

“El Derecho civil, protector del ser humano”

Por VICTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

SUMARIO: Primera parte: La persona en la obra del profesor De Castro. Introducción.—I. Definición del Derecho civil.—II. El Derecho civil regulador de la persona humana.—III. El estado civil de las personas: 1. El concebido y no nacido. Remisión. 2. La menor edad. 3. La emancipación. 4. La incapacitación judicial. Problemática. Conclusión.—Segunda parte: El «nasciturus» y el Derecho civil. Introducción.—I. El artículo 29 del Código civil.—II. Las precauciones legales cuando la viuda cree haber quedado encinta.—III. Las donaciones a los concebidos.—IV. El concebido y la sucesión «mortis causa».—V. El consentimiento de la mujer en el aborto: 1. Naturaleza del consentimiento de la mujer. 2. El frustrado padre ante el aborto consentido por la mujer. 3. El «nasciturus», el interés familiar y el interés común o general. Consecuencias. Conclusión.

PRIMERA PARTE

LA PERSONA EN LA OBRA DEL PROFESOR DE CASTRO

Introducción.

Con el fin de destacar aspectos relevantes del pensamiento de don Federico de Castro voy a fijarme en el concepto del Derecho civil, para tratar a continuación de explorar a lo largo de su obra cómo los aspectos fundamentales de la definición van marcando paso a paso las instituciones jurídicas que el profesor en su fecundísima labor ha estudiado (1).

I. Definición del Derecho civil: en el pensamiento de De Castro, para diferenciar el Derecho civil del conjunto normativo total hay que fijarse en la especialidad de la materia: «el hombre como sujeto de derecho y patrimonio y miembro de una familia» (De Diego) (2). La

(1) Fundamentalmente citaré sus obras: Derecho civil de España y Compendio, en sus distintas ediciones.

(2) De él dirá DE CASTRO que es «la personalidad que simboliza la ciencia jurídica española moderna».

materia del Derecho civil está formada por la persona y la familia, con principios propios: el de igualdad y el de libertad, para el desarrollo de la personalidad (autonomía). La referencia a la familia separadamente de la persona no implica independización del Derecho que regula a aquélla: la concepción cristiana —afirma— ha impuesto la armonización entre la jerarquía familiar y el respeto a la persona, de modo que se considera a ésta de por sí ya miembro de una familia (3). Con todo lo cual llega a la definición del Derecho civil español como «el que regula de modo inmediato el puesto y significado jurídico de la persona y de la familia en la ordenación de la comunidad española y, de modo general o supletorio, cualquier otra materia o cuestión que no haya sido objeto de regulación especial» (4).

II. El Derecho civil regulador de la persona humana: éste es el centro alrededor del que va a girar toda la obra del profesor De Castro y que yo quisiera ya resaltar, procurando calar honda y fielmente en su pensamiento. El valor de la persona es postulado de toda concepción humanista y su defensa está en el centro mismo de la idea cristiana de la vida; el Derecho civil —dice— no es concebible sin un *mínimum* de independencia personal, y los juristas, como custodios del Derecho, tienen un deber vital en su guarda (5). Pues bien, la concepción cristiana de la vida concibe a todo hombre como persona y esta condición implica derechos y deberes, según el Derecho natural; concepción iusnaturalista que entiende por persona el término expresivo de la consideración jurídica que exige la dignidad humana. Ideas que han sido recibidas —concluye— por la común cultura europea, para terminar dando el concepto de persona para el Derecho civil: «el hombre (persona física) y traslaticamente, en su caso, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica» (6). Lo que importa a la técnica jurídica —dice por último— en cuanto la persona es «punto de convergencia y centro

(3) Págs. 31 y 32 Compendio de Derecho civil, 5.^a edición, Madrid, 1970.

(4) Ob. cit. pág. 32. En la 1.^a edición de su Derecho civil de España la definición concluye con las palabras: «... y al servicio del destino universal de España». Explica DE CASTRO el cambio en la 2.^a edición de su obra, de 1949, diciendo que: el término «destino» podría entenderse en sentido fatalista en vez del providencialista propuesto y el de «universal», en sentido hegeliano, en vez de entenderse como alusión a la doble dimensión de lo nacional, en la humanidad y en el tiempo (historia) (nota 3, pág. 116).

Constante ha sido la postura de DE CASTRO en defender la autonomía de la voluntad y protegerla contra ataques tanto internos: prevalencia de la parte económicamente poderosa, como externos: poder del Estado. Recuérdese en este sentido su obra «El negocio jurídico», y su reciente estudio en el Anuario 1982, t. 35, fasc. III.

(5) Concepción cristiana de la vida que inspira toda su obra. La tenaz defensa que la Iglesia católica —dirá en otro momento— hace de la persona... (págs. 11 y 13, Derecho civil de España, 1955).

(6) Siguiéndole dirá DIEZ PICAZO que el término «persona» se usa respecto de la jurídica en un sentido meramente traslaticio, porque persona únicamente lo es el hombre, ser dotado de inteligencia y voluntad.

de imputación de derechos y deberes», de modo que la resultante de ser persona es que se tiene personalidad o capacidad jurídica (aptitud para ser titular de relaciones jurídicas) (7).

III. El estado civil de las personas: para la concepción de De Castro estamos ante un concepto fundamental, pues las restricciones generales de la capacidad de obrar (aptitud de la persona para producir *por sí misma* con sus actos, o de su representante o servidor, *efectos jurídicos para sí misma*, y para su patrimonio) derivan —dice— del estado civil; según sea el tipo de estado, así será la extensión y clase de la eficacia o ineficacia de los actos (anulabilidad, rescisión, nulidad); bastando alegar el estado civil correspondiente (ser menor, incapacitado por locura...) para conseguir en su caso la ineficacia. De ahí llega a la definición del estado civil como «la cualidad de la persona que resulta del puesto que tenga en cada una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la organización civil de la comunidad; que determina su independencia o dependencia jurídica y afecta a su capacidad de obrar (general y especial), es decir, el ámbito propio de poder y responsabilidad» (8).

