

Doctrina / Articles

Un nuevo camino para proteger la vida del *nasciturus* tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2023: la vía civil

A new path to protect the life of the nasciturus following the Constitutional Court Ruling of May 9, 2023: the Civil path

Carmen Florit Fernández*

Profesor Colaborador Doctor
Universidad San Pablo-CEU

Palabras clave

Personalidad
Ser humano
Nasciturus
Derecho a la vida
Tribunal Constitucional

Resumen: El presente trabajo pretende proporcionar una nueva vía para la defensa de la vida prenatal reinterpretando los artículos 29 y 30 del Código civil tras de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2023, que ha corroborado la constitucionalidad de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. La nueva propuesta consiste en considerar al *nasciturus* como persona, esto es, dotado de personalidad jurídica a la luz de la siguiente idea: el requisito del nacimiento con vida para la adquisición de la personalidad se sustenta en los conocimientos científicos de la época en que el Derecho romano consideraba al *nasciturus* como parte de las vísceras de la mujer, que cobraba categoría humana al nacer. Hoy día este requisito es anacrónico y mantiene vigente una ficción jurídica consistente en considerar al no nacido un ser humano vivo, pero no una persona. El concebido no es una persona desde el punto de vista jurídico porque es la ley quien determina quién lo es en función de un requisito imprescindible: nacer vivo. Sin embargo, una vez que nace vivo se le reconoce la personalidad de manera retroactiva desde que se le concibió. El único motivo para poder dar como coherente esta exigencia es la necesidad de seguridad jurídica, dando por irrefutable la siguiente afirmación: si nace vivo es que está vivo desde que se le concibió. Ello nos lleva inevitablemente a considerar que si es posible comprobar que está vivo dentro del útero también se le puede y debe adjudicar personalidad jurídica antes de nacer. El mantenimiento de dicho requisito ha obedecido a cuestiones de seguridad jurídica —seguridad acerca de la vida actual del concebido—, que hoy no operan. Desde épocas ya más cercanas el requisito se ha mantenido por inercia, no cuestionando nunca su contenido. Sin embargo, ya conocemos la individualidad genética y biológica del concebido, por lo que mantener hoy día la vigencia de dicho requisito obedece no a motivos de índole jurídica sino meramente ideológicos.

* **Correspondencia a / Corresponding author:** Carmen Florit Fernández. Profesor Colaborador Doctor. Universidad San Pablo-CEU – carmen.floritfernandez@ceu.es – https://orcid.org/0000-0003-3217-805X

Cómo citar / How to cite: Florit Fernández, Carmen (2024). «Un nuevo camino para proteger la vida del *nasciturus* tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2023: la vía civil», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 60, 119-139. (https://doi.org/10.1387/rdgh.27369).



Keywords

Personality
Human being
Nasciturus
Right to life
Constitutional Court

Abstract: This work aims to provide a new way to defend prenatal life by reinterpreting articles 29 and 30 of the Código civil after the Ruling of the Tribunal Constitucional of May 9, 2023, which has corroborated the constitutionality of Law 2/2010, of March 3, sexual and reproductive health and voluntary interruption of pregnancy. The new proposal consists of considering the unborn child as a person, that is, endowed with legal personality in light of the following idea: the requirement of live birth for the acquisition of personality is based on the scientific knowledge of the time in which the Roman law considered the *nasciturus* as part of the viscera of the woman, who gained human status at birth. Today this requirement is anachronistic and maintains in force a legal fiction consisting of considering the unborn a living human being, but not a person. The conceived is not a person from a legal point of view because it is the law that determines who is a person based on an essential requirement: being born alive. However, once he is born alive, his personality is recognized retroactively from when he was conceived. The only reason to be able to consider this requirement as coherent is the need for legal certainty, considering the following statement as irrefutable: if he is born alive, it means that he has been alive since he was conceived. This inevitably leads us to consider that if it is possible to verify that it is alive in the womb, it can and should also be granted legal personality before being born. The maintenance of this requirement has been due to issues of legal security —security regarding the current life of the conceived child— which do not apply today. Since earlier times, the requirement has been maintained by inertia, never questioning its content. However, we already know the genetic and biological individuality of the conceived child, so maintaining the validity of this requirement today is due not to legal reasons but merely ideological ones.

Sumario / Summary: 1. Planteamiento de la cuestión: la necesidad de revisar los requisitos para la adquisición de la personalidad. —2. El ser humano desde el punto de vista médico. —3. El ser humano y la persona desde el punto de vista jurídico. 3.1. Diferencia jurídico-civil entre ser humano y persona. 3.2. Los motivos jurídicos para no adjudicar al *nasciturus* personalidad y por tanto el derecho a la vida. Requisitos para la adquisición de la personalidad por las personas físicas o naturales. 3.3. Persona «en potencia». 3.4. Dependencia vital. 3.5. El antecedente: adjudicación de la personalidad en Derecho romano y sus causas y la perpetuación de dicho criterio más de dos mil años después. 3.6. Ficción jurídica y seguridad jurídica en la adjudicación de la personalidad. Diferencia entre la ficción romana y la actual. —4. Conclusiones reflexivas. —5. Referencias bibliográficas.

1. Planteamiento de la cuestión: la necesidad de revisar los requisitos para la adquisición de la personalidad

En la discusión acerca del aborto nunca se aborda la adecuación de los artículos 29 y 30 del Código civil a la realidad actual. De hecho, todos aquellos que defienden que el *nasciturus* no tiene derecho a la vida lo hacen en base al contenido de dichos artículos. Es decir, al no cumplir los requisitos del Código civil para ser considerado persona, no se le puede adjudicar ningún derecho para el que ser persona es requisito indispensable. Y aquellos que defienden la necesidad de proteger la vida del concebido, al ser conscientes de los requisitos de los artículos 29 y 30, lo hacen basándose en que la vida del no nacido es un bien digno de protección, pues su naturaleza es humana y está vivo, aun cuando no sea una persona jurídicamente considerada.

En este contexto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo, ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad 4523/2010 interpuesto por setenta y un Diputados del Grupo Popular del Congreso contra distintos artículos de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. La Sentencia ha corroborado la constitucionalidad de los artículos impugnados estableciendo que, si bien la vida del *nasciturus* es un bien digno de protección, en determinadas circunstancias y plazos sobre ella pueden imponerse derechos de la mujer: el libre desarrollo de su personalidad, su dignidad y su integridad física y moral. Además, ha enunciado *ex novo* un llamado derecho al aborto, que es concreción de aquéllos.

Con todo respeto, creo que no sobra señalar aquí que los artículos de la Constitución y los principios que de ella dimanan se prestan con cierta facilidad a una interpretación interesada para defender ideas de índole político o ideológico preestablecidas. Basta comprobar la manera en que se eligen sus miembros y la manera en que la Sentencia ha visto la luz trece años después.

Por ello, entiendo que la defensa de la vida del *nasciturus* debe abordarse ya desde otra perspectiva. Una perspectiva estrictamente jurídica menos propicia a la consecución de fines extrajurídicos. Esta nueva manera de enfocarlo es la que deriva del estudio de los artículos antes mencionados 29 y 30 del Código civil, basados en creencias de hace más de dos mil años, hoy día a todas luces anacrónicas y separadas del conocimiento científico.

El mantenimiento de los requisitos anacrónicos del Código civil para la adquisición de la personalidad corresponde sin más a una inercia legislativa hasta la época actual, momento en que el interés en mantenerlo es consciente y ya no corresponde a esta inercia sino a la defensa de determinadas ideas que son de índole ideológico y no jurídico.

2. El ser humano desde el punto de vista médico

Afirma Selgelid que «parece no haber propiedades físicas diferenciadoras lo suficientemente interesantes o importantes, y comunes a todos los seres humanos, que justifiquen la atribución de un estatus moral único e inviolable. Los embriones y fetos humanos más jóvenes, por ejemplo, no son más que un montón de células»¹ —¿no lo son acaso todos los seres?— y que «las propiedades físicas más características y comunes a toda vida humana son poseer células con ciertos cromosomas o poseer ciertas secuencias de parejas base nucleótidas en el código genético plasmado en los cromosomas. No es del todo claro, sin embargo, por qué la posesión de determinados cromosomas y/o ciertas secuencias de parejas genéticas base, deben considerarse unos atributos moralmente significativos que dan derecho a la vida o a un valor infinito a los seres que lo posean (...) sabemos desde hace tiempo que los genotipos humanos son muy parecidos a los de los chimpancés. Más recientemente se ha demostrado que no son muy diferentes de los de los ratones»².

Para el autor tampoco es satisfactoria la afirmación de que todas las personas posean derecho a la vida o que deban ser consideradas igualmente por el hecho de ser personas, porque esto supone el reconocimiento de privilegios especiales que deben reconocerse como discriminación por razones de especie, análoga al racismo o al sexismo³.

Huelgan los comentarios a este respecto.

