

# ACERCA DE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA DEL NASCITURUS\*

Tomás-Javier Aliste Santos \*\*

## 1. El problema dogmático-conceptual

El acercamiento a los conceptos de capacidad, subjetividad y personalidad desde la perspectiva jurídica supone abordar un problema dogmático conceptual. Desde el desarrollo de la idea de personalidad y su aplicación al Derecho como categoría dogmática esencial, los tres conceptos se han explicado a menudo como sinónimos referentes a una misma realidad y como soportes dogmáticos de la misma: la persona humana. La confusión terminológica entre los autores es patente y llega a un grado tal que muchas veces se nos presenta la capacidad como idéntica a la personalidad, la subjetividad aparece marginada, disminuida, privada de su independencia conceptual y, con frecuencia, olvidada, sin sentido jurídico. La personalidad domina, absorbe las bases dogmáticas donde se levanta y nutre todo el edificio jurídico, ningunea la autonomía de la capacidad y condena a la subjetividad a la pena de ostracismo

---

\* La legislación y jurisprudencia citadas, salvo nota en contrario, se entenderán referidas a España.

\*\* Abogado y Doctorando de la Universidad de Salamanca.

conceptual. Ya el profesor Guasp<sup>1</sup> se percataba de este fenómeno a mediados del pasado siglo en un artículo titulado "El individuo y la persona".

Reducir al concepto de personalidad las categorías de capacidad y subjetividad cierra posibilidades a una dogmática más rica y rigurosa. Limita el desarrollo dogmático y ofrece, en consecuencia, una ciencia jurídica sin vuelos, cegada por el dogma de la personalidad, constructora de un vasto sistema que gira sobre la persona, pero incapaz de abstraerse y de fundar la dogmática sobre conceptos más amplios e incluso más estrictamente jurídicos que la categoría de personalidad.

No cabe duda de que el problema fundamental implica una precisión terminológica de los primeros conceptos jurídicos, llenarlos de contenido y averiguar las relaciones existentes entre ellos. De este modo, una vez deslindados los conceptos, tendremos las bases seguras para construir y comprender mejor el sistema jurídico.

### 1.1. La confusión terminológica entre capacidad y personalidad

A menudo, como pone de relieve Falzea,<sup>2</sup> el concepto de capacidad aparece simplemente esbozado por la doctrina, dando lugar a una terminología imprecisa que lo presenta como realidad conceptual de límites difusos, desdibujados, que implican una difícil individualización conceptual en su relación con otros conceptos jurídicos fundamentales como la subjetividad y la personalidad. La confusión terminológica da lugar a un problema dogmático que, a primera vista, puede parecer meramente teórico y alejado de la realidad práctica del derecho, pero su falta de solución, a poco que se reflexione sobre el asunto, provoca graves problemas de comprensión y encaje entre los datos aportados por la realidad extrajurídica y su asimilación por la ciencia del Derecho. Se trata de conceptos que no han sido profundamente analizados y que, sin embargo, son las bases, los cimientos del ordenamiento jurídico privado, pero que permanecen en un estado de simple definición, sin ahondar mucho en su significado, posiblemente por el grado de suma dificultad que supone para la doctrina abordar estas estructuras tan abstractas del pensamiento jurídico, obra de la más estricta dogmática conceptual.

1. Confronta las ideas de persona e individuo y llega a la conclusión de entender la noción de persona como una pretensión de objetividad desprovista de humanidad. La persona sería, pues, "una negación estricta de todo lo que puede haber de valioso en lo simplemente subjetivo". Vid. GUASP: El individuo y la persona, Revista Derecho Privado, t. XLIII, 1959, p. 3 y ss.

2. Escribe FALZEA: "Intorno ad alcuni nuclei concettuali, che la tradizione scientifica ha cercato di isolare e di definire, esiste oggi, sul significato giuridico del termine capacità, una larga frangia di idee imprecise ed eterogenee, fonte di scollazioni e di incertezze". La responsabilidad de este estado de confusión es, según el profesor FALZEA, en primer lugar, del legislador, que rompe la unidad conceptual de la capacidad jurídica y, en segundo lugar, de la doctrina, que tampoco ha hecho esfuerzo alguno por recomponer una idea unitaria del término frente a la pluralidad de significados a la que tiende. Vid.: Ricerche di Teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica, Milano, 1997, p. 233.

Dogliotti y Figone señalan que la capacidad jurídica se ve generalmente como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones jurídicas y que es el concepto frecuentemente coincidente o análogo a las nociones de subjetividad y de personalidad.<sup>3</sup> Así, se sigue la serie conceptual: sujeto de derecho, persona y jurídicamente capaz. Además, afirman que todo intento de elaborar una distinción entre los términos es un artificio nominalístico, porque debido a la evolución del orden jurídico, que tiene en la fase actual al hombre como primer punto de referencia y centro del sistema, es artificioso distinguir las mencionadas categorías dado que las mismas coinciden en él como sujeto, centro imputador de todos los intereses jurídicos, una vez que le es reconocida su inmediata personalidad. Ahora bien, este razonamiento supone un enfoque realista exacerbado en torno a la persona. Para esta concepción, la persona es realidad fundamental y toda la construcción jurídica se explica en función de ella. La dualidad necesaria entre sujeto y objeto de conocimiento desaparece porque la percepción de lo real parte de la persona como sujeto y su atención se dirige a la persona como objeto. Desde esta línea de razonamiento, realidades diferentes a la persona y necesitadas de atención por el derecho, porque inevitablemente existen, operan y surten efectos en la vida jurídica, ofrecen un difícil encaje en la estructura de la ciencia jurídica, cuya dogmática personalista se ve incapaz de asimilarlas, originando una inevitable disociación entre ciencia y práctica del Derecho con el consiguiente salto lógico al vacío para esta última.

Por consiguiente, lo más aceptable es, pues, abordar la cuestión conceptual, precisar los conceptos más allá de su significado, diseccionarlos, confrontarlos, evidenciando lo que de similar o distante hay entre ellos y, sólo a partir de entonces, construir. Permanecer en un estado de indeterminación conceptual no permite avanzar, cimienta dogmas sobre todos y contribuye a disociar ciencia y práctica jurídica.

## 1.2. Concepciones metodológicas previas sobre el concepto de persona

Expuesto el camino, antes de continuar es necesario adoptar una posición con respecto a las direcciones metodológicas elaboradas sobre la persona. La primacía de la persona como sujeto de derecho es tal que acercarse al problema de la subjetividad jurídica inevitablemente implica adoptar una dirección metodológica sobre la misma ya que condiciona sobremanera al resto de categorías ontológicas partícipes de subjetividad jurídica.

La persona y su cualidad, la personalidad, son a juicio de buena parte de la doctrina, realidades que suponen una especie de prius lógico para el Derecho. La personalidad, escribe Ramos Chaparro, "se erige en valor autónomo y tiene una

3. En ese sentido, llegan a afirmar: "poco credito hanno oggi le teorie che distinguono capacità, soggettività e personalità". Cfr. M DOGIOTTI y A. FIGONE, in *Le Persone*, volume I, Torino, 2000, p. 12.

realidad ética que se impone al derecho del Estado y que reclama su plasmación jurídica".<sup>4</sup> La esencia de la obra del profesor De Castro, como escribe Garrido de Palma,<sup>5</sup> consiste en presentar al Derecho civil como regulador de la persona humana debido a la dignidad intrínseca de la misma. Así, el análisis o juicio que desde el derecho se hace sobre la persona conlleva inevitablemente a asumir una de las dos teorías acerca de la misma, a saber: la concepción abstracta-formalista y la teoría realista.<sup>6</sup>

### 1.2.1. Concepción abstracta-formalista

La concepción abstracta,<sup>7</sup> en cuanto a su procedencia metodológica, se encuadra dentro del formalismo positivista del siglo XIX. La persona se concibe como un concepto jurídico susceptible de aprehensión dogmática. Debido a las exigencias de la lógica jurídica se procede a elaborar, tomando como base el concepto de persona, todo un edificio dogmático escrupulosamente respetuoso de la lógica abstracta, entendida como la argamasa constructora de la estructura jurídica. Conforme a esta dirección, no se hace valoración del concepto de persona que rebase el ámbito jurídico. La persona se entiende en tanto encuentre regulación por el Derecho. Por ello, sobre el concepto de persona no se desarrollan más razonamientos que los estrictamente jurídicos y tomando por base el Derecho positivo. La persona se concibe desde una óptica puramente jurídica que evita toda valoración del concepto desde prismas distintos como la moral, la filosofía o la religión precisamente porque no son jurídicos. Es decir, la pregunta no consiste en saber qué es el hombre, porque para eso está la filosofía. Se trata más bien de atender a una realidad recogida por el Derecho. Entonces, sobre una realidad esencialmente normativa, se procede a la construcción jurídica. De la pluralidad de normas referentes al ser humano, entendido como realidad en sí misma considerada, se procede a la síntesis y elaboración conceptual del término "persona". Así, surge una serie de conceptos asociados tales como personalidad, capacidad, subjetividad y titularidad construidos mediante un razonamiento exclusivamente jurídico desprovisto de toda carga valorativa. Tenemos, pues, conceptos armoniosos, surgidos de la idea "persona" evocada, pero no valorada por el Derecho. Conceptos puros, refinamientos científicos sin contaminación extrajurídica, frutos del formalismo positivista.

Esta dirección metodológica, plasmada en la codificación decimonónica, ha recibido enormes críticas que llevan a su rechazo y abandono tal y como sus artífices la entendieron. En síntesis, se ha dicho que su insuficiencia teórica deviene

4. RAMOS CHAPARRO, Enrique: *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, p. 102.

5. GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, *El Derecho civil, protector del ser humano*, en *Anuario Derecho Civil*, 1983, núm. 36, p. 1359 y ss.

6. Constituyen las explicaciones más acabadas dadas por la ciencia jurídica sobre la persona.

7. La noción abstracta de la persona recibe también los nombres de nominalista, noción jurídico-formal o normativista, entre otros, tal y como manifiesta el profesor RAMOS CHAPARRO, *vid. op cit*, p. 122.

del formalismo positivista que rezuma. Parte de un positivismo normativo que inevitablemente genera un formalismo jurídico. Y el error del formalismo, como expone Hernández Gil,<sup>8</sup> consiste en la disociación entre materia y forma quedándose sólo con la última. Igualmente, la teoría abstracta conduce a un dogmatismo sobre las categorías de subjetividad y capacidad que se entienden sólo en relación a la persona.<sup>9</sup>

### 1.2.2. Concepción realista o sustancialista. Críticas

Frente al planteamiento abstracto formalista sobre la persona se erige la visión realista. Cuestiona fundamentalmente del planteamiento anterior su raíz conceptualista, que lleva a un distanciamiento muy marcado entre el mundo ideal de los conceptos y el mundo real donde se desarrollan los fenómenos jurídicos. Conforme a una posición realista, el conocimiento jurídico no debe fundarse exclusivamente en la forma sino atender también y por igual la materia, la realidad que nutre la norma. Es decir, en cuanto a la persona, interesa su conocimiento jurídico en tanto realidad existente, por tanto, extramental y no pensada, no es fruto de la lógica jurídica sino hecho apreciable que reclama regulación.

Dentro de un enfoque realista en general surge como manifestación concreta el llamado realismo ético de De Castro<sup>10</sup> y el realismo personalista del cual, dice Ramos Chaparro, se impregna fuertemente nuestra Constitución.<sup>11</sup> La persona se contempla por el Derecho desde una perspectiva valorativa, entendida como valor ético, caracterizada por su dignidad intrínseca, que es condicionante y limitadora del Derecho aplicable a la misma.

Sin embargo, esta concepción realista sobre la persona, tan en boga en nuestros días, ha supuesto en cuanto al concebido un obstáculo más en el camino de su ya de por sí complejo entendimiento jurídico, debido a las siguientes razones:

El realismo entendido como reacción al formalismo, en el caso del nasciturus ha constituido, y aún sigue haciéndolo, un impedimento de todo avance dogmático

8. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*, Madrid, 1945, p. 162 y ss.

9. Se pone de manifiesto el dogmatismo asfixiante de la noción abstracta revelando un círculo vicioso conceptual desde esta perspectiva porque, según critica DE CASTRO, la concepción abstracta "a la pregunta ¿quién es persona? contesta: el capaz de derechos y obligaciones; a la pregunta ¿quién es capaz de derechos y obligaciones? Responde: la persona". Cfr. DE CASTRO: *Derecho Civil de España, Parte General*, t. 1, Madrid, 1955, p. 29.

