

CONCEPTUS PRO NATO HABETUR?(*)*1

Emanuela Giacobbe

APARIENCIA ANACRÓNICA DEL TÍTULO DEL PRESENTE TRABAJO.

El debate inherente a la subjetividad jurídica del concebido puede considerarse fundamentado bajo múltiples puntos de vista e inicialmente resuelto de forma negativa, como es obvio intuir, por la "liberalización" del aborto que fue obtenida en Italia con la Ley 194 de 1978, a raíz del artículo 1º del Código Civil que afirma de manera determinante que la titularidad jurídica se obtiene con el hecho del nacimiento.²

Si la titularidad jurídica se identifica con la existencia misma del sujeto en el mundo jurídico³ y, si esa se obtiene con el nacimiento ex art. 1 del Código Civil(*), por fuerza se deduce que antes del nacimiento no hay sujeto de derecho.

Frente a la claridad de la norma, parecería no haber margen alguno para la maniobra del intérprete dentro de la terminología, pero tal vez, sí en el deseo de que se modifique el dato positivo⁴, cuya necesidad parece presentir el legislador⁵.

Mientras eso sucede, la constatación por la cual en nuestro ordenamiento jurídico el concebido no tiene titularidad jurídica y que no es sujeto de derecho, sólo nos demuestra – pero no nos satisface – que un eventual debate acerca de su capacidad jurídica(*), se agotaría con estas simples y sintéticas observaciones.

Es cierto que el artículo 1º del Código Civil contiene un segundo párrafo según el cual "los derechos que la ley reconoce al concebido están subordinados al hecho del nacimiento", pero aún descartando la posibilidad de percibir en esa previsión una especie de anticipo de titularidad jurídica especial, la norma es entendida como de carácter excepcional y de estrecha interpretación, por lo tanto no aplicable a otros casos – relativamente exigüos – más allá de los expresamente previstos.⁶

Volver a meditar acerca del concebido, podría significar revocar viejas cuestiones, en razón de un propio y personal sentimiento moral o credo religioso, que siempre por aceptación unánime, nunca deberían

(*) Il concepito si é fatto per nascere? ¿El concebido está destinado a nacer?.

1 Texto traducido por María Cecilia Niño Dolmos. La revista Derecho y Sociedad cuenta con la debida autorización del autor. Revisión a cargo de Alfredo Soria Aguilar, Profesor de Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

2 PIZZORUSSO, ROMBOLI, BRECCIA DE VITA, "Persone fisiche, in *Commentario al cod. civ.* a cura di Scialoja Branca", Bologna Roma, 1988, 112 ss.; CAPOBIANCO, *Nascituro e responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 57; PETRUCCI, *Quale status per il nascituro?*, ivi, 1998, 463; PALMIERI, *Capacità giuridica e responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 664

3 Véase FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939, 93 ss.; id., *Capacità (teoria generale)*, voce *Encicl. Dir.*, VI, Milano, 1960, 10 ss.. La identificación entre capacidad jurídica y subjetividad, sobre una primera aproximación, menciona a la doctrina dominante, sobre el punto STANZIONE, *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986, 33 ss.; BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, in *I cinquant'anni del codice civile*, I, Milano, 1993, 125; PIZZORUSSO, ROMBOLI, BRECCIA DE VITA, *persone fisiche*, cit., 140; LA TORRE, *Le disavventure del diritto soggettivo*, Milano, 1996, 396; RESCIGNO, *Capacità giuridica*, voce *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 218, distinguiéndose del resto.

(*)Art. 1 Capacità giuridica

La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita.

I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita.

La capacidad jurídica se adquiere desde el nacimiento. Los derechos que la ley le reconoce al concebido están subordinados al hecho del nacimiento. (Concordancias 462, 687, 715, 784.)

4 Encontramos ese "augurio" en PETRUCCI, *Quale status per il nascituro*, cit., 470.

5 Entre la XIIª y la XIIIª legislatura se presentaron varios proyectos de ley para modificar el art. 1 C.C., así como el art. 2 de la Constitución. Véase entre otros el proyecto de

ley n.5 del 6 de junio de 1996, donde el artículo 1 se reformula en estos términos: todo ser humano tiene capacidad jurídica desde su concepción. Los derechos patrimoniales que la ley reconoce al concebido están condicionados a su nacimiento; igualmente el proyecto de ley 1436 del 23 de octubre de 1996, la n. 2965 del 10 de febrero de 1997; el proyecto 2991 del 21 de enero de 1998 en que la modificación busca determinar el momento en que el concebido adquiere subjetividad jurídica; el proyecto n. 2641 del 20 de diciembre de 1996, según la cual al tener capacidad jurídica del la concepción, se sostiene "en la hipótesis de la fecundación artificial, la capacidad se adquiere en el momento en que el embrión es implantado en el útero materno". Con relación al art. 2 de la Constitución el proyecto de ley 2327 del 17 de abril de 1997 establece que "entre los derechos inviolables, el derecho a la vida se entiende desde la concepción", de manera similar lo sostiene el proyecto n. 562 del 25 de junio de 1996.

(*)Entiéndase como capacidad de goce.

6 En ese sentido el tribunal de Monza del 28 de octubre de 1997, *Resp. civ. prev.*, 1998, 1102 se refiere a MIOTTO, *Il nascituro e la responsabilità aquiliana, ovvero della possibile diacronia di condotta illecita e avveramento del danno*; Cass. 28 dicembre 1973 n. 3467, *Foro it.*, 1974, I, 668; así como a CAFERRA, *Il danno morale del nascituro per uccisione del genitore*, e in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1930; a SALARIS, *In tema di danno ingiusto al nascituro*; Trib. Roma 12 aprile 1977, *Resp. civ. prev.*, 1979, 996; a TRAVERSO, *Il diritto del nascituro*, Cass. 22 novembre 1993 n. 11503, *Corr. giur.*, 1994, 479; a BATA con *La tutela del concepito e il diritto a nascer sano*, e in *Nuova giur. civ. commentata*, 1994, I, 690; a ZENO ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*, e in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 549; y a CARUSI, *Responsabilità contrattuale e illecito anteriore alla nascita del danneggiato*; estando de acuerdo con DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. Dir. priv. Diretto da Rescigno* 2, Torino, 1982, 20; RESCIGNO, *Il danno da procreazione in Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960 soprattutto 1354; PETRUCCI, *Quale status per il concepito?*, cit., 463; PALMIERI, *Capacità giuridica e responsabilità civile*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1998, 664



contaminar el camino de un cultor del derecho, más aún frente a una temática como la que estamos desarrollando.⁷

Si concientemente no se puede negar que la elección para tratar uno u otro tema, está determinado por los “gustos” – también de naturaleza ética o religiosa – de quien quiere profundizar dicho tema, la reflexión surge también por la observación de ciertos casos jurisprudenciales que, más o menos abiertamente, demuestran no seguir la lógica del “nada jurídico” anterior al nacimiento, aún dentro del ámbito de las extrañas hipótesis respecto de las expresamente previstas por la ley.

De acuerdo al cuadro normativo brevemente expuesto, ha sido negada la posibilidad de confiar la custodia del concebido a un *Ente local*⁸, en cuanto “la situación, si bien resulta de grave y merecida atención no permite ninguna intervención por parte del Estado... al no existir el presupuesto de capacidad o subjetividad en el sujeto a tutelar”. Aún más sintéticamente se hubiese podido decir que lo que hace falta es el mismo sujeto a tutelar.

La intervención autorizada del tribunal de menores lo ha admitido posible “sólo ante el nacimiento, por la inmediata tutela de los derechos del niño”.

La dificultad de que fuera de los casos expresamente previstos en la ley, condicionados al nacimiento del concebido, se pueda dar una hipótesis que no se considera un obstáculo insuperable en un pronunciamiento diferente, donde se trataba de decidir la custodia del concebido, pero a favor de uno de los padres separados⁹. Se entiende que en ese tema, la dificultad “está destinada a ceder frente a la necesidad de tutelar preventivamente los intereses del nasciturus” aunque la justificación para extender el instituto de la custodia de la prole, a los hijos concebidos, se determina por “la

imprescindible exigencia de que ningún retraso ni privación deben condicionar la regulación del ejercicio de la patria potestad, en el período inmediatamente sucesivo al parto”.

Es verdad que la referencia del pronunciamiento a dicho período, no permite que se pueda inferir cualquier indicio sobre el reconocimiento de capacidad alguna y/o subjetividad jurídica en el concebido, aunque se diga que los intereses del concebido necesitan ser tutelados preventivamente, no obstante estén supeditados al parto.

Lo que sí se puede deducir del pronunciamiento en cuestión es que el segundo párrafo del artículo 1º puede aplicarse más allá de los casos expresamente previstos, negándose el carácter excepcional de la norma, pero sin que ello implique el reconocimiento de la subjetividad existente en el concebido.

Al parecer hay un avance: no importa cual sea el significado que se le atribuya al segundo párrafo del artículo 1º del Código Civil, “los derechos que la ley le reconoce al concebido”; si bien están supeditados al nacimiento, no es necesario que también estén expresamente previstos, pues de ello no existe indicio alguno en el texto de la ley.

De manera más comprometida con respecto a la delimitación de la situación jurídica del concebido, existe una serie de sentencias cuyo *thema decidendum* trata sobre el resarcimiento de daños de distinta naturaleza, sufridos por el concebido luego de nacido, causados por un hecho ilícito llevado a cabo antes del nacimiento o al mismo instante del nacimiento.

Un antiguo precedente, tan famoso como criticado¹⁰, determinó la responsabilidad de los padres por hecho ilícito contra los hijos, al haber transmitido con la misma procreación, una enfermedad venérea.

7 Lo expresa la Cass. 28 de diciembre de 1973 n. 3467 cit., así como Cass. pen. del 13 de noviembre del 2000, *Giust. Civ.*, 2001, I, con la crítica de GIACOBBE E., *Questioni vecchie sulla posizione giuridica del concepito*; por otro lado, el Trib. Piacenza del 31 de julio de 1950, *Foro it.*, 1951, I, 987 con la crítica de ELIA, *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?*; además de CARNELUTTI. La doctrina sostiene la necesidad de evitar una visión moral en el tema, para eso véase CAPOBIANCO, *Nascituro e responsabilità civile*, in *Rass. Dir. civ.*, 1997, 50 quien señala que el tema tiende a ser condicionado por los sentimientos en lugar de la técnica. Sin embargo no debemos olvidar las palabras del Papa Juan Pablo II en la encíclica *Evangelium vitae*, 71 ss. Sobre los vínculos que existen entre ley civil y ley moral, que si bien reconoce que cada cual posee su propio ámbito, la tarea de la ley civil es “asegurar a todos los miembros de la sociedad el respeto de sus derechos fundamentales inherentes a la persona, por lo que cualquier ley positiva debe reconocer... que normas pro aborto y eutanasia lo único que logran es la opresión directa de seres humanos inocentes, lo cual contraviene el derecho absoluto a la vida y a la igualdad frente a la ley ... este tipo de normas no sólo crean la inconciencia humana, sino que además dejan que sólo esa conciencia sea quien decida”;

son esos cargos de conciencia que se contemplan en la ley n. 194, para demostrar que el legislador no ignora lo relevante de la conciencia moral de cada uno para aplicar esta ley.

