoma del feto, porque es entonces cuando el Derecho añade un estatuto jurídico al estatuto ontológico -que es preexistente-, una propiedad o cualidad añadida, la de sujeto de derechos y obligaciones.¹⁷ La personalidad, entendida como capacidad jurídica, no es sino una perfección *añadida* por el Derecho a la persona humana. Haciendo uso de la terminología más común en la doctrina, y utilizando una expresión más gráfica: "Se es persona; se tiene personalidad"¹⁸.

La teoría de la personalidad jurídica procede del Derecho Romano, pero ha pasado al derecho moderno con muy diversa significación. En Roma la personalidad no era un atributo de la naturaleza humana, sino una consecuencia de un *status*, el cual tenía los caracteres de privilegio o concesión de la ley. De aquí la clásica definición: *Persona est homo statu civili praeditus*.¹⁹ Así respecto del concebido, cabe afirmar que es persona aun cuando no tenga la personalidad jurídica que otorga el ordenamiento jurídico y que según expresión del artículo 30 del Código Civil sólo se ostenta a "efectos civiles"²⁰, luego no necesariamente a efectos naturales.

De la lectura de los artículos 29 y 30 del Código Civil se desprende que para el Derecho, no toda persona está dotada de personalidad, sino aquella cuyo nacimiento haya acaecido y cumpla los requisitos exigidos en el art. 30, es decir, sólo se reputará nacido, para los efectos civiles, el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro

horas²¹ enteramente desprendido del seno materno. Sería el nacimiento para la capacidad jurídica, no el nacimiento como persona, como ser humano, que, que duda cabe, se ha producido antes del transcurso del plazo de la veinticuatro horas. no alcanza los requisitos del artículo 30, su personalidad quedará frustrada; no así su condición de persona natural, que la poseyó, pues la tuvo desde que fuera concebido²². La determinación de tales requisitos es una cuestión de Derecho positivo, pudiendo en consecuencia ser regulado de forma diferente en cada uno de ellos; así lo demuestran la Historia y el Derecho comparado.²³

En el pasado, el origen de la personalidad se unió al hecho del nacimiento porque se tropezaba con el inconveniente práctico de no poder, dada la falta de oportunos medios científicos, determinar el momento de la concepción, y porque se entendía que el feto no era más que una prolongación de la madre, o en todo caso, no era un ser biológicamente independiente de la madre. Con razón se puede afirmar que las doctrinas y fórmulas jurídicas, que hicieron coincidir el inicio de la personalidad con el instante del nacimiento o con un plazo de viabilidad contado a partir del alumbramiento, adolecen de lo que hoy podría llamarse "primitivismo óptico". En la actualidad en cambio, cuando los avances técnicos permiten alcanzar la estructura íntima del óvulo fecundado, y el código genético del cigoto, ya no es posible seguir sosteniendo las razones y motivos que antaño hicieron explicable la fijación del origen de la personalidad, que no de la persona, en el instante mágico, pero sin fundamento real, del nacimiento.²⁴

3. EL ORDENAMIENTO JURIDICO PROTECTOR DEL CONCEBIDO

El Derecho Civil es el regulador de la persona tanto física como jurídica, pero no sólo de aquélla desde su nacimiento, sino del ser humano desde su concepción.

Que el artículo 29 C.C. comience diciendo que "el nacimiento determina la personalidad" no puede inducir a error: al Derecho Civil le importa por obvias razones de seguridad jurídica quien puede ser titular de derechos subjetivos y de obligaciones, pero no por ello deja de reconocer las realidades naturales de la vida, porque en palabras de VILADRICH: ²⁵ Admitir lo contrario, nos conduciría al positivismo jurídico más exacerbado.

