

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LA PROTECCIÓN DEL NASCITURUS Y SU PROYECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL ACTUAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EFECTOS FAVORABLES AL NASCITURUS.—III. EFECTOS NO FAVORABLES AL NASCITURUS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DE RESOLUCIONES DE LA DGRN.—VI. LEGISLACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables (*nasciturus pro iam habetur*).

Es sabido que el artículo 29 del Código Civil establece que el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente, disponiéndose en el artículo 30 del Código Civil que para los *efectos civiles*, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (1). Un concebido, mientras permanece en el claustro materno, carece de existencia propia y por tanto de subjetividad jurídica. En el momento mismo del nacimiento adquiere el nacido subjetividad jurídica.

El Código Civil otorga la protección civil del *nasciturus* desde el ámbito patrimonial, pero ahora además de continuarse por ese ámbito se permite un enfoque más amplio que desde el Derecho Privado.

(1) Para un estudio de los antecedentes históricos del artículo 30 del Código Civil. Vid. MORENO MOZO, Fernando, «Requisitos del nacimiento: análisis del artículo 30 del Código Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7361, Sección Doctrina, 12 de marzo de 2010, Año XXXI, Ref. D-81, Editorial LA LEY (LA LEY 219/2010).

La protección sustantiva genérica del *nasciturus* en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra históricamente ligada al Derecho Civil. Por tanto, debemos desechar la tesis que sienta los orígenes y la naturaleza de la tutela jurídica del concebido en el campo penal (2). Las consecuencias de este cambio de perspectiva son notables porque la protección civil del *nasciturus* deja de entenderse como cuestión circunscrita al ámbito patrimonial, permitiendo un enfoque del tema desde el Derecho Privado (3).

Sin olvidar las otras esferas de protección, el Derecho Público, esto es, el Derecho Penal y el Derecho Administrativo (4).

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN DEL *NASCITURUS*

Diversas teorías señaladas por la doctrina científica han sido las que pretenden determinar la naturaleza jurídica de la protección. Pueden citarse la *teoría de la personalidad desde la concepción*, la *teoría de la ficción jurídica*, la

(2) REQUEJO CONDE, Carmen, «Límite mínimo en la protección de la vida humana independiente. Los nuevos criterios jurisprudenciales», en *Diario La Ley*, núm. 6400, Sección Doctrina, 16 de enero de 2006, Año XXVII, Ref. D-11, Editorial LA LEY (LA LEY 5541/2005). El nacimiento ha sido siempre el momento temporal establecido para la determinación del comienzo de la protección penal de la vida humana independiente. Una nueva línea jurisprudencial ha ido dejando atrás los tradicionales criterios que esperaban a que el niño hubiera nacido para considerarlo como persona y por tanto como objeto material de los delitos de homicidio o lesiones. El criterio jurisprudencial de las contracciones dilatantes de parto que conducen de forma inminente a la expulsión del niño intenta reforzar aún más su protección al adelantarla al momento en que el niño está naciendo o está a punto de nacer, sin que sea necesario esperar a la expulsión completa del bebé del seno materno, a la comprobación de la respiración pulmonar autónoma o al corte del cordón umbilical.

(3) ALISTE SANTOS, Tomás J.: «La protección histórica al concebido y su proyección en el Derecho Civil español actual», en *Actualidad Civil* (LA LEY). Revista núm. 4. Fecha de publicación: Quincena del 16 al 29 de febrero de 2008. Sección: A Fondo, págs. 383 a 402, Tomo: 1 (LA LEY187/2008).

(4) STS de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 30 de junio de 2006, recurso 217/2005. Ponente: Enrique LECUMBERRI MARTÍ. Número de recurso: 217/2005 (LA LEY 106077/2006). El Tribunal Supremo estima recurso de casación para unificación de doctrina en materia de responsabilidad de la Administración del Estado por daño moral al no haber podido optar por la interrupción del embarazo a causa de la falta de información de las malformaciones del *nasciturus*.