De la importancia capital del estado civil deriva para De Castro el que situaciones que tuvieron históricamente tal rango hoy ya no lo tienen y otras cuyo valor jurídico aumenta, aun no merecen tal calificación. Su número es «clausus» y su existencia requiere un título (de atribución), así como lo requiere su prueba o justificación (títulos de legitimación: respecto de los que estudia la inscripción en el Registro civil y subsidiariamente la posesión de estado) (9). Pues bien, voy a centrarme en resaltar algunos de los aspectos que derivan de la concepción del autor, del Derecho civil, Derecho regulador de la persona. Pueden ser los siguientes:

1. La protección jurídica del concebido y no nacido. La estudiaré con más profundidad en la segunda parte del presente trabajo; a ella me remito.

(7) Págs. 163 y ss. Compendio. El Derecho positivo —dirá en otro lugar— recoge los preceptos del Derecho natural para darles la mayor fuerza social; el fin de éste es allanar el camino entre la «civitas terrena» y la «civitas Dei», por lo que el Derecho positivo ha de colaborar a la perfección de la persona, a que la comunidad sirva a los valores más altos del hombre (Derecho civil, págs. 40 y 41).

En la línea marcada por DE CASTRO dirá en 1957 HERNÁNDEZ GIL que «la suerte del Derecho civil aparece ligada a la persona. Si ésta sucumbe, sucumbirá también el Derecho civil, pero entonces algo más que éste habrá desaparecido: la organización cristiana de la sociedad».

(8) Compendio, págs. 167 y 171. Es una definición más acabada que la que ofreció en su Derecho civil de 1952, pág. 70.

(9) En tema de reconocimiento de la filiación profundizó DE CASTRO en una breve pero jugosa nota publicada en el Anuario Derecho civil, comentando la obra sobre el tema de RIVERO HERNÁNDEZ puede verse la referencia a ambas posturas en mi estudio «El reconocimiento de hijos». A. A. M. N. 82, pág. 12.

2. El sistema de la menor edad: Para De Castro la naturaleza y la dignidad de la persona exigen que la capacidad de obrar sea la regla general; el menor de edad no emancipado no es un incapaz, sino que al seguir el Código (arts. 32, 155, 262, 1.302) la concepción cristiana tradicional, su capacidad de obrar va a ser la resultante de las tres causas de restricción que estudia: la carencia de conocimiento natural o discernimiento, la falta de independencia (al estar sometido regularmente a la patria potestad o a la tutela; tratando además de la situación de vida independiente del hijo sujeto a la patria potestad del antiguo artículo 160, y que con la reforma del V-1981 regula el Código en los actuales 319, 164, núm. 4 y «a-sensu contrario», 165 párrafo 2, y en cuya regulación, como en general en toda la nueva de la patria potestad, se advierte con claridad la huella de las enseñanzas del profesor) y la condición de protegido del menor, para culminar su estudio con la esfera del poder jurídico del menor (personal y patrimonial, procesal y de responsabilidad) constitutiva del reconocimiento de su capacidad de obrar, limitada sólo por las señaladas causas generales de restricción (10).

3. La emancipación. Consecuente una vez más con su posición acerca de la dignidad de la persona, su reconocimiento y protección por el Derecho civil, es el enfoque de De Castro sobre la emancipación: «no es una farsa», dirá tajante. De ahí la interpretación que da al antiguo 317 (actual artículo 323 de la reforma de 1981) y la exposición, paralela sistemáticamente a la del menor, que realiza de los efectos generales de la misma (separando luego los específicos de la emancipación por matrimonio y estudiando los del beneficio de la mayor edad, actuales artículos 324 y 321 respectivamente) (11).

4. El sexo y el matrimonio: su influencia sobre la capacidad de obrar. Importante ha sido la contribución del autor en las reformas igualatorias de la capacidad tanto del hombre y de la mujer como de la esposa respecto al marido. Por ello no voy a entrar en su estudio en estos momentos en los que con la reforma de mayo de 1981 ha culminado el proceso de igualación.

Baste con todo recordar el enfoque de De Castro sobre la capa-

(10) Compendio, págs. 192 y ss. En general su enfoque ha sido seguido por la doctrina; no totalmente por autor como LACRUZ BERDEJO, en sus «Elementos Derecho civil», I, 1974, pág. 119. En la reforma del Código de V-81 se advierte la enseñanza de DE CASTRO, concretamente en la patria potestad (artículos 162 y 166, por ejemplo: «condiciones de madurez», «consentimiento del menor si ha cumplido los dieciséis años»...). La plasmación total del enfoque de DE CASTRO la ha realizado en el campo del instrumento público notarial. DÁVILA GARCÍA (Boletín del I. Colegio Notarial de Granada, 1962, págs. 603 y ss.).

(11) «Como si fuera mayor», salvo las restricciones que para su debida protección establece la Ley, puede ser el resumen de su postura. Vide Compendio, págs. 205 y ss.

cidad de obrar de la mujer casada; para él depende directamente del régimen de bienes con las consecuencias que de ello derivan (12).

5. El sistema de la incapacitación: ésta —concebida como «el acto judicial mediante el que se modifica el estado civil de una persona, por alguna de las causas que enumera la Ley, sometiénola a una especial tutela»— implica en el estudio profundo que De Castro realiza, la culminación de su enfoque acerca del papel protector del Derecho civil sobre la persona humana. «Numerus clausus» de causas de incapacitación, carácter constitutivo de la sentencia o del auto judicial en su caso para la modificación del estado civil, tanto en su inicio como en su terminación y eficacia «erga omnes» de la resolución judicial, con la inscripción en el Registro Civil, al margen de la de nacimiento del protegido, el cual queda bajo tutela, enmarcan lo que «significa una valiosa garantía frente a la arbitrariedad», según sus palabras (13).

