

Tutela jurídica del *nasciturus* en el derecho procesal civil español

Tomás Javier ALISTE SANTOS¹

SUMARIO:

I. Introducción. II. Fundamentos para la construcción de la tutela judicial efectiva del *nasciturus* en el Derecho procesal español. III. Acerca de la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación del *nasciturus* en la Ley de Enjuiciamiento civil española. IV. Tutela jurisdiccional cautelar en beneficio del concebido. V. Bibliografía.

I. Introducción

La elaboración de diversos expedientes técnicos: ficción de personalidad, pendencia y retroactividad de efectos favorables, permitió desde la época de la codificación de nuestro Derecho civil explicar con mayor o menor fortuna la protección jurídica de un sujeto como el *nasciturus*, que estaba fuera del ámbito conceptual de la “personalidad”. Dichos expedientes, lejos de ofrecer una explicación completa, tan sólo contribuyeron indirectamente al entendimiento jurídico de este sujeto sin resolver nunca los problemas de fondo inherentes a su efectiva protección.

Además, muy pronto se hizo evidente que el expediente de reducción al concepto de personalidad de las categorías de capacidad y subjetividad cerraba posibilidades a una dogmática más rica y rigurosa. Limitaba el desarrollo dogmático y ofrecía, en consecuencia, una ciencia jurídica sin vuelos, cegada por el dogma de la personalidad, constructora de un vasto sistema que gira sobre la persona, pero incapaz de

¹ Investigador del Grupo *Iudicium* de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca. Colaborador del Grupo de Investigación Reconocido “Derechos y libertades en la sociedad actual”, de la Universidad de Salamanca. Investigador becado por el Congreso de los Diputados de España. Miembro del Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Salamanca. Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Zamora y Colaborador en el Proyecto del Diccionario General de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra. E-mail: tjas@usal.es.

abstraerse y de fundar la dogmática sobre conceptos más amplios e incluso más estrictamente jurídicos que la categoría de personalidad. Tras la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 la podemos afirmar sin duda que la situación jurídica del *nasciturus* ha cambiado radicalmente en nuestro Derecho positivo.

II. Fundamentos para la construcción de la tutela judicial efectiva del *nasciturus* en el derecho procesal español

La ruptura del vínculo capacidad/personalidad, advertida primero por el procesalismo alemán y después por la doctrina italiana², exigía que todos los esfuerzos dogmáticos se concentrasen en la elaboración conceptual de una categoría capaz de aglutinar las diversas entidades con capacidad jurídica. Es decir, el esfuerzo doctrinal se centra en la descripción, explicación y justificación conceptual de la subjetividad jurídica como referente dogmático último y común a la pluralidad de sujetos reconocidos por el Derecho. En este sentido, el *nasciturus* se convierte en un sujeto jurídico especialmente interesante porque su propia naturaleza jurídica determina una específica situación del mismo en tránsito conceptual de la mera subjetividad a la personalidad jurídica. Así pues, la transitoriedad se erige en característica fundamental de esta figura y