En la fusión de los gametos femeninos y masculinos yace el momento del inicio de la vida humana. La posición concepcionalista sostiene que desde la fecundación el embrión tiene un valor indisoluble (*ab-solutus*) ya que puede verse al mismo como un «sustrato genético» de naturaleza humana, único e irreplicable, que tiene capacidad para desarrollarse de forma auto guiada.

La premisa de orden descriptivo sobre el inicio de la función vida dada por la embriología no sólo es accesible, sino que debería ser indiscutiblemente aceptada. Desde una mirada biológica y sin importar cuál fuera la doctrina comprensiva que se abone, no hay lugar a la discusión sobre si el cigoto (*in útero* o *in vitro*) tiene vida o no y de si esa vida es humana.

El argumento para sostener esa tesis es simple y es el siguiente: la base de la ciencia biomédica que llega hasta nuestros días se encuentra en la «Teoría celular» de Schleiden y Schwann, que se remonta a los años 1838 y 1839. En ella se postula que todo ser vivo proviene de otro ser vivo y así se deja en claro que *ex nihilo nihil* —de la nada, nada se hace—. Esa verdad científica, accesible y comprobable hasta el hartazgo, es irrefutable. Ahora bien, dado que el producto de la concepción es una célula (cigoto) y son las células las unidades biológicas de la vida, esa célula tiene vida. Además, en esa célula, proveniente de la singamia de los gametos masculinos y femeninos, también hay información genética completa, propia y diferente a la de las células progenitoras. Por lo antes dicho, sería absurdo sostener que la vida comienza con la individuación en el día catorce y no con la fecundación de las dos células humanas que le dieron vitalidad. No puede sostenerse eso porque si la vida comenzara en el día catorce o quince o el que se pretenda, esto implicaría que esa vida proviene de algo que no estaría vivo.

Evidentemente, en caso de sostener eso, estaríamos contrariando el postulado básico de la «Teoría celular», que es parte de los consensos más extendidos por toda la comunidad científica. Por lo tanto, hay vida

¹ Cfr. SELGELID, Michael, «¿El aborto para la prevención de imperfecciones humanas? Aborto eugenésico, incertidumbres morales y consecuencias sociales», *Daimon: Revista internacional de filosofía*, núm. 31, 2004, p. 123.

² Cfr. SELGELID, *cit.*, p. 123.

³ Cfr. SELGELID, *ibid.*, p. 124.

desde la fecundación y esa vida de un nuevo ser (en el sentido más amplio del término) es vida humana, puesto que pertenece a la misma especie que sus células progenitoras.

Desde el punto de vista médico, dentro del término embrión se distinguen tres etapas que cumple un ser humano desde que existe concepción hasta su nacimiento: preembrión, embrión propiamente dicho y feto⁴. El preembrión es el grupo de células resultante de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, que es cuando anida en el interior del útero. Este proceso es el que lleva a los Estados a permitir el aborto en determinados plazos. Del mismo modo, cuando pasa el embrión a ser feto, que es cuando se afianza en el útero, es el momento en que muchas legislaciones se han fijado para despenalizar el aborto hasta dicho plazo, como el caso de la Ley española, que inexplicablemente, sin embargo, fija dicho momento en la semana catorce y no en la doce como establece la ciencia médica.

En definitiva, la ciencia nos muestra que, desde la concepción, el nuevo ser es un sistema biológico muy delicado (primariamente dependiente de un ámbito corporal —útero— o artificial favorable —laboratorio—) con un genoma humano propio, único e irrepetible, programado internamente para desarrollarse y crecer en el tiempo a través de una organizada división celular que va desde el inicio hasta el nacimiento, crecimiento y muerte. Pero ese crecimiento es imposible sin el sustento del cuerpo biológico gestante, que le aporta una vasta serie de bienes —oxígeno, nutrientes, anticuerpos, etc.—. Genéticamente, el embrión es una vida distinta a la de la mujer que lo gesta, dependiente de ella por un período de tiempo e incomparable con tumores u otras células humanas que no tienen la misma forma de vida totipotencial que él⁵. Dice Zurriarán que los conocimientos de la biología humana así lo demuestran: la genética señala que la fecundación es el momento en que se constituye la identidad genética singular y que el embrión humano preimplantado establece un diálogo molecular con su madre en forma de producción por parte de ésta de proteínas encaminadas a preparar el útero para la implantación⁶. El autor describe perfectamente esta cuestión biológica: la biología celular muestra cómo el cigoto es la primera realidad corporal del ser humano individual. En efecto, el cigoto es una unidad celular con la capacidad de iniciar la emisión de un «programa», o primera actualización del mensaje genético. Actualiza todas las potencialidades y dirige, en orden al todo, las etapas de conformación del espacio de organogénesis y de maduración de los diferentes órganos y sistemas. La embriología humana, por su parte, describe el desarrollo continuo, armónico y unitario del embrión. Al sexto día el embrión humano, con solo milímetro y medio de longitud, comienza a estimular, con un mensaje químico, el cuerpo amarillo del ovario materno para suspender el ciclo menstrual y no ser expulsado. Al decimotercero día de vida empieza a formarse el cerebro. Su corazón late desde el día 21. A los 45 días, el embrión humano mide 17 milímetros de largo y tiene manos, pies, cabeza, órganos y cerebro, pudiéndose registrar ondulaciones en el electroencefalograma. Hacia la sexta semana son bien visibles las extremidades y ya está avanzada la formación del sistema nervioso central. Hacia la séptima semana la forma corpórea ya es completa e inconfundible. A las 8 semanas funciona ya su sistema nervioso. Luego en el genoma del cigoto está contenida toda la información genética necesaria para que ese nuevo ser se desarrolle completamente hasta su condición de ser adulto vivo. Si nada orgánico externo modifica el contenido genómico de ese individuo biológico naciente, ya que del mundo circundante únicamente recibe mensajes que contribuyen a regular su propio desarrollo, es difícil establecer algún salto en su evolución vital que pueda suponer el inicio de una realidad genómica distinta a la anterior. La evolución de ese ser es un proceso biológico continuo que va dando lugar a las distintas realidades fenotípicas de su desarrollo, dentro de la unidad vital que lo identifica como un

⁴ MENDIVE DUBOURDIEU, Andrés, «Aborto», *Revista de derecho de familia y de las personas*, núm. 2, 2013, p. 138.

⁵ Cfr. BUSDYGAN, Daniel, *Democracia y razón pública: la deliberación sobre el aborto y el estatus de la vida prenatal*, Universidad Nacional de Quilmes, Argentina, 2022, pp. 189-191.

⁶ Cfr. ZURRIARÁN, Roberto Germán, «La cuestión de fondo sobre el tema del aborto», *Persona y bioética*, núm. 1, vol. 19, 2015, p. 120.

único ser humano vivo desde la impregnación del óvulo por el espermatozoide hasta su muerte natural. Además, la información genética crece con la expresión de los genes en él contenidos, para lo cual es necesaria la activación y emisión de su programa específico de desarrollo, el cual se va activando a medida que avanza el ciclo vital y que posibilita que el nuevo ser sea capaz de iniciar la emisión completa y ordenada de los mensajes genéticos necesarios para que su desarrollo se realice de forma ordenada y completa. Es decir, durante el desarrollo del nuevo ser humano se va produciendo, por interacción del genoma con el medio, la emergencia de una nueva información génica, no expresada directamente en el genoma primigenio. Esta información se denomina epigenética. Por tanto, cualquier expresión fenotípica de un nuevo ser humano es el resultado del contenido génico de su genoma y de la información epigenética que se va generando a lo largo de su propia evolución, como consecuencia fundamental de la interacción del genoma con su medioambiente. Pero además, existen otras razones que apoyan que el embrión humano de pocos días no pueda ser considerado como un simple conglomerado celular, sino un ser humano organizado y vivo. Entre ellas cabe destacar, en primer lugar, el mejor conocimiento de los mecanismos que regulan la emisión del programa de desarrollo del embrión humano. Pero ¿cómo se activa el programa de desarrollo? Inmediatamente tras la fecundación se pone en marcha un proceso de desmetilación de citosinas del ADN, que es el detonante específico para que se inicie la expresión del programa de desarrollo del genoma. En segundo lugar, la información de «posición», necesaria para el desarrollo del embrión dependiente de las interrelaciones entre sus propias células y las de estas con el nicho celular que ocupan. Esta regulación determina dónde, cuándo y con qué finalidad tiene que dividirse una célula en función de un desarrollo unitario y armónico. Por tanto, los datos proporcionados por estas ciencias permiten afirmar que, desde el cigoto, hay un ser humano con vida propia y distinta a la de la madre; un único ser que se desarrolla de modo unitario, coordinado, gradual y continuado. Razón por la cual, desde la perspectiva científica, el término embrión se refiere a una etapa concreta de la vida de esa unidad dinámica que es el ser humano. El embrión no es una simple masa celular indiferenciada, sino la estructura precoz del desarrollo anatómico, fisiológico y bioquímico del ser humano. No es el primer paso hacia el ser humano, es un ser humano dando su primer paso. Los datos embriológicos humanos, de la genética y de la biología celular permiten sostener que desde la fecundación existe un ser humano. El preembrión es un embrión que origina la fecundación, un ser humano de pocas horas o días, y no un estado «prehumano» entre gameto y embrión⁷.