Lo expuesto lleva a De Castro a una fecunda profundización en los distintos supuestos de incapacitación judicial, de los que destaco sólo «ad exemplum»: la incapacitación por locura (separando la situación de capacidad del demente antes de la incapacitación judicial y una vez declarado judicialmente incapaz; estudiando el supuesto de la incapacitación del menor de edad ante el artículo 213 del Código civil; la regulación por el Decreto de 3-VI-1931 del enfermo psíquico, recluido por trastorno mental y no incapacitado (14), así como la posibilidad de una incapacitación limitada o de efectos más débiles que la legal respecto al loco o demente, caso de imbecilidad, retraso o debilidad mental, a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947, lo que critica ante el supuesto de hecho de la misma, así como en el supuesto de hecho de la Sentencia de 25 de marzo de 1961, para terminar nítidamente con el estudio de la capacidad del demente en los casos de «dilucida intervalla») (15). La incapacitación

(12) Criterio seguido por varios autores, tanto en el Derecho común como en la doctrina catalana. Con todo, autor como LACRUZ al referirse a los antiguos artículos 60 y 61 del Código, estimaba —seguido por GÓMEZ LA PLAZA— que eran de aplicación a toda mujer casada con independencia del régimen económico-matrimonial: si bastase pactar —decía LACRUZ— un régimen de separación para modificar la capacidad de la mujer casada hasta llegar a la del marido, bastaría también estipular acerca de la capacidad de la mujer sin necesidad de establecer un nuevo régimen (Derecho de familia, 1963, pág. 185).

(13) Vide Compendio, págs. 242 y 3.

(14) Vide Compendio, pág. 244. El estudio crítico del Decreto de 1931 y disposiciones modificativas y aclaratorias se contiene en su Derecho civil, págs. 284 y ss.

(15) Destaca en el ponderado estudio que del supuesto hace el autor su criterio acerca de la capacidad para contraer matrimonio —igual que luego hará al estudiar la del interdicto—. Muy alejado su enfoque del de otros autores, como RODRIGO BERCOVITZ al entender que «con la postura favorable se trata de subsanar las consecuencias de una rígida intransigencia en el terreno de las relaciones sexuales del matrimonio». Derecho de la persona, 1976, pág. 96. Sobre la materia, vide hoy el artículo 56 del reformado Código civil.

por prodigalidad (que define con precisión, señalando el carácter estrictamente familiar de la misma, pues se establece en favor de los herederos forzosos, y fiel a la «ratio» de la incapacitación judicial considera el autor que aunque no haya ya herederos forzosos del pródigo —lo que no es fácil probar y más con la reforma del Código en 1981— la extinción o fin de la tutela de aquél exige, igual que lo exigió su constitución, la oportuna declaración judicial, lo que no siempre ha aceptado la doctrina). Y la incapacitación por interdicción civil (estudiando sus efectos y considerando nulos —por la concreta «ratio» de esta incapacitación— los actos y negocios del interdicto fuera de sus facultades, y no meramente anulables) (16).

Con lo anterior queda resaltado, a mi juicio, lo que es más esencial en la obra de De Castro: la necesidad de que el Derecho civil sea el regulador de la persona humana. Esta es—y debe seguir siendo como ha dicho Gitrama González— su mayor grandeza y su mayor servidumbre. El ejemplo admirable del pensamiento jurídico de De Castro ahí está y sigue rindiendo fruto. Modesta prueba deseo que constituya el estudio que voy a realizar a continuación del «nasciturus» y el Derecho civil. Yo resumiría, en fin, este bosquejo que de la obra del profesor he realizado recordando las recientes palabras del Papa Juan Pablo II: es necesario recuperar una conciencia madura de la dignidad y responsabilidad del hombre en cuanto «vértice de la creación». Pues bien, para un jurista, la obra de De Castro está en esa línea ejemplar.

Siguiendo a DE CASTRO, han expuesto DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que las sents. del TS citadas en el texto no son —Código en mano— aceptables, pero ponen de relieve la conveniencia de una revisión del Código civil en la materia de enfermedades mentales. Es precisamente lo que se encuentra actualmente en fase de reforma, al revisarse todo el instituto de la tutela y reintroducir —el actual Proyecto de Ley— el de la curatela.

Al corregir las pruebas del presente trabajo acaba de publicarse en el «BOE» la reforma legal de la tutela. Baste indicar aquí cuántas enseñanzas de DE CASTRO se plasman en el nuevo articulado.

(16) En general, el enfoque de la incapacitación judicial del profesor es seguido por la doctrina española (alguna opinión contraria en LACRUZ, ob. cit., págs. 128 y ss.), y en la próxima reforma legal del sistema tutelar se advierte su influencia («en atención al grado de discernimiento...», puede leerse en el Proyecto).

Respecto a la incapacitación del menor de edad, «figura anómala, no prevista por la Ley y que debe aplicarse con cuidado para evitar incapacitaciones prematuras y en beneficio de intereses extraños al menor», en palabras de DE CASTRO, recuérdese la actual «prórroga de la patria potestad» y la «rehabilitación» de la misma del reformado artículo 171.

En ocasiones de las enseñanzas del profesor se han extraído, a mi juicio, conclusiones y enfoques maximalistas; así por R. BERCOVITZ y R. CANO, respecto al recluso en establecimiento psiquiátrico y no incapacitado, en «La marginación de los locos y el Derecho», bajo el epígrafe: «El mito [sic] del Derecho civil como defensor de los valores personales». Taurus..., 1976, páginas 33, 34 y 37 especialmente. Sobre este punto —vivido por mí profesionalmente— puede consultarse J. DÁVILA GARCÍA en Boletín I. Colegio Notarial Granada, IV, 1967, pág. 870.

SEGUNDA PARTE

EL «NASCITURUS» Y EL DERECHO CIVIL

Introducción.