8 Véase trib. Min. Trieste decr. Del 26 de noviembre de 1997 confirmado por App. Trieste sez. min. del 24 de diciembre de 1997, ambos en *Nuova giur. civ. commentata*, 1999, I, 110 con el comentario de ZATTI, *Diritti del non nato e immedesimazione del feto nella madre: quali ostacoli per un affidamento del nascituro*, ivi, 111 el reclamo del P.M. ex art. 740 c.p.p. contrario al decreto del tribunal.

9 Se cita al Trib. Catania ord. Pres. del 9 de diciembre de 1991, *Dir. fam.*, 1992, 250.

10 Se trata del Trib. Piacenza del 31 de julio de 1950, cit., y las críticas señaladas son las que sostienen casi todos los autores que han tocado el tema. Véase RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, cit., 1337 ss.; profundizando, OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. Dir. civ.*, 1982, I, 506 ss.; respaldando la postura seguida por el tribunal MASTROPAOLO, *Risarcimento del danno alla salute del concepito; responsabilità, doveri, diritti dei genitori e dei congiunti*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II.1, Milano, 1998, 536

A pesar de que el tribunal se propuso “desarrollar brevemente el argumento en términos estrechamente jurídicos, alejándose de cualquier divagación inútil”, no fue así. En el pronunciamiento se regresa a la exaltación de la dignidad del hombre, reconociéndose que “*el ordenamiento jurídico existe, en cuanto existe persona en quien manifestarse, por lo cual ha de servirle a éste, el continuo perfeccionamiento de aquél*”, se afirma que “*a este gran concepto de dignidad humana postula el alma universal de Virgilio, al cuál regresan luego de la muerte física, los espíritus que han sido alejados*”, pero el *quid* de la cuestión permanece en el trasfondo: en este gran concepto de dignidad humana, ¿se abarca al concebido?

Lo grave del supuesto es que, en rigor, se habría podido entender al concebido como inexistente, puesto que el acto ilícito coincidía con la misma actividad procreativa. Sin embargo, la sentencia se limitó a concluir que “*si es un acto ilícito transmitir a la persona ya existente un mal venéreo, también debería serlo el transmitirlo a una persona futura*”.

Somos de la opinión completamente opuesta al planteamiento seguido en el primer caso, y más aún de la carente consideración de un impedimento hipotético para reconocer el daño sostenido por el artículo 1º del Código Civil conjuntamente a la falta de concurrencia entre el acto ilícito y el acto procreativo, al cual ningún valor parece darle el pronunciamiento, no admiten que se pueda deducir de la referencia a *persona futura*, una contribución a la *individuación* del concebido.

El referirse a *persona futura* adquiere mayor consistencia en un pronunciamiento distinto en el que se discutía sobre el derecho a percibir pensión de guerra, por lesiones o enfermedad crónica, ocurridas a causa de un acto de guerra existente antes del nacimiento del titular del derecho¹¹.

En oposición a la opinión del procurador general que, al interpretar el artículo 1º del Código Civil, observó en el concebido “*una entidad biológica, una realidad del mundo que sin duda merece tutela jurídica, y que el ordenamiento positivo con institutos adecuados no ha dejado de garantizar*”; la Corte, aún declarándose de acuerdo, sostuvo que se debía abordar el problema de manera más adecuada. Esta parece pues, no considerar todavía al concebido como persona y, correlativamente, tampoco como sujeto. El derecho a la pensión es más se basa en principios que sobreentienden la *responsabilidad aquiliana*, en virtud del cual, hecho y daño pueden no ser simultáneos.

Se trata de un modo de formular el problema que ha tenido mucho éxito en la jurisprudencia posterior aunque en la misma se haya una parcial “marcha atrás” en las conclusiones del pronunciamiento citado. La Corte presume que el sustento del planteamiento puede obtenerse de los argumentos adoptados para sostener la capacidad del concebido: “*se ha remarcado como el ordenamiento jurídico otorga al concebido la más amplia tutela sea respecto de su integridad física, como en razón de sus derechos patrimoniales... ahora, semejante tutela indica que, aún antes de la existencia del sujeto, pero sólo en previsión de su futura existencia, el ordenamiento jurídico, más que otorgarle la titularidad jurídica al nasciturus, asegura los instrumentos necesarios para que, al verificarse el nacimiento, se realicen, en beneficio de él, los derechos cuyo surgimiento están ligados a situaciones de hecho a verificarse antes del nacimiento de su titular, durante la vida intrauterina*”.

A la persona futura se le hace entonces, un primer reconocimiento, el cual es luego negado con fuerza por la Casación¹², seguida en breve por el Tribunal de Roma¹³. En particular, la Casación niega reiteradamente, sobre la base del artículo 1º del Código Civil, la subjetividad jurídica del concebido, reconociendo en el nacimiento no un evento condicionante para adquirir la capacidad, sino un elemento más dentro de la figura *adquisición*. En otras palabras, las singulares disposiciones que garantizan derechos a favor del concebido vuelven a ser consideradas de carácter derogatorio y excepcional.

Con ello se llama la atención a la parcial marcha atrás de la *Corte dei Conti*, ya que de acuerdo a la Casación, es cierto que sobre la vertiente de la responsabilidad civil: ilícito y efecto dañoso, pueden verificarse en diferentes momentos: “*Todavía no parece admitirse que de ello se deduzca que el daño puede atribuirse también, si el sujeto pasivo no existía al momento en que ocurrió el hecho ... el fundamento de la ilicitud no está sólo en la trasgresión de una norma jurídica, sino también en la lesión de un derecho subjetivo contrapuesto, es decir, en la invasión de la esfera jurídica de los otros*”.

No se puede ocultar que el razonamiento de la Casación es bastante rígido, trayendo todas las consecuencias que de la negación de la subjetividad del concebido descienden necesariamente. Por el contrario, la garantía que la *Corte dei Conti* pensó, apuntaría al reconocimiento de una amplia tutela,

11 Véase, la *Corte dei Conti* del 19 de febrero de 1957, *Giur. it.*, 1957, III, 203.

12 Véase, la Cass. del 28 de diciembre de 1973 n. 3467 cit.

13 Trib. Roma del 12 de abril de 1977, *Riv. Prev. Soc.* 1979, 996 comentado por TRAVERSO, *Il diritto del nascituro*



que resultó siendo fatalmente nociva para la persona futura, porque fue afectado al negarse la subjetividad jurídica del concebido.

Las indecisiones se reducen, pero el rigor se mantiene en un pronunciamiento más reciente¹⁴, siempre sobre el tema del resarcimiento del daño causado por el hecho ilícito ocurrido antes del nacimiento del *dañado*. Habiendo citado la postura expresada anteriormente por la Casación, se afirma expresamente que de no revisarse aquel planteamiento que “*desconoce la subjetividad del nasciturus, se enfrenta contra principios generales del ordenamiento y de la propia Constitución*” ya que, su artículo 2º de la Constitución no podría determinar a la vez, la situación jurídica del concebido. No se considera que tal situación pueda ser entendida como una simple expectativa, de modo que el hecho ilícito del tercero el homicidio del padre es considerado lesivo directamente sobre la esfera jurídica del concebido.

La interpretación restrictiva del artículo 1º del Código Civil es superada adecuadamente al recurrir a la Constitución. Si en dicha norma se encuentra el único obstáculo para el reconocimiento de la titularidad jurídica del concebido, ese impedimento se ha visto reducido o, no se tendría que considerar insuperable, en la medida que se acepta, para aquella norma, una interpretación evolutiva respetuosa de la Constitución.

Sin embargo, se ha constatado, como en un principio, en Italia y demás países, que se ha admitido la interrupción voluntaria del embarazo, de modo que si el concebido es sujeto de derecho, el aborto debería ser considerado un acto ilícito y su respectiva disciplina inconstitucional, el cual hoy no lo es¹⁵.

Pero en la posición opuesta, si el concebido no es sujeto de derecho, el aborto debería considerarse lícito hasta el momento en que llegue a existir el sujeto, el cual en el estado actual ni siquiera lo es¹⁶.

Es interesante como la ley sobre el aborto prevé un régimen diferenciado, en virtud del cual el aborto

es sustancialmente permitido durante los primeros tres meses de embarazo, pero una vez entrado al período siguiente, éste tiene límites por supuesto, rigurosos.

El superar una lectura restrictiva del artículo 1º del Código Civil parece entonces, nada decisivo para los fines del reconocimiento de la subjetividad jurídica del concebido. Los esfuerzos realizados en esta dirección, de todas formas no pueden considerarse vanos, por lo menos para el fin de otorgar una cierta tutela al concebido, aunque no puedan propiamente atribuirle titularidad jurídica.

Con una visión de compromiso del cuadro normativo vigente, se ha afirmado¹⁷ que si bien es cierto que al concebido no se le puede reconocer un derecho absoluto e inviolable de nacer, también es cierto que en ausencia de las condiciones que

permiten la interrupción voluntaria del embarazo, él “*adquiere una legítima expectativa a nacer y, por consiguiente, a nacer como un individuo sano. El pasar de la legítima expectativa al derecho subjetivo puro ocurre con el nacimiento, que*

es cuando se adquiere la titularidad jurídica” con efectos retroactivos. De ese modo se intenta que sea posible la coexistencia entre estas disposiciones normativas artículo 1º del Código Civil, artículo 2º de la Constitución y Ley 194/1978 – no fácilmente armonizables.

Se reconoce que, en efecto, el real obstáculo para la subjetividad jurídica del concebido no está en el artículo 1º del Código Civil, sino más bien en la Ley 194/1978, de modo que, luego de tantas veces reconocida la conformidad de dicha Ley con la Constitución¹⁸, no les queda más a los jueces que resolver a favor de la relevancia de la subjetividad jurídica del concebido de modo que no se hagan más cuestionamientos acerca del aborto.