10. A esta concepción se refiere el profesor GORDILLO CAÑAS en su trabajo: *Realismo ético: el Magisterio metodológico de Federico de Castro*, Anuario Derecho Civil, 1983, núm. 36, p. 1403 y ss.

11. Afirma el profesor RAMOS CHAPARRO: "autorizados intérpretes han visto consagrada la construcción realista en la Constitución española de 1978. Entendemos, por ello, que a partir de entonces, la primacía de esta noción no debe basarse en el dato estadístico de los autores que la siguen, sino en el dato normativo que la impone con el carácter de principio general del Derecho". Op. cit., p. 147.

en el terreno conceptual por su aversión al método conceptual.<sup>12</sup> Esto ha generado un frenazo dogmático de toda línea de desarrollo conceptual que se rechaza sistemáticamente por su apartamiento de la realidad.

Por otro lado, contribuye a obscurecer la problemática del nasciturus de forma notoria la excesiva influencia que sobre el entendimiento jurídico de lo que es el ser humano tiene el realismo personalista, que se ocupa exclusivamente de la persona, llegando a identificar los términos "hombre" y "persona" sin tener en cuenta más que de una manera residual al nasciturus siempre entendido como persona "in fieri", pero no en función de su realidad ontológico jurídica, sino diluyendo su ser jurídico en la realidad "persona".

Finalmente, quizás los factores más determinantes para explicar la situación de insuficiencia teórica en la que hoy se encuentra el concebido sean las influencias del sociologismo jurídico y de la jurisprudencia de intereses. Para el sociologismo jurídico, el Derecho es la mera constatación de hechos sociales. Como señala Hernández Gil al exponer el planteamiento metódico del sociologismo jurídico, del dato bruto de la experiencia, de lo que acontece realmente, deriva el deber ser. La situación de hecho se erige en situación de Derecho, por eso la investigación jurídica se reduce a una investigación sociológica.<sup>13</sup> En esta línea, por ejemplo, se encuadra la obra de Gastón Jeze, para quien el Derecho consiste en un conjunto de reglas que se aplican en un tiempo determinado y un espacio concreto, con independencia del juicio de valor que sobre ellas se efectúe. El Derecho depende de su aceptabilidad por el mayor número de individuos que comprenden la sociedad en que se aplica. Así, será Derecho aquello que la conducta de la sociedad estime como tal. Parece que este sociologismo ha calado hondo en lo que atañe a la protección jurídica del concebido. Sus efectos se han manifestado con verdadera nitidez en el Derecho Penal, porque se acude una y otra vez para justificar la despenalización parcial del delito de aborto al método sociológico, el cual sirve de justificativo de la norma despenalizadora al constatar la aceptabilidad de la misma en la sociedad.

Junto al sociologismo jurídico de raíz positivista, la jurisprudencia de intereses también ha contribuido a frenar todo desarrollo doctrinal de la subjetividad jurídica del concebido. Particularmente, y otra vez en el área penal, doctrina y jurisprudencia han recurrido a este método presentando el problema del nasciturus como un conflicto de

12. Está lejos de este trabajo hacer una defensa cerrada del conceptualismo jurídico, pero tampoco renunciar al concepto como medio para estudiar la realidad jurídica. Es imprescindible si se quiere tener un enfoque global sobre la protección al concebido, analizar las diversas normas en que ésta se manifiesta. "Observación, interpretación, análisis y síntesis conceptuales. Conceptos, sí. Estos resultan imprescindibles para la obtención y contención de los conocimientos"; palabras extraídas de la Metodología de HERNÁNDEZ GIL (p. 383), que son una llamada de atención sobre la necesidad del concepto, y de las cuales este trabajo quiere hacerse eco.

13. Op. cit., p. 261 y ss.

intereses entre bienes jurídicos dignos de protección (así la vida del feto y la dignidad de la mujer), decantándose por uno de ellos en función de su prevalencia.<sup>14</sup> Sobre esta cuestión volveremos al comentar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985. Por el momento baste decir que, siguiendo la teoría enunciada, siempre que la interpretación lógica sea insuficiente por carecer de base normativa, y esta materia de la subjetividad es uno de esos casos, ha de acudir a la constatación empírica del interés preponderante. Se huye, así, de cualquier intento de aproximación al problema que vaya más allá de la búsqueda del interés que es el fin que mueve la ciencia del Derecho. A Heck y la Escuela de Tubinga repugna el conceptualismo y la abstracción metafísica, lo que interesa es la vida de relación, nada más. Los resultados de esta concepción en cuanto al nasciturus bien se saben y dejan irresoluble el problema dogmático que plantea el tema del concebido para el Derecho.

### 1.3. El valor de la persona dentro del sistema jurídico

El realismo nos ha permitido contemplar a la persona desde una perspectiva valorativa, contribuyendo enormemente al desarrollo jurídico de la idea de dignidad e impregnando las categorías dogmáticas de su significado.<sup>15</sup> La persona y su cualidad, la personalidad, son dos instituciones esenciales para la dogmática; sobre esto el pensamiento es unánime. Sin embargo, flaco favor se hace al desarrollo dogmático cerrando las categorías en torno a la idea de personalidad sin consideración alguna de otras manifestaciones jurídicas diferentes de la persona y que igualmente son cognoscibles en el ordenamiento, porque ahí están sus hechos. Intentar construir una dogmática jurídica sólo y exclusivamente girando sobre la idea de persona como único sujeto de derecho supone cerrar en falso la ciencia. La enorme importancia de la persona no faculta al desconocimiento sobre otras manifestaciones de la subjetividad. Decir que la persona es el único sujeto de derecho no es más que dogmatismo puro. Por los hechos, por los actos jurídicos e incluso por las disposiciones normativas se constata una y otra vez lo contrario.<sup>16</sup> En la Ley de Enjuiciamiento civil así se ha

14. En esa dirección se pronuncia la mayor parte de la doctrina penal, tal y como afirma, por ejemplo, MUÑOZ CONDE; expone el reconocido penalista que la vida humana dependiente es un bien jurídico objeto de protección penal, pero en caso de conflicto con bienes jurídicos de la mujer embarazada deben arbitrarse a priori causas de justificación, "inspirándose en los principios de ponderación de intereses y de no exigibilidad de un comportamiento distinto". Cfr. MUÑOZ CONDE: Derecho Penal. Parte Especial, 11ª ed, p. 83.

15. Así lo entiende el profesor RAMOS CHAPARRO cuando habla de la esterilidad de la cuestión sobre la prevalencia de la noción real sobre la abstracta o viceversa, entendiéndolo que ambas se necesitan de manera recíproca, pero la construcción real lleva consigo el deber de respeto a la persona, que se convierte en principio general. Así pues, escribe RAMOS, "la primacía de la noción real de la persona no es otra cosa que la misma prioridad valorativa que el actual ordenamiento reconoce a la persona humana, al configurar como valores superiores los mismos atributos ontológicos de aquélla (libertad e igualdad)". Op. cit., p. 147 y 148.

16. Se trata de una afirmación propia de un dogmatismo personalista que ya ni siquiera encuentra apoyo normativo. Las disposiciones procesales establecidas en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil en cuanto a las partes del proceso son prueba de ello. Vid. art. 6 LEC 1/2000, de 7 de enero.

entendido superando la tradicional dualidad persona física y jurídica y dando cabida a otras realidades, que en su pluralidad conforman lo que entendemos por subjetividad jurídica, cuando regula la capacidad para ser parte.<sup>17</sup> No debe extrañarnos tal superación. Ha quebrado la identificación exclusiva entre subjetividad y capacidad con personalidad, levantada sobre puro dogmatismo. Por eso una vez percibida en la vida jurídica la presencia de otras realidades diferentes de la persona, ¿Qué otra cosa quedaba sino su constatación normativa? Así, el dogma de la personalidad/ subjetividad se relativiza. Desciende de sus alturas ideales para dar entrada a una idea de la subjetividad mucho más rica. Se ha obrado, pues, una reformulación dogmática de la subjetividad jurídica. La persona física no pierde su protagonismo ni su fuerza jurídica, tan sólo pasa a integrarse como uno más de los sujetos de Derecho, eso sí, como lo que ya era antes: la manifestación más completa de la subjetividad jurídica. No veo razón alguna para combatir este triunfo dogmático. Pergeñar en otra dirección deja sin resolver el problema de lo que son esas realidades óntico-jurídicas no personales. Si se acepta la tesis de la pluralidad de los sujetos jurídicos vemos la subjetividad como categoría ontogénica. Así, desde la ontogenia podemos analizar a los sujetos jurídicos, señalar sus rasgos, observar sus actos jurídicos, trazar sus características y, sobre esa base empírica y experimental, deducir los caracteres esenciales de la subjetividad jurídica. La comprensión de la categoría "subjetividad jurídica", aceptada su emancipación conceptual, es fundamental para averiguar el verdadero perfil jurídico que tiene la figura del concebido y así proceder a su encuadre e integración dogmática.

## 2. El concepto jurídico de subjetividad y su aplicación práctica

### 2.1. Concepción de la subjetividad como la primera categoría dogmática: subjetividad como fundamento de la capacidad y de la personalidad

La subjetividad ha sido tradicionalmente un concepto de escasa atención dogmática. Permanece en un estado de indeterminación terminológica y de vaga caracterización. Apenas esbozada, suele presentarse como sinónimo de personalidad y, en no pocas ocasiones, totalmente encubierta bajo el concepto de ésta.<sup>18</sup>

17. CORDÓN MORENO, glosando el art. 6 de la LEC, revela que la vinculación estricta entre capacidad jurídica y personalidad ya se encontraba rota por la labor jurisprudencial que en determinados casos reconocía capacidad para ser parte a entes sin personalidad; así, esa ruptura jurisprudencial encuentra en la nueva LEC acomodo normativo. Vid. Ley de Enjuiciamiento civil, Aranzadi, 2000, p. 73.

18. Ejemplo de este encubrimiento y mezcla conceptual es el siguiente texto de DOGLIOTTI y FIGONE: "Il profilo statico della personalità è appunto la capacità giuridica, che designa un carattere meramente passivo del soggetto, un suo modo di essere nei confronti delle conseguenze giuridiche, in breve la riferibilità al soggetto di diritti, obblighi, situazioni giuridiche". Cfr. Op. cit., p. 13. Ante esto, defendiendo una concepción basada en la autonomía conceptual de los términos subjetividad, capacidad y personalidad,

Y, sin embargo, aunque parece claro y además unánimemente admitido que toda persona es sujeto de derecho, más problemático resulta averiguar qué son otras realidades ontológicas, que sin ser personas también comparten con ellas la cualidad de sujetos de derecho. Ahí es donde juega un papel esencial la subjetividad. El concepto de personalidad no satisface las necesidades teóricas que tratan de explicar otros sujetos diferenciados de la persona, pero también intervinientes en la vida de relación; realidades que están en el mundo, actúan y producen efectos jurídicos, tienen intereses y los defienden. De este modo, es necesario saber qué es la subjetividad jurídica, llenar de contenido el concepto y diferenciarlo cuidadosamente de la personalidad o la capacidad.

¿Cómo puede responderse a la pregunta sobre qué es la subjetividad? Ciertamente, la cuestión es compleja. No veo manera mejor para tratar de dar respuesta que acudir a la inducción y estudiar las situaciones jurídicas concretas para verificar o no la existencia de entidades susceptibles de atención por el ordenamiento. Del estudio concreto de la diversidad de situaciones establecidas en el mundo jurídico, observamos que muchas surgen de una pluralidad de entes no siempre personales. Estos sujetos de derecho, calificados en su conjunto como "ens tertium", han recibido especial atención por la doctrina italiana, Messineo, Frosini, Galgano, Magni, Falzea y Bianca, entre otros, se han ocupado de su integración dogmática en la teoría de la subjetividad.<sup>19</sup> Magni publica en 1951 un artículo titulado "Soggetto e persona nel diritto" donde plantea la distinción entre sujeto y persona. El sujeto es un símbolo primario referido al hombre. La persona sería un símbolo derivado que puede o no referirse al hombre.<sup>20</sup> En la misma línea, Frosini advierte que el gran obstáculo con el que se tropieza siempre que se procede al reconocimiento de sujetos de derecho es el prejuicio antropomórfico por parte de la doctrina, que impide ver otras realidades

---

cabe decir que la capacidad jurídica no es el perfil estático de la personalidad sino de la subjetividad, categoría conformada por sujetos que pueden o no ser personas.