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

Así lo hace nuestro Código civil, y objeto de esta segunda parte del estudio es destacarlo así, profundizar en los distintos aspectos de la regulación legal y marcar pautas jurídico-civiles ante la posible despenalización del aborto. Y es que si por un lado «la vida, la integridad física y moral, como bienes estrictamente privados, preexisten a la protección penal, no surgen como consecuencia de la misma» (1) y por otro: «el concebido no es una parte del organismo materno, sino un efectivo ser humano, perfectamente individualizado, que por tanto no puede ser objeto de disposición ni siquiera por sus progenitores; nadie, por tanto, tiene derecho a destruirlo» (2), el jurista tiene que plantearse con total objetividad hasta donde alcanza hoy y debe alcanzar desde ahora la protección del «nasciturus» por el Derecho civil. Véamoslo:

I. El que el artículo 29 del Código civil comience diciendo que «el nacimiento determina la personalidad», no puede inducir a error: al Derecho civil le importa, por obvias razones de seguridad jurídica, quien puede ser titular de derechos subjetivos y de obligaciones; la «personalidad» que se hace pues depender en el precepto citado del nacimiento, significa capacidad para la titularidad jurídica, capacidad jurídica en suma (2 bis). Los atentados —consumados o no— contra el ser humano de vida intrauterina o la muerte del hijo recién nacido..., implican figuras delictivas de las que trata el Código penal (aborto, infanticidio en su caso (2 tris).

(1) Así lo ha destacado J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO.

(2) Real Academia de Doctores de España; informe de 25 de abril de 1983.

(2 bis) Como ha señalado DE CASTRO, el momento del nacimiento es según el artículo 30 el de la total independencia física del feto, la rotura del cordón umbilical o entero desprendimiento del seno materno; es entonces cuando se empieza a contar la vida de la persona (a diferencia, añado yo, de lo que ocurre en el Japón: la edad de los japoneses se cuenta a partir del momento de la concepción). Pero el mismo artículo 30 marca cuándo el nacimiento natural se considera productor de efectos civiles, y ello para evitar dudas y litigios sobre el hecho de nacer vivo y sobre la identidad del marido y limitar los casos en que el nacimiento del que en seguida muerte cambia la trayectoria de la sucesión de los límites familiares.

(2 tris) Por esta diversidad de fines de la ley civil y de la penal debe evitarse toda confusión: el que por el portillo de que jurídicamente no se es persona hasta veinticuatro horas después del nacimiento, pudiera deslizarse fraudulentamente la licitud del aborto y por tanto se pudiera entender

Pues bien, al ser el nacimiento el que determina la personalidad, el «nasciturus» ni es persona ni tiene, por tanto, capacidad jurídica, pero el mismo precepto continúa diciendo que «el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30: tener figura humana y vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno». Con lo que parece claro que —como ha dicho De Castro— los derechos o masas patrimoniales afectados por el posible nacimiento son colocados en una situación de pendencia. La Ley quiere —como señala Albaladejo— que al nacer obtenga los beneficios que hubiese podido recibir si hubiera sido ya persona, en vez de germen de persona («*spes hominis*»). Todos los derechos o relaciones quedan, mientras acaece el nacimiento en las condiciones dichas, en situación de pendencia, subordinados pues a la condición de que el «nasciturus» no llegue a ser criatura abortiva (empleando la expresión gráfica y realista del artículo 745, núm. 1). Si esto acaece no es que se produzca la pérdida o transmisión de derechos, sino la no adquisición de los mismos, lo que se produce, en cambio, si el feto nace en condiciones de vitalidad (las que el artículo 30 exige) (3).

Ahora bien, ¿«*quid iuris*» si la madre aborta voluntariamente, ante el Derecho civil?; porque la argumentación anterior, impecable en el orden de la adquisición o no de los derechos subjetivos por el llamado a ellos como titular, no puede entenderse ni más ni menos que ceñida a ese exclusivo aspecto, carece de fuerza para cerrar totalmente el interrogante problemático en definitiva. Lo prueba el que el Código al regular las obligaciones sujetas a condición suspensiva muestra cuál es la idea legal si el obligado impide voluntariamente su cumplimiento: se tiene por cumplida la condición suspensiva (artículo 1.119 C) (4).

Parece pues evidente que ha de proseguirse avanzando en la panorámica que el Código desarrolla al tratar del «nasciturus».

II. Las precauciones que la Ley establece cuando la viuda cree haber quedado encinta, suspendiéndose la partición hereditaria del difunto esposo, proveyendo a la seguridad y administración de los bienes y ordenando que la viuda, aun cuando sea rica, deba ser alimentada de los bienes hereditarios (artículos 959 a 967), revela el exquisito tacto con que se cuida el posible nuevo amanecer a la vida

lícito matar —como ha alertado JULIÁN MARÍAS— no ya al feto, sino al niño de veintitrés horas de edad. Absurdo jurídico que se disipa con arreglo a lo expuesto.

(3) Para MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO la Ley más que atribuir desde luego derechos al concebido, tiende a limitar los de los demás en atención al futuro bien de ese ser que aún no ha nacido. Se trata, pues, —dice— de proteger el interés de un sujeto que *aún no ha venido*.

(4) Así lo ha puesto recientemente de relieve VALLET DE GOYTISOLO y hace pocos años decía RODRIGO BERCOVITZ que la situación de pendencia es una construcción aplicable al concluido, si bien —para él— cuando se aplica a la esfera «personal» y no exclusivamente patrimonial del concebido, no

y sus consecuencias en el orden civil. Regulación que —como destaca De Castro— debe aplicarse también por analogía a los casos en que se hayan dejado bienes al póstumo por otra persona, por ejemplo el abuelo, y hasta a supuestos en que no se trate de mujer viuda, sea por vivir el marido o por no estar casada.

¿Tiene sentido toda esta regulación delicadamente protectora de la situación de hecho planteada por la aparición de un «nasciturus»: suspensión de la partición, herencia en administración, alimentos a la viuda, aunque sea rica, nombramiento de persona de confianza de los interesados en la sucesión que se cerciore de la realidad del alumbramiento..., con el corte brutal de la vida intrauterina por el aborto voluntario?... Ninguno. No encaja aquello con esto.

III. Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos pueden ser aceptadas por quienes legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento, conforme establece el artículo 627.