STS de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 10 de mayo de 2007, recurso 4779/2003. Ponente: Margarita ROBLES FERNÁNDEZ. Número de recurso: 4779/2003 (LA LEY 23220/2007). Responsabilidad de la Administración sanitaria por el diagnóstico prenatal erróneo de enfermedad cromósica que impidió que los padres optaran por la interrupción del embarazo. Indemnización por daños morales a los padres al no poder optar por dicha interrupción.

STS de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 14 de marzo de 2007, recurso 8017/2002. Ponente: Margarita Robles Fernández. Número de recurso: 8017/2002 (LA LEY 8300/2007). Responsabilidad patrimonial del Estado por deficiente funcionamiento de la Administración sanitaria en la detección de malformaciones en el *nasciturus*. Ausencia de información al respecto a efectos de que los padres pudieran proceder a la interrupción voluntaria del embarazo. Corresponde a la Administración probar que en el caso de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, siendo esa falta de prueba la que determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial.

teoría del derecho subjetivo sin sujeto o la teoría de la capacidad limitada del concebido.

La doctrina mayoritaria sigue la teoría de la *situación de pendencia*, ya que al concebido no se le concede personalidad, en cuanto que la misma se adquiere por el nacimiento, no es menos cierto que durante esa situación de pendencia, y hasta que se produzca el nacimiento, se le tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables.

La teoría enunciada de la *situación de pendencia* se caracteriza por dos notas:

- a) La condición de que el concebido debe nacer con los requisitos previstos en el precepto 30 del Código Civil.
- b) La protección jurídica solo se extiende a lo que le pueda resultar favorable, entendido como favorable todo aquello que comporte una adquisición de derechos, aunque ineludiblemente dicho derecho pueda conllevar una carga o gravamen, (por ejemplo el caso de la adquisición de la propiedad de la finca conjuntamente con la hipoteca).

III. EFECTOS FAVORABLES AL *NASCITURUS*

La práctica y actualidad de algunos problemas surgidos de las nuevas situaciones familiares han hecho que la Jurisprudencia se pronuncie sobre determinados temas que no están regulados. Así, nos encontramos con que la jurisprudencia concede:

- Indemnización por daño moral a favor del *nasciturus*, hermano del fallecido en un accidente de circulación. Se trata de la interpretación extensiva del baremo y aplicación del baremo vigente a la fecha de la determinación del monto indemnizatorio, dada la naturaleza de deuda de valor que poseen estas cantidades (AP de Badajoz, Sección 1.ª, sentencia de 11 de noviembre de 2002) (5).

El legislador busca el amparo de esta concreta situación y le atribuye *si naciera* todos los efectos que pudieran redundar en su beneficio y, entre ellos, los que derivan de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados fundados en el fallecimiento de su hermano en accidente de tráfico.

La jurisprudencia entiende que el tratamiento del *nasciturus* no difiere del que procede otorgar al nacido; es así pues que, siguiendo esta línea argumental, a la muerte de Raúl, este contaba con un hermano menor de edad al que cabe otorgar todos los efectos favorables que le son inherentes a esta condición y, por ende, también la convivencia puesto que, en ningún caso, permite la norma una aminoración o perjuicio de los derechos del *nasciturus*; resultaría incluso cruel que este, por razones de pura temporalidad, no disfrutara de los derechos que le asistirían si hubiera nacido y por el solo hecho de hallarse en estado fetal en el instante en que tales derechos le eran diferidos.

(5) AP de Badajoz, Sección 1.ª, sentencia de 11 de noviembre de 2002, recurso 187/2002. Ponente: Jesús Plata García. Número de sentencia: 67/2002. Número de recurso: 187/2002. Jurisdicción: PENAL (LA LEY 187948/2002).