Es una solución de compromiso y, como tal, científicamente insatisfactoria, pero a la que puede reconocérsele el mérito de haber revelado los auténticos términos del problema: si no fuera por la ley del aborto, los índices normativos permitirían

“...si el concebido es objeto de derecho, el aborto debería ser considerado un acto ilícito y su respectiva disciplina inconstitucional, el cual hoy no lo es...”

14 App. Torino del 8 de febrero de 1988, *Giur. it.*, 1989, I, 2, comentado por IOFRIDA, *Sulla tutela aquiliana del nascituro*.
15 En base a las acciones constitucionales que no prosperaron, véase. GIACOBBE G., GIUFFRIDA, *Le persone III diritti della personalità*, Torino, 2000, 97.
16 La observación la hace DOGLIOTTI, *Diritto a non nascere e responsabilità civile*, in *Dir. fam.* 1995, 1480

17 Véase al Trib. Verona del 15 de octubre de 1990, *Giur. merito* 1992, 329 con los comentarios de GIAMMARIA, *Cenni sul danno al concepito*, e in *Rass. Dir. civ.*, 1992, 122 con nota di CARUSI, *Tutela giuridica della vita prenatale e risarcimento del danno nell'illecito plurioffensivo*
18 Debemos remitirnos a los pronunciamientos citados en la nota al pie n.6

reabrir el análisis en razón de la subsistencia de la titularidad jurídica en cabeza del concebido¹⁹.

Los límites que se muestran en el artículo 1º del Código Civil, son superables según nuestro punto de vista: “*la norma con la cual se abre el Código Civil puede aplicarse a diversos casos de los considerados expresamente taxativos. Entre los derechos que la ley reconoce al concebido puede estar comprendido el de nacer como un individuo sano*”.

Efectivamente, la posición del concebido se viene delineando con características bastantes peculiares: no tiene derecho de nacer, pero tiene el de derecho de nacer sano. Como es obvio, dicha anomalía representa el fruto de un compromiso por el cual se ha superado la “*inexistencia*” del concebido.

Viene, por lo tanto, a consolidarse dentro de la jurisprudencia el principio por el cual “*si bien el ordenamiento no asocia el hecho de la concepción con la personalidad jurídica, eso apunta a tutelar al individuo desde su concepción garantizando, no un derecho a nacer, sino más bien que sea haga todo lo posible por favorecer el nacimiento y la salud*”²⁰.

En este último pronunciamiento se recogen los planteamientos hasta ahora propuestos, y, no puede decirse que dicha síntesis haya servido a una rigurosa reconstrucción del tema en cuestión.

La Casación adopta, entonces, la postura que considera de carácter excepcional al párrafo segundo del artículo 1º, asumiendo al mismo tiempo que la disposición citada no era permisiva para este tema por cuanto se trata de daños sufridos por un sujeto a causa de un hecho ilícito cometido antes del nacimiento.

La misma postura es la que adoptó en determinado momento la *Corte dei Conti*, así como similar es el parcial redimensionamiento de las afirmaciones efectuadas. Se sostiene en la Casación que, existiendo el artículo 1º del Código Civil, el concebido no tiene titularidad jurídica y, por lo tanto,

no es sujeto de derecho. Sin embargo, ello no impide el resarcimiento del daño, porque para que surja la responsabilidad extracontractual no se necesita la permanente *conexión intersubjetiva* entre el que daña y el afectado “*ya que no puede ser jurídicamente negado al concebido, la existencia misma de un centro de intereses jurídicamente tutelado*”.

La persona futura del 1957 se convierte en 1993, en un *centro de intereses con tutela jurídica* en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. En esa vertiente, negar la subjetividad jurídica del concebido produce en la Casación que se excluya que, en la hipótesis de un contrato celebrado entre médico y gestante, pueda hablarse de un contrato a favor de tercero, dado que por las prestaciones a favor del nasciturus “*éste no podría asumir el rol de acreedor, al carecer de personalidad jurídica*”; la responsabilidad contractual del médico respecto del concebido afectado por el daño, todavía se sostiene al reconstruir la relación negocial en términos de un contrato con efectos protectivos a favor de tercero. Surge la duda de que si dicha protección no puede implicar titularidad jurídica alguna por parte del tercero, no favorecido sino sólo protegido²¹.

Implícitamente surge de la Corte de Apelaciones de Trento²², una respuesta afirmativa a nuestra interrogante, según la cual el artículo 32º de la Constitución al usar el término *individuo* hace también clara referencia al concebido, entendido como *individuo que se está desarrollando como persona*; así como también del Tribunal de Monza²³, por el cual debe reconocerse al ser humano vivo, en la fase intrauterina, por lo menos una posición de legítima expectativa a nacer, cuyo fundamento se individualiza en los artículos 31º y 2º de la Constitución, “*en la medida que la situación jurídica del nasciturus está dentro de los mismos derechos inviolables del hombre*”.

Para la misma interrogante surge también implícitamente, una respuesta negativa de un pronunciamiento del Tribunal de Monza²⁴,

19 No muy sorprendente nos parece el Trib. Pavia del 14 de julio de 1987, donde se condena por homicidio culposo a un auxiliar del staff gineco-obstetra de un hospital, por haber causado durante una observación la ruptura de la membrana amniótica, sin que haya estado presente el personal necesario para proceder a realizar un parto por cesárea, por lo que acabó en la “*muerte del nasciturus*”; más específica es la App. Roma del 13 de mayo de 1993, en la que se sostiene que “*responde por homicidio culposo y no por aborto culposo, según el art. 17 de la ley n 194 del 22 de mayo de 1978, aquél profesional que induce a la gestante al parto a través del uso de oxitocina, por mal manejo de aquél y sin tomar en cuenta las condiciones físicas de la mujer, se provoca la muerte del nasciturus. Así haya sido adquirida la capacidad de la vida extrauterina, de acuerdo al art. 589*

del Código Penal, y aunque no se haya iniciado la fase de la expulsión desde el útero materno, porque por maniobras del profesional se le causó asfixia”.

20 En esos términos se expresa la Cass. del 22 de noviembre de 1993 n. 11503 cit.

21 La interrogante fue sugerida por CARUSI, *Responsabilità contrattuale e illecito anteriore alla nascita del danneggiato*, cit., 553.

22 App. Trento del 18 octubre de 1996, *Danno e resp.*, 1997, 477 con los comentarios de IAMICELI, *Il nascituro contro la malasanità*.

23 Trib. Monza del 8 de mayo de 1998, cit.

24 Trib. Monza del 28 de octubre de 1997, *Resp. civ. prev.*, 1998, 1102 con los comentarios de MIOTTO, cit.



explícitamente por una Casación Penal²⁵, con particular abundancia de datos, pero con argumentos no muy convincentes²⁶.

La Corte de Casación Penal retoma otra vez de sus predecesores la postura del resarcimiento del daño al concebido después de nacido; sin embargo, lejos de regresar a sus mismos pasos en la pauta de los precedentes descritos, parece combatir una verdadera cruzada contra cualquier posible apertura al reconocimiento de la capacidad jurídica del concebido, no obstante admitir lo inapropiado de dicho cuestionamiento para resolver la controversia.

La delimitación de la posición jurídica del concebido no se enfrenta específicamente sobre la base del tradicional recorrido que toma los movimientos del artículo 1º del Código Civil, ni siquiera en un pronunciamiento ulterior acerca de un caso bastante particular.

Se trataba de un pedido para implantar embriones conservados por criogenia; que se iba a llevarse a cabo luego de la muerte del marido de la solicitante. En contra del rechazo del centro médico para que proceda la intervención, por lo dispuesto en el artículo 11º del *Código de Autorregulación para la procreación médicamente asistida aprobado* el 2 de noviembre de 1998, la viuda solicita y obtiene ex artículo 700º del Código Procesal Civil, que se produzca el implante²⁷.

En la medida de urgencia se enfrentan el interés “del nasciturus garantizado por el artículo 30º de la Constitución a ser educado, instruido y asistido moralmente por dos padres de diferente sexo”, interés tomado sobre la base del citado artículo 11, y “el aún más importante derecho del nasciturus a la vida”. El razonable punto de equilibrio entre los diversos bienes constitucionales postula, siempre según el ordenamiento, que la búsqueda de los fines que persigue el artículo 30º de la Constitución tiene como límite el derecho a la vida del nasciturus, derecho del cual el mismo ordenamiento cree necesario remarcar las referencias constitucionales y supranacionales.

La observación final es que el artículo 11º citado es “*contrario a los derechos personalísimos de la madre y del nasciturus... contrario a los principios constitucionales, al derecho positivo vigente y a los derechos fundamentales del hombre y del concebido*”.

25 Cass. penal del 13 de noviembre del 2000, *Corr giur.*, 2001, fasc. 3 además de los comentarios de MOROZZO DELLA ROCCA, *Il danno morale al concepito ovvero: il “già e non ancora” della responsabilità civile* e in *Giust. Civ.*, 2001, I, fasc.3 con nota crítica de GIACOBBE E., *Questioni vecchie sulla posizione giuridica del concepito*.

26 Nos remitimos a GIACOBBE E., *Questioni vecchie sulla posizione giuridica del concepito*, cit.

Para acoger la demanda, no se pensó como impedimento el que el hijo naciera luego de los 300 días de la muerte del padre, con posible perjuicio para su status y sus derechos sucesorios: “*una interpretación evolutiva de los artículos 234 y 462 del Código Civil podría consentir razonablemente que el hijo de la solicitante tenga el status de hijo legítimo como reconocerle capacidad para suceder*”, dejando sin duda que “*una solución negativa para ambos problemas... no justificaría ninguna represión sobre derechos con valor constitucional inconmensurablemente superior*”.

Nada específico se dice respecto de una posible titularidad jurídica del embrión, que en el caso en cuestión no puede decirse que se trata de un concebido, pero se le atribuye la titularidad de derechos con valor constitucional evidentemente superior.

**QUEDA AÚN ABIERTO EL PROBLEMA DE ESTABLECER
¿CÓMO HACE EL NO SUJETO DE DERECHO PARA SER
TITULAR DE DERECHOS CONSTITUCIONALMENTE
GARANTIZADOS?.**

De los pronunciamientos brevemente expuestos parece surgir, la exigencia que ha sentido la jurisprudencia, de no reabrir una problemática de contenido tan delicado así como de límites que trascienden el plano estrechamente técnico jurídico; sin que al mismo tiempo, se renuncie a preparar soluciones operativas concretas para ofrecer una adecuada tutela a situaciones que se muestran mercedoras de ella.