La Ley vuelca su afán protector al concebido con este malabarismo: quienes legítimamente le representarían pueden aceptar la donación ya, con lo que por de pronto se evita el efecto revocatorio por un cambio de voluntad en el donante o que la donación decaiga por su muerte, estando la adquisición en situación de pendencia hasta el momento del nacimiento del concebido. Pues bien, como señala Albaladejo, por analogía con el artículo 627 y aplicando el espíritu del 29, no cabe duda que otros beneficios en favor del concebido pueden ser aceptados aunque no constituyan propiamente donaciones. Y otra vez nos hemos de preguntar si tiene algún encaje lo que se expone aquí con la frustración de la maternidad provocada deliberadamente; más aún, ¿armoniza la aceptación de la donación por el padre y por la madre que representarían al «nasciturus» si hubiera ya nacido, con que luego ella aborte?; ¿qué aceptación tan macabra!, consideraciones jurídicas aparte respecto de la eficacia de la donación realizada.

IV. Lo dicho hasta ahora revela claramente el «favor legis civilis» hacia el concebido, amparo y criterio abiertamente favorecedor que cobra especialísimo relieve al estudiar la posición del «nasciturus» ante las disposiciones «mortis causa».

Con base en el artículo 29 y «a sensu contrario» del 745, 1.º, ambos del Código civil, se reconoce la validez de los llamamientos sucesorios en favor del nasciturus. No se llega a dar el paso del 627 en cuanto a las donaciones, por obvias razones de imposibilidad de cambio en la voluntad del ya difunto o en las disposiciones «mortis causa», pero el llamamiento, una vez abierta la sucesión, existe aunque sujeto —como señala Lacruz Berdejo— a una «condicio iuris» de efectivo nacimiento y vitalidad: llamamiento pues equiparable a la vocación

resulta apta. En el presente estudio, como se verá, llego a conclusiones de mayor alcance y la construcción jurídica de la situación de pendencia (con la base además del artículo 1.119 citado) me sirve de apoyo para lograr una protección amplia del concebido en el Derecho civil.

sujeta a condición suspensiva en suma. Dicho con un ejemplo que tomo de Díez Picazo y Gullón Ballesteros: si A llama en su testamento como heredero al hijo de B, pero al morir A aún no ha nacido, de seguir estrictamente la regla del comienzo del artículo 29, el nacimiento determina la personalidad, faltaría una de las condiciones fundamentales de la adquisición hereditaria: la supervivencia del llamado a la herencia, al testador. Pero si ya estaba concebido al morir A, se le reputa nacido, que existía ya como persona y es sólo *la adquisición* de derechos la que se subordina o condiciona a que aquél nazca. Interin la herencia está en situación de administración por lo que respecta a los bienes correspondientes al «nascitutus», administración que —por invocación del artículo 627 y de los relativos a la patria potestad— debe corresponder, como ha señalado Gitrama González, al padre (al padre y a la madre hoy) (4 bis).

Lo expuesto constituye sólo un botón de muestra, el primero, de todo un sistema de Derecho sucesorio, basado en la «contemplatio familiae» y a la familia ordenado: si la Ley intuye que en el seno familiar el cariño primero desciende, en segundo lugar asciende y sólo en último término se extiende o se reparte por los lados (principio de las tres líneas, ordenador de la sucesión abintestato), en base a los vínculos de la sangre, toda la regulación de la sucesión «mortis causa» contempla —aparte de otras consideraciones— ante todo el vínculo del parentesco de sangre; por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante, pasa a los suyos el mismo derecho que él tenía (artículo 1.006, regulador del derecho de transmisión); o el derecho de los descendientes a ocupar el lugar del ascendiente premuerto en la sucesión intestada en base al llamado derecho de representación del artículo 924 y siguientes, derecho que en la testada reconoce hoy el artículo 814 para caso de premoriencia del legitimario no preterido, de modo que el hijo representa a su padre premuerto en la herencia del abuelo y no se considera —como dice el párrafo quinto del 814— preterido; o la institución de la mejora, con la posibilidad de mejorar a los nietos en vida de sus padres (artículo 808, párrafo 2, y disposiciones concordantes, con base en las Leyes de Toro), con el derecho a imponer gravámenes sobre ella si es para favorecer a los descendientes (artículo 824) y con la facultad de delegar en el cónyuge supérstite el poder éste distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes (artículo 831, aplicable a descendientes no hijos, como entendiéndola mayoría de la doctrina, en aplicación de los principios gene-

(4 bis) No es el momento de profundizar en la validez de las disposiciones «mortis causa» en favor de los concebidos e incluso en favor de los «nondum concepti». Baste el recuerdo de las tesis magistrales de GONZÁLEZ PALOMINO Y DíEZ PASTOR y la postura francamente favorable del Tribunal Supremo (25-IV-63; 3-IV-65, por ejemplo) y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (27-XII-82, entre las últimas Resoluciones). Lo ha recordado hace poco en el Diario ABC, FANJUL SEDEÑO, respecto a los no concebidos siquiera, al fallecimiento del causante.

rales de la institución de la mejora). Principios y normas en fin que pertenecen a otro mundo jurídico, por decirlo con delicadeza suma, que no se compaginan en definitiva con la brutal frustración de la nueva vida por el aborto premeditado.

Y no digamos si se profundiza en instituciones como las reservas, o el derecho de reversión del artículo 812, o las sustituciones, tanto la vulgar (artículo 774), como la pupilar del artículo 775 (nombrar sustituto al descendiente menor de catorce años para el caso de que muera antes de dicha edad) o la fideicomisaria (con la posibilidad de nombrar sustituto fideicomisario al «nasciturus», con la sustitución sujeta a la condición «si sine liberis», con el principio de que la sustitución fideicomisaria entraña la vulgar...), o con la revocación de donaciones hechas por quien no tenía hijos ni descendientes, pero que luego sí los tiene, aunque sean hijos póstumos (artículo 644, núm 1, que tiene una evidente proyección sucesoria; cabe pensar en el supuesto —realmente terrible— de una donación por el marido a su mujer que luego voluntariamente aborta, impidiendo así el supuesto fáctico del precepto en cuestión).

Aparte existe todo un conjunto de condiciones —suspensivas o resolutorias—, de modos o cargas impuestas al sucesor en beneficio del «nasciturus» (artículo 790 y siguientes; artículos 797 y 798 en tema de modo testamentario), tendentes a amparar la nueva vida humana, tanto positivamente como en forma negativa (piénsese en la disposición en la que, por ejemplo, se condicionara la adquisición a que aborte la favorecida: por el artículo 792 se tendrá indudablemente por no puesta tal condición y en nada perjudicaría al sucesor, aun cuando el testador hubiera dispuesto otra cosa, lo que es aplicable por identidad de «ratio» a la imposición de un modo o carga de esta especie al heredero o legatario en el supuesto del artículo 797).