19. El reconocimiento por parte del Derecho de entidades no personales es complicado. DOGLIOTTI y FIGONE escriben que hay una línea doctrinal encabezada por WOLF favorable al reconocimiento de órganos e instituciones dotados de facultades y obligaciones, pero sin capacidad general. Será la ley concreta la que en cada caso y por su ministerio reconoce un mayor o menor número de sujetos de derecho. Cfr. Op. cit., p. 12. FALZEA critica esta línea de estudio calificándola de error de perspectiva. Considera que la capacidad jurídica y la subjetividad presuponen una cualidad abstracta del sujeto, cualidad dada a priori y esencialmente potencial. Cfr. Op. cit., p. 250.

En la doctrina italiana hay una tendencia muy acusada a la disociación terminológica entre sujeto y persona, siendo favorables algunos autores a un ens tertium. Expresa RAMOS que este sujeto no persona se ha ido abriendo paso en la dogmática italiana. Así, por ejemplo, FROSINI habla de una tripartición conceptual, que distingue entre persona física, persona jurídica y sujeto de derecho, pudiendo aplicarse el último término a los dos anteriores, pero que, al mismo tiempo, puede referirse a una figura autónoma basada en el derecho objetivo. Cfr. RAMOS CHAPARRO: Op cit., p. 141 y FROSINI: voce: soggetto del diritto, en *No- vissimo Digesto Italiano*, 1970, t. XVII, p. 816.

20. C. MAGNI: "Soggetto e persona nel diritto (contributo metodologico)", en *Il diritto ecclesiastico*, núm. 62, 1951, p. 1 y ss.

diferentes al hombre.<sup>21</sup> Hay diversas entidades que pueden producir, y de hecho lo hacen, efectos jurídicos. Así, junto a la persona, tenemos otros sujetos: los pueblos, las asociaciones, la familia, la sociedad conyugal, las comunidades vecinales,... y nuestro concebido no nacido. Se trata de realidades empíricamente constatables que están ahí, en el mundo y, guste o no, producen efectos jurídicos. Constatada su existencia, surge la pregunta ¿Tienen rasgos en común las diversas realidades presentadas? ¿Qué tienen en común o de similar realidades tan diferenciadas como la masa patrimonial de la herencia yacente o la persona? La mera comparación parece absurda. Y, sin embargo, parece que sí, que algo hay en común, siendo esas similitudes en cuanto a su configuración ontológica las notas de la subjetividad jurídica. Así, podemos apreciar los siguientes caracteres de la subjetividad en todo sujeto jurídicamente relevante:

## 2.2. Los caracteres de la subjetividad

Se trata de realidades que surgen en la vida jurídica como el mejor modo de salvaguardar intereses humanos.<sup>22</sup> Es la primera de las características para ser un sujeto de derecho. Debe tratarse de entes en sí, diferenciados de otros de manera apreciable, realidades tangibles para el Derecho y no ideas sin posibilidad de aprehensión corpórea.

Su existencia está presidida por una voluntad genética que conduce a la manifestación de efectos jurídicos determinados por su realidad ontológico-jurídica.<sup>23</sup> El carácter de la intencionalidad diferencia a estos entes de otras realidades como las bestias y los objetos inanimados. Es claro que los objetos inanimados como una roca o una tabla están desprovistos de toda intencionalidad. Las bestias, si bien puede apreciarse cierto grado de voluntad en su conducta, no van más allá de la búsqueda de percepciones sensitivas. En cambio, las realidades ontológico-jurídicas, los sujetos de Derecho, tienen como motor de conducta el planteamiento de situaciones jurídicas porque su propia existencia así lo exige.

De la voluntad nace la facultad, poder o posibilidad otorgado por el ordenamiento. La concesión de esa facultad por parte del Derecho puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando tenga su fundamento en una norma concreta que así lo disponga y tácita cuando encuentre su aceptación gracias a la aquiescencia de los otros sujetos o en virtud de la doctrina jurisprudencial.

21. Cfr. FROSINI: "Il soggetto del diritto come situazione giuridica", en *Rivista di Diritto Civile*, 1969, t. 1, p. 227 y ss. También voce: *soggetto del diritto*, en *Novissimo Digesto Italiano*, 1970, t. XVII, p. 813 y ss.

22. La constatación de ese interés humano debe advertirse en todos los sujetos de derecho: *hominum causa omne ius constitutum est*. FALZEA dice que en las normas reguladoras de la capacidad y la subjetividad debe constatarse siempre ese "riferimento all'uomo", de suerte que cuando hablamos de subjetividad y capacidad necesariamente hay que considerar al hombre como fundamento de tales conceptos jurídicos "e non altre norme e proposizioni – esse pure perfettamenteamente ipotizzabili in astratto e suscettibili di rigoroso studio formale – che prescindano da ogni riferimento all'uomo ed all'attività umana". Cfr. FALZEA: *Op. cit.*, p. 240.

23. Intencionalidad fáctica que tiene causa en un actuar humano como trasfondo obligado.

Detrás de todos estos entes está la huella de la persona física.<sup>24</sup> Se trata de realidades no autónomas sino más bien dependientes de la persona. Sin la persona no existen. Podemos decir que la persona y su cualidad, la personalidad, constituyen los conceptos técnicos más elaborados dentro de la teoría de los sujetos de derecho. La personalidad irradia vigor conceptual de tal modo que deslumbra la propia categoría en que se encuadra, esto es, la subjetividad. Ahora que, si bien todas las personas están dotadas de subjetividad no toda realidad subjetiva tiene personalidad. La persona es el sujeto jurídico por excelencia. El desarrollo de su subjetividad ha sido enorme, y ello se debe esencialmente a su valor extrajurídico. La personalidad, en tanto cualidad de la persona, conforme expone Ramos Chaparro, “está determinada por el nacimiento, se erige en valor autónomo y tiene una realidad ética que se impone al derecho del Estado y que reclama su plasmación jurídica”.<sup>25</sup> Es decir, la persona, a juicio de la mayor parte de la doctrina, viene a ser una especie de prius lógico, realidad anterior al Derecho que debido a su dignidad intrínseca, porque la persona es la piedra angular del ordenamiento, limita al Derecho y le exige su defensa. Nadie pone en duda este sentir y el valor de su plasmación jurídica. Sin embargo, ello no implica desistimiento alguno en la elaboración de una Dogmática respetuosa de la persona, pero, al mismo tiempo, esclarecedora sobre la juridicidad de otros sujetos existentes para el Derecho. En definitiva, la subjetividad jurídica no puede encerrarse en la personalidad, porque así tendríamos, como de hecho pasa, una Dogmática cerrada en falso y, de ahí, la continua cuestionabilidad doctrinal.

Así pues, de la suma de los caracteres anteriores se constituyen realidades ontológicas merecedoras de atención jurídica. Es decir, sujetos de derecho.<sup>26</sup> Señalados los perfiles de la subjetividad estamos en condiciones de elaborar un concepto general sobre qué entendemos cuando nos referimos a dicha categoría. La subjetividad

24. Es decir, requieren en mayor o menor medida de la persona para completar su subjetividad jurídica, tanto en la vertiente estática (capacidad jurídica) como en la vertiente dinámica (capacidad de obrar) de la misma.

25. Cfr. RAMOS CHAPARRO: Op. cit., p. 102.

26. La tesis sobre la pluralidad de los sujetos jurídicos, que entiende la subjetividad como categoría dogmática conformada por personas (físicas o jurídicas) y entes jurídicos no personales, tesis en que se apoya este trabajo, ha sido severamente criticada por los defensores de una ortodoxa noción real sobre la persona. Particularmente, el profesor RAMOS CHAPARRO la califica como sofisticación de la construcción abstracta, impregnada de normativismo y formalismo y alejada de la realidad por su nominalismo. Por ello, afirma contundente: “está, pues, claro, para nosotros, que este tipo de construcciones nuevas, por continuar y agravar los rasgos generales del concepto jurídico recibido, son incompatibles para la superación de éste desde la óptica metodológica en que nos situamos” (la noción real). Cfr. Op. cit., p. 143. Ciertamente, la crítica es fundada porque admitiendo completamente esta reformulación dogmática sobre la subjetividad, la persona ya no se ve como ese prius anterior al derecho sino como concepto integrado dentro del supra-concepto de subjetividad, lleno de formalismo y nominalismo y tendente al positivismo normativista. Sin embargo, quizá la mejor réplica a esta crítica nos la ofrece GUASP. Frente a los defensores del personalismo, que erigen a la persona en concepto central del Derecho, esgrime la idea de individuo. La persona, nos dice GUASP, es un concepto forjado por el jurista, una máscara, un envoltorio que no descifra lo que guarda.

jurídica supone el reconocimiento por parte del Derecho de realidades ontológicas con posibilidad de actuación en la esfera jurídica. La diferencia entre subjetividad y capacidad radica en que mientras la capacidad es la aptitud genérica para provocar efectos jurídicos, la subjetividad implica el reconocimiento de un sujeto jurídico en sí mismo considerado, sin valorar su posibilidad de actuación. En suma, la capacidad es, como expone Falzea, categoría subordinada a la subjetividad,<sup>27</sup> no hay capacidad sin subjetividad previamente reconocida por el ordenamiento jurídico. De este modo, la subjetividad se constituye en fundamento de la capacidad, configurándose esta última como concepto que lleva a la idea de posibilidad, poder, o intervención en el plano jurídico.

Ahora bien, no todos los sujetos jurídicos tienen idéntica capacidad de derecho.<sup>28</sup> La capacidad de derecho al igual que la capacidad de obrar o de ejercicio puede ser graduable. No obstante, aún siendo graduable como cualidad de los sujetos reconocidos por el derecho, tiene un fondo común para todos: la capacidad implica en todo sujeto la idea de defensa, la posibilidad de velar por intereses propios. Esta idea de defensa, que nos lleva inmediatamente al campo de la capacidad para ser parte en el proceso, indica el mínimum común denominador del concepto de capacidad jurídica compartido por todos los sujetos de derecho. Con razón se ha escrito que la capacidad para ser parte del Derecho Procesal equivale a la capacidad jurídica del Derecho Civil. Y, ciertamente, es verdad. La posibilidad de acudir al proceso como medio de heterocomposición para defender intereses legítimos es manifestación esencial de la capacidad jurídica. Sin esta posibilidad de defensa genérica bien poco puede decirse del concepto de capacidad que quedaría como hueco y desprovisto de eficacia. Por

---

“Para el jurista, persona es el ente genéricamente apto para figurar como sujeto de derechos y obligaciones; pero como la idea de persona reposa sobre esta aptitud, forzosamente formal, aquella contemplación finalista que en el individuo se descubre, en la persona aparece celada por definición”. GUASP expone abiertamente la mayor flaqueza del personalismo jurídico, esto es, que “la persona es y ha sido siempre para el jurista una noción de evidente deshumanidad”. Los esclavos y las personas jurídicas ratifican esa afirmación. Por eso se llega a la lógica conclusión de fundamentar la idea de persona en la “mera convención técnica, todo lo imprescindible que se quiera, pero a mil leguas de aquella radical presencia sustantiva que proporciona la idea de la individualidad”. Cfr. GUASP. Op. cit., p. 4. Así pues, rechazando la llamada teoría realista o sustancialista de la persona, que es insuficiente tanto por el “abstracto” sustancialismo que predica como por la ausencia de explicación acerca de los sujetos jurídicos no personales, es más apropiado admitir la tesis de la pluralidad de sujetos, por mucho que descansen en una noción abstracta todo lo sofisticada que se quiera, corrigiendo el vicio nominalista que se le achaca mediante la integración en la tesis del concepto de individualidad. De este modo, no se renuncia a la integración dogmática de realidades susceptibles de aprehensión jurídica.