Si el resultado obtenido, desde un punto de vista práctico parece aceptable, desde un punto de vista reconstructivo no puede, por el contrario, considerarse satisfactorio. La orientación jurisprudencial sugiere entonces, volver a meditar sobre el más articulado debate en mérito de la situación jurídica del concebido.

En la estructura del artículo 1º del Código Civil observamos, que en el primer párrafo se afirma que la titularidad jurídica se adquiere con el nacimiento, y en el segundo párrafo, que los derechos que la ley reconoce a favor del concebido están subordinados al nacimiento.

27 Quien estableció en vía de urgencia el implante uterino post mortem es el trib. Palermo del 8 de enero de 1999, *Foro it.*, 1999, I, 1653, lo comenta NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)*, e in *Nuova giur. civ. commentata*, 1999, I, 225 con nota de PALMIERI, *La sorte degli embrioni in vitro in assenza di regole l ricorso ai principi*, ivi, 232, remitiéndose también a BUSNELLI.

El nacimiento se entiende ocurrido con la *separación del feto respecto de la madre*²⁸, satisfaciendo el presupuesto del primer párrafo del artículo 1º Código Civil.²⁹ Se pone en evidencia el hecho que nuestro código no ha recogido, entonces, el requisito de la vitalidad³⁰.

Por lo tanto, si la titularidad jurídica se adquiere con el nacimiento, como lo señala el primer párrafo del artículo 1 del Código Civil, no resulta del todo claro la necesidad del segundo párrafo, más aún si lo que se busca es atribuir incapacidad jurídica al concebido ya que, si es con el nacimiento que se adquiere la capacidad jurídica, deberíamos entender que antes de ese momento no existe capacidad alguna, y eso sin necesidad que exista esa norma expresa.

Si es que, como sostiene la mayoría, el segundo párrafo ha sido puesto como excepción del primero, debería concluirse que el concebido goza de titularidad jurídica³¹. Sin embargo, ese no es el sentido que se suele atribuir al carácter excepcional de la norma³²: no es excepcional el otorgar esa titularidad jurídica, sino excepcional es que precavidamente se le garantiza, previendo un futuro nacimiento.

A dicha postura hemos de observarle todavía dos cuestiones en cuanto al tema de que el segundo párrafo del artículo 1º del Código Civil sea una norma inútil si lo interpretamos como hasta ahora.

Primero podemos observar que la supuesta excepción al principio de que *siempre debe haber un individuo para que se le imputen derechos*, no deriva del artículo en cuestión, sino más bien de las

normas que “*derogando*” dicho principio y, sin atribuir capacidad alguna al concebido, otorgan derechos aún antes de nacer, a condición que ello ocurra. Y de manera similar sucede con relación al nasciturus aún no concebido, que no está contemplado en el segundo párrafo del artículo 1º del Código Civil.

Pero una segunda observación nos dice que ninguna de esas disposiciones expresas contienen excepción alguna respecto de ese principio, más cuando se sostiene correctamente que, en figuras como la institución de herederos o la donación, el nacimiento es un co-elemento para la *aptitud adquisitiva*³³.

Eso nos dirige nuevamente a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1º del Código Civil. Ahora, nos surge la duda de si efectivamente el segundo párrafo apunta a ser una excepción del primero, en el sentido descrito, o si más bien ese segundo párrafo carece de un mecanismo adecuado para perseguir el fin primigenio buscado al momento de la codificación: es decir, garantizar la certeza y seguridad del tráfico económico³⁴. Por otro lado, no nos olvidemos que en otra época el aborto estaba prohibido.

Históricamente, podemos señalar de manera breve como el derecho romano no poseía un concepto unívoco de capacidad, ni de un consiguiente principio para conferirlo³⁵. Ese entender concreto de los romanos transmitió un principio que asimilaba la noción de concebido con aquella del nacido, no como

28 Según la App. Roma del 13 de mayo de 1993 que hemos citado, sería suficiente adquirir capacidad en la vida extrauterina sin que se haya iniciado la fase de la expulsión del feto.

29 Véase a ZATTI, *Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato*, in *Riv. Dir. civ.*, 1997, I, 109; SCARDULLA, *Nascita (dir. civ.)*, voce *Encicl. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 521; RESCIGNO, *Nascita*, voce *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 2 ss.

30 Ministro Guardasigilli respecto del Código Civil, sostiene que “*en cuanto a los requisitos necesarios para que la persona física exista y sea sujeto de derechos, el nuevo código no menciona la vitalidad, sobretodo al considerar que en la práctica es difícil distinguir entre el que nace vivo, y el que no, en los casos en que sólo viven días o hasta horas. Por otro lado, la importancia de ese requisito se debilitaba por la presunción de que, en caso de duda se entenderá que nació vivo*”. Argumentos en contra de la necesidad del requisito de la vitalidad en el código anterior, se puede acudir a BIANCHI, *Codice civile italiano*, IV, Torino, 1890, 72 ss.; BORSARI, *commentario del codice civile*, III.1, Torino, 1874, 60 ss.; COVIELLO, *Corso completo di diritto delle successioni*, I, Napoli, 1914, 49. Hoy causan gracia las observaciones de GIORDANO, *Comento sulle leggi civili del regno delle due Sicilie*, III, Napoli, 1849 por el cual, si bien “*los arcanos de la naturaleza no son del todo comprensibles por donde se le mire*” se consideran índices de la vitalidad: *el que por los gritos se puede saber si la cabeza del concebido ha cruzado a través suyo y lo rodea el aire, si mueve todas sus extremidades, si no está demasiado colorado, si es que sus uñas y cabellos han sido bien desarrollados, mientras que indican la no vitalidad la estatura y robustez, inferiores al promedio, el llorar en el*

alumbramiento, el no defecar, el no moverse, el estar demasiado colorados, tener muy relajadas las articulaciones, que no nazca con cabello sino con pelusa, y finalmente si el bebé sólo duerme. Para la doctrina francesa TROPLONG, *Donazioni tra vivi e sui testamenti*, Napoli, 1855, 212; DEMBOLOMBE, *Trattato delle successioni*, Palermo, 1865, 72 ss.; BAUDRY LACANTINERIE, HOUQUES FOURCADE, *Delle persone*, I, Milano, s.d., 272; TOULLIER, *il diritto civile francese secondo l'ordina del codice*, II, Napoli, 1857, 242; MAFFEI, *Capacità (dir. interm.)*, voce *Encicl. Dir.*, VI, Milano, 1960, 4; GANDOLFI, *Nascita (storia)*, ivi, XXVII, Milano, 1977, 515 ss..

31 Con relación al Código Civil, se sostiene que “*se establece como una norma de orden general, estando los derechos del concebido condicionados al hecho del nacimiento*”

32 Véase RESCIGNO, *Capacità giuridica* voce *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 221

33 RESCIGNO, *Capacità giuridica*, cit., 221, aunque no es el único en opinar así.

34 Recordemos las palabras de PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1988, 202 donde se determina como calificar una norma excepcional o regular, y como esa distinción no implica un “*antes*” sino un “*después*”: “*o sea una calificación que se puede atribuir a la norma luego de confrontar los principios generales del ordenamiento jurídico*”.

35 En líneas generales BURDESE, *Capacità (dir. rom.)* voce *Encicl. dir.*, VI, Milano, 1960, 1 ss.; MAFFAI, *Capacità (dir. interm.)*, ivi, 4 ss.; BIONDI, *Corso istituzionale di diritto romano*, I, Catania, 1929, 104.

(*) “*Se entiende que en la naturaleza existe el concebido*”.

(**) *Todas las sanciones del derecho civil.*



producto de una ficción, sino de la constatación por la cual *conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*³⁶; así el principio tuvo aplicación generalizada *in toto paene iure civili*³⁶, resumiéndose en la máxima *conceptus pro nato habetur quoties de ipsius commodies agitur*³⁷.

Posteriormente, bajo la influencia del cristianismo, al principio *conceptus pro nato habetur* se le otorga un significado aún más amplio pues, va a “expresar una exigencia, no de salvaguarda de los intereses patrimoniales del concebido, sino de su protección como ser que, al tener alma, participa de la naturaleza humana”³⁸.

El *Tribunado Chabot* sostuvo que *l'enfant existe réellement dès l'instant de la conception*, siendo luego recogido por el Código de Napoleón³⁹. De ahí, el principio pasó a las codificaciones preunitarias⁴⁰ y finalmente al Código Civil de 1865.

En el Código Civil de 1865 faltaba una norma similar al artículo 1º actual, a pesar de que no carecía de la noción de capacidad jurídica. Las normas relacionadas eran, en principio, primero los artículos 724 y 1053, sólo en parte sustituibles por los actuales artículos 462 y 784 del Código Civil.

Según el artículo 724º del Código Civil, en el tema de legitimación para suceder, “*son incapaces para heredar: 1) aquellos que al momento de la apertura de la sucesión no hayan sido aún concebidos; 2) aquellos que han nacido sin vida. En caso de duda se presumen vitales sólo aquellos*

de los que consta han nacido vivos”.

La excepción de esa regla está contenida respecto al tema de la sucesión testamentaria, en el artículo 764 el cual anteponiéndose al inciso 1) que sostenía *que son incapaces de heredar por testamento aquellos que son incapaces para heredar por ley* disponía en el inciso 2) que “*pueden, sin embargo, heredar por testamento los hijos inmediatos de determinada persona, viva en el momento de la muerte del testador, aunque no hayan sido concebidos*”.

Prescindiendo de la *fictio juris*⁴¹, se reconocía por ley al concebido la capacidad de suceder, aunque el nasciturus no concebido no tenía capacidad desde el punto de vista de quien recibe, sino por la voluntad del testador⁴².

En cuanto al tema de la donación el artículo 1053º operaba remitiéndose a los casos y modos establecidos desde el principio en el tema de las sucesiones testamentarias, mientras que el artículo 1059º regulaba las modalidades para la aceptación.

“...la posición del concebido se viene delineando con características bastante peculiares: no tiene derecho de nacer, pero tiene el derecho a nacer sano...”

La postura que emanaba de dichas disposiciones era que la única y verdadera incapacidad absoluta para recibir era el no existir, “*pero el concebido existe: la vida uterina se considera en la atribución de derechos. Vida jurídica, que siendo el punto previo de la vida real, se vuelve efímero a falta del nacimiento y, por ende, si bien es titular del derecho, no lo conserva*”; no

36 Véase a GANDOLFI, *Nascituro (storia)*, voce *Encicl. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 531; TARANTINO, *Fondamento dei diritti del nascituro: alcune considerazioni bioetico giuridiche*, en: *Il rispetto della vita umana*, Napoli, 1998, 89.