Pues bien, toda la normativa legal se desploma lisa y llanamente abortando. Si la mujer que lleva en su seno al esperado hijo lo destruye, se viene abajo el sistema protector: instituciones de heredero, legados, modos, condiciones, mejoras, respeto a la legítima de herederos forzosos, reservas..., figuras e instituciones largamente acuñadas a través de siglos de tradición jurídica, se derrumban con el aborto: y la abortante podrá así incluso liberarse no sólo del *peso* del hijo en sus entrañas, sino posiblemente de un comensal a repartirse el caudal hereditario (piénsese en que si el legado no tiene efecto se refunde en la masa de la herencia, artículo 888; o en que si uno de los llamados a la herencia en llamamiento conjunto o solidario falta, puede producirse el derecho de acrecer a los demás llamados, o en el derecho de sustitución vulgar o en los otros supuestos y figuras, en fin a los que ya he aludido, aunque sea de modo somero).

Lo señalado, solamente con el fin de resaltar hasta dónde el Derecho civil está pendiente de proteger al concebido en las distintas situaciones y relaciones jurídicas en las que necesite amparo y tutela, hasta que por el nacimiento con los requisitos que la Ley exige, pueda

ser titular de derechos, revela la necesidad de seguir profundizando en la materia en estudio para extraer de la normativa legal los principios y directrices que puedan considerarse básicos en la regulación legal sobre el «nasciturus» y su régimen jurídico (5).

V. El consentimiento de la mujer en el aborto.

En el actual Proyecto que despenaliza el aborto en determinados supuestos y que puede, de aprobarse, dar lugar a un nuevo artículo, el 417 bis del Código penal, se dice que «el aborto no será punible si se practica por un médico, *con el consentimiento de la mujer*», cuando...». ¿Qué puede decirse de esta intervención de la mujer autorizando la muerte del «nasciturus», ante el Derecho civil? Veámoslo.

1. Como se ha señalado recientemente, este consentimiento no tiene parangón en el ordenamiento español, pues la mujer decide no sólo en la esfera jurídica propia, sino en la ajena, y nada menos que en la de un ser humano vivo que ella lleva alojado en sus entrañas (6). Ordenamiento que toma como medida y modelo de conducta la del «tener padre (madre) de familia», esto por de pronto.

Lo expuesto requiere ser examinado a la luz rigurosa del Derecho, y con el Código civil delante nos encontramos con que ya en materia de obligaciones de dar sometidas a condición suspensiva, la Ley hace responsable al deudor cuando *la cosa* se pierde o se deteriora por su culpa (artículo 1.122), y el obligado a dar alguna *cosa* lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia (artículo 1.094). Además, en el depósito incurre en responsabilidad el depositario respecto a la guarda de *la cosa*, de modo que su pérdida le hace responsable, y si *la cosa* se había entregado cerrada y sellada, responde de los daños y perjuicios caso de haber sido forzado el sello o cerradura por su culpa, presumiéndose la culpa en el depositario, salvo prueba en contrario (artículo 1.769). Pues bien, ¿qué decir si en lugar de *cosas* en sentido jurídico-material estamos ante un ser

(5) Para tratar en fin de llegar a una total protección civil del concebido, en la línea que ha expuesto R. BERCOVITZ, al decir: al superar la dicción literal del artículo 29 los esquemas puramente patrimoniales, ello permite hoy una protección desde el campo del Derecho civil en todos los aspectos que se relacionan con la «persona» del concebido, en especial los relacionados con los bienes de la personalidad, así como con sus parientes próximos. Con todo, los resultados prácticos a los que el autor llega no están a la altura de sus palabras anteriores. Para mí, como se expone en el presente estudio, la protección civil del concebido es superior, más acabada y total.

(6) Así lo ha apuntado GARCÍA CANTERO. En un luminoso estudio de 1980 ha expuesto LUIGI FERRI citando a BIANCA que «sostener un pretendido derecho de la madre a disponer libremente del nasciturus como cosa propia reproduce la arcaica concepción de la prole como objeto de propiedad y contradice la moderna evolución de la relación paterno-filial como relación de cuidado y defensa, «concluyendo así: «el feto es un ser humano y por tanto sujeto de derechos». En el texto se verá las conclusiones a que llego tras el estudio realizado conforme a nuestro Derecho civil.

humano de vida intrauterina! Porque cuando se trata del ser humano ya nacido, el Código se cuida de protegerlo constantemente: «... no dañosos para los hijos» (artículo 90, letra E, respecto a los acuerdos conyugales en caso de nulidad, separación o divorcio); el Juez... «en interés de los hijos» o en «el interés familiar más necesitado de protección» (artículo 103, 1.º y 2.º); el padre y la madre están obligados a *velar* por los hijos menores y a prestarles alimentos, aunque no ostenten la patria potestad (artículo 110); la patria potestad se ejercerá *siempre* en beneficio de los hijos (artículo 154) y si en algún asunto el padre y la madre tienen un interés opuesto al de sus hijos en patria potestad, se nombrará a éstos un defensor judicial, y si el conflicto de intereses existe sólo con uno de sus progenitores, al otro corresponde por Ley representar al menor o completar su capacidad (artículo 163), llegando a decir, con criterio digno de toda alabanza y de ser plasmado en el Código de forma expresa, la Compilación Navarra que: corresponde al padre o en su defecto a la madre *la defensa de los intereses* de los hijos concebidos y no nacidos, e incluso de los no concebidos (Ley 64) (6 bis). Entonces, caso del «nasciturus», ¿el Derecho civil va a enmudecer sin más por el consentimiento de la mujer en abortar en aquellos casos en que la Ley penal se va a inhibir considerándolos no delictivos?