² Debemos al procesalismo alemán de comienzos del siglo XX las primeras construcciones doctrinales que tratan de integrar en la Teoría de las partes a sujetos jurídicos sin personalidad. Hellwig, Konrad en su *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, publicado en 1912, considera a las uniones sin personalidad y a las masas patrimoniales como si fueran personas jurídicas y, al igual que éstas, deben ser representadas por una figura equivalente al administrador. Cfr. Hellwig, Konrad, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, Alaen, 1912, t. I, pp. 157 y 158. Wach, Adolfo, *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol II, trad. esp., Buenos Aires, Jurídicas Europa-América, 1977, pp. 283 y 284, califica los sujetos mencionados como partes en sentido formal, observando que pueden ocupar tanto la posición activa como la pasiva *in nomine incertae personae*. Schmidt, Richart, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 2^o ed., Leipzig, Duncker & Humblot, 1906, p. 327, plantea la tesis de la persona incierta en cuyo nombre se presenta la demanda por considerarla interesada en el proceso. Por su parte, Kleinfeller, Georg, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts für das akademische Studium*, Berlin, Auflage, 1925, t. I, p. 314, dejó escrita una opinión muy interesante al abordar la capacidad para ser parte de las masas de bienes y los patrimonios separados. Estima que al estar estos entes representados en juicio por un administrador será esa figura la que ostente la cualidad de parte y no los sujetos interesados que estén detrás de la masa de bienes, los cuales no tendrán capacidad para ser parte en el proceso concreto. En cuanto a la consideración como parte del concebido, Hellwig, Konrad, *op. cit.*, nota 2, pp. 72 y 73, se pronuncia a favor, abogando por una representación del mismo y unas actuaciones procesales tan condicionales como los derechos que le asistan hasta que haya nacido. Así pues, las obras de los procesalistas alemanes a comienzos del siglo XX son el antecedente doctrinal sobre la inclusión de nuevos sujetos distintos de la persona en la Teoría de las partes. La recepción de estos estudios no se hizo esperar en el procesalismo italiano. Hay una acogida inmediata de las construcciones germánicas sobre las partes, prueba de ello se encuentra, por ejemplo, en los escritos de Chiovenda, el cual aún manteniendo como regla general que la

condiciona el ámbito de intereses en los que jurídicamente se justifica el reconocimiento de su capacidad.

De todos modos, si aún dicho esto se albergaran todavía dudas acerca de la subjetividad jurídica del *nasciturus*, una nueva norma, el art. 6.1.2º LEC, definitivamente las disipa porque la atribución de capacidad para ser parte en el proceso civil al *nasciturus* no es sino consecuencia necesaria y reconocimiento implícito de la subjetividad jurídica del mismo. Y si aún persistiera el por qué de ese reconocimiento, la controversia sale del conocimiento jurídico y entra de lleno en el campo de la filosofía moral, que es donde se desenvuelve el discurso justificativo cuyo resultado tomamos como premisa de razonamiento jurídico. Es decir, desde la Dogmática jurídica, y esto conviene tenerlo bien presente, compete al jurista la descripción y explicación del Derecho, atendiendo a los problemas de aplicación e interpretación del mismo, justificando siempre el discurso argumentativo y su resultado. Esto no es una declaración de fe en el positivismo, sino una concepción que permite analizar internamente el Derecho, tomando como premisa de partida la materia propia de otras disciplinas del conocimiento como la moral, cuya relación con el Derecho plantea problemas de justificación externa del mismo. Pero por lo que a este trabajo respecta el análisis está en sede de justificación interna del Derecho, constituyendo piezas claves para la integración sistemática de dicha justificación la Ley III, tít. XXIII, P. IV, el art. 6.1.2º LEC y el art. 29 CC.

capacidad para ser parte se corresponde con la capacidad jurídica de Derecho privado, no deja de apreciar las importantes excepciones a dicha regla cuando nos enfrentamos al estudio de las uniones de personas y los patrimonios separados o autónomos. Vid. Chiovenda, Giuseppe, *Principios de Derecho procesal civil*, Madrid, Reus, 1925, t. II, pp. 11-16. En este sentido, se hace eco de la regulación alemana sobre el tema, presentándola como propuesta doctrinal y normativa razonable en su país. Con posterioridad, Rocco, Hugo, *Derecho procesal civil*, México, Dipalma, 1944, pp. 216 y 217, también acoge las tesis germánicas, que, finalmente, como dice Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ejea, 1962, vol. II, pp. 363 y 364, se consolidan en Italia, aceptándose la capacidad para ser parte de las asociaciones no reconocidas como personas jurídicas y de los patrimonios autónomos (quiebra, herencia yacente, herencia bajo condición y condominio). En cuanto al procesalismo español, tampoco es indiferente a las propuestas doctrinales alemanas, si bien es receptor más tardío de las mismas. Cabe citar a De la Plaza y a Guasp, los cuales se refieren al tema haciendo un enfoque crítico de las tesis alemanas sobre la capacidad para ser parte de las entidades sin personalidad jurídica, enfoque que invita a una cautelosa acogida de estas entidades en nuestro Derecho procesal. Vid. De la Plaza, Manuel, *Derecho procesal civil español*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1945, t. I, pp. 309 y ss.; y Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, Aguilar, 1948, t. I, pp. 100 y 101. De este último es la siguiente reflexión: "Puede dudarse si solamente las personas naturales y las colectivas son los entes capaces para intervenir como partes en un proceso. En numerosas ocasiones la realidad jurídica o simplemente el derecho positivo parecen atribuir expresamente tal carácter a determinadas uniones sin personalidad por razones de índole práctica o por la dificultad de hallar una titularidad personal que pueda figurar verdaderamente como tal parte en el proceso" (p. 100).