37 Amplía el punto CATALANO, *Diritto delle persone*, I, Torino, 1990, 197 ss.; id., *Vigenza dei principi di diritto romano riguardo ai diritti dei nascituri*, en: Tarantino a cura di *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, Milano, 1996, 133; GANDOLFI, *Nascituro (storia)*, cit., 531 ss. En el cual se critica a todos aquellos que han dudado de la certeza de los puntos tratados; por el contrario ARCHI, *Concepimento (dir. rom.)*, voce *Encicl. dir.*, VIII, Milano, 1961, 356 mientras, que con la influencia de la opinión de la iglesia, considera que es un principio que busca tutelar al producto de la concepción GUALAZZINI, *Concepimento (dir. interm.)*, ivi, 356.

38 Véase GANDOLFI, op. cit., 536

39 BAUDRY LACANTINERIE, WAHL, *Delle successioni*, I, Milano, s.d., soprattutto 143; DEMBOLOMBE, *Trattato delle successioni*, cit., 71 el cual recuerda que “*se ha escrito que el legislador francés no tuvo necesidad de crear ficciones jurídicas semejantes, y nuestro Código enumera los casos en que puede considerarse a los niños concebidos como personas existentes*”, *Donazioni tra vivi e sui testamenti*, cit., 2111; en líneas generales niega que el concebido sea

titular de derechos ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, I, Napoli, 1851, 47.

40 Véase los artículos 646 y 822 del *Código para el reino de las DOS SICILIAS I leggi civili*; el art. 705 C.C. para los estados de S.M. el Rey de Sardegna, acerca de la capacidad para heredar por testamento, establecía una excepción para la incapacidad de los no concebidos, en virtud de los hijos inmediatos de una persona determinada que está viva al momento de la muerte del testador; disposición similar se encuentra en el art. 623 del Código Civil para los estados de Parma, Piacenza y Guastalla, mientras que el art. 829, habla de la capacidad de heredar ab intestato, considerando absolutamente incapaz al no concebido, muerto civilmente.

41 Véase BIANCHI, *Codice civile italiano*, IV, Torino, 1890, 80; BORSARI, *Commentari del codice civile*, III.1, Torino, 1874, 54.

42 Véase BIANCHI, op. cit., 81, “*la excepción que favorece a las sucesiones testamentarias, fue creada por motivo completamente distinto del de la máxima que considera ya nacido al sólomente concebido. Aquí se apunta sólo a la figura del testador y su voluntad. Por lo cual le permite disponer de sus bienes aunque en la realidad no se verifiquen de manera inmediata, sino que está ligada a una condición suspensiva, que esos individuos beneficiados sean concebidos y nazcan ... sin que pueda decirse que las personas beneficiadas por aquél tengan capacidad jurídica*

obstante, “la real excepción al principio de la incapacidad del ente no concebido” estaba en el artículo 1059º inciso 4)⁴³.

El punto de partida parece diametralmente opuesto al derecho romano, aunque para este último el concebido esta en la *rerum natura* (*naturaleza*), para los comentaristas del Código de 1865 la suya es sólo una vida jurídica; el resultado al que se llega parece ser el mismo: el concebido se equipara al nacido en virtud del *commodum* (*interés*).

El reconocerle titularidad jurídica al concebido, frente al hecho de que estaba condicionado a que nazca vivo, estaba acorde con lo dispuesto por el artículo 236º dedicado al curador del vientre, cuyo rol estaba lejos de ser equiparado al de un curador de bienes ordinario⁴⁴.

El concebido, por lo tanto, era un sujeto de derechos, cuya subjetividad jurídica se debilitaba a falta de un nacimiento *vital*. La óptica del Código de 1942 ha cambiado respecto a los Códigos Civiles del siglo XIX y, no puede decirse que a causa de la fusión con el Código de Comercio éste no haya influenciado al derecho de las personas.

Por otro lado, es evidente que la razón por el cual el artículo 1 fue incluido, fue el de la circulación de la riqueza⁴⁵. El segundo párrafo del artículo 1º no suponía ningún problema a la tutela jurídica del nacido, tutela que actualmente no deriva de la abstracta atribución de la titularidad jurídica⁴⁶. Dicha tutela emanaba del sistema de derecho penal el cual en una época, consideraba el aborto como un delito y ni siquiera lo admitía en el caso del aborto terapéutico. Es verdad que, a diferencia del Código de Zanardelli, el cual colocaba al aborto entre los delitos contra la vida y la persona, el Código de Rocco lo ubicó entre los delitos contra la integridad

antes de existir, antes de ser concebidos”; también lo señala BORSARI, op. cit., 235 al decir que la regla es que el no concebido es incapaz para heredar.

43 Véase BORSARI, *Commentario del codice civile*, III.2, Torino, 1877, 18 ss. e 47.

44 Véase BORSARI, *Commentario del codice civile*, I, Torino, 1871, 869.

45 GIACOBBE G., GIUFFRIDA, *Le persone III diritti della personalità*, Torino, 2000, 100; GIAMMARIA, *Cenni sul danno al concepito*, in *Giur. merito*, 1992, 339; PETRUCCI, *Quale status per il nascituro?*, cit., 466; CARUSI, *Tutela giuridica della vita prenatale e risarcimento del danno nell'illecito plurioffensivo*, cit., 125; remitiéndose a la jurisprudencia de la Cass. penal del 13 de noviembre del 2000, cit.

46 PIZZORUSSO, *Delle persone*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja Branca, Bologna Roma, 1988, 140 ss., donde se evidencia como la noción omnicompreensiva de capacidad jurídica no se distingue de la de sujeto de derecho, es decir, centro de imputación jurídica por lo que se le priva de utilidad y autonomía, tanto como inútil parece ser la atomizada noción de capacidad. Las observaciones generan la incertidumbre de que quizás se trate de un concepto inútil cuando se enfrenta al principio de igualdad, para ello, véase RESCIGNO, *Capacità giuridica*, voce *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, 218.

47 Véase a DIMORA, *I problemi costituzionali in materia di aborto*, in *Studium juris*, 1996, 876 ss.; que el fin del Código de Rocco era tutelar la vida del feto, lo afirma FERRI, *Tutela giuridica del nascituro*, cit., 35 ss.; ZUCALÀ, *Aborto* voce

y la salud de la estirpe y, no obstante ello, la doctrina penalista “se orientó en el sentido que permanezca como objeto de tutela, y por lo tanto, como fundamento para que sea punible el aborto, en tanto delito contra a la persona humana, específicamente contra la vida del nasciturus”⁴⁷.

La misma Corte Constitucional, con la sentencia nº 27 del año 1975, señaló que a pesar de la contraria elección del Código de Rocco respecto del Código vigente anteriormente, el aborto debía ser ubicado entre los delitos contra la persona.

Desde el punto de vista netamente civilista, la posición del concebido estaba tutelado específicamente por el artículo 339º del Código Civil. Este artículo, más elocuente que su antecedente, establecía la posibilidad de que a la muerte del marido, se nombrara a un curador “*para que proteja al nasciturus y, sus bienes, de ser el caso*”, confiriendo una remarcada diferencia entre los intereses patrimoniales y existenciales del concebido.

La norma fue derogada posteriormente, por el artículo 159º L 151/1975 con el fin de eliminar cualquier discriminación entre el padre y la madre⁴⁸. Asimismo, que la ley de reforma del derecho de familia no quiso ignorar la posición del concebido, se demuestra con el hecho de que, ex artículo 320º del Código Civil, se le reconoce a ambos padres la potestad sobre los hijos nacidos y nasciturus, donde hijos nasciturus debe entenderse, según la más adecuada interpretación aunque también controvertida, los nasciturus concebidos⁴⁹. Ciertamente, el artículo 254º del Código Civil que se refiere sólo al concebido, prevé la posibilidad de que sea reconocido, siendo esta norma prueba de la existencia jurídica del concebido⁵⁰.

Encicl. dir., I, Milano, 1958, sobretodo 128 ss. Donde se señalan las dos posiciones contrarias, viéndose como en la primera interpretación “*se recogen las legislaciones de los países civilistas mientras que la doctrina dominante no se orienta en el mismo sentido, apesar que trata de resolver problemas de hermenéutica*”.

48 FINOCCHIARO y FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, II.2, Milano, 1976, 261 donde se recuerda como en varios proyectos se acordó su eliminación, y se aprobó su supresión sin discusión del Parlamento. Véase a MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1997, 158; GIACOBBE G., GIUFFRIDA, *Le persone III diritti della personalità*, cit., 101; OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 503.

49 La administración de los bienes hereditarios del no concebido, no recae en los padres, como ocurre en la donación. Véase a STOLFI, *In tema di vendita delle cose donate ai nascituri non concepiti*, in *Foro it.*, 1953, I, 229; GRASSETTI, *Della patria potestà*, in *Codice civile Commentario diretto da D'Amelio*, I, Firenze, 1940, 625; DEGNI, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1943, 420; RESCIGNO, *Nascita*, cit., 2, que niega al concebido cualquier tipo de capacidad jurídica. Por otro lado, PELOSI, *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, IV, Padova, 1992, 353.

50 MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, cit., 161, según el cual “*la norma admite el reconocimiento del hijo natural, aunque sólo esté concebido, atribuyéndole un relativo status para luego atribuirle todos los derechos y*



El D.P.R. del 3 de noviembre del 2000, N° 396, no parece atenuar la importancia de la norma mencionada anteriormente, ya que en su artículo 44° dispone que el reconocimiento de un hijo nasciturus puede hacerlo el padre, oponiéndose al de la gestante, o después del reconocimiento de ella, para lo que deberá prestar su consentimiento, lo cual es acorde al artículo 250° inciso 3) del Código Civil. Lo cual probablemente se explica por el artículo 258° inciso 1 del mismo Código, cuando establece que el acto de reconocimiento de uno de los padres no puede producir efectos sobre el otro, de modo que, tratándose de un concebido, el padre no tendría otra forma de reconocerlo salvo dirigirse a la propia gestante.

Así, una vez más, parece haberse subestimado el rol del padre⁵¹, basándose en una interpretación superficial de las normas del Código. Lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 258° concuerda con el inciso 1), en el sentido de que el reconocimiento no produce efectos fuera de quien lo hizo, entendiéndose que el complejo rol del padre, más allá de intervenciones judiciales, puede asumirse sólo sobre la base de su libre voluntad. Es en este sentido, que el segundo inciso del artículo citado, sostiene que cualquier indicación de paternidad que se haya hecho en el reconocimiento, realizado sólo por uno de los padres no produce a cargo del mencionado efecto alguno que pueda surgir del reconocimiento de hijos naturales.