De ningún modo; por de pronto, de lo dicho hasta aquí se desprende que el consentimiento de la mujer en que el aborto se practique por un médico implica un acuerdo negocial para quitar la vida a un ser humano, que con la Ley civil en la mano está rotundamente teñido de ilegalidad: se trate de un acuerdo para la prestación de un servicio o lo sea para llegar a un resultado, el de la práctica abortiva (7), el negocio tiene un objeto que está fuera del comercio de los hombres, es contrario a la Ley y es también contrario a las buenas costumbres (art. 1.271). Y si conectamos la cuestión con la causa negocial y traemos a colación la normativa legal en materia contractual, resulta que —como ha señalado Díez Picazo— los casos en que ambos contratantes se conciertan para ocasionar un daño a un tercero implican un contrato con causa ilícita y por tanto nulo (8). Y es que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral y en tal caso el contrato

(6 bis) En un Proyecto de protección a la infancia preparado hace poco por un Partido Político puede leerse: «... a la madre gestante se atribuye la representación legal del hijo aún no nacido».

(7) Esto último, practicar el aborto, parece claro que es el propósito negocial. Pues bien, refiriéndose a la prestación de los servicios médicos en general, ha señalado GITRAMA GONZÁLEZ que el médico con su cliente está ligado por un verdadero contrato: hay un acuerdo de voluntades para el *alto fin* de que el cliente conserve o recupere la salud (es claro que el autor no pensaba en el caso del aborto), y concluye: es una obligación de medios, no de resultados, excepto en los casos de cirugía estética, transfusiones de sangre, *parto* sin dolor..., calificables de arrendamiento de obra.

(8) La teoría del contrato en daño o perjuicio de tercero se ha expuesto fundamentalmente por autores italianos y ha sido tratada en España por GULLÓN BALLESTEROS y luego expuesta en lo fundamental por Díez PICAZO.

no produce efecto alguno, conforme al artículo 1.275. Por lo que en definitiva —con base en el criterio que del artículo 1.306 se desprende— hay que concluir que ninguna parte interviniente en el acuerdo para la práctica abortiva podrá repetir lo que hubiera dado, ni tampoco reclamar el cumplimiento de lo que la otra hubiese ofrecido (máxima «*nemo auditur*», núm. 1, del precepto citado), con lo que, por ejemplo: puede abstenerse la mujer de pagar los servicios prestados por quienes profesionalmente han intervenido en la práctica del aborto con la Ley civil a la vista (9).

Parece claro, en fin, que el Código Civil tiene que constituir firme cauce para así proteger los intereses jurídicos lesionados ante el posible aborto. Estudiemos por ello los distintos supuestos.

2.—El frustrado padre ante el aborto consentido por la mujer.

Aparte de la fundamentación anterior, preceptos específicamente aplicables, en su mayoría al menos, al matrimonio, alertan ante la situación fáctica planteada: si el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes (art. 66, fiel a la línea marcada por la Constitución de 1978); si los cónyuges se deben alimentos (art. 44, 1.º) y entre ellos han de incluirse los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo (art. 142, último párrafo); si además los cónyuges tienen la obligación de actuar en interés de la familia (art. 67) y de guardarse fidelidad (art. 68, fidelidad conyugal que es más amplia en todos los aspectos que la pura fidelidad sexual (9 bis) de marido y mujer, como destaca la doctrina); si cabe la revocación de donaciones por supervivencia de un hijo (art. 644) y por ingratitud del donatario (art. 648, 1.º: si el donatario cometiese algún delito contra... *los bienes del donante*; «bien» en sentido no simple y llano de cosas apropiables o bienes a que se refiere el artículo 333 del Código); si son incapaces de suceder por causa de indignidad los padres que abandonan a sus hijos (art. 756, 1.º) e indigno es también el que fuere condenado en juicio por atentar contra la vida de *los descendientes* del testador (art. 756, 2.º), perdiendo además el indigno el derecho a la legítima que como heredero forzoso le correspondiera en su caso; y si el cónyuge que incumple de modo grave sus deberes familiares incurre en justa causa de desheredación (art. 855, 1.º) y en la pérdida de su derecho legal de alimentos entre cónyuges (art. 152, núm. 4); así como incurre en causa de separación (artículo 82, 1.º); todo ello, si se en-

(9) Lo que el profesional avisado puede impedir exigiendo el total cobro anticipado, con el efecto entonces de la «*soluti retentio*» del mismo 1.306. Por otra parte la deuda es claro que no incide sobre la sociedad de gananciales del matrimonio de que se trate (arts. 1.362, 1.º, y 1.367).

(9 bis), Así, para LACRUZ incluye la obligación para cada cónyuge de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedor y lesiva para la *dignidad* del otro. En buenos principios —concluye— también estas infracciones *más leves* tendrían que dar lugar a acción de daños y perjuicios. ¡Y no digamos —puedo añadir— si se trata de infracciones gravísimas!

garza con el artículo 29, en relación con lo que anteriormente se expuso al tratar de la situación jurídica del concebido y no nacido: pendiente de la «condicio iuris» del nacimiento, de modo que si la obligada impide voluntariamente el cumplimiento de la condición suspensiva, se tiene ésta por cumplida (conforme al art. 1.119), me lleva a considerar que una auténtica y cabal protección civil de la situación planteada por el aborto debe alcanzar —en la medida de lo posible— efectos jurídicos sancionadores tales como los expuestos: negación de alimentos, causa de separación conyugal, causa de desheredación, causa de indignidad... Más todavía, la medida preventiva y evitadora del aborto que basada en la «ratio» del 158, 3.º, del Código civil (el Juez a instancia de... cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las disposiciones oportunas a fin de apartar al menor en patria potestad de un peligro o de evitarle un perjuicio—) quisiera ponerse en práctica por el padre del «nasciturus» o por un pariente o por el Ministerio Fiscal, parece a todas luces viable, posible y necesaria. Y por último, si el aborto se intenta, frustrándose por el motivo que fuere, aunque pueda ser un supuesto carente de sanción penal, sí se ha realizado un acto ilícito civil y por tanto cabe de inmediato ya exigir la responsabilidad correspondiente, por medio de la acción civil oportuna en defensa del «nasciturus» (aparte de por lo expuesto, en base al fundamental artículo 1.902 del Código civil). Así lo entienden hoy autores como García Amigo, García Cantero, Ruiz Serramalera y Rico Pérez (10).