Indemnización al *nasciturus* por la muerte del padre en accidente de circulación, condición de perjudicada que comparte con sus abuelos (AP de Córdoba, Sección 2.ª, sentencia de 25 de septiembre de 1997) (6), y ello porque el primer perjuicio dimana del simple hecho de nacer huérfana de padre y, a partir de ahí, todas las múltiples eventualidades que deberá atravesar a lo largo de su vida sin contar con la presencia de su progenitor. La condición de perjudicado del *nasciturus* tras perder a su padre en un accidente automovilístico nace al margen de su cualidad de heredero del padre fallecido (AP de Córdoba, Sección 2.ª, sentencia de 25 de septiembre de 1997) (7).

La doctrina científica en relación con este tema, ha destacado la capacidad del *nasciturus* para ser beneficiario de una suma asegurada en el seguro de vida para caso de fallecimiento, derecho que nace en el momento del siniestro (muerte del asegurado), debiendo aceptar en dicho momento sus representantes legales. Hasta el nacimiento mantendrá el asegurador la suma asegurada (8).

- La Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, sentencia de 20 de febrero de 2003, reconoce la pensión alimenticia a la niña concebida y no nacida al tiempo de dictarse la sentencia apelada, en base a que nada impide que los cónyuges puedan proyectar lo que consideren conveniente en torno a la atribución de la guarda, régimen de visitas y alimentos del concebido y no nacido (9). En esta misma línea donde se establece la pensión de

(6) AP de Córdoba, Sección 2.ª, sentencia de 25 de septiembre de 1997, recurso 177/1997. Ponente: Antonio PUEBLA POVEDANO. Número de recurso: 177/1997. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 59/1998). «Y la razón de ello es evidente, porque el primer perjuicio dimana del simple hecho de nacer huérfana de padre y, a partir de ahí, todas las múltiples eventualidades que deberá atravesar a lo largo de su vida sin contar con la presencia de su progenitor. ...tal condición de perjudicada no la ostenta en exclusiva la referida menor, habiendo de ampliarse a los padres como es usual en este tipo de situaciones, hasta el punto de que los baremos establecidos para las indemnizaciones en accidentes automovilísticos prevén una indemnización a los padres en caso de concurrencia con hijos del finado, lo que en el caso de autos debe ser tenido particularmente en cuenta y que el hijo falleció en estado de soltero y es indudable la aflicción que ello comporta para los padres, por lo que su condición de perjudicados con derecho a indemnización es indiscutible, aunque en este caso lo sea en concurrencia con su nieta.

(7) AP de Córdoba, Sección 2.ª, sentencia de 25 de septiembre de 1997. Ponente: Antonio PUEBLA POVEDANO. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 15510/1997).

(8) Incluso cabe la designación como beneficiario del *concepturus* en dicho seguro. Si en el momento de la muerte del asegurado no ha nacido el *concepturus*, dicha cuestión debe reconducirse al tema de la admisión o no de la donación a favor del no concebido. Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: *El seguro de vida para caso de muerte: Cuestiones actuales de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 76.

La autora hace un estudio en las páginas 129 y siguientes sobre la designación a favor de los hijos de una persona, que resulta muy interesante, en relación con nuestro tema por analogía, con los hijos adoptivos cuyo trámite de adopción continúa a pesar del fallecimiento del adoptante (siempre que el adoptante ya hubiera dado su consentimiento), y, en el mismo sentido, los hijos nacidos mediante fecundación *post mortem*, se consideran descendientes con derecho a herencia (a los efectos del art. 85 LCS).

(9) AP de Toledo, Sección 1.ª, sentencia de 20 de febrero de 2003, recurso 323/2002. Ponente: Rafael CÁNCER LOMA. Número de sentencia: 61/2003. Número de recurso: 323/2002. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 36822/2003).

alimentos a favor del *nasciturus* a cargo del padre está la AP de Alicante, Sección 4.^a, sentencia de 27 de octubre de 2005 (10).

Tanto la pensión de alimentos, así como un posible régimen de visitas, deben ser acordes con las reales y efectivas necesidades del nacido, y es obvio que tales necesidades no pueden ser realmente conocidas hasta el momento de su nacimiento a fin de que puedan ser efectivamente ponderadas y protegidas por el Juzgador (AP de Toledo, Sección 2.^a, sentencia de 31 de julio de 2003) (11).