Para Mendive, en base a las concepciones traídas del campo de la Biogenética los diversos ordenamientos constituyen la regulación del inicio de la personalidad jurídica⁸.

Dice Irrgang, sin embargo, que la medicina y la biología no son los que deben determinar qué sea un ser humano porque esto nos lleva a una «cientificación» de la vida: «El descubrimiento de la estructura de la sustancia hereditaria ADN, desde hace unos cincuenta años, ha sido una cesura cultural con la que se inició el ascenso de la biología como la ciencia modelo de nuestro tiempo. En 1953, con el modelo de la doble hélice de Watson y Crick, se impuso además el preformismo en el desarrollo de los embriones humanos. El programa y el código genéticos se entienden de modo preformista y, en conexión con ello, se sostienen planteos reduccionistas y genético-deterministas. En Alemania Federal ha sido especialmente Blechschmidt (1976) quien con cierto impacto político sostuvo un preformismo en el desarrollo embrionario, a saber, la concepción según la cual, con la fertilización ya estaría dada la esencia del ser humano en todas sus particularidades individuales, incluso el componente espiritual», y añade que «La concentración de la mirada en lo genético, propia del siglo xx, ha bloqueado la consideración de otros fenómenos evolutivos, sobre todo el de la adaptación»⁹.

⁷ Cfr. ZURRIARÁIN, *cit.*, pp. 120-122 y 126.

⁸ MENDIVE, *cit.*, p. 139.

⁹ IRRIGANG, Bernhard, «Sobre el «estatuto moral» de embriones humanos y la evaluación ética del aborto», *Erasmus: revista para el diálogo intercultural*, núm. 1, 2012, pp. 9-10. Esta concepción proviene de la superposición del bien común al individual como propósito de la ley y no como sistema de limitación de derechos individuales, propio de sistemas totalitarios.

3. El ser humano y la persona desde el punto de vista jurídico

La idea de ser humano es distinta de la de persona en el ámbito jurídico, no así en el resto de disciplinas o ciencias. La filosofía, la teología y la medicina no distinguen entre uno y otro como sí hace nuestro ordenamiento jurídico.

Tras siglos abordando esta misma idea desde múltiples perspectivas, bien desde la antropología, la filosofía, la teología y el Derecho, todo ello queda superado por la biología y la medicina, y en particular por la genética, actuales. Desde que conocemos y hemos podido descifrar el ADN basta con un análisis en este sentido de un individuo para concluir si es de naturaleza humana o no lo es¹⁰. Y basta también con una lectura superficial de estudios de estas disciplinas para concluir que dicha naturaleza humana se detenta desde la concepción¹¹ hasta la muerte, o más bien hasta la desaparición del cuerpo —los restos también lo son de un ser humano—. En cualquier caso, lo que podemos llamar la «vida humana» de un determinado individuo existe desde la concepción hasta la muerte de dicho individuo. Por lo tanto, ¿dónde, en realidad, se encuentra la discusión? Evidentemente, en las otras disciplinas mencionadas. Éstas son las que pueden dar el fundamento ético, moral y jurídico para concluir si el hecho de poseer naturaleza humana es suficiente o no para ser considerado como un bien digno de protección, un ser con estatus moral y con dignidad o como un sujeto de derechos y, en especial, poseedor del derecho a la vida¹².

3.1. Diferencia jurídico-civil entre ser humano y persona

La idea de ser humano y el concepto jurídico de persona no son coincidentes en nuestro ordenamiento jurídico. Así, para nuestro Derecho, toda persona —física— es un ser humano, pero no todo ser humano es persona. El término «persona» proviene del latín *personae* y se refería a las máscaras teatrales con las que se interpretaba a un personaje¹³.

La condición de persona se posee en nuestro Derecho por el hecho de adquirir personalidad jurídica, esto es, al adquirir personalidad, soy persona. Detentar personalidad implica ser sujeto de derechos, deberes y obligaciones, atributos que sólo es posible adjudicar, por tanto, a una persona jurídicamente considerada.

¹⁰ Dice Irrgang, sin embargo, que la medicina y la biología no son los que deben determinar qué sea un ser humano porque esto nos lleva a una «ciencificación» de la vida: «El descubrimiento de la estructura de la sustancia hereditaria ADN, desde hace unos cincuenta años, ha sido una cesura cultural con la que se inició el ascenso de la biología como la ciencia modelo de nuestro tiempo. En 1953, con el modelo de la doble hélice de Watson y Crick, se impuso además el preformismo en el desarrollo de los embriones humanos. El programa y el código genéticos se entienden de modo preformista y, en conexión con ello, se sostienen planteos reduccionistas y genético-deterministas. En Alemania Federal ha sido especialmente Blechschmidt (1976) quien con cierto impacto político sostuvo un preformismo en el desarrollo embrionario, a saber, la concepción según la cual, con la fertilización ya estaría dada la esencia del ser humano en todas sus particularidades individuales, incluso el componente espiritual», IRRIGANG, *Ibid.*, p. 9.

¹¹ O de la fertilización. Existe discusión médica en este sentido. Cabe anunciar, asimismo, que la naturaleza humana también está presente en los gametos antes de su unión.

¹² Para Dworkin la cuestión que prevalece no es la de si el feto tiene valor intrínseco como persona, sino sólo si la vida del feto es vida humana. DWORKIN, *Life's Dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, Random House/Vintage Books, Nueva York, 1994, p. 23.

¹³ «Debemos darnos cuenta que en realidad estamos dotados por la Naturaleza con dos caracteres (roles, personae): uno de ellos es universal, surge del hecho de que estamos todos dotados de razón y con esa superioridad que nos eleva por encima del bruto. De ello se deriva toda la moralidad y propiedad, y de ello depende el método racional de comprobar nuestro deber. El otro carácter (rol, persona) es aquello que se asigna en particular a los individuos», CICERÓN, Marcus Tullius, *De Officiis*, Libro I, capítulo 30.

La adquisición de la personalidad jurídica puede hacerse tanto por parte de los seres humanos, llamadas personas físicas o naturales, como por parte de entes inmateriales a los que la ley le atribuye esta posibilidad por medio de una ficción. Actualmente se debate si la personalidad pudiera ser adquirida también por robots y entes dotados de inteligencia artificial. Curiosamente, esta idea suele producir rechazo. Bajo mi punto de vista es inexplicable este rechazo, pues la ficción creada al darle personalidad jurídica, por ejemplo, a una empresa constituida como sociedad mercantil es, en realidad, más disruptiva: mucho más difícil es de entender que tenga responsabilidad una empresa, que es un ente inmaterial en la que las decisiones son siempre tomadas por las personas físicas, que atribuir responsabilidad a un ente con una «mente» artificial que ha sido creado y programado por una persona física pero que es capaz de aprender y tomar decisiones autónomas¹⁴.

Por lo que se refiere a la persona física, la única que puede en realidad responder a dicho nombre, el Código civil no establece como requisito para la adquisición de la personalidad el ser un ser humano. El Código da por sentado que se está refiriendo a seres humanos como los «candidatos» susceptibles de adquirir la condición de persona si cumplen determinados requisitos. Así, cuando los artículos 29 y 30 del Código civil se refieren a los requisitos para ser considerado persona, no establecen como requisito el ser un ser humano: el artículo 29 establece que el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente. Y el artículo 30 que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. Evidentemente, el Código no pretende que sea considerado persona una cría que nace viva cuando sea de otra especie, pero sí debe hacerse notar, en fin, que el Código no lo aclara.

Tampoco es claro, y por motivos que van mucho más allá de lo que acabo de expresar, el artículo 15 de la Constitución cuando al referirse al derecho a la vida expresa que «todos» lo tienen. Esta cuestión crucial ha sido sin embargo descartada en sus argumentos —no la ha respondido— por el Tribunal Constitucional en la Sentencia mencionada, a pesar de que precisamente se introdujo este término y no el de «todas las personas» para descartar una futura despenalización del aborto. Para ello, baste una lectura de los debates parlamentarios a propósito del artículo 15 de la Constitución¹⁵.

3.2. Los motivos jurídicos para no adjudicar al *nasciturus* personalidad y por tanto el derecho a la vida. Requisitos para la adquisición de la personalidad por las personas físicas o naturales

El Código civil expresa en sus artículos 29 y 30 quiénes pueden ser considerados persona y ser por tanto sujetos de derechos:

Artículo 29: «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».

Artículo 30: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno».

¹⁴ En este sentido, ver La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión.