3. El «nasciturus», el interés familiar y el interés común o general.

No puede satisfacer totalmente lo que se ha expuesto hasta ahora. Tanto el interés de la familia, actuación a la que están obligados el marido y la mujer (artículo 67, ya citado), como el interés común o general de prevenir la disminución de la natalidad exigen la protección del concebido dentro de la órbita del Derecho civil. En virtud del primero se ha desarrollado en el campo penal la teoría de los delitos contra la familia (11), en los que el bien jurídico protegido

(10) Caso de aborto consumado dice este último autor que la acción civil se podrá intentar —en base al art. 1.902— por el marido que no consintió el aborto... o por el padre natural que reconoció al concebido antes de nacer..., y podrá abarcar tanto el daño material sufrido como el dolor moral por el no nacimiento del concebido. En el mismo sentido se ha mostrado también DÍEZ DÍAZ.

Para DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS el daño es el moral cuando la lesión recae sobre un bien de orden personalísimo (v. gr. LA VIDA).

Por último, si el nacimiento acaece (así en el reciente caso del feto arrojado al cubo de la basura en Inglaterra), el nacido tendrá derecho a ser indemnizado por los daños sufridos durante el período de gestación y que persistan en sus perjudiciales efectos (defectos físicos, lesiones orgánicas ocasionadas...), como han expuesto DE CASTRO y LACRUZ BERDEJO.

(11) La construcción de los delitos contra la familia es de base italiana. En España la han expuesto recientemente DIEGO DÍAZ-SANTOS, María del Rosario, y BELLO LANDROVE.

es éste de modo primordial, en orden al interés familiar de todos y cada uno de sus miembros, y en el ámbito civil tiene que posibilitar tanto las acciones judiciales para impedir el aborto: por el abuelo, un tío o un hermano del concebido, por ejemplo, como ha señalado García Cantero en base al artículo 158, 3.º aplicable por idéntica «ratio», y cualquiera que pueda ser el resultado eficaz o no del ejercicio de tal acción, como también debe hacer viable la demanda del ascendiente —por señalar un realista supuesto de hecho— de la frustrada madre, alegando interés familiar en tener un continuador de la familia (es evidente el paralelismo con la «ratio» del 812 del Código al permitir el ascendiente que recupere —por vía de sucesión mortis causa— lo dado a su descendiente que ha muerto *sin posteridad* (12). En base al interés colectivo, común o general, por otra parte, puede acudirse al Ministerio Fiscal por cualquier persona que sabedora del posible aborto futuro o inminente, alegue la necesidad de evitar, al concebido tamaño peligro (nótese el paralelismo con el ya expuesto artículo 158, 3.º del Código civil (13). Todo ello sin olvidar la responsabilidad civil del o de los médicos intervinientes en el aborto en los distintos supuestos y sin excepción ni atenuante alguna (14).

Resumen general y conclusiones finales.

Las reflexiones hasta aquí efectuadas, no agotadoras de la materia en estudio (sólo apuntadas algunas, otras ni siquiera aludidas como las cuestiones atinentes a las acciones de filiación o al reconocimiento del concebido), pienso que al menos contienen base suficiente para una adecuada protección, y no sólo patrimonial, del concebido. Es entonces, partiendo de esta base legal, cómo el jurista que se precie de tal tiene, con tales mimbres, que procurar que la protección civil del concebido sea lo más completa y lo más eficaz posible. La realidad social del tiempo en que la normativa de Derecho civil tiene que ser aplicada hoy

(12) Por lo expuesto *supra* pienso que hay firme apoyo para entender que cabe desheredar a la hija abortante y para que sea considerada indigna para suceder al ascendiente (arts. 853, párr. 1.º, y 756, 1.º y 2.º). También puede accionar un ascendiente o un hermano del asesinado, dice RICO PÉREZ, en la línea expuesta en el texto.

(13) Al tratar del contrato en daño de tercero, dice CARIOTA FERRARA, y recogen PFEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, que cabe acción meramente declarativa con el fin exclusivo de *fixar* la situación jurídica perjudicial o la que pueda quedar perjudicada por la acción de los contratantes. Es —dicen— una medida viable al menos con carácter provisional en los casos de *daño futuro* o razonablemente temido, medida preparatoria de las posteriores acciones del resarcimiento si el daño temido no llega a ser evitado.

En resumen, tanto el posible aborto como el frustrado y el consumado tienen ante el Derecho civil efectiva réplica. Se trata, en fin, de la protección eficaz del primer derecho del ser humano, el de nacer, sin el que los demás carecen de sentido.

(14) Con referencia general al contrato en daño de tercero, dice GULLÓN BALLESTEROS, que los varios obligados extracontractuales que han cometido la misma falta tienen responsabilidad solidaria (y cita en su apoyo el criterio del art. 107, C. penal).

—máxime si el aborto llega a ser despenalizado en los supuestos proyectados— demanda, tanto una interpretación, como en su caso una integración normativa, amparadora del ser humano de vida intrauterina. Estamos en el Siglo de los derechos humanos y el primero que tiene que ser reconocido y respetado íntegramente es el derecho a nacer, único modo de hacer efectivo el comienzo del artículo 15 de nuestra Constitución («*todos* tienen derecho a la vida») (15).

La conclusión, por tanto, que obtengo como cierre del presente estudio es ésta: buen jurista va a ser —pienso— el que se esfuerce por lograr la idónea protección civil del concebido, plasmando en el Derecho civil, como decía en 1949 Georges Ripert— «son idéal moral... en luttant pour ses croyances».

(15) El derecho a nacer es para GARCÍA CANTERO y RICO PÉREZ un derecho de la personalidad. Derecho que interesa —ha dicho el reciente Informe de la R. Academia de Doctores— no sólo al concebido, sino a la madre y también al padre, a los hermanos y parientes próximos y a la sociedad en general. Derecho a la vida prioritario a la libertad, que necesita aquello para sustentarse.