27. Cfr. FALZEA: Op. cit., p. 237.

28. Así, por ejemplo, el Ministerio Fiscal en el proceso civil tiene una capacidad limitada para ser parte en el ejercicio de determinado tipo de acciones y no tiene capacidad para ser demandado, pues esa posibilidad es en sí misma absurda. Lo mismo se puede decir para los grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso. Vid art. 6 LEC 1/2000, 7 de enero.

otro lado, la capacidad jurídica también se entiende como la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones. Es, en este sentido, donde desenvuelve sus consecuencias la idea de graduabilidad. Así, no es lo mismo la capacidad de las personas que la capacidad de entes no personales. La persona física tiene una plena capacidad jurídica, desde su realidad jurídica se puede contemplar por entero la potencialidad absoluta de la vertiente estática de la subjetividad. La persona física, siempre desde el plano potencial de la capacidad, tiene el abanico completo de posibilidades de intervención jurídica. Tiene la posibilidad de ejercitar una pluralidad de derechos, puede obligarse y desvincularse, provocar consecuencias jurídicas y responder de sus actos. La esfera completa de posibilidades a su alcance. En contraste con ella, es difícil admitir un posible derecho a la integridad física de la persona jurídica y, menos aún, defender la intimidad de la herencia yacente, por tratarse de derechos íntimamente vinculados a la persona. De ahí la idea de graduabilidad de la capacidad en función del sujeto que se trate. No obstante, entendida la graduabilidad sin menoscabo de la unidad común del concepto de capacidad entorno a la posibilidad de defensa de pretensiones garantizada a las partes en el proceso.

### 2.3. Sujetos de Derecho: ¿*numerus clausus* o *apertus*?

Perfilada la categoría de la subjetividad, surge la cuestión de quiénes son los sujetos de derecho, ¿Se trata de un *numerus clausus* o *apertus*?, ¿Cuántos son los tolerables?, ¿Puede ser infinito el número de sujetos jurídicos?, ¿Su existencia es por voluntad de la ley o por su propia naturaleza?, ¿Debe admitirse la existencia de un *prius* lógico anterior a la existencia del propio Derecho?

#### 2.3.1. Valor metodológico del Derecho Natural

Son muchos los interrogantes que se abren al tratar de profundizar en explicaciones sobre la sinuosa categoría de la subjetividad jurídica y sus manifestaciones concretas: los sujetos de derecho. Avanzar por este camino implica una buena dirección metodológica que nos guíe, y esto no es sencillo. Cabe recordar en este punto las enseñanzas del profesor Hernández Gil sobre el sincretismo metódico y el valor metodológico del Derecho natural como dirección posible.<sup>29</sup> Teniendo presente esa enseñanza, la cuestión de los sujetos jurídicos conlleva para su clarificación una primera aproximación desde la sociología del Derecho. Con los datos ofrecidos por la experiencia debe procederse a la construcción dogmático conceptual y su posterior sistematización. Ahora bien, entre un paso y el otro, es decir, entre los hechos que muestran una relevancia jurídica y los conceptos dogmáticos opera como concepción dogmática integradora el iusnaturalismo.<sup>30</sup> Así, respecto de los sujetos, su número y fijación en el ordenamiento dependerán de lo que la razón natural pueda averiguar y repute como válido. Las posibilidades en cuanto a un aumento del número actual

29. Cfr. HERNÁNDEZ GIL: Op. cit., pp. 373 y ss.

30. En este mismo sentido se pronuncia HERNÁNDEZ GIL. Cfr. Op. cit., p. 374 y 375.

de los sujetos de derecho están abiertas, siempre que respondan a las exigencias del racionalismo jurídico. Así, parece claro también que su disminución no depende del capricho del legislador. El normativismo legalista poco podrá hacer por lo que a los sujetos se refiere más que constatar su cristalización normativa. Si por exigencia de racionalidad un sujeto fue llevado a la norma, esa misma racionalidad constituye un límite que impide su desconocimiento por el Derecho. Conforme a esta tesis de racionalidad, también podemos aceptar la existencia de un sujeto jurídico prius lógico al Derecho y límite al mismo, es decir: el sujeto humano. En definitiva, la sociología jurídica y el método dogmático constructivo, unidos como instrumentos al servicio de una concepción iusnaturalista informadora, conforman una interesante dirección para comprender la subjetividad jurídica y sus proyecciones concretas.

#### 2.4. Rechazo de la tesis sobre los derechos sin sujeto

Merece un aparte prestar atención a las tesis sobre los derechos sin sujeto o con sujeto transitoriamente indeterminado muy extendidas y aceptadas por la doctrina. De Castro critica la teoría de los derechos sin sujeto, surgida para explicar las situaciones de indeterminación del mismo, porque, frente a la interrogante abierta por las situaciones de ausencia, indeterminación o falta transitoria de sujeto, prefiere acudir -por ser más rigurosa- a la idea de situación de pendencia.<sup>31</sup> Considera De Castro que así lo entendió la vieja doctrina donde ya estaba presente la idea de pendencia o suspenso de titularidad para explicar aquellas situaciones en las que el titular de bienes y derechos se hallaba transitoriamente indeterminado.<sup>32</sup>

La tesis sobre la "pendencia de bienes y derechos" y su relación con el nasciturus parece tener amplia acogida por la doctrina española. Díez Picazo, comentando el artículo 29 del Código civil,<sup>33</sup> escribe que "el problema de la fundamentación teórica de la protección jurídica de los intereses del concebido y no nacido sólo puede resolverse partiendo de la idea general de que existen, efectivamente, casos en los que puede haber unos derechos sin sujeto".<sup>34</sup> Se habla de situaciones interinas caracterizadas por la brevedad temporal en cuanto a la próxima determinación definitiva de titular. Sin embargo, ante esta postura crítica Ennecerus que no hay derecho sin titular porque ambos conceptos están indisolublemente unidos.<sup>35</sup> Ciertamente las ideas de derecho sin sujeto o sujeto transitoriamente indeterminado encuentran un difícil acomodo

31. Dice DE CASTRO: "la terminología de los derechos sin sujeto no es recomendable para las situaciones de indeterminación o falta transitoria de sujeto; pero con ella se ha abierto camino a otra más exacta: la de situación de pendencia". Cfr. Derecho Civil de España, Parte General, Madrid, 1955, p. 118.

32. DE CASTRO se refiere al caso del concebido no nacido como ejemplo paradigmático de esta situación de pendencia. Cfr. Op. cit., p. 121.

33. En Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tomo 1: artículos 1 a 41, EDERSA, p. 807.

34. Vid. Díez PICAZO: Comentarios..., p. 812.

35. Cfr. ENNECERUS: Tratado de Derecho Civil..., p. 325, vol. I-1. Por otro lado, hablar de derechos sin sujeto o derechos con titular transitoriamente indeterminado supone aceptar ya sea deliberada o inconscientemente el formalismo kelseniano, donde el sujeto no es el portador ni el destinatario de la norma, cayéndose en un peligroso normativismo.

dogmático porque la ciencia del Derecho durante la transitoriedad temporal que media entre la extinción del causante y el alumbramiento del concebido renuncia a la determinación del titular que estaría como flotando en no se sabe bien qué limbo para, después, hacernos creer, si el nasciturus es alumbrado felizmente conforme al artículo 30 del Código civil, que la adquisición de titularidad se produjo en el momento de la concepción. Demasiados envites a la vez para la resistencia del pobre edificio dogmático cuya ruina amenaza desplome y requiere pronta interdicción. Parece más acertado admitir, como lo hace Deschenaux interpretando la protección brindada al concebido en el Código civil suizo, que el nasciturus goza desde su génesis de una personalidad condicionada al nacimiento.<sup>36</sup> La naturaleza de la condición es resolutoria. Resulta más apropiada esta tesis porque con la condición resolutoria hay una protección inmediata que cesa tan sólo si el nasciturus no llega a nacer. Esto es muy interesante porque supone la eliminación de la tesis de la retroactividad de efectos de la personalidad al concebido,<sup>37</sup> que ha sido una elaboración artificiosa de la doctrina para procurar la protección del no nacido. Surge así una personalidad imperfecta o condicionada al nacimiento, pero no por ello desprovista de capacidad jurídica. La idea de personalidad imperfecta, planteada, entre otros, por Deschenaux, permite comprender mejor la tesis sostenida a lo largo de todo el capítulo, que plantea el tránsito conceptual de la subjetividad genérica a la personalidad obrado en el concebido. Lo más característico del nasciturus en cuanto sujeto de derecho es precisamente la idea de transitoriedad consustancial a su estructura subjetiva. Por ello, es importante clarificar el tema de la subjetividad del concebido porque constituye un planteamiento mucho más fiel a la protección histórica y acorde a la armonía dogmática.

36. Se discute en el Derecho suizo cuál es la naturaleza de la condición que opera sobre la protección jurídica al concebido: bien condición suspensiva hasta que se produzca el efectivo nacimiento, o bien condición resolutoria de derechos de no producirse el nacimiento. La discusión en esta materia hace que la doctrina suiza sea favorable a inclinarse por la condición resolutoria; es decir, la personalidad condicionada del concebido cesa si el mismo no nace efectivamente. Para DESCHENAUX está claro: "l'art 31 al. 2. Reconnaît à l'enfant conçu la jouissance conditionnelle des droits civils". Cfr *Personnes Physiques et tutelle*, Berna, 1986, deuxième édition, p. 117. Por ello, concluye diciendo: "l'enfant conçu est titulaire de véritables droits, non seulement d'expectatives. On admet également que le nasciturus peut avoir des obligations, dans la mesure toutefois où celles-cisont la contrepartie d'un avantage". Cfr. *Ibidem*, p. 118.

### 3. El nasciturus entre la subjetividad y la personalidad

Rechazada por manifiesta insuficiencia teórica la tesis de los derechos sin sujeto, no cabe ahora otra cosa sino preguntarnos qué es el nasciturus para el Derecho. Un primer acercamiento a la figura apoyado en la filología latina sirve ya para ofrecer indicios configuradores del posterior concepto jurídico. La palabra nasciturus es en latín participio de futuro del verbo nascor. El castellano ha perdido el participio de futuro y de ahí la dificultad para su correcta comprensión. Se forma del tema de supino más el sufijo -urus, que indica inminencia, destino. La palabra tiende a la sustantivización en latín y en nuestros días adquiere la función propia del sustantivo, siendo más correcto entenderla como sustantivo de discurso con carácter permanente. Su traducción más acertada sería “el que va a nacer” o “el destinado a nacer”. Indica la próxima aparición entre los hombres de una realidad aún no materializada y que, sin embargo, se intuye existente

El jurista romano no alberga dudas sobre la subjetividad del nasciturus. Recordemos el sentido de la protección que arranca en el remoto Derecho quiritarío. Así pues, es en el ámbito genérico de la subjetividad, que no en la personalidad, donde experimenta un desarrollo natural el concepto jurídico nasciturus. El concebido participa de las características comunes de la subjetividad jurídica y, además, tiene una acusada tendencia a participar de las específicas de la personalidad. No obstante, la posibilidad de devenir finalmente persona, siendo el rasgo más caracterizador de esta figura, no es el único, idea esta que conviene no olvidar.

Clemente de Diego escribe: “la doctrina más difundida ve en el concebido una spes prolis, una esperanza de hombre”.<sup>38</sup> Esta idea que entiende la protección al concebido basada en la esperanza de futura personalidad es acogida también por la mayor parte de la doctrina civil. Años antes, decía Manresa que “desde el momento de la concepción hay un germen de personalidad humana, existe un ser en embrión,

37. Lo que hay es una serie de derechos sometidos a condición resolutoria en caso de no nacer el concebido. Derechos derivados de la especial capacidad jurídica del concebido atribuida en función de su subjetividad, que no personalidad. La diferencia de matiz es importante porque permite el ejercicio de derechos al nasciturus encaminado a la mejor protección de sus intereses, si bien sometido a condición resolutoria. La tesis contraria, aquélla que habla de retroacción de personalidad y derechos sometidos a condición suspensiva, supone una declaración formal de protección al nasciturus, pero impedida de efectivo desarrollo durante el tiempo de la concepción, porque el sometimiento a condición suspensiva es un serio revés a la tutela inmediata de los intereses del concebido, que se perciben objetivamente aún en el caso de negar su subjetividad jurídica mientras no sea persona. En palabras de FALZEA: “Ma l'attualità della tutela di interessi non è logicamente condizionata alla esistenza attuale di un soggetto giuridico e quindi di una capacità giuridica. La tutela è imposta dal fatto che gli interessi sono già oggettivamente determinati ed attendono da eventi futuri unicamente la determinazione del loro portatore”. Cfr. FALZEA: Op. cit., vid. nota 123, p. 297.