- El artículo 627 del Código Civil reconoce la posibilidad de que el *nasciturus* tenga la condición de donatario (12).
- Dentro del ámbito público de protección al que nos hemos referido al principio de este análisis jurisprudencial se incluye la declaración de desamparo del *nasciturus* consecuencia de la situación de alto riesgo social de la familia que «no aportaban nada positivo en garantía y seguridad del *nasciturus*» (AP de Girona, Sección 2.^a, sentencia de 8 de septiembre de 2005) (13).

(10) AP de Alicante, Sección 4.^a, sentencia de 27 de octubre de 2005, recurso 348/2005. Ponente: Manuel Benigno FLÓREZ MENÉNDEZ. Número de sentencia: 346/2005. Número de recurso: 348/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 209356/2005). La sentencia de separación dictada en la instancia estableció dicha pensión de alimentos a cargo del esposo, quien interpone recurso de apelación para interesar que se reduzca su cuantía. El recurso carece de fundamento, ya que lo fijado por el Juzgado constituye el llamado *mínimo vital exigible* por la relación de filiación en cualquier circunstancia, abstracción hecha de los medios económicos del otro cónyuge y de las posibilidades económicas del alimentante, incluso en situaciones probadas de carencia de ingresos.

(11) AP de Toledo, Sección 2.^a, sentencia de 31 de julio de 2003, recurso 194/2003. Ponente: Alfonso CARRIÓN MATAMOROS. Número de sentencia: 315/2003. Número de recurso: 194/2003. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 133648/2003). No puede estatuirse su devengo ni cuantía para el *nasciturus* porque se desconocen cuáles sean sus reales necesidades. La constatación judicial del nacimiento exige a ambos progenitores una prueba contundente para la adopción de las medidas solicitadas, como es la certificación del nacimiento.

(12) «Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento».

(13) AP de Girona, Sección 2.^a, sentencia de 8 de septiembre de 2005, recurso 335/2005. Ponente: José Isidro REY HUIDOBRO. Número de sentencia: 313/2005. Número de recurso: 335/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 172868/2005). «La precariedad laboral y económica de la señora Virginia hacía inviable la atención de las necesidades materiales básicas del futuro hijo... El estado físico de la apelante, portadora del virus VIH al igual que su compañero, requería unos cuidados y tratamientos específicos a la vez que convertía la gestación en un embarazo de riesgo... es evidente que concurrían las circunstancias motivadoras de la declaración de desamparo, ... pues persistían los problemas socio-laborales, los de carencia de estructura familiar, de disponibilidad económica y capacidad física y psicológica para asumir con mínimas garantías, la potestad del futuro hijo, su educación y desarrollo integral, que ya habían motivado la declaración de desamparo de los otros cuatro hijos anteriores, que permanecen bajo la tutela de las instituciones públicas, en acogimiento de los padres de la apelante...».

En idéntico sentido, la sentencia de la AP de Barcelona, Sección 18.^a, Auto de 15 de diciembre de 2005, recurso 610/2005. Ponente: Enrique ALAVEDRA FARRANDO. Número de sentencia: 307/2005. Número de recurso: 610/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 241721/2005).

La doctrina científica sigue también este planteamiento al señalar respecto del *nasciturus* que no puede privarse de la patria potestad a los padres del concebido no nacido pero sí adoptarse medidas de protección en particular en los casos de riesgo grave previstos en el artículo 157 CP, además de tener en cuenta esta conducta, una vez nacido, para poder privarles de la patria potestad (Asencio Mellado, José María; Ferreirós Marcos, Carlos Eloy,