¹⁵ En este sentido, es muy recomendable la obra de MÉNDEZ MONASTERIO, Lourdes, *Del derecho a la vida al derecho al aborto a la luz de los debates parlamentarios y de la Constitución Española (1812-2017)*, Fundación Universitaria, Madrid, 2018.

En este sentido, cabe citar al Sr. Fraga Iribarne, que en el debate parlamentario acerca precisamente del artículo 15 de la Constitución, que enuncia el derecho a la vida, dijo que «la razón es que el Código civil atribuye la personalidad solamente al nacimiento. El nacimiento determina la personalidad, pero, por otra parte, el mismo artículo 29 del Código civil dice que, con arreglo al viejo principio romano *nasciturus pro jam nato habetur*: que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables. Evidentemente, no hay ningún efecto que le pueda ser más favorable que la vida misma»¹⁶.

El nacido, por tanto, para el Código civil puede ser titular de relaciones jurídicas y puede ser representado, tiene capacidad jurídica y capacidad potencial de obrar. De ahí la importancia del concepto en el ámbito jurídico-privado¹⁷. Históricamente, esta regulación de los ordenamientos ha orbitado alrededor de la preocupación por los temas patrimoniales y, sobre todo, por la sucesión *mortis causa*¹⁸. No se trata, como después explicaré, más que de una ficción jurídica orientada a la consecución de la seguridad jurídica.

En efecto, desde el momento del nacimiento con vida el individuo tiene patrimonio y capacidad para heredar (artículos 744¹⁹ y 745.¹²⁰ del Código civil). Dependiendo de si ha dado el nacimiento o no antes de la apertura de la sucesión, ésta será a favor del recién nacido u otra persona, teniendo además efectos retroactivos hasta la concepción. Por ello, es fundamental desde el punto de vista jurídico determinar el momento del nacimiento y que éste se haya producido con vida. No obstante, una vez se da el nacimiento con vida, al recién nacido se le considera persona no desde el momento del nacimiento sino desde el momento de su concepción.

Así, la relevancia jurídica del *nasciturus*, en cuanto a lo que se refiere en el ámbito civil y especialmente en el sucesorio, es evidente. Por ejemplo, en los artículos 959 a 961 del Código civil:

Artículo 959: «Cuando la viuda crea haber quedado encinta, deberá ponerlo en conocimiento de los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo».

Artículo 960: «Los interesados a que se refiere el precedente artículo podrán pedir al Juez municipal o al de primera instancia, donde lo hubiere, que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición de parto, o que la criatura que nazca pase por viable, no siéndolo en realidad.

Cuidará el Juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni a la libertad de la viuda».

Artículo 961: «Háyase o no dado el aviso de que habla el artículo 959, al aproximarse la época del parto, la viuda deberá ponerlo en conocimiento de los mismos interesados. Éstos tendrán derecho a nombrar persona de su confianza que se cerciore de la realidad del alumbramiento.

Si la persona designada fuere rechazada por la paciente, hará el Juez el nombramiento, debiendo éste recaer en facultativo o en mujer».

Anteriormente, para la adquisición de la personalidad no sólo se debía nacer vivo, sino que además debía cumplirse el requisito de nacer con forma humana y vivir veinticuatro horas desprendido del seno materno

¹⁶ MÉNDEZ MONASTERIO, *cit.*, p. 67.

¹⁷ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y derecho de la persona*, Bercal, Madrid, España, 2021, pp. 74-75.

¹⁸ Cfr. BERCOVITZ, *cit.*, p. 75.

¹⁹ Artículo 744: «Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley».

²⁰ Artículo 745: «Son incapaces de suceder: 1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30; 2.º Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley».

—«Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno»—. Era pues necesario entonces que el feto viviera veinticuatro horas completas después de desprenderse del seno materno, añadiendo como residuo de la concepción romanista la exigencia de que el feto tuviera forma humana, requisito éste de difícil determinación y heredero de las creencias mitológicas antiguas²¹.

En cuanto al total desprendimiento del seno materno, requisito que subsiste, cabe preguntarse a qué se refiere el Código con esto. Las opiniones van desde la salida total del bebé del claustro materno hasta el alumbramiento —expulsión de la placenta— pasando por el corte del cordón umbilical. Las dudas a este respecto surgen en algunas posibles situaciones, como pueda ser si el cordón umbilical se ha cortado antes de que el bebé haya salido por completo de la madre.

Además, la disposición adicional 4.^a de la Ley del Registro civil establece que figurarán en un archivo del Registro Civil, sin efectos jurídicos, los fallecimientos que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación y no cumplieran las condiciones previstas en el artículo 30 del Código Civil, pudiendo los progenitores otorgar un nombre.

El artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Y se refiere a ser humano, no a persona, idea que cada ordenamiento tiene configurada de manera distinta.

3.3. Persona «en potencia»

Entiende Selgelid que el argumento antiabortista que sostiene la existencia de un derecho a la vida del feto por ser considerado una persona «potencialmente» es fácil de descartar por los siguientes argumentos: ¿Dónde está el razonamiento que justifica que el potencial de convertirse en persona le da al individuo el derecho a la vida disfrutado por las personas propiamente dichas? Para ello, a modo de ecuación matemática entiende que si:

- a) Las personas tienen derecho a la vida.
- b) Los fetos poseen el potencial de convertirse en personas.

Es falso lo siguiente:

- c) Por lo tanto, los fetos tienen derecho a la vida.

Pues el potencial de convertirse en X no le da, por regla general, a algo potencialmente un X, todos los derechos y propiedades disfrutados por X. Si A tiene derechos sólo porque satisface una condición P, no es lógico que B tenga los mismos derechos ahora, sólo porque podría tener la propiedad P en algún momento en el futuro. Tendrá los derechos sólo cuando tenga la condición P. Esta versión, afirma, de potencialidad del argumento del derecho a la vida antiabortista, por lo tanto, falla claramente, pues simple potencial no implica un derecho automático²².

²¹ Cfr. BERCOVITZ, *cit.*, p. 75. Doral atribuye la exigencia de este requisito al «antiguo argumento más propio de la fábula y la creencia popular», DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio, «Concepto filosófico y concepto jurídico de persona», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 2, 1975, p. 127.

²² Cfr. SELGELID, *cit.*, p. 119.

Por supuesto, el argumento es irrefutable. No obstante, olvida el autor que no se pretende otorgar un derecho a quien no es considerado persona por no cumplir los requisitos exigidos por la ley, sino que lo que se cuestiona es que no se otorgue la condición de persona al feto también, haciéndole sujeto del derecho a la vida.

Tomando como referencia esta simple ecuación, me permito mutarla con las referencias que a continuación haré:

- a) Las personas tienen derecho a la vida.
- b) Para ser persona es necesario ser un ser humano y estar vivo, además de haber nacido.
- c) El nacimiento es un requisito necesario para tener la seguridad de que el ser humano está vivo.
- d) El *nasciturus* es un ser humano y está vivo.
- e) Las ecografías pueden determinar si el *nasciturus* está vivo.

Por tanto:

- f) El *nasciturus* vivo es persona y tiene derecho a la vida.

Con el argumento de Selgelid no cabría más que zanjar la cuestión del aborto permitiéndolo en cualquier caso y en cualquier momento del embarazo. Olvida también, pues, que algún valor debe haber reconocido el legislador en la vida del feto para protegerlo en los casos en los que el aborto no está permitido, aunque no sea considerado legalmente una persona.

El ser humano es el mismo, como se ha apuntado en cuanto a la opinión médica sobre la naturaleza del *nasciturus*, desde el comienzo y todo lo que acontecerá en su vida será un constante cambio. El ser humano no es una realidad estática, sino que su vida precisamente consiste en un constante cambio y desarrollo hasta que muere.

Esclarecer una concreta concepción natural —filosófica, médica— del hombre precede a su estimación jurídica y por ello no nos conduce a buen término desatender la originaria realidad natural, la vida humana actual, no potencial, que surge en el momento de la concepción, con la excusa de que la consideración jurídica de la persona se conforma con el conocimiento de esa otra realidad, más bien realidad ficta creada por el Derecho: ser capaz, detentar derechos, detentar obligaciones²³.

El concebido tiene vida actual, no potencial. Y el *nasciturus* tiene «naturaleza» en el sentido cabal de que el nacimiento es una fase de la generación, no su comienzo, y la idea de totalidad excluye el corte, la incisión en la consideración global de persona y precisamente por ello se arbitran medidas, como es la tipificación del delito de aborto²⁴.

Esta cuestión de la potencialidad está íntimamente relacionada con el plazo para poder abortar. La vida humana es un continuo que viene desde la concepción y llega hasta la muerte. Sus distintas fases no mutan su naturaleza sino sólo su estatus jurídico mediante técnicas dirigidas a la consecución de la seguridad jurídica: concepción (comienzo), implantación, nacimiento, mayoría de edad, incapacidad, muerte (final)²⁵.

²³ Cfr. DORAL, *cit.*, p. 116.