38. Cfr. DE DIEGO: Instituciones de Derecho Civil español, Madrid, 1929, p. 167.

que el derecho no puede desatender en manera alguna”.<sup>39</sup> En idéntico razonamiento, De Castro señala que la protección al concebido se justifica en la esperanza de personalidad.<sup>40</sup> Profundizando en esta dirección, Alonso Pérez, constatando los avances de la ciencia médica, observa que “el concebido es persona *in fieri*, es un devenir ininterrumpido desde su génesis hasta su muerte, en cuya trayectoria vital todos los momentos son engranajes imprescindibles de la personalidad”.<sup>41</sup> En definitiva, todos estos autores justifican la protección al concebido acudiendo a la tesis de la persona en formación, la cual goza de amplia aceptación en la doctrina. No veo inconveniente alguno en aceptar este pensamiento, pues se presenta lleno de racionalidad. Ahora bien, requiere como complemento adecuado el auxilio técnico de la categoría “subjetividad”. El concebido no debe entenderse sólo como persona *in fieri* sino más bien como realidad subjetiva merecedora de atención *per se*, por aquello que ya es y no exclusivamente por aquello que terminará siendo. El giro conceptual hacia esta perspectiva contribuye notablemente a un mejor entendimiento de la figura jurídica.

Si sólo vemos al concebido como persona en formación o *spes hominis* inconsciente o deliberadamente el razonamiento del jurista reflexiona sobre la categoría de la personalidad. Así, de lo que se trata, entonces, no es ya de saber qué es el nasciturus sino de establecer un puente de unión entre él mismo y la persona, que es realidad dogmática segura porque tiene bien marcado el comienzo y la extinción de efectos jurídicos. Ahora bien, el puente así construido es endeble y su debilidad radica en la falta de un concepto jurídico propio que explique qué es el nasciturus. Siguiendo con la imagen del puente conceptual, sabemos que termina en la categoría de personalidad, pero ¿y el comienzo? El comienzo está en la categoría de la subjetividad. Así, gracias a la socorrida imagen del puente entre conceptos jurídicos tenemos los elementos necesarios para saber qué es el nasciturus: un sujeto jurídico a caballo entre la subjetividad y la personalidad. La situación de tránsito entre categorías jurídicas revela su singular posición dentro de la teoría de los sujetos de derecho. Ciertamente, de todos los sujetos no personales es el que con mayor grado participa de rasgos propios de la persona, porque en el concebido germina su esencia.

### 3.1. El fundamento de la subjetividad en la vieja Teoría de los estados de la persona

La peculiar situación del nasciturus como sujeto de derecho, que lo convierte en híbrido a medio camino entre la subjetividad y la personalidad, encuentra su fundamento histórico en la vieja teoría de los estados de la persona. Los últimos

39. Cfr. MANRESA y NAVARRO, José María: Comentarios al Código Civil español, tomo I, Madrid, 1903, p. 184.

40. Vid. DE CASTRO: Derecho Civil de España, Parte General, t. 1, Madrid, 1955, p. 117.

41. Cfr. ALONSO PÉREZ, “Reflexiones sobre el concepto y el valor de la persona humana”, en Anuario Derecho Civil, 1983, núm. 36, pp. 1125 y 1126.

resabios de la teoría de los estados, entendida al modo clásico como posición, situación jurídica de la persona en relación a la comunidad, los encontramos en la protección jurídica al nasciturus. El tratamiento que el ordenamiento jurídico recoge sobre el concebido responde a la idea de "status" como determinante de la capacidad jurídica.

En las Instituciones de Derecho Civil de Castilla, enseña Joran de Asso que "la persona es el hombre considerado en su estado" y que por "estado" se entiende la "condición o la manera en que los hombres viven o están, L. 1, tít. 23, P. 4. La variedad de condiciones proviene o de la naturaleza, o de la voluntad de los mismos hombres; y por esto el estado de los hombres es natural y civil. Según el estado natural, los hombres en primer lugar o están por nacer o ya actualmente nacidos".<sup>42</sup> García Goyena explicaba en el Febrero que "el estado de los hombres es una condición o cualidad, según la que son diversos los derechos que les corresponden".<sup>43</sup> Conforme a esta línea teórica, Domingo de Morató establecía, tan sólo veinte años antes de la aparición del Código presidido por un espíritu bien distinto, que por hombre se entiende "un ser compuesto de cuerpo y alma racional", mientras que persona "es el hombre considerado en un estado social. Así, los siervos en nuestras antiguas leyes carecían de estado social y por consiguiente de personalidad".<sup>44</sup> En definitiva, la doctrina que disocia las nociones de hombre y persona nutre casi hasta los albores de la codificación civil la teoría de los estados, la cual, asentada claramente sobre el principio general de desigualdad humana, marca tajante distinción conceptual de los términos "hombre" y "persona". El concepto de status responde a una concepción del hombre en comunidad fraguada en el mundo antiguo. De Cossio escribe que "la personalidad no es, para los juristas romanos, un recipiente apto para recibir toda clase de derechos, sino la consecuencia de los diversos estados en que el hombre puede encontrarse frente a sus semejantes. No es la humanidad, sino la posición dentro del grupo social, la que determina los derechos de cada uno".<sup>45</sup>

Aristóteles, por su parte, ve al hombre como parte de la naturaleza y constata que en la misma se dan situaciones de desigualdad de las que no se sustrae el ser humano.<sup>46</sup> Así, podemos afirmar que desde la Política de Aristóteles hasta la ruptura del Antiguo Régimen se plantea como principio general del Derecho la natural desigualdad de los hombres y, por ello, continúa De Cossio "todo hombre tenía en Roma un status, incluso el esclavo, porque el estado no indica una posición

42. JORDAN DE ASSO, *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, 1786, p. 1.

43. Cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Febrero*, o *Librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo 1, 1841, p. 5.

44. Cfr. DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho Civil español con las correspondencias del Romano*, t. 1, 1868, p. 48.

45. Cfr. DE COSSÍO, "El moderno concepto de personalidad y la teoría de los "estados" en el Derecho civil actual", en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, núm. 309, 1942, p. 751.

46. Vid. DE COSSÍO: *Op. cit.*, p. 751.

elevada sino simplemente una posición".<sup>47</sup> Conforme a esta teoría, el Derecho según Pastor y Alvira determina la posición que cada cual ocupa, posición que conlleva una capacidad jurídica específica y diferenciada en cada estado, pero graduable atendiendo a las circunstancias que den lugar al tránsito entre estados.<sup>48</sup> Dentro del estado natural, es decir, aquél que proviene de la propia naturaleza, nos dice Ortiz de Zúñiga que las personas pueden considerarse "como ya nacidas, como concebidas solo y existentes en el vientre materno, como varones y hembras y como mayores o menores de edad".<sup>49</sup>

Sin embargo, tras el asentamiento del liberalismo como sistema político se pasa de la natural desigualdad de los hombres a la proclamación de la igualdad formal y, así, escribe De Cossío, "la teoría de los estados, reducida a mera categoría escolástica, puede decirse que ha perdido su antigua importancia".<sup>50</sup> El hombre en sí mismo considerado y no en referencia a la comunidad es persona.

Dicho esto, hay que matizar que a pesar de la crisis en que se encuentra la teoría de los estados en el Derecho Civil actual, ello no es óbice para constatar la vigencia residual, casi fosilizada, de antiguos estados que aún hoy siguen respondiendo a su sentido tradicional. Dentro de los estados naturales sobreviven "la menor edad", "la mayor edad", "el nacimiento" y "la concepción",<sup>51</sup> los cuales responden plenamente a su significado clásico. Más aun, respecto del estado de concepción, podemos decir que constituye el último exponente del caduco principio que sanciona la desigualdad natural de los hombres; porque no hay duda, a tenor de lo dicho por el artículo 29 del Código civil, que la concepción supone un estado, una posición del hombre por nacer diferenciada claramente de aquella que ocupa el ya nacido. La distinción entre ambos estados se encuentra en la diversa naturaleza que tienen los derechos subjetivos dependiendo de su ajuste a uno u otro estado. Así, mientras que los derechos del nacido producen plenos efectos jurídicos, aquéllos que tiene el meramente concebido reciben el calificativo de eventuales; permanecen en una especie de incertidumbre

47. Vid. *Ibídem*, p. 751.

48. Cfr. PASTOR y ALVIRA, *Historia y elementos de Derecho Romano*, Parte 3ª, t. 1, Madrid, 1881, p. 28.

49. Cfr. ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Biblioteca de escribanos o Tratado General Teórico Práctico*, t. 1, Madrid, 1841, p. 42 y 43.

50. Cfr. DE COSSÍO: *El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los "estados" en el Derecho Civil actual (conclusión)*, RDP, núm. 310, 1943, p. 11.

51. Este último aparece reflejado en el art. 29 del CC como contraposición al nacimiento. Ni la doctrina ni el Código hablan del nacimiento o de la concepción entendiéndolos como estados civiles, pero la acogida de ambos términos responde, sin duda, a su vieja acepción como estado, es decir, como posición del individuo o, dicho en terminología clásica, la "condición o la manera en que los hombres viven o están".

de suerte que hasta no verificada la condición de nacimiento no gozan de la firmeza propia de los derechos del nacido, es decir, de la persona plenamente determinada.<sup>52</sup> Esto en cuanto a la esfera patrimonial.

Desde el ámbito extrapatrimonial, la cuestión de marcar la diferencia entre estados es más compleja porque no hay motivo jurídico que lleve a pensar en la ausencia del principio *neminem laedere* que gravita por igual sobre ambos "modos de estar", y genera un deber de abstención de toda conducta lesiva frente a otro. Ahora bien, de lo que no cabe duda es del enorme desarrollo del principio *neminem laedere* o deber general de respeto en el ámbito personal con los llamados derechos de la personalidad. Díez Picazo y Gullón los califican como derechos absolutos con eficacia *erga omnes* que "generan en todos los demás un deber general de respeto de la persona y de sus atributos".<sup>53</sup> De estos derechos de la personalidad tanto nacidos como no nacidos participan, si bien con distinta intensidad en su protección, de los derechos a la vida y a la integridad física, cuestión que se ha reconocido tanto normativa como jurisprudencialmente.<sup>54</sup> Otros derechos de la personalidad, o sea, el derecho a la libertad personal, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen o el derecho al nombre encuentran su natural ubicación en el estado del nacimiento, marcando así la diferencia entre ambos estados naturales en lo relativo al ámbito extrapatrimonial.

De lo expuesto hasta aquí podemos trazar las líneas maestras de lo que sería el estado, entendido en su genuína acepción clásica, de los "hombres por nacer". Y conviene tener presente el razonamiento en torno a la vieja teoría de los estados porque como intuyen Dogliotti y Figone actualmente parece gestarse una vuelta a la misma.<sup>55</sup> Los autores razonan sobre la crisis que atraviesa el concepto de capacidad/personalidad y su pérdida actual de importancia frente a la mayor atención que despiertan ahora otros campos como el de la responsabilidad civil. Como indicio de un posible renacimiento de los estados señalan que la capacidad surgió como emblema del individualismo defendido desde la óptica codificadora liberal; sin embargo, la teoría de los estados responde y se adecua más a las exigencias de una vida eminentemente comunitaria en la que la comunidad era fuente de derechos

52. Muy bien expresa esta diferencia entre uno y otro estado ORTIZ DE ZUÑIGA que sobre las criaturas póstumas dice: "cuando se trata de su bien o utilidad son reputadas como si ya hubiesen nacido las que verdaderamente no existen, pero cuyo feto se halla en el seno materno; gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que los menores de edad... Más para que no se abuse de tan amplios privilegios dándoles un inmerecido ensanche, es preciso que en el nacimiento del póstumo concurren varios indispensables requisitos". Es decir, la diferencia entre una y otra posición es que los derechos adquiridos durante la concepción a título condicional se consolidan tras el nacimiento. Vid. ORTIZ DE ZUÑIGA, *op. cit.*, p. 42 y 43.

53. Cfr. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1997, p. 326.

54. El Código penal castiga el homicidio y las lesiones, cometidos contra las personas, y el aborto y las lesiones al feto.

55. Cfr. DOGLIOTTI y FIGONE, *Op. cit.*, p. 20.

---

y obligaciones y a la que el individuo pertenecía y en la que tenía una posición. ¿El mundo actual, caracterizado por la creciente interdependencia, refuerza la idea de vuelta a los estados? Tal planteamiento es interesante, no cabe duda, respecto al concebido, del mantenimiento de su estado natural, en tanto que sujeto diferenciado de la persona, pero participe junto a ésta de rasgos comunes de subjetividad. En este sentido, es donde podemos apreciar cierta pervivencia natural de la teoría de los estados, entendida en su genuina explicación como posición o modo de estar del hombre. De todas formas, el vigor jurídico de esta teoría de los estados queda muy limitado una vez analizada la idea de subjetividad y siendo conscientes de la potencialidad teórica que ésta puede desarrollar, amén de aceptar su mayor prestigio científico porque supone una categoría jurídico técnica más acabada en lo que a la dogmática afecta.