- El *nasciturus* tiene capacidad para ser heredero. A la capacidad para suceder *mortis causa* se refiere el artículo 744 del Código Civil, al decir que: «Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley», que se complementa con lo dispuesto en el artículo 745. Pues bien, el requisito necesario para suceder es pura y simplemente la personalidad. Tratándose de personas naturales, su capacidad deriva del hecho de nacer con las condiciones del artículo 30 del Código Civil. A los concebidos y no nacidos se les aplica el artículo 29 y el 959 y siguientes del Código Civil (AP de Madrid, Sección 21.^a, Auto de 9 de enero de 2008) (14). También se le reconoce la capacidad para ser parte en la herencia yacente. Dispone el artículo 659 del Código Civil que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinga por su muerte. Y la situación en la que esta herencia se encuentra desde la muerte del causante (apertura de la sucesión) hasta que es aceptada por los herederos llamados, por la voluntad del testador o por disposiciones de la ley, a ella, se conoce con el nombre de herencia yacente (*hereditas iacet*) (15). Sin olvidar que puede ser también legatario (16).
- Capacidad para ser parte en un proceso. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, regula la capacidad para ser parte en un proceso en el artículo 6, reconociéndosela, entre otras, a las personas físicas, al *concebido y no nacido* y a las personas jurídicas (AP de Madrid, Sección 21.^a, Auto de 9 de enero de 2008) (17).

y Fuentes Soriano, Olga, «Los servicios de protección de menores de las Fiscalías Provinciales. Aspectos organizativos y procesales», en Nuevos retos de la justicia penal, LA LEY, Madrid, 2008).

(14) AP de Madrid, Sección 21.^a, Auto de 9 de enero de 2008, recurso 638/2007. Ponente: Ramón BELO GONZÁLEZ. Número de sentencia: 11/2008. Número de recurso: 638/2007. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 1896/2008).

(15) Nuestro ordenamiento jurídico carece de una regulación de la herencia yacente, cuyo término ni siquiera aparece reflejado en el Código Civil. Bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la jurisprudencia, superando su primitivo criterio de atribuir la titularidad de los bienes de la herencia yacente al causante suponiendo subsistente a dichos efectos su persona (TS de 5 de junio de 1861; 15 de marzo de 1881; 12 de febrero de 1885, y 9 de junio de 1885), la conceptúa como una masa o comunidad de interesados en relación con el caudal hereditario, a la que, sin ser verdadera persona jurídica, se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria, y se atribuye capacidad para ser parte activa y pasiva en el proceso (TS de 21 de junio de 1943; 8 de mayo de 1953; 14 de mayo de 1971; 15 de junio de 1982; 16 de septiembre de 1985; 12 de marzo de 1987, y 28 de julio de 1989).

(16) En este orden de cosas, si el llamado a una herencia es un *nasciturus*, del artículo 966 del Código Civil se deduce que el administrador de la herencia, salvo en algún caso excepcional, no estará facultado para pagar los legados, pues solo podrá pagar a los acreedores con autorización judicial previa, ya que estos no pueden ver perjudicados sus intereses por el hecho del fallecimiento del causante. Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Elementos personales, reales y formales», en *El legado de las rentas o prestaciones periódicas: su protección registral*, LA LEY, Madrid, 2007.

(17) AP de Madrid, Sección 21.^a, Auto de 9 de enero de 2008, recurso 638/2007. Ponente: Ramón BELO GONZÁLEZ. Número de sentencia: 11/2008. Número de recurso: 638/2007. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 1896/2008). La nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, reconoce de manera indubitada la capacidad para ser parte a la herencia yacente, al

Sin olvidar la capacidad que ostenta el *nasciturus* para demandar siendo parte en las acciones de filiación, a través de quien legítimamente le representaría si hubiera nacido, lo cual no es extensible a la posibilidad de ser demandado (18).