III. Acerca de la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación del *nasciturus* en la ley de enjuiciamiento civil española

A raíz del art. 6.1.2º LEC se establece en nuestro Derecho el cauce procesal apropiado para la tutela judicial efectiva de los intereses propios del *nasciturus*. En este sentido, el reconocimiento de capacidad para ser parte del *nasciturus* implica un cambio sustancial en cuanto a la protección de la vida humana dependiente porque ésta ya no será sólo un bien jurídico protegible por el Estado (con mayor o menor intensidad), sino que además el reconocimiento de capacidad para ser parte supone implícitamente el reconocimiento de titularidad del *nasciturus* sobre el bien jurídico protegido, titularidad que legitima al concebido para el ejercicio *per se* de la acción, planteando cuantas pretensiones estime oportunas para la mejor defensa de ese bien jurídico protegido. Es decir, la nueva LEC faculta que el *nasciturus* promueva un proceso solicitando la defensa de sus intereses vitales sin que exista traba procesal que lleve a pensar lo contrario. Evidentemente, esto introduce un cambio de perspectiva notable en el planteamiento de la protección que nuestro ordenamiento jurídico brinda a la vida humana dependiente.

Justicia rogada. No deja de ser curioso que el concebido haya visto reconocida su capacidad para ser parte en el proceso civil, que es cauce, fuertemente impregnado por el principio dispositivo, donde discurren las pretensiones de las partes con fundamento en el Derecho privado. De este modo, la tutela jurídica del *nasciturus* pasa de la “potencia” al “acto” a instancia de parte siguiendo fielmente la máxima *ne procedat iudex ex officio*. Es decir, para la protección de los bienes jurídicos e intereses del *nasciturus* sólo se iniciará el proceso si quien actúe en su interés tenga la decidida voluntad de protegerlos. En definitiva, la LEC proclama el prevalecimiento del interés individual frente al interés público cuando se trata de la tutela judicial efectiva del *nasciturus*. No será el órgano jurisdiccional *ex officio* quien inicie el proceso sino que en este caso el principio de oficialidad cede ante el principio de rogación. Y esto es muy importante para el entendimiento de la defensa del *nasciturus* que, al fin, ve reconocido el cauce para su tutela judicial efectiva. Así, se responde de una vez a las preguntas que existían en torno a la efectividad de la protección brindada al *nasciturus* por el ordenamiento jurídico. Pero la proclamación de la tutela judicial efectiva del *nasciturus* en el orden jurisdiccional civil no es óbice que impida su extensión a los órdenes jurisdiccionales penal y contencioso-administrativo. El art. 4 LEC, que proclama el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil española respecto al resto de la normativa reguladora de los distintos procesos, permite extender la capacidad para ser parte del concebido en el proceso civil al proceso penal y al contencioso.