### **3.2. La capacidad del concebido. Misma capacidad jurídica que el resto de los sujetos incluidas las personas**

Es momento ahora de proseguir el estudio relacionando al concebido con otra gran categoría jurídica, a saber: la capacidad. ¿Tiene capacidad jurídica el nasciturus? Frente a la tesis defendida por Ruggiero, que considera la capacidad jurídica como categoría susceptible de limitación en cuanto a extensión o identidad dependiendo del sujeto,<sup>56</sup> se admite ampliamente por la doctrina que las notas características de la capacidad jurídica son su invariabilidad y uniformidad. Igualmente, indica Ramos Chaparro, la capacidad jurídica, entendida como cualidad de la subjetividad pasiva, “pone de manifiesto el mensaje igualitario y el contenido ético que esta categoría introduce en el régimen jurídico de la personalidad, erigiéndose como en una suerte de antídoto o vacuna contra toda posible discriminación *ad inicio* en la función general del sujeto jurídico, basada en el carácter social de la persona”.<sup>57</sup> Ciertamente, esto es verdad. Nada que objetar a esta concepción de la capacidad siempre que sea referida a la persona, pero es que la capacidad no se agota en la persona. De la existencia de una pluralidad de manifestaciones subjetivas se infiere la idea de una capacidad jurídica ajustada a la naturaleza de cada sujeto. Por eso, porque la *subjetividad condiciona la capacidad dependiendo del sujeto jurídico*, las notas de uniformidad e invariabilidad son ciertas en la medida que se trata de sujetos de la misma especie, pero no pueden predicarse a priori como características definitorias de la capacidad jurídica con independencia de las diversas manifestaciones subjetivas a las que necesariamente ha de ajustarse. Ahora bien, de acuerdo a las tesis hasta el momento desarrolladas sobre la subjetividad, esa idea de igualdad, que caracteriza la capacidad jurídica de las personas, también es predicable de las entidades no

---

56. Cfr. DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, volumen I, Madrid, 1929, p. 339.

57. Cfr. RAMOS: *Op. cit.*, p. 265.

personales susceptibles de ser sujetos de derecho; y se traduce, para todos, en la capacidad para ser parte, en la posibilidad de acudir al proceso como medio de resolución de las controversias generadas en la vida jurídica.<sup>58</sup>

¿Qué entendemos cuando hablamos de capacidad jurídica? Comúnmente, se admite que la capacidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Sin embargo, el profesor Falzea advierte de las dificultades en el estudio de esta categoría debidas a la pluralidad de significados que evoca el término capacidad.<sup>59</sup> De esta variedad, continúa diciendo, puede extraerse una noción común que expresa la idea de continencia, de cantidad. De este modo, se hace inevitable pensar en una graduación de la capacidad, cuestión que, como alerta Falzea, supone un grave error teórico.<sup>60</sup> Así, señala el profesor italiano, la idea de una capacidad jurídica graduable nos lleva a una concepción atomística de la subjetividad. Esta concepción, que atendiendo a la diversidad de sujetos jurídicos fragmenta la idea de una capacidad jurídica general, se funda en un criterio lógico de estricto subjetivismo, desprovisto de toda objetividad y que merma la atención que la propia categoría subjetividad debería gozar.

La subjetividad, como entiende Falzea, debe estudiarse per se y no en función de sus particulares manifestaciones.<sup>61</sup> La capacidad jurídica y la subjetividad hacen referencia a una cualidad abstracta del sujeto, cualidad dada a priori y esencialmente potencial que expresa la idoneidad del sujeto para ser destinatario y difusor de efectos jurídicos. Falzea dice que la capacidad jurídica, al igual que la subjetividad, constituye una cualidad intrínseca del sujeto.<sup>62</sup> Ahora bien, a este razonamiento debemos añadir que mientras la subjetividad hace referencia a la realidad ontológica del sujeto y, por ello, es cualidad metajurídica de difícil aprehensión por el ordenamiento, la capacidad tiene un contorno jurídico más nítido, menos difuso, y encaja mejor con la idea de potencial receptividad y difusoriedad de efectos jurídicos. Entendiendo de tal modo la capacidad no hay lugar a la concepción atomística de la misma.<sup>63</sup> Y,

58. Quizá la capacidad para ser parte, la posibilidad de acudir al proceso en defensa de los intereses, sea la nota más apreciable en todos los sujetos de derecho de esa proclamada uniformidad y mensaje igualitario que entraña la idea de capacidad jurídica.

59. Vid. FALZEA: Op. cit., 235.

60. *Ibid.*, p. 236.

61. FALZEA expresa este razonamiento diciendo: "la concezione atomistica della soggettività ha il torto di confondere, o di non discriminare sufficientemente, i caratteri contingenti di un ordinamento ancora in formazione o addirittura allo stato embrionale e principi di stretta logica giuridica, e di fare assurgere alla dignità di nozioni teoriche generali soluzioni strettamente condizionate a fenomeni di significato tutt'altro che esemplare". Op. cit., p. 239.

62. *Ibidem*, p. 237.

63. La capacidad jurídica, en tanto expresión de potencial receptividad y difusoriedad de efectos jurídicos, es uniforme e igual para todos los sujetos. Ahora bien, los sujetos reconocidos por el ordenamiento son diferentes. La diferencia tiene origen en su propia configuración óptica. Así, la propia subjetividad determina un mayor o menor abanico de situaciones jurídicas de las que los sujetos pueden

sin embargo, esa idea de graduabilidad no debe rechazarse pues tiene su desarrollo más palpable en la vertiente activa de la subjetividad, o sea, la capacidad de obrar. Conviene recordar que en la teoría de la subjetividad jurídica desarrollada hasta el momento, capacidad jurídica y capacidad de obrar constituyen las vertientes pasiva y activa de la subjetividad. Son, pues, manifestaciones concretas de una misma categoría. Siendo así, y advertida la unidad de la capacidad jurídica, apreciamos, sin embargo, variable la intensidad de la subjetividad atendiendo a la diversidad de sujetos existentes. De este modo, en función de la naturaleza de cada sujeto, las posibilidades de obrar en la vida jurídica son distintas. Así, para la ciencia del Derecho no es lo mismo la persona física, la persona jurídica y las entidades sin personalidad. De la radical distinción naturalmente originada en cuanto a su ontología derivan sus diferentes márgenes de actuación en la vida jurídica, sin menoscabo de afirmar una idéntica capacidad jurídica, en el sentido de potencialidad para ser destinatario o generador de efectos jurídicos. En definitiva, en cuanto a la idea de graduabilidad, no es la capacidad sino la subjetividad sede adecuada a tal concepto. En función de cada sujeto, las posibilidades de intervención en la vida jurídica serán más o menos amplias dependiendo de su configuración óptica. De este modo, parece claro que la persona física se encuentra en la cúspide de los sujetos de Derecho, constituyendo la manifestación más completa de la subjetividad gracias al concepto de personalidad. Después, en un plano inmediatamente inferior, las personas jurídicas, también partícipes de personalidad, pero no en la misma intensidad que las físicas. Por último, en el esquema de los sujetos de derecho, tenemos las entidades no personales, las cuales, como dice Espinoza rompen la tradicional unidad conceptual subjetividad/personalidad,<sup>64</sup> que dogmáticamente muestra su insuficiencia porque no explica válidamente aquello que estas entidades son, ofreciendo su existencia jurídica la prueba más palpable de esa ruptura terminológica y de la necesidad de dotar a la subjetividad de un ámbito conceptual propio.

Llegados a este punto, estamos en condiciones de responder a la pregunta inicial sobre la capacidad del nasciturus. El concebido no nacido, como el resto de los sujetos jurídicos, tiene plena capacidad jurídica. No puede sostenerse la tesis de la capacidad jurídica relativa, defendida, entre otros, por Aramburo.<sup>65</sup> Si partimos, como sostiene Ramos,<sup>66</sup> de un concepto de capacidad basado en el carácter uniforme,

---

formar parte. Es decir, la subjetividad determina la capacidad jurídica, hablar de capacidad es hablar de aptitud potencial del sujeto, una aptitud que se concreta teniendo presente la naturaleza específica de cada sujeto.

64. ESPINOZA: *La capacidad civil de las personas naturales, tutela jurídica de los sujetos débiles*, Lima, 1998, p. 129.

65. Vid. ARAMBURO, *Estudio de las causas que determinan, modifican y extinguen la capacidad civil*, Madrid, 1894, p. 57. ARAMBURO habla de capacidad relativa en el concebido, en el sentido de ser tan sólo capaz para adquirir derechos, pero no para sufrir perjuicios o adversidades. Este planteamiento es muy difícil de conjugar con la idea de igualdad que entraña la categoría de la capacidad y admitida por la mayor parte de la doctrina.

66. RAMOS CHAPARRO: *Op. cit.*, p. 272.

constante e igual de la misma sólo podemos admitir dos soluciones satisfactorias para la resolución del problema sobre la capacidad del concebido: bien afirmar su existencia o bien rechazarla absolutamente. Ante esto, de nuevo cobra importancia el enfoque teórico previo sobre los sujetos de derecho. Así, desde una concepción realista y antropológica, la capacidad se verá como sinónimo de personalidad y, hasta tal punto de identificación, que será difícil ver capacidad en realidades no personales.<sup>67</sup> Frente a este planteamiento, en palabras de Espinoza, la crítica fundamental de esta teoría consiste en que “se justifica en un contexto donde existe identidad entre los conceptos de subjetividad y personalidad, pero frente a los sujetos de derecho que no son personas (concebido, organizaciones de personas no inscritas) ésta deviene insuficiente”.<sup>68</sup> Parece claro que desde la estricta óptica realista y antropológica de la subjetividad jurídica el problema dogmático sobre los sujetos no personales permanece abierto y sin resolver.

Sin embargo, partiendo de una concepción donde subjetividad y personalidad no son sinónimas, donde la subjetividad cobra verdadera relevancia, el resultado dogmático es más riguroso. Desde esta perspectiva, continúan siendo predicables las notas de uniformidad, generalidad e igualdad de la capacidad jurídica, la cual, como bien señala Falzea, se adquiere cuando surge el sujeto y lo acompaña en todo el devenir de su existencia; es una categoría que nace con la subjetividad y muere con ella.<sup>69</sup> Será la subjetividad, que no la capacidad, la categoría que dé la clave para entender las diferencias entre la persona humana y los otros sujetos jurídicos. En tal sentido, escribe Ramos Chaparro que “únicamente la cualidad humana de ser “sujeto jurídico” permite la abstracta imputación de “todos” los efectos posibles, mientras que la cualidad formal de los demás “sujetos no humanos” o “personas jurídicas” sólo permite tal imputación en un ámbito previamente delimitado de relaciones, titularidades y situaciones”.<sup>70</sup>

De este modo, volviendo al concebido, si compartimos con Falzea la idea de una capacidad jurídica abstracta sin relación con actos y efectos concretos, no hay problema en cuanto a la admisión de la capacidad jurídica del nasciturus. Será su propia naturaleza como sujeto jurídico la que determine y condicione el campo de relaciones, titularidades y situaciones en que se vea inmerso. En definitiva, subjetividad coincidente en muchos aspectos con la de la persona humana, si bien más reducida y que, desde luego, no permite la abstracta imputación de “todos” los efectos posibles

67. Respecto a la atribución de capacidad al concebido, el profesor RAMOS CHAPARRO llega a afirmar que “la situación subjetiva del nasciturus está determinada por la ley (en cuanto a su extensión y a sus requisitos) y, precisamente por ello, no puede llamarse con propiedad capacidad jurídica, ... querer denominar a esta posibilidad capacidad jurídica parcial, atendiendo exclusivamente a su origen natural, supone desconocer el carácter esencialmente general e invariable de la verdadera capacidad jurídica determinada por el nacimiento”. *Ibid.*, p. 273.

68. *Vid.* ESPINOZA: *Op. cit.*, p. 23.

69. *Cfr.* FALZEA: *Op. cit.*, p. 270.