- La doctrina científica considera que también se les otorga el derecho de rectificación como medio de defensa de sus intereses ante cualquier información, y que pueden ejercitar a través de sus representantes legales (19).
- Sin olvidarnos de la posibilidad de crear un patrimonio autónomo a favor del *nasciturus* incluso del *concepturus* (20).
- El *nasciturus* también tiene derecho a los apellidos del padre cuando ha sido reconocida dicha filiación, y así se constata en la Resolución DGRN de 18 de junio de 2008 (LA LEY 329975/2008) (21). En el procedimiento de divorcio seguido por los padres, estos habían pactado en el convenio regulador propuesto por ellos la inversión de apellidos de la *nasciturus*. No obstante la DGRN deniega dicha inscripción porque la madre al cumplimentar el cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil no hizo referencia a este acuerdo previo de inversión de apellidos ni hizo constar la filiación paterna de la nacida, por lo que fue inscrita solo con los apellidos maternos y por su orden.
- Y, desde luego, tiene capacidad para recibir una transmisión patrimonial, eso sí a través de su representante legal. En la RDGRN de 29 de julio de

otorgarla en su artículo 6 a «los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular» (núm. 4.º del apartado 1).

(18) LLAMAS POMBO, Eugenio, y TORAL LARA, Estrella: «Mecanismos de determinación judicial de la filiación: las acciones de filiación», en *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*, LA LEY, Madrid, 2009.

(19) FARRÉ LÓPEZ, Pedro, «El régimen general: la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación», en *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa al poder de los medios*, LA LEY, Madrid, 2008. Por lo que respecta al *nasciturus*, la posibilidad de que este pueda ser aludido por una información queda fuera de duda; por ello, sería legítima la posibilidad de sus representantes legales de ejercitar el derecho de rectificación de cualquier información sobre el concebido que consideren falsa o inexacta.

(20) LLAMAS POMBO, Eugenio, y RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, LA LEY, Madrid, 2006.

(21) La DGRN desestima el recurso planteado y confirma el auto apelado del juez encargado del Registro Civil, que denegó la inversión de los apellidos, paterno y materno, en la inscripción de nacimiento de una menor, por no constar determinada su filiación paterna. En el presente caso podría darse por cumplido el requisito del acuerdo de los padres antes de la inscripción, porque después de concebida la hija y antes de su nacimiento, en el procedimiento de divorcio seguido por los padres, estos habían pactado en el convenio regulador propuesto por ellos la inversión de apellidos de la *nasciturus*. Dicho convenio fue aprobado por la sentencia de divorcio de 17 de julio de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de R. Pero el obstáculo que se presenta para que prospere la pretensión de la madre es que esta, al cumplimentar el cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil no hizo referencia a este acuerdo previo de inversión de apellidos ni hizo constar la filiación paterna de la nacida, por lo que fue inscrita solo con los apellidos maternos y por su orden. Consecuentemente, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, no puede admitirse ahora la propuesta de la madre consistente en que su hija tenga atribuidos como apellidos el primero materno «P», como primero y el primero paterno «S». como segundo, porque primero tendría que quedar determinada en la inscripción de nacimiento de la hija la filiación paterna.

1999 (LA LEY 11788/1999), se debate sobre la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la cesión de una mitad indivisa de la vivienda familiar que con ocasión de un convenio aprobado judicialmente en la sentencia de separación conyugal, realiza uno de los cónyuges a favor de sus hijos (uno nacido y el otro *nasciturus*) a condición de que dicha mitad no sea entregada ni vendida hasta que alcance la mayoría de edad el hijo del matrimonio que va a nacer o, en otro caso, la hija existente.

Se prevé, además, en dicho convenio, que el otro cónyuge, dueño de la otra mitad, se hace cargo y responsable único de la hipoteca que grava la vivienda. El Registrador deniega la anotación ordenada por el defecto insubsanable de no ser título adecuado con arreglo a los artículos 633 CC y 3 LH (22).

III. EFECTOS NO FAVORABLES AL *NASCITURUS*

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia de 30 de marzo de 2006) (23) denegó la atribución a la embarazada, en atención al interés del *nasciturus*, de la vivienda perteneciente a su expareja de hecho, puesto que entre los efectos que puedan resultar o ser favorables para el *nasciturus* (si llega a nacer con los requisitos legales) no figura la asignación a su favor de la vivienda común de sus progenitores mientras duró la convivencia.