La norma no parece impedir la posibilidad de que se indique al otro padre en el acto de reconocimiento, sólo para poder determinar con claridad quién es el sujeto reconocido⁵², sino que busca evitar que dicha indicación provoque los efectos del reconocimiento en cabeza de quien no efectuó en realidad ese reconocimiento.

Esta criticable precisión no le quita importancia al hecho que, sea por obra de la madre, o ello el padre, en conjunto o por separado, el concebido es un "sujeto" que puede ser reconocido como hijo natural.

deberes del reconocimiento ... pues el reconocimiento es posible en tanto que el nasciturus es un individuo, sujeto titular del derecho a tener el status de hijo. De manera similar trata el tema FERRI, *La tutela jurídica del nascituro*, cit., 46.

- 51 La irrelevancia de la figura paterna surge de la norma sobre interrupción voluntaria del embarazo.
- 52 Lo opuesto opina SARDULLA, *Nascituro (dir. vig.)* voce *Encicl. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 538; CARRESI, *Nascituro (dir. vig.)* voce *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1957, 15; según él el reconocimiento podía ser hecho con la madre o en su ausencia, pero nunca hubiera podido hacerlo el padre, por testamento.
- 53 Véase CARUSI, *Tutela jurídica della vita prenatale e risarcimento del danno nell'illecito plurioffensivo*, cit., 425; GIAMMARRIA, *Cenni sul danno al concepito*, cit., 339; GIACOBBE G., GIUFFRIDA, *Le persone III diritti della personalità*, cit., 100.
- 54 Véase la nota al pie n. 4
- 55 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 123.

Entonces, si el segundo párrafo del artículo 1° del Código Civil, no fue pensado para resolver el problema de la tutela del concebido, tampoco hoy representa, en virtud de la Constitución, lo contrario al reconocimiento de dicha protección.

La disposición se justificó en cuanto buscaba aclarar el régimen de circulación de los bienes y al mismo tiempo garantizar su certeza a través de una titularidad relativa⁵³.

El conocer ese dato, ha sugerido en distintos proyectos de reforma del artículo 1° del Código Civil.⁵⁴, el añadir el adjetivo "patrimoniales" a los derechos que la ley reconoce a favor del concebido, ya que sin eso quedarían sin solución las actuales discusiones sobre la subjetividad jurídica general del concebido, aunque "se entiende que no deberá interferir en la compleja disciplina de los derechos patrimoniales relativos a la donación y las sucesiones, en las que eliminar la condicionante del nacimiento acarrearía graves alteraciones, en especial al régimen sucesorio".

El artículo 1° del Código Civil está estrechamente ligado a esas normas contenidas en el Libro Segundo del Código Civil, las cuales atribuyen directamente derechos a favor del concebido. No es una novedad que el artículo 462° del Código Civil, disponga la capacidad general del concebido para heredar, a pesar que se critique su relevancia⁵⁵, dado que el no concebido puede heredar, aunque sólo por testamento, pero sin expresión alguna respecto a su poco probable capacidad para ser titular de derechos⁵⁶.

La administración de los bienes hereditarios, cuando es llamado a heredar un concebido, surge de la lógica de las normas condicionantes de modo suspensivo y, asimismo cuando el llamado es un no concebido⁵⁷, ya que el artículo 643° U.C. del Código Civil, corresponde al padre y, cuando a falta de éste, a la madre⁵⁸. No se puede decir, respecto al trato distinto asignado al concebido y no concebido, que

- 56 Lo dispuesto en el último inciso del art. 462 es considerado de carácter netamente excepcional por COVIELLO jr., *Capacità di succedere*, voce *Encicl. dir.*, VI, Milano, 1960, 59; CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. dir. civ. e comm. diretto da Cicu Messineo*, XLII.1, Milano, 1954, 78; GROSSO BURDESE, *le successioni*, in *Tratt. dir. civ., diretto da Vassalli*, XII.1, Torino, 1977, 107; COVIELLO, *Corso completo di diritto delle successioni*, I, Napoli, 1914, 53
- 57 SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per testamento*, in *Successioni e donazioni a cura di Rescigno*, I, Padova, 1994, 698.
- 58 BIANCA, *Il problema dell'aborto: interessi tutelati e scelte sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 228 según el cual la norma apunta a que "no existe una expectativa tutelada por medidas cautelares ... lo que significa que los actos del ejercicio de los derechos sucesorios se imputan directamente al concebido, aunque falte aún el nacimiento"; en ese sentido, SANTORO PASSARELLI, *Su un nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, 747; CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., 148; RADAELLI,

la administración no sigue la lógica de las innovaciones introducidas con la reforma del artículo 320° del Código Civil⁵⁹, sino que evidentemente se trata sólo de un defecto de coordinación, por no decir de un desliz del legislador de la reforma⁶⁰.

Prueba de ello está en la norma que reproduce fielmente lo dispuesto por el artículo 860° del Código Civil de 1865 donde se había establecido una dicotomía entre la administración de los bienes en caso del que el llamado sea un no concebido, con expresa remisión a normas condicionales, o un concebido en la que por la época la administración correspondía al padre y, a falta de éste, a la madre⁶¹. El concebido es heredero y, el no concebido no.

El nacimiento entonces, consolida una adquisición de la que era titular; por lo cual el no nacer resuelve retroactivamente lo adquirido⁶². Confirma esta interpretación la figura de la donación.

El artículo 784° del Código Civil, establece que la donación puede hacerse también a favor del concebido o a favor de los hijos aún no concebidos de una persona viva en el momento de la donación.

La norma, sin razón alguna, ha sido invocada para argumentar negativamente la titularidad jurídica del concebido; negación que debería retirarse de la equiparación que debió haber entre concebidos y no concebidos⁶³.

La misma ubicación “*topográfica*” de la norma, dentro del capítulo relativo a la forma y efectos de la donación y, no en la de capacidad para disponer y recibir por donación, debería conducir a que se entienda que el legislador no quiso intervenir en las reglas para determinar la capacidad de los individuos destinatarios de la donación refiriéndose a ello de manera implícita dentro de las normas del tema de sucesiones⁶⁴, *por lo tanto, el legislador se ha querido desviar de estos principios y lo ha hecho expresamente.*

Con respecto a la capacidad de los sujetos beneficiados por la donación, es pertinente señalar que ninguna equiparación entre concebidos y no concebidos es posible deducirse de dicha norma⁶⁵. La única referencia al nasciturus concebido y al no concebido está contenida en el inciso 1) del artículo 784°, la cual es una síntesis de los artículos 1053° y 724° del Código Civil de 1865; el primero que se remite directamente al segundo para determinar la titularidad del sujeto pasivo en la donación.

El segundo tema del artículo 784° del Código Civil, sobre la aceptación de la donación en caso de los nasciturus aún no concebidos, nos remite a los artículos 320° y 321° del mismo Código. Esa disposición tiene como precedente al artículo 1059° del Código Civil de 1865, que señalaba en el inciso 4), con respecto a las donaciones a favor de los no concebidos, que “*podían ser aceptadas tanto por el padre, la madre, los abuelos o cualquier otro ascendiente*”.

El *porqué* de ello es evidente: *sólo para los no concebidos existe un problema de identificación del sujeto legitimado para aceptar la donación.*

Debe llegarse a una conclusión similar con relación al inciso 2) del artículo 784°: pues si el artículo 320° del Código Civil establece la representación por los padres para los hijos nacidos y concebidos, la norma mencionada anteriormente sólo tendría razón de ser en caso de los nasciturus no concebidos; así como el artículo 320° lo tiene en caso de los nasciturus concebidos⁶⁶.

El último inciso del artículo 784° del Código Civil dispone que, en ambos casos, salvo disposición en contrario realizada por el donante, la administración de los bienes donados corresponde al mismo donante, lo cual parece justificable no por una equiparación entre concebido y no concebido, sino por aquel estado de incertidumbre que en ambos casos se verifica: *el nacimiento podría nunca ocurrir*⁶⁷.

L'eredità giacente. Milano, 1948, 169; COVIELLO jr, *Capacità di succedere*, cit., 58, que sostiene que la administración del padre del concebido no es la misma administración que recaería en él si el destinatario ya hubiera nacido, ya que estaría subordinado a las reglas de la curatela. Sobre ese punto, véase a FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. al cod. civ. diretto da Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1960, 132.

59 La objeción la hace GAZZONI, op. cit., 123.

60 GROSSO y BURDESE, *Le successioni*, cit., 104.

61 BORSARI, *Commentario del codice civile italiano* III. 1, cit., 630 ss.

62 A ese sentido es que parecen apuntar BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, *Diritto delle successioni*, I, cit., 143 cuando dicen que para que el derecho pueda recaer en cabeza del concebido, debe éste nacer vivo y, aunque se reconoce que sus derechos sucesorios los asume de inmediato; MALEVILLE, o: *Analisi ragionata della discussione intorno al codice civile*, III, Napoli 1826, 231; acerca de nuestro código FERRI, *Successioni in generale*, cit., 132; CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., 77, RADAELLI, *L'eredità giacente*, cit., 169; nel senso dell'attualità della

delazione a favore del concepito GROSSO BURDESE, *Le successioni*, cit., 104.

63 GAZZONI, op. cit., 123.

64 Con relación al Código Civil (n° 371) se remarca la analogía entre el tratamiento sucesorio y el de la donación, sobretudo con respecto a a la capacidad, lo cual ha provocado que el legislador haya dudado en ubicar la donación en el libro segundo o en el libro cuarto del código.

65 BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. diretto da Vassalli*, XII, Torino, 1961, 249.

66 GROSSO BURDESE, *Le successioni*, cit., 109; BIONDI, *Le donazioni*, cit., 250 ss.; y contrariamente SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per donazione*, en: *Successioni e donazioni a cura di Rescigno*, I, Padova, 1994, 301; CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000, 6.

67 Véase a BIONDI, *Le donazioni*, cit., 255 quien justifica el poder de administración en cabeza del donante al considerar que “*el bien donado no lo pierde el donante definitivamente, por lo que si retorna a él, también estará a cargo de su administración*”.



Que aún estemos lejos de asimilar la posición del concebido al del que aún no lo es surge del mismo artículo 784º, en su último inciso: “*el concebido adquiere los frutos producidos antes del nacimiento, el no concebido no*”⁶⁸. De ello se deriva la adquisición actual del bien donado por parte del concebido, el cual habrá de resolverse de no ocurrir el nacimiento, mientras ocurrirá a la inversa para el no concebido, ya que esa adquisición se aplaza⁶⁹.