Sin embargo, la acogida normativa de la tutela procesal del *nasciturus* en la LEC presenta diversas dificultades. La peculiar subjetividad jurídica del *nasciturus* obliga a un atento examen de los presupuestos procesales que condicionan el ejercicio de la acción, entendiendo por tales la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación procesal. Así, en materia de capacidad para ser parte el examen sobre la concurrencia de la misma condiciona la válida prosecución del proceso, porque si la falta de capacidad acontece pendiente el proceso, el Juez deberá dictar auto de sobreseimiento por carencia sobrevenida de sujeto, resolviéndose *ex nunc* las posibles medidas acordadas en beneficio del *nasciturus*. Si finalizado el proceso con sentencia firme favorable para el *nasciturus*, éste no llega a nacer, su desaparición, aunque no determina la ineficacia de la sentencia que le fuera favorable, porque goza de los efectos de la cosa juzgada, permite, sin embargo, que se produzcan consecuencias materiales, porque estamos ante un hecho nuevo que legitima a la contraparte del *nasciturus* para emprender un nuevo proceso, ejercitando sus pretensiones contra los legítimos representantes del malogrado concebido, exigiendo la devolución de las cantidades ordenadas en beneficio del mismo que no le hubieren aprovechado.

Por otro lado, en materia de comparecencia en juicio, el art. 73 LEC, siendo necesario para entender la capacidad procesal en relación al *nasciturus*, no es suficiente y requiere el auxilio doctrinal, explicando convenientemente la instrumentación concreta de esa capacidad procesal atribuida a quienes actúen en nombre e interés del concebido, que pueden ser los futuros titulares de la patria potestad, actuando en juicio bien de manera conjunta, bien de forma exclusiva por uno de ellos, o, en caso de conflicto de intereses entre los mismos y el *nasciturus*, el Defensor Judicial de los no nacidos.

En cuanto a la legitimación procesal del *nasciturus*, hay dos interrogantes abiertos que demandan respuesta doctrinal urgente: ¿qué significa la cláusula “para todos los efectos que le sean favorables”? y ¿cuál es el ámbito de la legitimación pasiva del *nasciturus*? De un lado, la perspectiva procesal de este instituto permite su análisis liminar, rechazando todas aquellas demandas en las que la acción no pueda ser afirmada. No obstante, el estudio de la legitimación procesal del concebido exige también el estudio de la todavía cuestionada legitimación material del mismo, atendiendo al variado ámbito de intereses de este sujeto protegidos por el ordenamiento jurídico. Así, sólo habrá legitimación procesal, entendida como poder conductor de la acción, cuando puedan afirmarse derechos subjetivos o, como en el caso del *nasciturus*, situaciones jurídicas análogas dignas de tutela; es decir, cuando el interés demandado por el concebido encuentre acogida en nuestro Derecho,

rechazando, por tanto, *in limine litis* aquellas pretensiones que no gocen de ese amparo (bien porque la tutela pretendida sea absurda, ilícita o no exista en nuestro ordenamiento jurídico). Respecto a la legitimación pasiva del *nasciturus*, la controversia procesal acerca de la misma encuentra solución gracias al razonamiento en torno a los principios de igualdad de partes, audiencia, contradicción y dispositivo, que nos llevan al rechazo de la tesis sobre la limitación de la legitimación del concebido a lo favorable y la imposibilidad de asumir la posición de demandado por ser contraria a estos principios básicos del proceso. Cierto es que parece difícil encontrar un supuesto de demanda dirigida contra un *nasciturus*, pero esto no significa que deba negarse de entrada la posibilidad que tiene de ser contestado a la demanda, reconvenido e, incluso, vencido y condenado en costas, todos ellos supuestos de legitimación pasiva.

