

**EL DERECHO ROMANO Y LA ADQUISICIÓN
DE LA PERSONALIDAD CIVIL, SEGÚN EL ARTÍCULO 30
DEL CÓDIGO CIVIL.**
***ROMAN LAW AND THE ACQUISITION OF CIVIL STATUS,
ACCORDING TO ARTICLE 30 OF THE CIVIL CODE***

María-Eva Fernández Baquero

*Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad de Granada*

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

RESUMEN: Este trabajo pretende realizar una reflexión sobre el actual contenido en el artículo 30 del Código Civil –tras la reforma producida en el 2011– referente a los requisitos que se exigen en el momento del nacimiento para la adquisición de la personalidad civil o capacidad jurídica, comparando la situación presente con la que existió en el Derecho romano. Por otro lado, destacaremos la importancia de las opiniones de los científicos en investigación biomédica, recogida en otros textos jurídicos, para poder comprender en su justo alcance el contenido de este tema.

PALABRAS CLAVES: Persona, personalidad civil, capacidad jurídica, nacimiento, vida, forma humana, viabilidad, feto, embrión, preembrión.

ABSTRACT: This work aims to make a reflection about the current content to Article 30 of the Civil Code –after the reform produced in 2011– concerning the requirements demanded at the time of birth for the acquisition of civil status or legal capacity, it compares the present situation with that which existed in the Roman law. Furthermore, it highlights the importance of the views of scientists in biomedical research, collected in other legal texts, in order to understand the content of this topic just scope.

KEY WORDS: Person, civil status, legal capacity, birth, life, human form, viability, fetus, embryo, pre-embryo.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS REQUISITOS PARA LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE PERSONA FÍSICA EN EL DERECHO ROMANO. III. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva regulación del art. 30 del Código Civil, redactada por la Disposición Final Tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil, establece que *la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*. Dicha reforma entró en vigor al día siguiente de la publicación en el BOE nº 175, 22 de julio, según la Disposición Final Décima de dicha Ley. Con anterioridad a la reforma, dicho artículo disponía: *Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*. En consecuencia, con la reforma mencionada se eliminan dos requisitos necesarios para la adquisición de la personalidad civil: que el feto tenga figura humana y que deba vivir durante veinticuatro horas desprendido del seno materno.

En líneas generales, las opiniones más recientes de juristas españoles¹ van en la dirección de acoger con buen grado las reformas señaladas por dos razones fundamentales: Por un lado, consideran que los requisitos suprimidos responden a concepciones jurídico-sociales históricas (del Derecho romano y germánico) que no se corresponden con las consideraciones actuales; y, por otro lado, la necesidad de adecuar nuestra legislación a los Tratados Internacionales ratificados por el Estado español, como es: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (BOE, núm. 103, de 30.4.1977), en vigor en España desde el 27.7.1977, cuyo art. 24.2 dispone: *Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre*. Destacando, además, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (BOE, núm. 313, de 31.12.1990), en vigor en España desde el 5.1.1991, cuyo art. 7.1 establece: *El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*.

Si bien es necesario adaptar nuestra legislación a la normativa expresada en los Tratados Internacionales mencionados, sin embargo no compartimos la primera de las razones apuntadas, esto es, que algunos de los requisitos para el reconocimiento de la personalidad civil, como es el de la exigencia de la figura humana, contemplado en la redacción del

1 Vid., entre otros, DE LA IGLESIA MONJE, M.I., "La reforma del artículo 30 del Código civil. Estudio de las condiciones del nacimiento. Repercusiones jurisprudenciales", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, noviembre 2011, p. 3403 ss.; MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "La persona física: Comienzo y fin de la personalidad", en *Curso de Derecho Civil. Derecho privado. Derecho de la Persona*, coordinador Pedro de Pablo Contreras, Madrid, 2011, p. 331 ss.; LINACERO DE LA FUENTE, M., "La nueva redacción del artículo 30 del Código Civil y la creación de un archivo especial para hacer constar los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo 2012, p. 1329 ss.; FLORENSA I TOMÁS, C.E., "La modificación del criterio de adquisición de la personalidad civil: un análisis desde el derecho civil catalán", en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, octubre 2012, p. 1 ss.

anterior art. 30 del Código Civil pueda considerarse en la actualidad desfasado en el tiempo o anacrónico, como califican algunos autores que hemos mencionado². El motivo principal de nuestro rechazo es porque a la hora de interpretar el actual art. 30 no se ha tenido presente suficientemente la legislación sobre *Investigación Biomédica*³, especialmente la Ley 14/2007, de 3 de julio, (LIB) BOE, nº 159 que nos aclara algunos conceptos o definiciones científicas y que puede arrojar nuevas conclusiones sobre el verdadero alcance y contenido del citado artículo.