²⁴ Y añade: «el nacimiento no es un “corte”, sino un flujo, una línea de continuidad». DORAL, *Ibid.*, pp. 125-127.

²⁵ En este sentido, dicen Michelini y Romero que «en este Informe hay conciencia de que la vida humana es producto de un desarrollo ininterrumpido, no sólo desde la fecundación hasta el feto, sino también hasta la desaparición del organismo viviente», refiriéndose al Informe del Instituto Borja de Bioética. MICHELINI, Dorado y ROMERO, Eduardo, «Sobre el inicio de la vida humana y el concepto de persona», *Erasmus: revista para el diálogo intercultural*, núm. 1, 2012, p. 87.

En este sentido, cabe además defender que la supuesta diferencia de valor entre un ser nacido y uno cuya autonomía vital todavía tiene que probar tras salir del útero materno queda sobradamente amparada con la diferencia de pena en los delitos de aborto y de homicidio, al ser al primero referido a la vida del *nasciturus* y el segundo a la de un individuo nacido²⁶.

En el artículo «Common Ground on Surgical Abortion?-Engaging Peter Singer on the Moral Status of Potential Persons» Charles C. Camosy acepta lo que piensa Singer con respecto a lo que es una persona. Esto es, piensa que una persona es aquel que es racional y que tiene consistencia de sí mismo en el tiempo. Está de acuerdo también con el autor en que todas las personas deben de tener estatus moral por lo que cualquier atentado contra la vida de un ser que cumpla con las condiciones para ser una persona es un acto moralmente incorrecto. Pero, a diferencia de Singer éste considera que un feto —o un recién nacido— no es una persona por lo que abortar no es moralmente incorrecto. Y la diferencia que hace Singer es precisamente por la potencialidad: para Camosy tienen estatus moral tanto las personas como los concebidos no nacidos²⁷. Utiliza para ello, entre otras cosas, como crítica, el argumento de que no otorgar estatus moral a toda persona si no es racional y autoconsciente llevaría a quitárselo a personas con discapacidad.

Para ilustrar la necesidad de otorgar estatus moral al feto, Camosy pone ejemplo del niño recién nacido y el caracol; ambos carecen de las características de lo que es una persona pero hay una diferencia esencial: mientras el caracol seguirá siendo caracol y no podrá alcanzar el estatus moral y los elementos que podrían otorgárselo —racionalidad y autoconsciencia—, el niño al crecer puede llegar a tenerlo porque bajo circunstancias normales desarrollará las características propias de una persona. Tener potencialidad es tener precisamente la capacidad de convertirse en lo que no se es.

Aquí cabe añadir como elemento fundamental la voluntad del otro: en el caso del aborto, además, no llega a adquirirse lo esencial no por motivos eventuales, sino por la voluntad de otro que con el ejercicio de su derecho impide que se llegue a adquirir. Para ello, Camosy cuestiona el argumento de Singer: para que un huevo se convierta en gallina no hace falta hacer nada, es cuestión de dejar que la naturaleza actúe por sí misma; mientras que para que un huevo se convierta en tortilla es necesario que alguien intervenga, detenga el ciclo natural del huevo y lo cocine. Camosy plantea esta distinción en términos de potencialidad activa y potencialidad pasiva. La primera aplica para aquellas situaciones en las que un ser tiene naturalmente la capacidad de convertirse en algo más, y la segunda para aquellas situaciones en que un ser se convierte en algo más gracias a la intervención de un agente externo²⁸.

3.4. Dependencia vital

Además de la idea de que el *nasciturus* es un ser que puede llegar a ser persona pero no lo es, la explicación de la posibilidad de abortar legalmente hasta un determinado plazo sin existir circunstancia alguna que lo justifique de tipo eugenésico o ético es el hecho de que el ser humano que se desarrolla en el vientre materno no es un ser humano pleno pues es dependiente, esto es, carece de autonomía vital, ya que no podría seguir viviendo sin estar en el útero, lo cual le hace un ser humano que no es completo, no es como el nacido. Bien, esta idea es una de las más equivocadas, a mi entender. Un bebé que ya está fuera del útero tampoco es autónomo. Respira su propio oxígeno sin cordón umbilical y puede ingerir las calorías que necesita también, siempre que alguien se las proporcione. Pero en absoluto es autónomo. Si yo dejo un bebé

²⁶ A esta diferencia de valor se refiere, entre otros, Natalia Curtidor. CURTIDOR GUTIÉRREZ, Natalia, «La Discusión sobre el Aborto desde el Concepto de Persona», *Disertaciones*, núm. 1, vol. 5, 2016, pp. 1-17.

²⁷ CURTIDOR, *cit.*, p.5.

²⁸ CURTIDOR, *ibid.*, p. 10.

recién nacido, o de seis meses, sólo en su cuna y no vuelvo en un año, muere. Depende totalmente del cuidado de otro para sobrevivir. Del mismo modo, cuando usted llegue a anciano es muy probable que necesite cuidados sin los cuales no podría sobrevivir, ni qué decir de una persona con una enfermedad incapacitante... Usted es el mismo ser humano desde que se le concibe hasta que muere, al principio estará creciendo en el útero de su madre, después de nacer seguirá creciendo y formándose, llevará pañales y medirá unos cincuenta centímetros; al final de una larga vida será un anciano mucho más grande y sabio que no ha dejado de cambiar física y psíquicamente. Y seguirá siendo el mismo ser humano, con el mismo derecho a la vida que le otorga su esencia humana. El ser humano que todavía está dentro de su madre comparte su naturaleza con el resto de humanos, su esencia también es humana, y también está vivo.

3.5. El antecedente: adjudicación de la personalidad en Derecho romano y sus causas. La perpetuación de dicho criterio más de dos mil años después

La modificación del artículo 30 del Código civil, por la que se suprimió la necesidad de haber vivido veinticuatro horas desprendido del seno materno y tener forma humana, encontró su explicación en que tales requisitos respondían a concepciones jurídico sociales históricas —del Derecho romano y germánico— que no se correspondían con las consideraciones actuales por el conocimiento científico del que se dispone ya y, por otro lado, la necesidad de adecuar nuestra legislación a los Tratados Internacionales ratificados por el España: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, cuyo art. 24.2 dispone que todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre; la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, cuyo art. 7.1 establece que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

En cuanto a la necesidad de poseer figura humana, la mayoría de los autores la habían tildado ya de anacrónica y por tanto innecesaria²⁹.

En la Antigüedad y concretamente en el Derecho romano, la personalidad sólo fue reconocida en época avanzada. En los tiempos más antiguos, la cualidad de ser humano no era suficiente por sí sola para alcanzar la capacidad de ser persona y tener personalidad jurídica. Así, sujeto de derechos era únicamente el *paterfamilias*, esto es, todo individuo que reuniese los tres *status*: *libertatis* —ser libre, no esclavo—, *civitatis* —tener la ciudadanía romana— y *familiae* —ser *sui iuris*, es decir, que sobre él no se ejerciera ningún tipo de *potestas* ya que él era el titular de la misma sobre todos los miembros, masculinos y femeninos, de su grupo familiar, que eran *alieni iuris*—. Posteriormente también adquirirían la personalidad aquellos varones que, sin cumplir con los otros requisitos, adquirieran la libertad.

En Derecho romano, desde el momento de la concepción, al *nasciturus* —que significa literalmente «el que ha de nacer»—, aunque todavía no es persona, se le reconoce el derecho de adquirir todo aquello que le

²⁹ No piensa así Fernández Baquero, que afirma que «no compartimos la primera de las razones apuntadas, esto es, que algunos de los requisitos para el reconocimiento de la personalidad civil, como es el de la exigencia de la figura humana, contemplado en la redacción del anterior art. 30 del Código Civil pueda considerarse en la actualidad desfasado en el tiempo o anacrónico, como califican algunos autores que hemos mencionado. El motivo principal de nuestro rechazo es porque a la hora de interpretar el actual art. 30 no se ha tenido presente suficientemente la legislación sobre *Investigación Biomédica*, especialmente la Ley 14/2007, de 3 de julio, (LIB) BOE, nº 159 que nos aclara algunos conceptos o definiciones científicas y que puede arrojar nuevas conclusiones sobre el verdadero alcance y contenido del citado artículo», FERNÁNDEZ BAQUERO, Eva María, «El derecho romano y la adquisición de la personalidad civil, según el artículo 30 del código civil», *AFDUC*, núm. 17, 2013, p. 579.

beneficie, nunca que le perjudique, con la única condición de que nazca con vida y con las exigencias que imponga el ordenamiento jurídico romano. Los requisitos para la adquisición de la personalidad en Roma eran: en primer lugar, se tenía que nacer de mujer libre, ya que nacía esclavo el hijo de madre esclava aunque fuera concebido por hombre libre. Este requisito cambió con el tiempo. En segundo lugar, el nacimiento implicaba que el nuevo ser quedase separado por completo del claustro materno. En tercer lugar, tenía que producirse un nacimiento con vida ya que, los nacidos muertos, se consideraba que no habían nacido ni habían sido procreados, porque nunca pudieron ser llamados hijos³⁰. El nacido tenía que tener posibilidad de vida independiente: por un lado, atendiendo a los signos de vida que se exigían al recién el nacido, esto es, mientras que para los procleyanos era necesario que emitiera gritos o llanto, para los sabianos bastaba cualquier signo o manifestación de movimiento, opinión ésta última que asumió Justiniano en una constitución del año 530³¹.