No ocurre así en nuestro Código Civil, el cual en el Título I, Capítulo II del Libro I referido a las "personas naturales", menciona precisamente al concebido en su artículo 29. Es así como el Código Civil reconoce al concebido, al no nacido, como persona; el reconocimiento de su *personalidad* le vendrá dado por el cumplimiento de determinados requisitos. Es un efecto civil que el ordenamiento jurídico le atribuye a toda persona. Goza, por tanto, el concebido del *favor legis civilis* que se instrumenta de la siguiente manera:

Preceptúa el artículo 29 que el nacimiento determina la personalidad, pero al concebido se le tiene por nacido *para todos los efectos que le sean favorables*, siempre que nazca con las condiciones que se exigen en el artículo 30. ¿Qué quiere decir esto?. En opinión de GARCIA AMIGO, el que al concebido se le tenga por nacido para todos los efectos que le sean favorables, está significando que se le considera capaz, con capacidad jurídica; aun-

que ciertamente condicionada -*conditio iuris* - a que nazca con los requisitos del artículo 30.²⁶ Se retrotraen así los efectos del nacimiento al momento de la concepción: Si el concebido nace en las condiciones del artículo 30.²⁷

Si por virtud del artículo 29, al concebido se le considera capaz, es decir se le otorga personalidad jurídica, capacidad de ser titular de derechos y obligaciones aunque sea de forma condicionada, puede afirmarse que el concebido tiene derecho a la vida, y por tanto a nacer y consolidar con ello su personalidad civil. Estaríamos pues, en este caso, ante una situación jurídica de pendencia, impuesta por la misma ley, cuyo titular preventivo sería el propio *nasciturus*. Dicha titularidad preventiva da, en propio provecho, medios suficientes de intervención e incluso la posibilidad de disposición anticipada de los beneficios eventuales, con el fin de que no que frustren los intereses o se violen los derechos del titular preventivo.²⁸

¿Pero qué se entiende y qué alcance tienen los "efectos favorables"? Por efectos favorables se entiende tanto los derechos, las facultades, como los intereses legítimos que podrían corresponder al concebido en el caso de que su nacimiento ya hubiese tenido lugar. No se refiere únicamente a las herencias a las que pudiera estar llamado, ni tampoco a las demás atribuciones patrimoniales gratuitas (donaciones), sino en general a todos los "efectos favorables". Pues en ningún precepto se dice que la donación y la sucesión *mortis causa* sean los únicos.²⁹

Por su parte, piensan PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, que las situaciones no previstas expresamente deben resolverse por

analogía, y cuando ésta no sea suficiente se deberá considerar que el efecto jurídico se produce inmediatamente a favor del concebido, resolviéndose si no llega a nacer legalmente, ya que esta solución está más en armonía con el texto legal que dice "el concebido se tiene por nacido", que la solución opuesta consistente en suspender el efecto hasta el nacimiento.³⁰

Por todo lo expuesto, entendemos que si al concebido "se le tiene por nacido" en todo aquello que pueda favorecerle, lo más beneficioso para él es el reconocimiento de su derecho a vivir, y por tanto a nacer; porque, que duda cabe, que si el derecho a la vida es el más esencial de todos los derechos que puedan corresponder a la persona, fundamento y asiento de todos los demás, no tiene sentido que se niegue para los *nascituri* y sin embargo, a éstos mismos, se les reconozcan derechos patrimoniales. Por ello, y en palabras de VALLET DE GOYTISOLO, "sería contradictorio que el concebido no deba ser preterido en caso alguno y sí pueda ser suprimido, aunque tan sólo sea en algunos casos".³¹

(Comunicación presentada en las I Jornadas de la Comisión de Farmacia de la AEPI)

Referencias Bibliográficas

1 LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, "Elementos de Derecho civil", vol. II, Personas. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 9.

2 LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, "Elementos de Derecho civil", vol. II, Personas. cit., pág. 10, quien citando a LEGAZ LACAMBRA afirma que «el concepto de sujeto debe interpretarse, no en el sentido lógico-gramatical de opuesto a predicado, sino en el senti-

do propiamente ético de lo contrapuesto a objeto; es decir, como aquello que, a diferencia de éste, no posee una mera utilidad ni un precio, sino una dignidad; el objeto es un medio, el sujeto un fin al cual se ordena todo medio, todo objeto».

3 Desde el punto de vista antropológico, el concebido es alguien. No un qué, sino un quién, alguien a quien se dice tú, que dirá en su momento, pasado un tiempo, yo.