Por lo tanto, es evidente que hoy adquirir presuponga una “*entidad*” idónea para ello, la que se puede calificar como *centro autónomo de intereses*⁷⁰, *un posible que aún no existe*⁷¹, o simplemente como *un sujeto de derecho*.

A esa postura se le reprocha que explica “*cómo de ocurrir un aborto no estaremos ante una sucesión, hipótesis que debería darse también en caso de nacimiento, sustituyéndose a la persona del nacido por la del concebido*”⁷²; sin embargo, el reproche parece injustificado por el segundo párrafo del artículo 1: *el que no haya nacimiento resuelve toda adquisición, por cuanto el nacimiento más que sustituir al nacido por el concebido, no hace más que consolidar lo que adquirió ese mismo individuo*.

UNA RESPUESTA SIMPLE Y QUIZÁS POR ESTO, POCO SATISFATORIA.

Por lo tanto, el segundo párrafo del artículo 1, interpretado sistemáticamente a la luz de las otras normas del mismo Código, que tratan acerca del

concebido, no encarna excepción alguna respecto de la regla general contenida en el primer párrafo del artículo 1º del Código Civil; sin embargo determina el régimen de los derechos patrimoniales de los que es titular el concebido, siendo el nacimiento el punto definitivo para se consoliden en cabeza del nacido⁷³.

Entonces, *conceptus pro nato habetur?*, Sobre la base de la información que emana del Código parecería que sí, en el sentido que reconoce que también el concebido es sujeto de derecho.

La legislación general avala esta respuesta, sostenida por el artículo 1º de la Ley nº 405 de 1975 que, según los “*eruditos en el tema de familia*”, en ese entonces constituyentes, incluye la tutela del “*producto de la concepción*”.

La tesis que se está formando parece tener como base los resultados obtenidos con las normas constitucionales.

Como se observa⁷⁴, el artículo 32º de la Constitución para tutelar la salud como derecho fundamental, hace referencia al individuo, adoptándose una expresión

susceptible de acoger también al concebido.

Si probablemente se le criticara a ese argumento su excesivo formalismo⁷⁵, también se podría criticar a todo aquél que excluya al concebido de la general y amplia tutela del artículo 2º de la Constitución, sólo porque se habla del *hombre*.

Hasta la misma jurisprudencia ha admitido cómo, a la luz del artículo 32º de la Constitución en conjunto con los artículos 2 y 31 inciso 2) de la

“...entonces, *conceptus pro nato habetur?* (...) *si, en el sentido que reconoce que también el concebido, sujeto de derecho...*”

68 Recuerda STOLFI, *In tema di vendita delle cose donate ai nascituro non concepti*, cit., 300 como “*el art. 411 del proyecto del libro de las sucesiones y donaciones se limitaba a establecer, que salvo declaración en contrario los frutos obtenidos antes del nacimiento se reservan al donatario. La norma fue criticada ... sobretodo porque se había omitido considerar que a falta del sujeto titular de los frutos, no parece lógica esa reserva porque aún no es propietario ... por eso el legislador modificó la ley ... atribuyéndole al donatario esa obligación ya que no puese él revocar la oferta antes de que nazca el beneficiado...aunque no se verá disminuido su patrimonio en tanto aquél no nazca*”.

69 En ese sentido lo expresa TORRENTE, *La donazione*, en: *Tratt. dir. civ. e comm.* Dirigido por Cicu, Messineo, XXII, Milano, 1956, 363 ss.; y del lado contrario está PALAZZO, *Le donazioni*, Milano, 2000, 267; GIACOBBE G., GIUFFRIDA, *Le persone III diritti della personalità*, cit., 101; esa oposición le resulta significativa a SANTORO PASSARELLI, *Su un nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri*, cit., 749, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, ed. 1989, 27; BIONDI, *Le donazioni*, cit., 258.

70 SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per donazione*, cit., 302; TORRENTE, *La donazione*, cit., 363.

71 CARNELUTTI, *Su un nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri*, in *Foro it.*, 1954, IV, 59 analizando una original distinción entre existencia y realidad futura.

72 El reproche lo hace GAZZONI, op. cit., 123 a G. GIACOBBE, *Problemi civili e costituzionali sulla tutela della vita*, in *Dir. fam.*, 1988, 1119.

73 BIANCA, *Diritto civile*, 1, Milano, 1990, 202; id., *Il problema dell'aborto: interessi tutelati e scelte sociali*, cit., 227 ss.; CONTE, *Doveri di informazione e danno biologico: uno strano connubio*, in *Dir. fam.*, 1995, 670.

74 Véase entre otros a BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, cit., 217; id., en: *Commentario alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1978, 1601; PETRUCCI, *Quale status per il nascituro?*, cit., 468; CARUSI, *Tutela giurídica della vita prenatale e risarcimento del danno nell'illecito plurioffensivo*, cit., 426.

75 MIOTTO, *Il nascituro e la responsabilità aquiliana, ovvero della possibile diacronia di condotta illecita e avveramento del danno*, cit., 1131 secondo cui il termine individuo era stato utilizzato in contrapposto alla collettività.

Constitución, no se puede negar una mayor tutela al concebido, a la que también se llega por interpretación literal del artículo 1º del Código Civil⁷⁶.

A pesar de reconocerlo, se sigue negando la posibilidad de considerar al concebido como sujeto de derecho capaz, basándose en la observación de que *“los artículos que hemos citado de la Constitución... parecen obrar sobre un plano distinto a aquél netamente patrimonial regido por el artículo 1º que precisamente es aquél de carácter público dirigido a ampliar la tutela de la maternidad ... y a evitar que el embrión o feto puedan sufrir daños de cualquier naturaleza, en particular los de tipo permanente (el derecho a nacer sano)... sin embargo, nos parece dudoso si este progreso y ampliación de la tutela de la salud y dignidad del nasciturus concebido, coherente con el logro de un mayor nivel de atención jurídica, proteja y vigile sus derechos patrimoniales y permita sostener el desarrollo su capacidad, titularidad jurídica o personalidad.”*⁷⁷.

De dichas afirmaciones surge la sospecha si es que toda tesis se apoya en un error de fondo, a causa, por un lado, de la falta de delimitación del concepto de titularidad jurídica y capacidad y, por el otro, de una interpretación nada objetiva de las disposiciones del derecho positivo.

Si por capacidad jurídica se comprendiera una posible titularidad de derechos patrimoniales, sobre la base de lo establecido por el artículo 1º del Código Civil, aunque sea de manera excepcional, ésta no se le podría desconocer al concebido en virtud de una interpretación literal de la norma citada en su segundo párrafo: *los derechos expresamente previstos por el Código Civil a favor del concebido son, en su mayoría, derechos de naturaleza patrimonial.*

Luego que ese reconocimiento no comprenda todos los derechos de carácter patrimonial, sino sólo aquellos que surgen a causa de donación o sucesión, no cambia para nada el problema, ya que uno no es más o menos capaz según la cantidad de derechos del que se es titular.

76 Se remite a la jurisprudencia citada en el primer párrafo. GIACOBBE G., GIUFFRIDA, *Le persone III diritti della personalità*, cit., 100 ss.

77 Textualmente la Cass. penal 13 novembre 2000, cit., critica la postura bajo la óptica de la tutela publicista y privatista de la persona, remitiéndose a PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli s.d., 17 y ss.

78 Se nota como al mencionar los preceptos constitucionales, en especial el art. 32, se reconoce el derecho a “nacer sano” del concebido, pero no el derecho a nacer tout cour: véase la Cass. del 19 de mayo de 1999 n. 4852; también véase a BATÀ, *La tutela del concepito e il diritto a nascere sano*, en: *Corr. giur.*, 1994, 484

79 COVIELLO jr, *Capacità di succedere*, cit., 56; BIONDI, *Le donazioni*, cit., 256.

80 Dalla disperazione alla speranza, Roma 8 maggio 1992, in *Enchiridion Vaticanum*, 13, Bologna: “en una sociedad en

Contrariamente, las posturas opuestas a la tutela del concebido niegan que éste tenga derechos patrimoniales, pues son negados en su más alta expresión por la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo⁷⁸.

Si en esos términos debiera configurarse la capacidad jurídica se llegaría al absurdo de entender al concebido como una “no persona” jurídicamente capaz⁷⁹.

Propiamente de la exigencia advertida por el propio Constituyente de privilegiar el ser sobre el tener⁸⁰, en el concepto de capacidad jurídica, se indica hoy la posición del individuo en cuanto destinatario de efectos jurídicos, configurándose asimismo, como potencial poseedor de intereses jurídicamente relevantes⁸¹.

No podemos ignorar que la labor doctrinaria y de la jurisprudencia, aún negándole personalidad jurídica al concebido, ha actuado con el fin de crear instrumentos de tutela adecuados, lo cual es evidente.

Tomando en cuenta que reconocerle tutela al concebido, a pesar de negar su capacidad o subjetividad jurídica es un fenómeno consolidado, por lo que tal vez podría considerarse suficiente el uso de términos como “centro autónomo de intereses” o similares: *la potencial titularidad de intereses jurídicamente tutelables y relevantes, asignaría la personalidad jurídica para el nacido, mientras que el centro autónomo de intereses para el concebido*⁸².

Sin embargo, las palabras tienen su propio peso⁸³ y las combinaciones lingüísticas entre persona y no persona realidad aún no existente, individuo no persona, han permitido que surja y permanezca en nuestro ordenamiento una ley que representa el verdadero obstáculo, es decir, el abstracto reconocimiento de la capacidad jurídica del concebido, en lugar de una concreta y efectiva tutela.

Todo esta cuestión parece estar contenida en la sentencia de la Corte Constitucional n° 27 del 18

busca de gratificaciones y comodidades egoístas a todo costo, donde es más importante el tener que el ser, no nos sorprende que reine la cultura de la muerte, la del aborto y la eutanasia, la de los bienes y derechos”.

81 PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., 138.

82 GAZZONI, op. cit., 124, reconoce, por ejemplo, al concebido ex art. 32 de la Constitución, al que trata de individuo, el derecho a vivir sano, a tener padres, y todos aquellos intereses no patrimoniales que no están previstos pero se infieren de las normas constitucionales “si se comprende su relevancia como principios fundamentales, también respecto del concebido”. Véase además, CARUSI, *Responsabilità contrattuale e illecito anteriore alla nascita del danneggiato*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 552 y ss.