70. *Vid.* RAMOS CHAPARRO: *Op. cit.*, p. 271.

que aquélla exige. A propósito de esta cuestión, Falzea apunta que Wolf, en su obra *Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen*, admite la subjetividad jurídica de los concebidos y los entes no personificados, siendo uno de los primeros que emprendió esta dirección.<sup>71</sup>

Toda esta argumentación sobre la subjetividad y la capacidad, imbuida de un fuerte carácter dogmático, ha trascendido la discusión doctrinal, encontrando recepción en el terreno normativo. Así lo manifiesta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 6, que supera la trasnochada división de sujetos entre personas físicas y jurídicas, dando entrada a realidades que no eran ajenas a la jurisprudencia desde hacía bastante tiempo, pero que, al fin, encuentran conveniente reflejo normativo.

### **3.3. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985 sobre despenalización parcial del delito de aborto**

Estudiados los problemas dogmáticos fundamentales sobre la subjetividad y capacidad del concebido, es inevitable para todo aquel que se acerque a este peculiar sujeto de derecho detenerse, al menos someramente, en la jurisprudencia constitucional y hacer una breve reflexión sobre la polémica sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 (en adelante, STC). Por mucho que el presente estudio se enfoque preferentemente desde una perspectiva procesal civil no puede, ni quiere cercenar una visión más general del tema, porque siendo la problemática del concebido un tema multidisciplinar, la ciencia del Derecho, si quiere ser tal y no mera acumulación de comentarios exegéticos a normas aisladas, debe esforzarse por dar una respuesta unitaria. Por ello, no puede desconocer el tratamiento dado al problema desde los sectores penal y constitucional del ordenamiento, pero, eso sí, sin perder la idea de Derecho civil como Derecho común. De este modo, valgan unas breves palabras a propósito de la STC de 11 de abril de 1985, dictada para resolver el recurso de inconstitucionalidad nº 800/1983, interpuesto contra el proyecto de Ley Orgánica de despenalización parcial del aborto. La sentencia ha sido objeto de fuertes críticas doctrinales. Se ha dicho que en la misma el Tribunal Constitucional excedió sus funciones jurisdiccionales entrometiéndose en las propias del legislador y que incurre en contradicciones flagrantes. No obstante, lo cierto es que a partir de entonces quiebra el sistema de protección que el ordenamiento jurídico dispensaba al concebido, derrumbándose casi por completo el tradicional amparo que este sujeto tenía en sede penal. Sin entrar en consideraciones penales y desde una perspectiva general del ordenamiento jurídico, apreciamos en el conjunto de la doctrina española la idea común de entender a partir de entonces la protección al concebido como una cuestión problemática, pero anecdótica, materia jurídica residual albergada en el Código Civil y reducida a supuestos estrictamente patrimoniales. Parece admitido por todos que negada la protección penal al concebido, cuando concurren los supuestos

71. Cfr. FALZEA: Op. cit., p. 297 (nota 123).

de justificación previstos,<sup>72</sup> sólo queda la protección patrimonial del derecho privado. Sin embargo, frente a tal opinión, cuanto menos puede decirse que el Derecho civil permite abrir un margen más amplio que el meramente patrimonial en tanto que es Derecho común. El descalabro del Derecho penal no significa que hayan desaparecido también todas las posibilidades de protección en el ámbito extrapatrimonial.

La sentencia plantea la constitucionalidad de los supuestos de despenalización esgrimiendo el argumento del conflicto de intereses entre la vida del nasciturus, interés protegido por el ordenamiento, y la vida, "dignidad" o "salud" de la embarazada, intereses que encuentran amparo en la Constitución.<sup>73</sup> Ante esto, decir sólo que nada más desafortunado para la conveniente argumentación constitucional que plantear la resolución del problema en sede penal en términos de valorar el interés preponderante al modo de Heck y la Escuela de Tubinga. Nada más desafortunado porque cuando los intereses no son equivalentes no admiten parangón, siendo tal el caso, salvo el conflicto entre la vida de la madre y la vida del concebido. La debilidad de esta argumentación manifestada por el Tribunal Constitucional ha sido objeto de crítica por buena parte de la doctrina, valgan por todas las palabras de Calvo Mejjide: "no se puede afirmar, conforme lo hace el Tribunal Constitucional, que en el conflicto entre la vida del nasciturus y la salud de la madre puede prevalecer ésta sobre aquélla, porque ello supone una grave inversión de valores: primero es el derecho a la vida, sin el cual no se puede hablar de derecho a la salud."<sup>74</sup> Sin embargo, y desde el estricto punto de vista jurídico, no hay razón para pensar que el Estado deba garantizar siempre la protección de la vida humana con la misma intensidad penal. Así lo demuestra una y otra vez el variado número de eximentes y atenuantes de responsabilidad criminal. Además, la finalidad preventiva, que sin duda inspira la norma, puede desarrollarse con mayor eficacia fuera del Derecho penal. Ahora bien, que el Código Penal despenalice ciertos supuestos de aborto dista mucho de significar que el nasciturus se encuentre en una situación de completa indefensión. Es aquí donde cobra verdadera importancia la STC de 11 de abril de 1985, y más que por lo que dice, por lo que calla. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce tácitamente la subjetividad del concebido. Así, el Fundamento Jurídico V considera al nasciturus como "existencialmente distinto de la madre", señalando claramente que "la vida del nasciturus en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico, cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento

72. Estos son los señalados en el art. 417 bis del anterior Código Penal, artículo declarado expresamente vigente en la Disposición Derogatoria Única del Código Penal de 1995.

73. Vid: FJ IX de la STC de 11 de abril de 1985, en Repertorio Jurisprudencial Aranzadi del Tribunal Constitucional, 1985, t. 1, ref. 53, p. 599.

74. Vid. CALVO MEJJIDE, "El nasciturus y su protección jurídica (II)", Actualidad Civil, 1992, p. 273. Por otra parte, CALVO MEJJIDE acepta que el único caso donde se plantea una auténtica colisión de intereses de idéntico parangón es el riesgo para la vida de la madre frente a la protección al concebido. Vid. *Ibid*, p. 272.

constitucional”.<sup>75</sup> El cuidado en no utilizar el término subjetividad, sustituido por la idea de bien jurídico que es más propia de la dogmática penal, no impide su constatación por muy difusa que se encuentre en el FJ citado. De continuo esa certeza sobre la subjetividad del concebido aparece latente a lo largo de la fundamentación elaborada por el Tribunal Constitucional. En este sentido, siguen abiertas preguntas fundamentales en la esfera extrapatrimonial de protección, las cuales no encontraron respuesta adecuada en la sentencia de 11 de abril de 1985, manteniendo, por ello la protección jurídica extrapatrimonial al concebido como uno de los problemas más espinosos de cuantos existen en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, ¿se encuentra en total indefensión el concebido ante el aborto o existe posibilidad de defensa?, ¿Puede el padre ejercitar la defensa del concebido en caso de que fuera contrario al aborto?, ¿Tienen legitimación otros parientes?, ¿Y el Ministerio Fiscal?, ¿Hay posibilidad de nombrar en su favor un defensor judicial?

En definitiva, tras la sentencia de 11 de abril de 1985 permanecen abiertas diversas interrogantes sobre la protección al concebido; interrogantes que no se planteaban con anterioridad a la reforma penal, pero que ahora surgen demandando urgente respuesta. Díez Picazo y Gullón observan acertadamente que “si bien se estimó que no era anticonstitucional la no punición del aborto en los casos contemplados en la reforma, se resaltó que la vida en formación es un bien constitucionalmente protegido, lo que conlleva la obligación del Estado de abstenerse de obstaculizar el proceso natural de gestación, a la vez que la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma”.<sup>76</sup> Estando así las cosas, frente a la desidia del legislador en el cumplimiento de su obligación, tanto doctrina como jurisprudencia deben intervenir al respecto, siendo muy ancho el margen de intervención para la primera.

#### 4. Notas sobre el problema del daño al nasciturus

¿El concebido no nacido puede ser sujeto pasivo del daño? La respuesta a esta pregunta guarda íntima relación con toda la problemática sobre la subjetividad y la capacidad del concebido desarrollada a lo largo del capítulo. Dependiendo del enfoque genérico que se adopte sobre estas cuestiones previas, la respuesta a la pregunta será diferente. Así, quienes niegan la subjetividad y la consiguiente capacidad jurídica al concebido niegan también que el nasciturus pueda convertirse en sujeto pasivo del daño y desde esa posición ejercitar acción alguna. Alegan los partidarios de esta tesis que sólo el sujeto existente puede ser objeto de daños y, por ello, ejercitar

75. Cfr. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, 1985, t. 1, ref. 53, p. 599.

76. Cfr. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Madrid, 1997, p. 332.

la acción de resarcimiento. Consecuente con este razonamiento, De Castro sostiene que no pueden ejercitarse acciones ni afirmarse derechos respecto del concebido, el cual tampoco podrá ser parte en el proceso por carecer de la debida personalidad.<sup>77</sup> Rescigno afirma igualmente que el mero reconocimiento de algunos derechos a favor del concebido subordinados al nacimiento no autoriza a fijar en la concepción el inicio de la capacidad jurídica.<sup>78</sup> Sin embargo, incluso desde esta posición, como advierte el jurista italiano, es necesario ofrecer una respuesta porque, siguiendo una concepción personalista, en todo caso, se trataría de un daño causado a un sujeto futuro.<sup>79</sup> Así es el caso del daño surgido durante la procreación. Rescigno observa que en ese supuesto de daños producidos al concebido durante la gestación, aun en el caso de no considerar al nasciturus como sujeto pasivo del daño debido a la falta de personalidad, no significa que el daño no exista.<sup>80</sup> La pretensión de resarcimiento surge de la violación de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, en este caso la salud del feto. Así, si es hecho ilícito la transmisión de un mal a una persona ya existente, no hay razón para pensar que no es hecho ilícito la transmisión de ese mal a una persona futura, verificada la relación de causalidad entre comisión del ilícito y el efecto dañoso.

La tesis contraria, aquélla que se pronuncia a favor de la subjetividad y capacidad del concebido, ofrece una respuesta positiva a la pregunta inicialmente planteada, como se advierte, por ejemplo, en Wolf. No obstante, también desde este punto de vista el problema es complejo, fundamentalmente por la incertidumbre consustancial que caracteriza a todas las situaciones y relaciones de las que el concebido eventualmente pueda ser parte.

Planteadas las tesis divergentes sobre la cuestión, afirmar que el nasciturus puede ser sujeto pasivo del daño supone, necesariamente, estar pensando en un daño antijurídico. Además, siguiendo a Busto Lago,<sup>81</sup> el daño antijurídico generador de responsabilidad civil debe componerse de los siguientes elementos: el sacrificio de un interés, la protección del interés sacrificado y el requisito de su carácter privado. Entonces, si se constatan los elementos del daño antijurídico, no habría obstáculo para entender que el concebido pueda ser sujeto pasivo del daño y nazca a su favor la obligación de resarcir. Veamos pues.

El nasciturus es susceptible de sufrir daños. De esto no duda nadie.<sup>82</sup> Ahora bien, el daño jurídicamente relevante es el daño antijurídico, aquél que supone

77. Cfr. DE CASTRO: Op. cit., p. 127.

78. Cfr. RESCIGNO: voce "capacità giuridica", in *Noviss. Dig. It.*, t. II, 1958, p. 874.

79. Vid. RESCIGNO: *Il danno da procreazione*, Rivista Diritto Civile, 1956, t. II, p. 614 y ss.

80. Cfr. *Ibid.*, p. 619.

81. Vid. BUSTO LAGO, José Manuel, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 70 y ss.

82. El daño entendido aquí en su acepción más amplia de fenómeno material.

una transgresión del ordenamiento jurídico. En este sentido, el daño antijurídico al concebido será todo aquél que vulnere intereses jurídicamente tutelados del mismo y que no esté cubierto por una causa de justificación.<sup>83</sup>

Intereses jurídicamente tutelados o, en terminología penal, bienes jurídicos protegidos del concebido son la vida, la salud y la integridad física. Estos, en cuanto intereses extrapatrimoniales encuentran tutela inmediata en el Derecho penal. Los delitos de aborto y lesiones al feto, tipificados en los artículos 144, 145, 146, 157 y 158 del Código penal marcan el ámbito de la responsabilidad criminal por comisión del injusto penal. Además de esto, los ilícitos penales también generan la obligación civil de reparar el daño y perjuicio causados, conforme a las normas sobre responsabilidad civil que recoge el Código Penal. Así lo establece el artículo 1092 del Código Civil. En este caso, la acción civil podrá ejercitarse conjunta o separadamente de la acción penal, como afirma el art. 109 del Código Penal, que abre la posibilidad a la reserva de acción ante la jurisdicción civil.