IV. Tutela jurisdiccional cautelar en beneficio del concebido

Admitida la tutela procesal civil del *nasciturus*, no existe impedimento que lleve al rechazo del acceso a la tutela cautelar de sus intereses. La adopción de medidas cautelares en provecho del *nasciturus* quizás sea el aspecto más interesante y controvertido de cuantos componen las posibilidades de protección que desde el Derecho procesal civil se abren a este sujeto. La tutela cautelar, según Ortells Ramos, tiene como fin evitar la insatisfacción de una sentencia que si bien sea favorable pueda no ser efectiva porque la conducta del demandado durante el transcurso del proceso se ha dirigido a la realización de actos que frustran la pretensión del actor.³ De ahí la importancia de la institución cautelar, que en palabras de Gómez de Liaño tiende a garantizar el resultado del proceso principal.⁴ Así pues, es posible que el concebido, y quien en nombre e interés del mismo comparezca en juicio de acuerdo al art. 7.3 LEC, pueda instar medidas cautelares para la adecuada salvaguarda de sus intereses patrimoniales o extramatrimoniales. Cuando el *nasciturus* pretenda la protección judicial de su vida e integridad física, se puede plantear ante el órgano jurisdiccional encargado de resolver una colisión de intereses entre bienes o valores jurídicamente protegidos que entran en conflicto (vida de la mujer, libertad sexual y salud). En este caso, la decisión judicial exige el juicio ponderado de los intereses en conflicto y la motivación de la opción por el interés que se considere prevalente. Esta es quizás la consecuencia más importante de la tutela jurídica del

³ Ortells Ramos, Manuel, *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000, p. 37.

⁴ Gómez de Liaño González, Fernando, *Derecho procesal civil*, Oviedo, Forum, 2000, t. I, p. 320.

nasciturus en la LEC 1/2000 porque la última decisión sobre la vida del concebido ya no está en mano ajena al órgano jurisdiccional.

La tutela cautelar es un poderoso instrumento al servicio del concebido no nacido que exige, dados los intereses de éste, un estudio cuidadoso de las eventuales medidas adoptadas por el Juez. A primera vista, el margen de arbitrio judicial es amplísimo colocando al Juez en una incómoda posición protagonista a merced de la discrecionalidad y el voluntarismo que apresan la decisión judicial. De ahí la imperiosa necesidad de justificar, motivar y argumentar lo máximo que sea posible la resolución sobre la tutela cautelar pretendida por el concebido. Vayamos directamente al núcleo de la controversia. El *nasciturus* con la LEC en la mano puede pretender de los órganos jurisdiccionales tutela declarativa que resuelva la incertidumbre sobre el reconocimiento, protección y conservación de su vida como interés protegible en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, el interés que tiene el *nasciturus* en la conservación vital puede entenderse como situación jurídica análoga al derecho a la vida, derecho a la preservación de la propia existencia, reconocido en el art. 15 de la Constitución Española. Al tratarse, pues, de una tutela análoga a la prevista para los derechos fundamentales en la jurisdicción civil, la tramitación tendrá carácter preferente: art. 249.1.2º LEC⁵.

Junto a esta tutela jurisdiccional de naturaleza declarativa, nada impide que con el fin de obtener la efectividad de la misma pueda pretenderse también la tutela cautelar de sus intereses vitales (art. 726.1.1º LEC), pudiendo solicitar como medida cautelar apropiada para ello la específica orden judicial de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta: art. 727.7º LEC, que en este caso sería la voluntad de práctica abortiva de la parte demandada en el proceso principal. Así pues, la instrumentalidad de esta tutela cautelar respecto a la principal se hace visible al igual que otras características de la misma como la temporalidad y la provisionalidad.

Instada en beneficio del *nasciturus* la tutela cautelar de sus intereses vitales (conservación e integridad de la vida en vías de formación), el órgano jurisdiccional examinará la concurrencia de los presupuestos necesarios para conceder la tutela, que son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. En cuanto a la prestación de caución por el solicitante de la tutela cautelar, en este caso supone una contracautela de exigencia muy criticable, porque lo pretendido es la tutela de una situación jurídica

⁵ El procedimiento ordinario es la vía para la tutela civil de los derechos fundamentales si tenemos en cuenta que la garantía civil de la Ley 62/1978 ha sido derogada por la D.D. única 23º LEC. De este modo, habrá un procedimiento de tramitación precedente en el que será parte necesaria el Ministerio Fiscal: art. 249.1.2º LEC.