El artículo 83.2.a) del Código de Familia se limita a contemplar la atribución del uso de la vivienda si hay hijos sujetos a la patria potestad, preferentemente, al progenitor que tenga atribuida su guarda.

(22) a) Las previsiones adoptadas en un convenio regulador de la consecuencia de la separación o divorcio, que constituyan el contenido propio de dicho convenio por incidir sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar, produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente (art. 90 CC); b) que siendo uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de abordarse en el convenio el relativo a la vivienda familiar, y obedeciendo la exigencia legal de esta previsión, a la protección básicamente, del interés de los hijos (art. 96 CC), en modo alguno puede negarse que sea extraño el contenido genuino de dicho convenio el que uno de los cónyuges ceda su parte de vivienda a favor de los hijos del matrimonio, sin que pueda alegarse que el artículo 90.B) del Código Civil exige únicamente la previsión sobre el uso, pues, por una parte, y como literalmente señala el inciso inicial de dicho artículo, las especificaciones recogidas en el artículo citado constituyen el contenido «mínimo» del convenio y, por otra, no hay razón para excluir aquellas disposiciones relativas al uso de la vivienda que se articulen por vía de cesión de la propiedad, y entender incluida solo las que se instrumentalicen por el cauce de la constitución de un derecho real de goce; c) que tratándose de un convenio judicialmente aprobado, no corresponde al Registrador en el ámbito de su función calificadora (art. 100 RH), revisar ahora la procedencia de la inclusión en aquel de la cesión cuestionada ni, por ende, cuestionar su eficacia aisladamente considerada, máxime si se tiene en cuenta la unidad y recíproca interdependencia de las distintas previsiones que integran estos convenios; d) que ni es cierto que la cesión considerada se hace sin contraprestación (el otro cónyuge se compromete al pago del crédito hipotecario que lo grava), ni puede ignorarse que en las cesiones de la vivienda familiar que un cónyuge realiza en los convenios reguladores de la separación o el divorcio, en favor del otro cónyuge o de los hijos comunes, tiene una decisiva relevancia la necesidad de atender la situación creada por la crisis matrimonial.

(23) AP de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia de 30 de marzo de 2006, recurso 952/2005. Ponente: Paulino RICO RAJO. Número de sentencia: 223/2006. Número de recurso: 952/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 109308/2006).

El hecho de quedar embarazada la mujer durante la convivencia, rota durante la gestación, no es motivo suficiente para privar del derecho de uso al propietario de la vivienda.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALISTE SANTOS, Tomás J.: «La protección histórica al concebido y su proyección en el Derecho Civil español actual», en *Actualidad Civil* (LA LEY). Revista núm. 4. Fecha de publicación: Quincena del 16 al 29 de febrero de 2008. Sección: A Fondo, págs. 383 a 402, Tomo: 1 (LA LEY187/2008).
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Elementos personales, reales y formales», en *El legado de las rentas o prestaciones periódicas: su protección registral*, LA LEY, Madrid, 2007.
- ASENCIO MELLADO, José María; FERREIRÓS MARCOS, Carlos Eloy, y FUENTES SORIANO, Olga: «Los servicios de protección de menores de las Fiscalías Provinciales. Aspectos organizativos y procesales», en *Nuevos retos de la justicia penal*, LA LEY, Madrid, 2008.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: *El seguro de vida para caso de muerte. Cuestiones actuales de Derecho Civil*. Dykinson, Madrid, 2005.
- FARRÉ LÓPEZ, Pedro: «El régimen general: la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación», en *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa al poder de los medios*, LA LEY, Madrid, 2008.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, LA LEY, Madrid, 2006.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, y TORAL LARA, Estrella: «Mecanismos de determinación judicial de la filiación: las acciones de filiación», en *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*, LA LEY, Madrid, 2009.
- REQUEJO CONDE, Carmen: «Límite mínimo en la protección de la vida humana independiente. Los nuevos criterios jurisprudenciales», en *Diario La Ley*, núm. 6400, Sección Doctrina, 16 de enero de 2006, Año XXVII, Ref. D-11, Editorial LA LEY (LA LEY 5541/2005).