En cuanto a la exigencia de forma humana, dice Fernández Baquero que «este requisito no ha estado, ni sigue estando, exento de polémica. Dado que las decisiones jurisprudenciales se muestran en función de las necesidades prácticas y, siendo éstas muy variadas, las fuentes contenidas en la compilación justiniana nos dan soluciones diversas. En concreto, nos encontramos con dos posiciones diferentes mantenidas por los juristas Ulpiano y Paulo: El primero, señala la posibilidad de contabilizar como hijos los nacidos sin la forma humana habitual, justificando que esta fatalidad no debe perjudicar a los padres, así en *lib. IV ad legem Iuliam et Papiam*, D., 50, 16 13526. En otro texto, nos dice que invalida el testamento el que nació vivo pero no perfecto, *lib. IX ad Sabinum*, D. 28, 2, 12, 1: *Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? Et tamen rumpit*. Frente a estos textos, Paulo se manifiesta más tajante no otorgando la condición de hijos a los que nacen sin la forma humana habitual, como cuando una mujer da a luz algo monstruoso o anormal, *lib IV Sententiarum* D. 1, 5, 1427. La mayor parte de la doctrina considera que la diversidad de opiniones se debe a que Ulpiano hace una interpretación a tenor de lo establecido en la *lex Iulia et Papia Poppaea*, por la que Augusto otorgaba premios y beneficios a los que tenían hijos, imponiendo penas a los que carecían de ellos. Así, el hijo que naciera portentoso, monstruoso o sin la forma humana habitual, no debía perjudicar a la madre ni a los padres, en general, si ello se debe a la fatalidad y éstos acataron lo ordenado, esto es, lo establecido en las leyes augusteas. Mientras que los textos de Paulo habría que analizarlos en función de lo establecido en el senadoconsulto Tertuliano que, bajo Adriano, otorgaba la herencia del hijo a la madre que gozase del *ius liberorum*, esto es, que hubiese procreado tres hijos (*ius trium liberorum*) si era ingenua; o bien, cuatro (*ius quattuor liberorum*) si se trataba de una madre liberta»³².

Entiende Fernández Baquero que la exigencia de la forma humana venía establecida desde la época arcaica, cuando el *ius* y el *fas* estaban plenamente fusionados y el pueblo romano creía firmemente que un niño nacido monstruoso era un signo de ruptura de la *pax deorum* y, la necesidad de su muerte, podía ser interpretada como un acto expiatorio³³. Así, durante distintos momentos, en Roma se permitía matar a los hijos que no tuvieran forma humana arrojándolos al mar.

³⁰ Así nos dice Paulo: *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt*.

³¹ FERNÁNDEZ BAQUERO, *cit.*, p. 582.

³² FERNÁNDEZ BAQUERO, *ibid.*, p. 585.

³³ «En este sentido, Dionisio de Halicarnaso, *Ant. rom.*, II, 15, 2 nos informa de que Rómulo estableció a sus habitantes la obligación de que criaran a todo vástago varón y a las hijas primogénitas y que no mataran a ningún niño menor de tres años, a no ser que fuese lisiado o monstruoso desde su nacimiento. Sin embargo, no impidió que sus padres lo expusieran tras mostrarlos antes a cinco vecinos más cercanos²⁹. Estos comportamientos regulados por los *mores maiorum* o *mores civitates* supervivieron durante la *lex XII Tabularum*, tab. IV, 1, tal y como lo recuerda Cicerón, *Leg.*, III, 8, 19: *Cum esset cito necatus tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer*, ordenando la inmediata muerte del recién nacido que mostraba evidentes signos de deformación», FERNÁNDEZ BAQUERO, *ibid.*, p. 585.

Como regla general podía entenderse como figura humana mínima la que debía tener todo ser que naciera de una mujer después de un periodo de gestación pleno —el que nace al séptimo mes de embarazo—, que fuera suficiente para permitirle desarrollar una vida propia, esto es, la que llevaría cualquier ser humano. Por ello, habrá defectos físicos que no impidan el que un ser que nace sea reconocido como persona y otros, en cambio, sí lo impidan³⁴.

En definitiva, dice Fernández Baquero, la finalidad primordial del requisito de la forma humana era en Derecho romano la de reforzar la viabilidad del ser que nacía y, al poco tiempo, moría por cualquier circunstancia, ya que los juristas romanos nunca tuvieron presente la necesidad de que transcurriese un tiempo determinado concreto para otorgarle personalidad jurídica desde que se producía el desprendimiento del claustro materno del recién nacido —como ha ocurrido en España hasta la modificación del artículo 30 del Código civil—. La figura humana era un signo objetivo de que se había producido el nacimiento de una persona física, siempre y cuando el nacido fuese libre y después del tiempo de gestación anteriormente mencionado³⁵.

Para el Derecho romano, la necesidad del nacimiento junto al resto de requisitos provenía del desconocimiento del proceso de fecundación y de gestación intrauterino. Así, el pensamiento social más común, que compartían tanto la medicina como la comunidad jurídica de la época, era la consideración del feto antes del parto como parte de la mujer o de sus vísceras y era común referirse a él como *kata gastrós* —lo que se lleva en el vientre—, *conceptus, nasci speratur o in utero est*, que evidencian el carácter neutro con el que era considerado³⁶.

Por tanto, en el pensamiento antiguo el ser humano que se alojaba dentro del vientre materno era algo así como una realidad o que o bien era parte de los intestinos de la madre o una entidad de carácter mágico o virtual que aparecía como nuevo ser en el momento del nacimiento. En el nacimiento quedaba configurado como ser humano, no antes.

La consideración de manera retroactiva, una vez se dieran los requisitos para la adquisición de la personalidad, hacia el momento de la concepción, presente en Derecho romano y que hemos heredado —artículo 29 y 30 del Código civil—, es considerada por la mayoría de los autores como una ficción jurídica, como explico después, tanto en lo que establece hoy el Código como en su antecedente romano. Si bien, es preciso señalar que la ficción se daba en Derecho romano³⁷ porque el *nasciturus* era considerado, como he dicho, como parte de las vísceras de la madre. Por tanto, la ficción consistía en considerar persona a una parte de las vísceras de una mujer. Hoy día, como explico después, la ficción se da justo al revés, esto es, es una ficción no considerar al *nasciturus* como una persona antes del nacimiento porque no es parte de las vísceras de su madre, sino un ser humano vivo.

3.6. Ficción jurídica y seguridad jurídica en la adjudicación de la personalidad. Diferencia entre la ficción romana y la actual

La necesidad de seguridad jurídica impregna, como es natural, todo nuestro ordenamiento jurídico y en especial nuestro Código civil. En esa necesidad es en lo que se basó la consideración del ser humano como persona sólo a partir del momento del nacimiento. Si bien, antes se exigía forma humana y el haber vivido

³⁴ Cfr. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Ibid.*, p. 586.

³⁵ Cfr. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Ibid.*, p. 588.

³⁶ GONZALEZ GUTIÉRREZ, Patricia, «La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia», *Gerión: Revista de Historia Antigua*, núm. 35, 2017, p. 103.

³⁷ ISLAS COLÍN, «El aborto en el derecho romano», *Amicus Curiae*, núm. 2, 2009, pp. 1-3.

veinticuatro horas desprendido del seno materno, ahora sólo se exige nacer vivo y el total desprendimiento del seno materno, como he explicado.

El cumplimiento del principio de seguridad jurídica es un mandato expreso de la Constitución en su artículo 9.3: La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La necesidad de seguridad jurídica en este caso viene establecida desde el punto de vista fáctico por la necesidad de saber cuándo ha estado vivo el *nasciturus*, dado que antes de la existencia de la tecnología actual, no podía conocerse con exactitud, para que desde el punto de vista jurídico le sean atribuidos derechos y obligaciones. De tal modo que, sólo cuando acontecía el nacimiento se podía estar seguro de que estaba vivo —tanto en ese momento como desde que se le concibió, lo que da lugar también al reconocimiento retroactivo— para poder ser sujeto de derechos y obligaciones, especialmente poder recibir y transmitir la herencia. La capacidad jurídica, que es la consecuencia inmediata de la adjudicación de la personalidad —ser sujeto de derechos y obligaciones—, comienza con la existencia separada u autónoma del feto, porque es entonces cuando el Derecho añade un estatuto jurídico al estatuto ontológico independiente y antecedente de aquél. Se trata de una propiedad añadida pero no constitutiva en la naturaleza del individuo. La existencia sobrepasa al Derecho.