análoga a un derecho fundamental. Reflexiónese sobre lo innecesario de este presupuesto cuando el *nasciturus* es el solicitante de tutela cautelar pretendiendo la conservación de su propia existencia. ¿Qué caución habrá de prestar aquél que legítimamente pretende la protección de su vida?, ¿qué daños se irrogan a la contraparte si el órgano jurisdiccional deniega la petición de tutela cautelar? Más bien, será el *nasciturus* quien peche con todo el daño. Entonces, ¿a qué viene la exigencia de caución en este supuesto? Así las cosas, y mal que pese, a tenor del art. 732.3 LEC debe entenderse que la falta de ofrecimiento de caución en la solicitud cautelar conduce a la desestimación de la medida. No obstante, siguiendo el parecer de Ortells Ramos, puede mitigarse un poco la exigencia de este requisito haciendo un ofrecimiento genérico de caución en el cual se acepte que el órgano jurisdiccional concrete el tipo y cuantía de la misma.⁶

El *nasciturus*, y en beneficio del mismo, quien actúe en su nombre e interés, podrá solicitar la medida referida en el art. 727.7^o LEC junto con la demanda principal: art. 730.1 LEC o con anterioridad a la demanda si se justifica la urgencia y necesidad de esta clase de tutela: art. 730.2 LEC. Esta última opción es la más ajustada para la defensa del interés vital del *nasciturus* y así puede entenderse como la más idónea al caso. El art. 732 LEC establece que la solicitud se formulará con claridad y precisión, justificando la concurrencia de prestación de caución, mora procesal y apariencia de buen derecho de la pretensión. Además, en atención al art. 732.2 LEC debe acreditarse la propia existencia del *nasciturus* solicitante (por ejemplo, mediante informes médicos, entre otros medios de prueba). Por otro lado, en cuanto a la audiencia al demandado, si el solicitante justifica la urgencia de esta tutela, como tal es el caso para el *nasciturus*, el órgano jurisdiccional podrá excepcionar el trámite de audiencia acordando la medida mediante auto dictado en el plazo de cinco días desde la interposición de la solicitud: art. 733.2 LEC.⁷ El auto acordando la medida cautelar justificará de un lado su concesión por el peligro de la mora procesal y la apariencia de buen derecho y, de otro, la razón que mueve a su adopción sin audiencia del demandado.

Así pues, el proceso cautelar se convierte en una formidable vía de tutela jurisdiccional del *nasciturus*, tutela autónoma y al tiempo instrumental de la solicitada en el proceso principal. En este sentido, podrá

⁶ Vid. Ortells Ramos, Manuel, *op. cit.*, nota 3, p.192. También puede consultarse su parecer en *Ley de Enjuiciamiento civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas (Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas)*, Universidad de Murcia, 2002, pp. 658 y 659.

⁷ Contra este auto el demandado podrá formular oposición en plazo de veinte días contados desde la notificación del mismo: art. 739 LEC. Acordada la medida cautelar, para su ejecución se emplearán los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de sentencias: art. 738.1 LEC. De este modo, la ejecución de la medida prevista en el art. 727.7^o LEC implica que en el auto se haga un requerimiento de abstención de la conducta

discutirse vivamente sobre la naturaleza y el trasfondo filosófico, moral o religioso de la pretensión, pero de lo que no cabe duda es de su lícito encaje en nuestro ordenamiento jurídico y que será el órgano jurisdiccional civil, previa justicia rogada, quien decida sobre la estimación o rechazo de la misma, ponderando los intereses en conflicto, conozca, en suma, de la tutela solicitada por el *nasciturus*, el cual gracias a la LEC 1/2000 se ve libre de las viejas trabas que impedían su acceso a la tutela jurisdiccional. Y esto no es poco.

prohibida al sujeto pasivo, con apercibimiento de apremios personales o multas coercitivas en caso de incumplimiento (art. 699 LEC). La infracción de la orden de abstención del art. 727.7^º LEC da derecho a la indemnización de los daños y perjuicios originados, derecho de resarcimiento en este caso imposible de ejercitar por el *nasciturus*; igualmente, como consecuencia de la infracción se incurre en un delito de desobediencia a la autoridad judicial tipificado en el art. 556 CP.