4 Así se ha pronunciado la Real Academia de Doctores de España en su documento-informe de 25 de abril de 1983. También lo reconocido así el tribunal Constitucional en su Fundamento Jurídico 5º, de la STC 53/1985, de 11 de abril. Y así lo recoge, VALLET DE GOYTISOLO, "Consideraciones jurídicas sobre la proyectada despenalización del aborto" y GARRIDO DE PALMA, "El Derecho Civil, protector del ser humano", en la obra colectiva "En defensa de la vida", ed. Edilibro, Madrid, 1983, pág. 69.

5 Para J. A. USANDIZAGA, "Aborto provocado: opinión de un ginecólogo", en la obra colectiva "En defensa de la vida", ed. Edilibro, Madrid, 1983, pág. 49 «desde el punto de vista biológico, poca duda cabe de la unicidad del desarrollo del ser humano desde el momento de su fecundación. La evolución de la ontogénesis es un proceso continuado que comienza cuando se unen los gametos. En este momento, el nuevo ser ha adquirido un patrimonio genético, un código genético que es independiente del de su padre y del de su madre, del que depende su individualidad humana, que es propio e inseparable del nuevo ser. Cada ser concebido es único e irrepetible. Como dice Lejeune, la vida tiene una historia muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso».

6 ZAMORANO, VELAYOS, REINOSO, "El comienzo de la vida humana", en la obra colectiva "En defensa de la vida", ed. Edilibro, Madrid, 1983, pág. 23 y s.s.

7 LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, "Elementos de Derecho civil", vol. II, Personas, cit., págs. 9-10.

8 MONTES PENADES, V. L., en la obra colectiva "Derecho civil. Parte general". Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 17.

9 DE CUPIS, A., "La persona humana en el derecho privado". R.D.P. 1957, pág. 864.

10 LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, "Elementos de Derecho civil", vol. II, Personas, cit., pág. 7.

11 En este sentido LACRUZ BERDEJO ponía de manifiesto que en los conceptos jurídico formales contenidos en el derecho positivo, si sólo se mira lo que está consignado en los Códigos, únicamente constituyen realidades de carácter jurídico-formal o jurídico-positiva, es decir, «de algo organizado y estructurado por la ley estatal, que lo ha hecho así y podría haberlo hecho [aunque muchas veces no debería hacerlo] al contrario (la ley - dicen los ingleses- lo puede todo [aunque no todo lo que diga la ley sea derecho, en el genuino y auténtico sentido de esta palabra], menos hacer a un hombre mujer. No estamos en el terreno de lo útil, lo justo, lo razonable o lo conveniente, sino de las disposiciones publicadas en la Gaceta, que pueden ser todo esto o no serlo, y que son las que, al arbitrio del legislador, conceden o quitan la personalidad, que en Roma no tenían los esclavos y ni siquiera los hijos de familia o la mujer sometida a la potestad del marido. De igual modo calificar de homicidio el acto de quitar la vida a un hombre y de aborto el de quitarla a un concebido, es una convención terminológica basada en la evidente diferencia de circunstancias accidentales entre uno y otro caso. Querer sacar, entonces, consecuencias en cuanto a valores éticos y derechos naturales de la persona, de la situación de ésta en la legislación positiva, sería empresa vana. A nadie se le ocurrirá decir que la esclavitud sea buena en los países donde la ley la permite y por obra de esa permisón legal, ni tampoco el aborto».

12 DORAL, J. A. "Concepto filosófico y concepto jurídico de persona". Persona y Derecho, vol.II, 1975, pág. 115.

13 DIEZ PICAZO Y GULLON, "Sistema de Derecho Civil", vol. I, Tecnos 1989, pág. 237.

14 HERNANDEZ GIL, "Perspectiva sociológico-jurídica de la persona". Separata, p.12 y prólogo al libro de J. M. PASCUAL QUINTANA, "En torno al concepto del Derecho Civil", Salamanca, 1959, 7 y 9 en J. A. DORAL, "Concepto filosófico y concepto jurídico de persona". Persona y Derecho, vol. II, 1975, pág. 128.

15 GARCIA AMIGO, M. Instituciones de Derecho Civil I. Parte general. Edersa, 1979, pág. 294. De hecho el artículo 32.2 C.c. antes de que fuera suprimido por la Ley 13/1983 incurría en dicha incorrección cuando entendía que determinadas circunstancias, y utilizaba en realidad el término personalidad significando capacidad jurídica.