Apunta Doral en este sentido que «Es incuestionable que el concepto jurídico de persona —“sujeto de derechos y obligaciones”— es un concepto instrumental, y, en esa medida, un dispositivo técnico. Como cualquier otro concepto jurídico, sirve de vehículo, sigue una ruta que le viene marcada, no es nunca la última instancia. Por eso también para la comprensibilidad jurídica de la persona el hombre sólo no basta, como es insuficiente la ley positiva para la comprensión del Derecho de no admitir principios superiores»³⁸. Y añade, como ya he dicho que esclarecer una concreta concepción natural —filosófica, médica— del hombre precede a su estimación jurídica y por ello no nos conduce a buen término desatender la originaria realidad natural, la vida humana actual, no potencial, que surge en el momento de la concepción, con la excusa de que la consideración jurídica de la persona se conforma con el conocimiento de esa otra realidad, más bien «realidad ficta creada» por el Derecho: ser capaz, detentar derechos, detentar obligaciones³⁹.

Hoy día, con la existencia de pruebas médicas que permiten monitorizar al feto⁴⁰ y con el avance en la ciencia médica en cuanto a los análisis forenses, dicha seguridad jurídica está sobrada y adecuadamente protegida.

Afirma Selgeid que el debate sobre el aborto, sin embargo, se ha enfocado normalmente en la cuestión de si los fetos son o no personas propiamente dichas con derecho a la vida. El argumento más común de la gente pro-vida es que los fetos son personas, y concluye que, por lo tanto, tienen derecho a la vida. El argumento más frecuente de los pro-elección es que los fetos no son personas y concluyen que, por tanto, no tienen derecho a la vida y que el aborto puede ser así moralmente aceptable⁴¹.

Por supuesto, desde esta posición radicalmente positivista puede defenderse la bondad de cualquier norma, sea la que decida qué seres humanos son personas, hayan nacido o no, sea la que decide cuáles tienen derecho a vivir según la fe que profesen o su raza.

³⁸ DORAL, *cit.*, p. 114.

³⁹ *Cfr.* DORAL, *Ibid.*, p. 116.

⁴⁰ «Hoy es un hecho que la biotecnología nos abre la posibilidad técnica para observar segundo a segundo al desarrollo y la gestación en todas las fases de la vida prenatal». BUSDYGAN, *cit.*, p. 181.

⁴¹ *Cfr.* SELGELID, *cit.*, p. 119.

Dice Selgelid también que «el debate sobre el estatus del feto en cuanto a ser o no ser persona, donde una parte argumenta «pro» y otra argumenta «contra» parece estar equivocado al suponer que debe haber una simple respuesta «sí» y «no» a la pregunta: ¿es el feto una persona? Sería más realista decir que no hay una respuesta determinada a esta pregunta. (...) El debate sobre la cuestión de si un feto es o no es persona tiene muchas similitudes con debates que podemos imaginar (o bien en los cuales podemos participar) sobre si un hombre con 50 pelos en la cabeza es o no calvo (...). Hay muchas buenas razones para pensar que a menudo no hay respuestas determinadas, claramente demostrables y correctas a estas preguntas. Este tipo de preguntas son, de hecho, discutibles. Cuando se trata de áreas grises, no tiene sentido preguntar ¿es blanco o negro? Si es gris, ¡no es ni uno ni otro! Fin de la cuestión» (...). El feto parece ser un área gris en el concepto de persona»⁴².

Sin embargo, aun cuando la ley establece los requisitos para adquirir personalidad, dichos requisitos son hoy día cuestionables. Las posturas asentadas en un positivismo absoluto nos llevan a tener por válido tanto legal como moralmente lo establecido por la norma, pero no es cierto. Las normas pueden ser contrarias a leyes superiores en rango o contravenir principios morales incluso básicos, principios que no son dependientes del momento o lugar sino que son precisamente los que inspiran el ordenamiento jurídico; además, las normas cambian adaptándose a la realidad social.

Que se exigieran anteriormente determinados requisitos para la adquisición de la personalidad por cuestiones de seguridad jurídica es algo que debe ser revisado a la luz de la ciencia actual. Así como en Derecho romano, del que somos herederos, se consideraba persona al ser humano que gozaba de libertad, de nacionalidad romana, *sui iuris* y con total capacidad de goce sobre su propio patrimonio, y así como también en Derecho romano la paternidad del varón era la única relevante por considerar a la madre únicamente como receptáculo del *nasciturus* —por el lógico desconocimiento del proceso de fecundación—, hoy día se sabe que el ser humano que crece en el vientre materno está vivo⁴³ y es indudablemente humano —sólo puede ser humano lo que nace de un humano—.

La modificación del estatus legal del concebido con la adjudicación de personalidad supondría la modificación en consecuencia de la regulación sobre el aborto. Como dice Busdygam «La tesis de la personalidad del embrión o del feto es un punto crucial del problema»⁴⁴.

El feto no es una persona desde el punto de vista jurídico porque es la ley quien determina quién lo es en función de un requisito imprescindible: nacer vivo. Sin embargo, una vez que nace vivo se le reconoce la personalidad de manera retroactiva desde que se le concibió. El único motivo para poder dar como coherente esta exigencia es por tanto la necesidad de seguridad jurídica por lo que se puede dar por irrefutable la siguiente afirmación: si nace vivo es que está vivo desde que se le concibió. Ello nos lleva inevitablemente a considerar que si es posible comprobar que está vivo dentro del útero también se le puede y debe adjudicar personalidad jurídica antes de nacer.

La ficción jurídica es una figura resultante de una técnica jurídica mediante la que, por ley, se toma como cierto o verdadero algo que no lo es o que podría serlo, pero se desconoce, para fundamentar en él un derecho o una consecuencia jurídica. Mediante esta técnica usada por el legislador deja de ser falso o ficticio lo que no es cierto o se desconoce para constituir una realidad legal con efectos jurídicos con el fin de la consecución de la seguridad jurídica.

Por medio de una ficción jurídica es como se fundamenta la existencia de las personas jurídicas o la representación, por ejemplo.

⁴² Cfr. SELGELID, *Ibid.*, p. 120.

⁴³ Discúlpenme la soberbia maternal, pero las embarazadas son conscientes de ello desde bien pronto por las patadas o el hipo de la criatura.

⁴⁴ BUSDYGAN, *cit.*, p. 145.

La ficción jurídica consiste en este caso en considerar al feto como un ser humano, pero no una persona. Y dicha ficción jurídica, que proviene del Derecho romano, ya no es necesaria puesto que los medios técnicos actuales son extraordinariamente más avanzados y precisos que cuando esta ficción se estableció por cuestiones de seguridad jurídica⁴⁵.

Es jurídicamente insostenible que la no adjudicación de personalidad al *nasciturus* se siga apoyando hoy día en la consideración del mismo en parte de las vísceras de la madre, como *kata gastrós* -lo que se lleva en el vientre-, *conceptus, nasci speratur* o *in utero est*, manteniendo el carácter neutro que se le daba en Derecho romano por desconocimiento médico o biológico.

La ficción jurídica que hemos heredado consistía en mantener que una vez que naciera, al niño se le consideraba persona desde que se le concibió, pues ya era un ser humano y no una realidad difusa, y de manera ficticia y retroactiva se le considera como persona mientras era esa realidad difícil de definir dentro del útero. Hoy día ha mutado, pues sabemos que el *nasciturus* es un ser humano vivo con identidad genética propia, por lo que no considerarle persona es en lo que consiste hoy la ficción jurídica que impide adjudicarle el derecho a la vida.

La capacidad jurídica puede ser limitada por el ordenamiento, pero éste nunca puede destruir la base natural de la personalidad. Destruir esa base natural sería tanto como sustituir el Derecho por una simple técnica organizativa. La personalidad exige existencia por lo que la persona es un supuesto o exigencia de la personalidad, pero esa existencia se proyecta como continuidad jurídica merced al conjunto integral de la persona. En la continuidad se apoyan los resortes de la técnica jurídica: retroacción al momento de la concepción, presunción de vida, etc. La persona es, asimismo, supuesto del sujeto de derecho por su alcance con la naturaleza humana. Ahora bien, una determinada política de Derecho permite diferenciar la base natural y la jurídica. Así, el artículo 30 del Código civil establece que se tendrá por nacido «a los efectos civiles», luego no a los efectos naturales. El Derecho permite proceder, a veces, de modo distinto o contrario a la realidad —presunción de conmorienencia, declaración de fallecimiento, reconocimiento de personalidad a las personas jurídicas, etc.—; ¿hasta dónde puede llegar la diferenciación?, ¿dónde está el límite? La cuestión es relativamente sencilla: el Derecho puede operar en los límites que impone la no contradicción⁴⁶. En el caso que nos ocupa, además, el Derecho puede actuar en los límites de la naturaleza ontológica del hombre.