V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

- AP de Córdoba, Sección 2.^a, sentencia de 25 de septiembre de 1997, recurso 177/1997. Ponente: Antonio PUEBLA POVEDANO. Número de recurso: 177/1997. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 59/1998).
- AP de Badajoz, Sección 1.^a, sentencia de 11 de noviembre de 2002, recurso 187/2002. Ponente: Jesús PLATA GARCÍA. Número de sentencia: 67/2002. Número de recurso: 187/2002. Jurisdicción: PENAL (LA LEY 187948/2002).
- AP de Toledo, Sección 1.^a, sentencia de 20 de febrero de 2003, recurso 323/2002. Ponente: Rafael CÁNCER LOMA. Número de sentencia: 61/2003. Número de recurso: 323/2002. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 36822/2003).
- AP de Toledo, Sección 2.^a, sentencia de 31 de julio de 2003, recurso 194/2003. Ponente: Alfonso CARRIÓN MATAMOROS. Número de sentencia: 315/2003. Número de recurso: 194/2003. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 133648/2003).
- AP de Girona, Sección 2.^a, sentencia de 8 de septiembre de 2005, recurso 335/2005. Ponente: José Isidro REY HUIDOBRO. Número de sentencia: 313/2005. Número de recurso: 335/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 172868/2005).

- AP de Alicante, Sección 4.^a, sentencia de 27 de octubre de 2005, recurso 348/2005. Ponente: Manuel BENIGNO FLÓREZ MENÉNDEZ. Número de sentencia: 346/2005. Número de recurso: 348/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 209356/2005).
- AP de Barcelona, Sección 18.^a, Auto de 15 de diciembre de 2005, recurso 610/2005. Ponente: Enrique ALAVEDRA FARRANDO. Número de sentencia: 307/2005. Número de recurso: 610/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 241721/2005).
- AP de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia de 30 de marzo de 2006, recurso 952/2005. Ponente: Paulino RICO RAJO. Número de sentencia: 223/2006. Número de recurso: 952/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 109308/2006).
- AP de Madrid, Sección 21.^a, Auto de 9 de enero de 2008, recurso 638/2007. Ponente: Ramón BELO GONZÁLEZ. Número de sentencia: 11/2008. Número de recurso: 638/2007. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 1896/2008).

VI. LEGISLACIÓN

- Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados fundados.
- Llei 37/1991, de 30 de desembre, del Parlament de Catalunya, sobre mesures de protecció del menors desamparats i de l'adopció.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

RESUMEN

NASCITURUS PROTECCIÓN CIVIL

El nacimiento determina la personalidad pero al concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. La protección sustantiva genérica del nasciturus que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra históricamente ligada al Derecho Civil ha evolucionado hacia otras esferas de protección, el Derecho Público. La jurisprudencia le otorga la indemnización por daño moral, reconoce su capacidad para ser beneficiario de una suma asegurada en el seguro de vida para caso de fallecimiento, pensión alimenticia, condición de donatario, heredero, legatario, parte en un proceso... pero también le declara en desamparo como consecuencia de la situación de alto riesgo social de la familia.

ABSTRACT

UNBORN CHILD CIVIL PROTECTION

Birth confers legal personality, but the unborn child is held to have been born to all effects in the child's favour, provided that it is human in shape and lives for twenty-four hours entirely detached from its mother. The generic substantive protection of the unborn child, which in our legislation is historically linked to civil law, has evolved toward other spheres of protection, namely public law. Case-law grants the unborn child indemnification for mental anguish, recognises the unborn child's ability to be the beneficiary of an insured sum in life insurance for the case of death and the recipient of maintenance, and recognises the unborn child's standing as donee, heir, legatee and party to legal proceedings; but case-law also declares the unborn child abandoned when its family situation is one of high social risk.