16 GARCIA AMIGO, M. Instituciones de Derecho Civil I. Parte general. Edersa, 1979, pág. 294. En contra, DE CUPIS, A., "La persona humana en el derecho privado".

R.D.P. 1957, pág. 866. No obstante la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, en su artículo 6º preceptúa: *Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*.

17 DORAL, op. cit. pág. 127.

18 ROMERO COLOMA, A. M. "Los bienes y derechos de la personalidad". Ed trivium, Madrid, pág. 5 y ss.

19 ROMERO COLOMA, A. M. op. cit. pág. 5: Tres estados se distinguían el Derecho Romano: el estado de libertad, el estado de ciudadanía y el estado de familia. Para gozar de plena capacidad jurídica era necesario tener un posición privilegiada en cada uno de estos tres órdenes, es decir, ser libre, ser ciudadano y ser jefe de familia. En nuestro Derecho actual, la personalidad o capacidad jurídica corresponde a todo ser humano, que la adquiere desde el nacimiento, artículo 29 C.c. y la pierde con la muerte -desde ley 13/1983-, artículo 32 C.c.; tiene según MONTES, op. y loc. cit., pág. 142, el mismo contenido para todas las personas y no puede ser objeto de restricción, aunque por nuestra parte pensamos que ello no es así pues se impide su reconocimiento al no nacido.

20 Sobre la polémica de si el feto es o tiene condición de persona, es oportuno en este punto, recordar la distinción de personeidad y personalidad que hace el pensador y filósofo Zubiri al resaltar que para configurar su personalidad, el ser humano necesita la cooperación de las demás personas; no así para estar dotado de personeidad. XABIER ZUBIRI, "El hombre y Dios", Alianza Editorial, Madrid, 1984, citado por G. HERNANDEZ RODRIGUEZ, "El aborto en España. Análisis de un proceso socio-político". Universidad pontificia de Comillas, Madrid, 1992. pág. 155.

21 GARCIA CANTERO, se cuestiona sobre la constitucionalidad del plazo de veinticuatro horas exigido por el art. 30 C.C. "¿Derecho al aborto? ¿Derecho a nacer!.

Sillar, 1982, pág. 24 y formula los siguientes interrogantes: ¿Cuál es la condición jurídica del nacido vivo mientras no transcurre el citado plazo de 24 horas, si por una causa extrínseca falleciera?. ¿Quién le representaría ante la Administración o ante los Tribunales por ej. si se produjera su abandono?. ¿Sostendría alguien que carece del derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución?. Igualmente J. A. DORAL, op. y loc. cit., pág. 117, entiende que el plazo de 24 horas no es ni presunción iuris et de iure, ni conditio iuris sino residuo histórico. El plazo es a lo sumo expresivo de una continuidad jurídica, concomitante al proceso vital que se inicia con la generación y del que el nacimiento es una fase.

22 DE DIEGO LORA, C., "La despenalización del aborto". Persona y Derecho, nº 10, 1983, pág. 410.

23 GARCIA AMIGO, op. cit. pág. 318.

24 VILADRICH, P. J. "Aborto y sociedad permisiva". Persona y Derecho, Volumen II, 1975, pág. 153-154.

25 VILADRICH, op. cit. pág. 152.

26 GARCIA AMIGO, op. cit. pág. 326.

27 DIEZ PICAZO, L. op. cit. pág. 243.

28 DE CASTRO Y BRAVO, F. Derecho Civil de España. Civitas, Madrid, 1984, págs. 614-615.

29 DIEZ PICAZO-GULLON, Sistema de Derecho Civil. Vol. I Tecnos, Madrid, 1977, pág. 268.

30 Citado por CASTAN TOBEÑAS, Derecho Civil Español, Común y Foral. T. I, V. II, Reus, S.A. Madrid, 1989, pág. 128.

31 VALLET DE GOYTISOLO, "Consideraciones jurídicas sobre la proyectada despenalización del aborto" en la obra colectiva "En defensa de la vida", ed. Edilibro, Madrid, 1983, pág. 67.