El Derecho actual no puede seguir sosteniendo esta ficción heredada de época antigua. La posibilidad de abortar en la manera en la que nuestro ordenamiento jurídico lo hace hoy y la enunciación del supuesto derecho a abortar está asentada sobre principios, dice el Tribunal Constitucional, constitucionales. Con todo respeto, deseo apuntar que la interpretación de los artículos de la Constitución y los principios que manan de ella, se prestan más fácilmente que los contenidos en el Código civil a una interpretación interesada o adecuada a las ideas que se desean defender con carácter previo, incluso sirven y son habitualmente utilizadas para la defensa de

⁴⁵ Sin embargo, la mayoría de los autores consideran lo contrario, esto es, que la ficción jurídica en este campo consiste en considerar al feto persona antes de nacer cuando al nacer vivo se llevan las consecuencias de la adjudicación de la personalidad hasta la concepción de manera retroactiva. Así lo afirma Bercovitz cuando dice que «Aunque es el nacimiento el que determina la personalidad, el artículo 29 CC añade que «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». Ficción de consecuencias sumamente amplias que no se encuentran restringidas a ningún ámbito», BERCOVITZ, *cit.*, pp. 76-77. Y añade como efectos de la ficción lo siguiente: «En todos estos casos nos encontramos con masas patrimoniales o bienes concretos que se entregan en administración interina a determinadas personas en espera de que se produzca o no el nacimiento del concebido con las condiciones del artículo 30 (arts. 627 y 965 a 967 CC). Si así ocurre, esos bienes y masas patrimoniales pasarán a integrar el patrimonio de otras personas a quienes correspondan, según los casos».

⁴⁶ DORAL, *cit.*, p. 130.

una determinada orientación política o ideológica. Quizá el camino para la defensa de la vida del *nasciturus* no se halle en la Constitución, sino en la impugnación de los artículos 29 y 30 del Código civil.

4. Conclusiones reflexivas

Acerca de la no consideración como persona al *nasciturus*, al no adjudicarle personalidad jurídica, mediante una ficción jurídica y con el mantenimiento de creencias provenientes del Derecho romano que hoy ya no operan, cabe concluir que deben modificarse los artículos 29 y 30 del Código civil para reconocer al no nacido personalidad. Recuerdo los motivos esgrimidos en este trabajo:

El *nasciturus* no es una persona desde el punto de vista jurídico porque es la ley quien determina quién lo es en función de un requisito imprescindible: nacer vivo. Sin embargo, una vez que nace vivo se le reconoce la personalidad de manera retroactiva desde que se le concibió.

El único motivo para poder dar como coherente esta exigencia es la necesidad de seguridad jurídica, debiendo dar por irrefutable la siguiente afirmación: si nace vivo es que está vivo desde que se le concibió.

Ello nos lleva inevitablemente a considerar que si es posible comprobar que está vivo dentro del útero también se le puede y debe adjudicar personalidad jurídica antes de nacer. La consideración del *nasciturus* como persona «en potencia» y la cuestión de la dependencia vital también han sido aquí contestadas y me remito a su explicación.

La ficción jurídica es una figura resultante de una técnica jurídica mediante la que, por ley, se toma como cierto o verdadero algo que no lo es o que podría serlo, pero se desconoce, para fundamentar en ello un derecho o una consecuencia jurídica. Mediante esta técnica usada por el legislador deja de ser falso o ficticio lo que no es cierto o se desconoce para constituir una realidad legal con efectos jurídicos con el fin de la consecución de la seguridad jurídica.

La ficción jurídica consiste en este caso en considerar al feto como un ser humano, pero no una persona. Y dicha ficción jurídica, que proviene del Derecho romano, ya no es necesaria, puesto que los medios técnicos actuales son extraordinariamente más avanzados y precisos que cuando esta ficción se estableció por cuestiones de seguridad jurídica.

Es jurídicamente insostenible que la no adjudicación de personalidad al *nasciturus* se siga apoyando hoy día en la consideración del mismo en parte de las vísceras de la madre, como *kata gastrós* —lo que se lleva en el vientre—, *conceptus, nasci speratur* o *in utero est*, manteniendo el carácter neutro que se le daba en Derecho romano por desconocimiento médico, esto es, basado en el conocimiento científico que se tenía hace más de dos mil años.

La ficción jurídica que hemos heredado consistía en mantener que una vez que naciera, al niño se le consideraba persona desde que se le concibió, pues ya era un ser humano y no una realidad difusa, y de manera ficticia y retroactiva se le considera como persona mientras era esa realidad difícil de definir dentro del útero una vez que naciera con vida. Hoy día ha mutado, pues sabemos que el *nasciturus* es un ser humano vivo con identidad genética propia, por lo que no considerarle persona es en lo que consiste hoy la ficción jurídica que impide adjudicarle el derecho a la vida. Del mismo modo que se suprimió el requisito de la forma humana, por provenir de creencias hoy día anacrónicas —todo ser que nace de un humano sólo puede tener naturaleza humana— resulta también anacrónico el actual requisito del nacimiento pues proviene de conocimientos y creencias arcaicas.

El Derecho permite proceder, a veces, de modo distinto o contrario a la realidad —presunción de conmovencia, declaración de fallecimiento, reconocimiento de personalidad a las personas jurídicas, etc.—; pero,

¿hasta dónde puede llegar la diferenciación?, ¿dónde está el límite? La cuestión es relativamente sencilla: el Derecho puede operar en los límites que impone la no contradicción.

El Derecho actual no puede seguir sosteniendo esta ficción heredada de época antigua. La posibilidad de abortar en la manera en la que nuestro ordenamiento jurídico lo hace hoy —y la enunciación del supuesto derecho a abortar—, está asentada sobre principios, dice el Tribunal Constitucional, constitucionales. Con todo respeto, deseo apuntar que la interpretación de los artículos de la Constitución y los principios que manan de ella, se prestan más fácilmente que los contenidos en el Código civil a una interpretación interesada o adecuada a las ideas que se desean defender con carácter previo, incluso sirven y son habitualmente utilizadas para la defensa de una determinada orientación política o ideológica.

El artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Quizá el camino para la defensa de la vida del *nasciturus* no se halle en la Constitución, sino en la impugnación de los artículos 29 y 30 del Código civil. La única razón para que esta cuestión, puramente jurídica, no prosperara, sería meramente ideológica.

5. Referencias bibliográficas

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y derecho de la persona*, Bercal, Madrid, España, 2021.
- BUSDYGAN, Daniel, *Democracia y razón pública: la deliberación sobre el aborto y el estatus de la vida prenatal*, Universidad Nacional de Quilmes, Argentina, 2022.
- CURTIDOR GUTIÉRREZ, Natalia, «La Discusión sobre el Aborto desde el Concepto de Persona», *Disertaciones*, núm. 1, vol. 5, 2016, pp. 1-17.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, *Parte General del Derecho civil y personas jurídica*, 13.ª ed., Tecnos, Madrid, España, 2017.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio, «Concepto filosófico y concepto jurídico de persona», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 2, 1975, pp. 113-132.
- FERNÁNDEZ BAQUERO, María Eva, «El derecho romano y la adquisición de la personalidad civil, según el artículo 30 del código civil», *AFDUC*, núm. 17, 2013, pp. 577-594.
- GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, Elena, «Perspectiva legal del aborto en Estados Unidos y Europa después del caso *Dobbs*», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 63, octubre, 2023, pp. 1-29.
- GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Patricia, «La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia, en Gerión», *Revista de Historia Antigua*, núm. 35, 2017, pp. 101-118.
- ISLAS COLÍN, Alfredo, «El aborto en el derecho romano», *Amicus Curiae*, núm. 2, 2009, pp. 1-3.
- IRRIGANG, Bernhard, «Sobre el «estatuto moral» de embriones humanos y la evaluación ética del aborto», *Erasmus: revista para el diálogo intercultural*, núm. 1, vol. 14, 2012, pp. 9-22.
- MÉNDEZ MONASTERIO, Lourdes, *Del derecho a la vida al derecho al aborto a la luz de los debates parlamentarios y de la Constitución Española (1812-2017)*, Fundación Universitaria, Madrid, España, 2018.
- MENDIVE DUBOURDIEU, Andrés, «Aborto», *Revista de derecho de familia y de las personas*, núm. 2, 2013, pp. 138-145.

- MICHELINI, Dorado y ROMERO, Eduardo, «Sobre el inicio de la vida humana y el concepto de persona», *Erasmus: revista para el diálogo intercultural*, núm. 1, 2012, pp. 85-95.
- SELGELID, Michael, «¿El aborto para la prevención de imperfecciones humanas? Aborto eugenésico, incertidumbres morales y consecuencias sociales», *Daimon: Revista internacional de filosofía*, núm. 31, 2004, pp. 115-130.
- ZURRIARÁIN, Roberto, «La cuestión de fondo sobre el tema del aborto», *Persona y bioética*, núm. 1, vol. 19, 2015, pp. 117-128.