83 Aunque refiriéndose a otro contexto, CARNELUTTI, *metodologia del diritto*, rist. Padova 1990, soprattutto 98 ss



de febrero de 1975, cuando menciona en su motivación, al que ya es persona y al que debe llegar a ser persona. Se trata de una de las más famosas jurisprudencias, pero a la vez una de las peor interpretadas. En ella, la Corte no sostuvo en ningún momento que el concebido no era persona todavía, dado que sólo se trataba de evaluar la constitucionalidad del artículo 546° del Código Penal, que sancionaba con pena privativa de libertad a aquél que provoque un aborto con consentimiento de la mujer, incluyendo a la misma mujer.

Para enfrentar el caso la Corte evaluó la tutela constitucional del concebido, la cual se halla en el artículo 2 de la Constitución. Esa premisa justificó, según la Corte, la intervención del legislador para establecer sanciones penales.

El interés constitucionalmente garantizado del concebido, puede chocar con la de otros bienes también tutelados constitucionalmente de modo que la ley *“no puede hacer prevalecer de manera absoluta el primero, negando a los segundos una adecuada protección”*.

Bajo este punto de vista es que se denuncia y acoge la Acción de Constitucionalidad respecto del artículo 546° del Código Penal, pero sólo en la parte que *“no prevé que el embarazo puede interrumpirse cuando dicha gravidez puede provocar daño o amenaza de daño, médicamente comprobado... y que sea inevitable, para la salud de la madre”*

Entonces, nada dentro de esta sentencia parece oponerse a la subjetividad jurídica del concebido.

El mismo pronunciamiento reconoce, que en la hipótesis sería de ayuda el artículo 54° del Código Penal, así como la posición de la madre gestante que presenta tantas particularidades. Según el artículo 54° del Código Penal a efecto de que opere la atenuante, se exige no sólo el embarazo y la inevitabilidad del daño – requisitos mantenidos en la declaración de constitucionalidad de la norma denunciada – sino que también la actualidad del daño o su amenaza, ya que *“mientras el daño o peligro de daño puede darse en el embarazo, lo cual puede ser previsible, no siempre éste será actual e inmediato”*.

Se trata del único límite que evita se aplique el atenuante respecto de la madre gestante, si eso no estuviera el artículo 546° no hubiese sido declarado inconstitucional.

84 Crítica fuertemente la ley 194, GIACOBBE G. y GIUFFRIDA, *Le persone III diritti della personalità*, cit., 97; BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, cit., 219; FERRI, *Tutela giuridica del nascituro*, cit., 41; GAZZONI, op. cit., 126; OPPO, *L'inizio della vita umana*, cit., 517 y ss.

85 Trib. Pesaro del 9 de junio de 1978, *Giur. cost.* 1979, II, 267

86 Juicio instructivo de Salerno, del 17 de junio de 1978, *Dir. fam.*, 1979, 498 que considera que el art. 4 L. 194 renuncia a las obligaciones impuestas por el Stato en el art. 3 de la

Para remarcar los límites de la operatividad del estado de necesidad, la Corte señala cómo la atenuante se funda en la equivalencia entre el bien agredido y el bien que se quiere salvar, regresando al tema de que *“no existe equivalencia entre el derecho a la vida y a la salud del que es ya persona, como lo es la madre, y la salvaguarda del embrión, que todavía no es persona”*.

Se trata - si es que se nos permite decirlo - de una ingenuidad de la Corte. Hasta para quien no es especialista del sector penal, le resulta evidente como esa premisa de la equivalencia significa que no se puede sacrificar un bien mayor para salvar un bien menor, lo que si se admite a la inversa. El sacrificio está cubierto por la atenuante y, por la ponderación de valores entre bien sacrificado y bien salvado, pero no más: ya que el primer valor supera el del segundo, por lo tanto, la atenuante no se aplica.

Si entonces, la vida del concebido se hubiese querido considerar de un valor inferior respecto al de la madre, al no ser el concebido persona, el artículo 546° del Código Penal hubiese sido conforme a la Constitución, ya que no se trataría de ponderar valores de grado similar al tener ambos rango constitucional pero que entran en conflicto, sino de llevar a cabo el sacrificio menor (eliminar a una no persona, por ende, cosa) para garantizar el bien mayor, o sea, la vida, para lo cual el artículo 54° del Código Penal hubiese bastado.

Es sólo a través de la premisa del rango constitucional equivalente entre la vida del feto y la vida de la madre, que se llega a la consiguiente inconstitucionalidad del artículo 546 del Código Penal, al no existir el elemento de la actualidad e inmediatez del daño.

La *“ingenuidad”* de la Corte parece deberse a la comprensible preocupación por las consecuencias que provocaría su pronunciamiento, lo cual se expresa en la carga impuesta al legislador para *“tomar en cuenta los cuidados necesarios para evitar que el aborto sea realizado sin considerar la certeza y gravedad del daño o su amenaza, si es que la madre continúa con el embarazo”*. Y todos hemos visto como el legislador se ha sentido aludido respecto de la carga impuesta por la Corte⁸⁴.

A menos de un mes desde su entrada en vigor, la Ley N° 192, del 22 de mayo de 1978, fue cuestionada su constitucionalidad⁸⁵ y, a partir de ahí mensual y hasta semanalmente, se han dado esos cuestionamientos de manera insólita⁸⁶.


Constitución; Trib. Voghera del 10 de julio de 1978, *Giur. cost.*, 1979, II, 280 que considera que el art. 4 es incompatible con la protección constitucional de la maternidad; Trib. Trento del 16 de agosto de 1978, *Dir. fam.*, 1979, 503.; App. Firenze 5 ottobre 1978, *ivi*, 1979, 530 los cuales atribuyen a la madre un poder incontrolable sobre la vida del; Pret. Verona 21 ottobre 1978, que trata acerca del aborto producido por una menor de edad; Pret. Città di Castello del 1 de diciembre de 1978, *ivi*, 1979, 545 donde se

De un bando o de otro, se le acusó de haber traspasado los límites que la Corte Constitucional había determinado y, la acusación acertó al decir que esos límites eran vinculantes. Sin embargo, hoy por hoy no lo parece y, ni la misma Corte se ha encargado de hacer respetar esos límites⁸⁷.

Es más, la misma Corte Constitucional reconoció en la Ley N° 194 la voluntad de “llevar a cabo los criterios de tutela mínima de los intereses fundamentales de la Constitución, que la sentencia N° 27 del año 1975 impuso como obligación al mismo legislador”⁸⁸.

Es dramático que, en la misma Ley N°194, se haya determinado el reconocimiento formal del derecho a la vida del concebido⁸⁹ y, que por ello la

ley sea definida como “ordinaria por el contenido constitucional vinculado”, cuando hoy se sostiene que “la ley ha reconocido a la mujer el verdadero y subjetivo derecho a interrumpir el embarazo... de ese modo la ley ha recogido el principio por el cual la vida coincide con la vida social... y por ende antes del nacimiento, por lo menos los primeros tres meses, no es un derecho inviolable, sino un simple interés, protegido al cumplir ciertas condiciones puramente formales”⁹⁰.

Entonces, a la interrogante *conceptus pro nato habetur* deberá responderse negativamente, y no como sostiene la mayoría porque a eso obsta el artículo 1° del Código Civil sino porque a esa conclusión se llega irremediabilmente por la Ley N° 194. 

constata como el aborto culposo tiene una pena menor que la recibida por causar daño a los animales; Trib. Larino del 6 de diciembre de 1978, Giur. cost. 1979, II, 637; Pret. Genova 23 de enero de 1979, Foro it., 1979, II, 433; Giudice istrutt. Salerno del 13 febrero de 1979, Giur. cost. 1979, II, 1410; Giudice tutel. Torino del 24 mayo de 1979, Giur. cost. 1979, II, 1681; Giudice tutel. Ivrea 16 noviembre 1979, ivi, 1980, II, 497; App. Firenze del 14 de octubre de 1980, ivi, 1981, II, 162; Pret. Galatina del 14 noviembre de 1980, ivi 1981, II, 447; Pret. Padova del 25 de mayo de 1982, Riv. it. medicina legale, 1981, 890; Pret. Urbino 25 gennaio 1982, Giur. cost. 1982, II, 1081; Juicio tutelar de Napoli del 24 de setiembre de 1984, Giur. pen 1986, 118; Pret. San Donà di Piave del 16 de noviembre de 1984; Giur. cost. 1985, II, 305; Pret. Abbiategrosso del 15 de diciembre de 1986 ivi, 1987, II, 391; Pret. La Spezia del 26 de noviembre 1987, ivi, 1988, II, 2555; Giudice tutel. Lecco del 1 de agosto de 1989, ivi, 1989, II, 2249; Pret. Cuneo del 19 de octubre de 1992, Dir. fam 1993, 31; Pret. La Spezia del 25 de mayo de 1995, Riv. pen. 1995, 1425.

87 Remitirse a la Corte Constitucional del 25 de junio de 1981, n. 108, Foro it., 1981, I, 1793; análogamente C.Cost. 18 febbraio 1982 n. 44, Giur. cost., 1982, I, 377; C.Cost. del 16 de febrero de 1982, n. 45, ivi, 378; C.Cost. del 16 de febrero 1982, n. 46, ivi, 382; C.Cost. 8 luglio 1982, ivi, 1136; C.Cost. del 31 de diciembre de 1982 n. 259, Cons. de estado de

1982, II, 1509, que al referirse a la C.Cost. del 25 de junio de 1981, n. 109, declara la demanda infundada con relación al aborto de una menor; C.Cost. 20 marzo 1985 n. 80, Giur. cost. 1985, I, 558; C.Cost. del 25 de mayo de 1987 n. 196, Dir. fam. 1988, 19; C.Cost. del 13 marzo de 1988 n. 389, Giur. it. 1989, I, 1, 1478 acerca de la posición del padre; C.Cost. del 14 de febrero de 1988 n. 462 e 463, Foro it. 1988, I, 211 sobre la misma cuestión; C.Cost. 18 gennaio 1989 n. 14, Giur. cost., 1989.

88 C.Cost. del 10 de febrero de 1997 n. 35, Giur. cost., 1997, I, 281.

89 De esa ley no sólo surge el derecho a nacer sano, sino también el de nacer: C.Cost. del 10 de febrero 1997 n. 35, cit. 281, 290, la paradoja la recoge BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, cit., 216 el quale, a p. 219, por eso lo califica como “subterfugio”.

90 GAZZONI, op. civ., 125; la observación la comparten todos aquéllos que ven la ley con ojos honestos: ALBEGGIANI, *Aspetti problematici in tema di interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni*, in *Foro it.*, 1988, II, 466 y ss.; DIDDLE, *Riflessioni in tema di aborto e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 1574 ss.; FERRI, *Tutela giuridica del nascituro*, cit., 39 y ss.; OPPO, *L'inizio della vita umana*, cit., 515 y ss.