83. Sobre las causas de justificación y los daños al concebido, es necesario hacer alguna matización fundamentalmente en lo que atañe al estado de necesidad. Las causas de justificación son causas de exclusión de la antijuridicidad. Señala BUSTO LAGO que "la presencia en un evento dañoso de una causa de exclusión de la antijuridicidad excluye el nacimiento de la obligación resarcitoria derivada de la responsabilidad civil. Sin embargo, esta afirmación inicial va a sufrir importantes matizaciones y limitaciones derivadas fundamentalmente de la actual regulación de los daños causados en estado de necesidad". Cfr. Op. cit., p. 264. En caso de aborto se produce un daño al nasciturus que da lugar a la muerte del mismo. Si hay una causa de justificación que excluya la antijuridicidad de la acción ésta no será punible conforme establece el artículo 417 bis del Código Penal. Las causas de justificación o indicaciones señaladas por el legislador español se inspiran en los principios de ponderación de intereses y no exigibilidad de un comportamiento distinto, siendo reconducibles, por tanto, a la eximente genérica de estado de necesidad; así lo entiende, entre otros, MUÑOZ CONDE, Op. cit., p. 83. Fuera de las indicaciones previstas, el aborto producido con consentimiento de la mujer se castiga conforme a los artículos 145,1 y 2 del Código Penal. No obstante, la exclusión de responsabilidad penal debido a la no punibilidad del aborto practicado conforme a las indicaciones, no significa la desaparición de responsabilidad civil. Es cierto que en el supuesto planteado, privado el nasciturus de vida, desaparece la víctima del daño y no ha lugar al resarcimiento. Recordemos las palabras de FEDERICO DE CASTRO: "el derecho a la indemnización nace con el daño y se adquiere en el momento de inferirse; si el daño es el morir, nace cuando la persona ya dejó de existir y no puede, por tanto, adquirir nada porque carece de capacidad jurídica; un cadáver no adquiere derechos". DE CASTRO, La indemnización por causa de muerte, Anuario Derecho Civil, 1956, t. I, p. 486. Sin embargo, el aborto puede generar un daño moral a los familiares, en el sentido de ver frustrados sus sentimientos por la acción u omisión dolosa o imprudente que da lugar a la muerte del concebido y elimina la posibilidad de desarrollo de ese ser anhelado. En tal sentido, habría que analizar si el daño está cubierto por el estado de necesidad u otra causa de justificación y, de no ser así, surgiría la obligación de resarcir. Pensemos que de las actuales indicaciones del artículo 417 bis del Código penal, tanto el aborto cometido en caso de violación como el llamado aborto terapéutico o en caso de evitar un grave peligro para la vida de la embarazada, cumplen sobradamente los presupuestos del estado de necesidad, eliminando la antijuridicidad y, por ello, no son casos de responsabilidad civil. Más dudoso resulta apreciar el estado de necesidad en el resto de las indicaciones que pueden dar lugar a supuestos no punibles de daños y, sin embargo, propicios para la aparición de responsabilidad civil.

Por otro lado, en el ámbito estrictamente civil, dada la especial posición ontológico jurídica del concebido, transitando de la subjetividad genérica a la personalidad, y su indiscutible naturaleza humana, se trata de un sujeto, al igual que la persona física, amparado bajo el principio *alterum non laedere*. De modo que, si un tercero causa un daño al nasciturus transgrede dicho principio, constituyendo su comportamiento un acto antijurídico generador de responsabilidad. Escribe De Ángel Yagüez que “el no causar daño a los demás es, quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”.<sup>84</sup> Sin duda, también este principio es aplicable al concebido en tanto que en él hay intereses humanos dignos de tutela y pueden ser objeto de daño por una acción u omisión culpable. Tal es el caso de los daños sufridos por el concebido a consecuencia de una negligencia médica. Así lo ha entendido la jurisprudencia, que es abiertamente favorable a indemnizar este tipo de daños. Muestra de ello son, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002,<sup>85</sup> que observa la responsabilidad extracontractual de la ginecóloga causante de sufrimiento fetal agudo, y la sentencia Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003,<sup>86</sup> que establece indemnización a favor de la madre por daños morales a consecuencia de una negligente actuación del profesional sanitario en el parto, que originó una lesión irreversible en el recién nacido.

Esto en cuanto a la protección extrapatrimonial, porque en el ámbito patrimonial también encontramos tutela jurídica de los intereses del concebido. Así, por ejemplo, hay tutela jurídica a favor del concebido en la adquisición de la herencia, y en la aceptación de donaciones a su favor. El daño en tales situaciones aparece cuando la persona que representa los intereses del concebido no vela por ellos debidamente bien por desidia o ignorancia fundada en un actuar culpable, sufriendo el nasciturus un perjuicio en su patrimonio derivado de la falta de adquisición en la herencia o del rechazo de la donación. Por otra parte, es admisible el resarcimiento del daño al nasciturus generado por la pérdida del progenitor. Nos dice Capobianco<sup>87</sup> que habrá posibilidad de resarcir cuando la muerte del padre se deba al hecho culpable de un tercero, que afecta de modo directo al concebido en el sentido de verse privado de los recursos que la ley le garantiza. Igualmente, como sostienen Cantero Nuñez y Pardo García, el nasciturus encuentra tutela jurídica en la Ley del contrato de seguro española (en adelante, LCS), favorable a la posibilidad de ser designado

84. Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, p. 9.

85. Vid. *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 4 – abril 2003, p. 17 y ss.

86. Vid. *Ibidem*. núm. 9 – octubre 2003, pp. 51 y 52. Cabe destacar que la sentencia otorga indemnización a la demandante en la instancia por daños morales sufridos a causa de las lesiones ocasionadas a su hija por la deficiente actuación sanitaria; es decir, se indemniza a la madre por daños propios derivados del daño físico a su hija, que, sin embargo, no es indemnizada, pudiendo serlo, al no haber reclamado la madre indemnización en representación de aquélla.

87. Cfr. CAPOBIANCO, “Nascituro e responsabilità civile”, en *Rassegna di diritto civile*, 1997, p. 61.

beneficiario de un seguro de vida.<sup>88</sup> Esta tutela se funda en el artículo 85 de la LCS donde aparece implícitamente reconocida. El daño vendría en este supuesto no del mero incumplimiento contractual, que no es fuente de responsabilidad por daños, como advierte Yzquierdo Toslada,<sup>89</sup> sino de la manifiesta voluntad del deudor a no cumplir, que da lugar a responsabilidad por daños moratorios derivados de la falta de cumplimiento de entrega de la prestación. Así es el caso cuando la aseguradora se niega al reconocimiento del nasciturus como beneficiario de la prestación, alegando que éste no se entiende comprendido en el concepto de hijo entendido como descendiente con derecho a la herencia señalado en el art. 85 LCS. La cuestión tiene su importancia, pensemos en el supuesto de incursión en mora del asegurador señalado en el art. 20.3° de la LCS y la posición del nasciturus como único sujeto beneficiario de la prestación. Dice el art. 20.3° de la LCS que “el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro”. Así, el nasciturus no sólo tiene una acción de cumplimiento de la prestación sino también una acción de daños y perjuicios, ambas ajustadas a los condicionamientos intrínsecos que caracterizan al concebido.

La tutela que el ordenamiento jurídico brinda al concebido posibilita su inclusión en el concepto de “perjudicado” planteado en el seguro de responsabilidad civil. Así, el concebido cuenta con una acción directa de daños y perjuicios contra el asegurador, inmune a las excepciones que el asegurador puede plantear al asegurado, salvo la culpa exclusiva del mismo y otras personales que tenga contra éste: art. 76 LCS. El daño, en este caso, puede ser de carácter corporal o bien patrimonial, ejemplo: muerte de uno de los progenitores atropellado por un vehículo y consiguiente pérdida de expectativas patrimoniales o *lucrum cessans*, que según el art. 1106 del CC faculta al perjudicado para exigir indemnización por “la ganancia que haya dejado de obtener”. La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de septiembre de 1997 estimó este planteamiento, reconociendo al nasciturus la condición de perjudicado por la muerte de su padre en accidente de circulación.<sup>90</sup> Santos Bríz dice que el lucro cesante “ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en

88. Cfr. CANTERO NÚÑEZ y PARDO GARCÍA, “Acerca de la designación de beneficiario de un seguro de vida desde la óptica del Derecho de sucesiones”, en *Revista Derecho Privado*, octubre 1996, p. 711.

89. Vid. YZQUIERDO TOSLADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001, p. 118 y ss.

90. En dicha sentencia se considera que “la expresión perjudicado no tiene un específico sentido técnico, sino gramatical y por tanto habrá de entenderse por tal todo aquel que como consecuencia de un determinado evento haya experimentado una lesión en su esfera patrimonial (daños materiales) o afectiva (daños morales)”. Por ello, continúa diciendo, “resulta indudable que la hija no nacida, pero sí concebida adquiere igualmente tal condición por mor del propio art. 29 CC... Y la razón de ello es evidentemente porque el primer perjuicio dimana del simple hecho de nacer huérfana de padre”. (FD 3°). Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, *Actualidad Civil*, t. 1998-1, a84/marg. 176.

que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido".<sup>91</sup> Para ello, es necesario un previo juicio de probabilidad que permita determinar el lucro frustrado. Desde estas premisas, el meramente concebido está legitimado para ejercitar la acción de resarcimiento, con la nota propia de incertidumbre característica de su situación jurídica, sí, pero esa incertidumbre no es obstáculo que le impida acudir al proceso esgrimiendo su pretensión.

---

91. Cfr. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y procesal*, 2º ed., 1977, p. 229.

## BIBLIOGRAFÍA

- BUSTO LAGO, José Manuel, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, p. 9.
- DE CASTRO, *Derecho Civil de España, Parte General*, t. 1, Madrid, 1955.
- DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español*, Madrid, 1929.
- DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, volumen I, Madrid, 1929, p. 339.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1997, p. 326.
- DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho Civil español con las correspondencias del Romano*, t. 1, 1868.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Febrero, o Librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo 1, 1841.
- HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*, Madrid, 1945.
- JORDAN DE ASSO, *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, 1786.
- MANRESA y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, tomo I, Madrid, 1903.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11º ed.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Biblioteca de escribanos o Tratado General Teórico Práctico*, t. 1, Madrid, 1841, p. 42 y 43.
- PASTOR y ALVIRA, *Historia y elementos de Derecho Romano, Parte 3ª*, t. 1, Madrid, 1881, p. 28.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995.
- YZQUIERDO TOSLADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001, pp. 118 y ss.

## ARTÍCULOS

- ALONSO PÉREZ, "Reflexiones sobre el concepto y el valor de la persona humana", en Anuario Derecho Civil, 1983, núm. 36, pp. 1125 y 1126.
- CALVO MEJIDE, "El nasciturus y su protección jurídica (II)", Actualidad Civil, 1992, p. 273.
- CANTERO NÚÑEZ y PARDO GARCÍA, "Acerca de la designación de beneficiario de un seguro de vida desde la óptica del Derecho de sucesiones", en Revista Derecho Privado, octubre 1996, p. 711.
- CAPOBIANCO, "Nascituro e responsabilità civile", en Rassegna di diritto civile, 1997, p. 61.
- DE CASTRO, La indemnización por causa de muerte, Anuario Derecho Civil, 1956, t. I, p. 486.
- DE COSSÍO, "El moderno concepto de personalidad y la teoría de los "estados" en el Derecho civil actual", en Revista de Derecho Privado (RDP), núm. 309, 1942, p. 751.
- FROSINI, "Il soggetto del diritto come situazione giuridica", en Rivista di Diritto Civile, 1969, t. 1, p. 227 y ss.
- GORDILLO CAÑAS, "Realismo ético: el Magisterio metodológico de Federico de Castro", Anuario Derecho Civil, 1983, núm. 36, p. 1403 y ss.
- GUASP, "El individuo y la persona", en Revista Derecho Privado, t. XLIII, 1959, p. 3 y ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, "El Derecho civil, protector del ser humano", en Anuario Derecho Civil, 1983, núm. 36, p. 1359 y ss.
- MAGNI, C., "Soggetto e persona nel diritto (contributo metodologico)", en Il diritto ecclesiastico, núm. 62, 1951, p. 1 y ss.
- RESCIGNO, "Il danno da procreazione", Rivista Diritto Civile, 1956, t. II, p. 614 y ss.