En consecuencia, este trabajo pretende subrayar la necesidad de tener muy presente las opiniones de los científicos en investigación biomédica para poder interpretar en su justo alcance lo contenido en preceptos jurídicos que traten a la persona. Esa unión entre Ciencia médica y Ciencia jurídica es imprescindible en la actualidad⁴, como lo fue en el pasado, ya que así lo pusieron de manifiesto los juristas romanos en algunas de sus interpretaciones sobre los distintos requisitos que había que tener presente en el momento del nacimiento del individuo. Por todo ello, trataremos en primer lugar la regulación jurídica de los requisitos para la adquisición de la condición de persona física en el derecho romano, para terminar con una reflexión de la nueva redacción del art. 30 del Código Civil.

II. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS REQUISITOS PARA LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE PERSONA FÍSICA EN EL DERECHO ROMANO

Según nuestro Código Civil, el nacimiento y la muerte de la persona (arts. 29 y 32) delimitan el inicio y extinción de la personalidad civil o jurídica. Por tanto, "persona" y "personalidad" son conceptos que, aunque diferentes, están estrechamente unidos en la medida que, en el ámbito jurídico, ambos se apoyan mutuamente para configurar su significado. Esta interdependencia viene motivada por el hecho de que el término "persona" contiene un significado que va más allá de su sentido vulgar⁵, esto es, no es sólo el ser

2 Vid. nota 1.

3 La legislación española recoge varias leyes con las que se ha ido regulando la reproducción humana asistida y la investigación biomédica. En concreto, cronológicamente, podemos señalar las siguientes:

La Ley 35/1988 sobre *Técnicas de Reproducción Asistida*; la Ley 42/1988 sobre *Donación y Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos*; la Ley 45/2003 que modifica los artículos 4 y 11 de la Ley 35/88; la Ley 14/2006 sobre *Reproducción Humana Asistida*; la Ley 14/2007 sobre *Investigación Biomédica*, que deroga la Ley 42/ 1988 antes mencionada; y, por último, el Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, *por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para la investigación biomédica*.

4 La industria biotecnológica ha situado la relación entre Ciencia, Ética y Derecho en el núcleo del debate social. De ahí la creciente conexión entre Bioética y Derecho que, incluso, ha provocado la aparición de una nueva rama jurídica, conocida como Bioderecho. Así, OLLERO, A., la define diciendo: "una nueva rama jurídica caracterizada por su atención al respeto y protección de la vida humana, desde la concepción hasta su final", en *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Pamplona, 2006, p. 19.

5 La voz latina "persona" proviene de *persono* (de *per* y *sono*, *as*, *are*) que significaba "sonar mucho", "resonar". De ahí el término *personare*, basado en AULO GELIO, *Noct. Att.*, V, 7, hace referencia a la máscara o careta que usaban los actores para representar a sus personajes y que, debido a la concavidad de la misma, servía al mismo tiempo para ahuecar o lanzar la voz: "*Personae*" *vocabulum quam lepide interpretatus sit quamque esse vocis eius originem dixit*

humano, sino todo ser capaz de ser sujeto de derecho y, en consecuencia, nos enlaza con el concepto de personalidad que, en palabras de De Castro, sería: *"la cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica, que corresponde al hombre (como tal) y que se reconoce o concede (traslativamente) a ciertas organizaciones humanas"*⁶.

Ahora bien, en la Antigüedad y concretamente en el Derecho romano, la personalidad o capacidad jurídica del hombre, así como las de las organizaciones humanas, sólo fue reconocida en época avanzada. En los tiempos más antiguos, la cualidad de hombre no era suficiente por sí sola para alcanzar la capacidad de ser persona y tener personalidad jurídica. Sujeto de derecho únicamente era el *paterfamilias*, o –lo que es lo mismo– todo individuo que reuniese los tres *status*: *libertatis* (ser libre y no esclavo), *civitatis* (ciudadano romano) y *familiae* (ser *sui iuris*, que sobre él no se ejerciera ningún tipo de *potestas* ya que él era el titular de la misma sobre todos los miembros –masculinos y femeninos– de su grupo familiar, *alieni iuris*). De ahí que, Paulo, *lib. II ad Sabinum*, D. 4, 5, 11 nos diga: *...tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam*. Un cambio en cada uno de los *status* provocaba la *capitis deminutio* que, al contrario de lo que aparentemente pudiera significar, no implicaba siempre una pérdida o disminución en la capacidad ya que, en ocasiones, implicaba un incremento de la misma (vgr., un *alieni iuris* que se convirtiera en *paterfamilias* y, por tanto, en persona *sui iuris*, ello suponía una conversión hacia una mayor capacidad aunque se considerase que había sufrido una *capitis deminutio minima*). En concreto, había tres grados de *capitis deminutio*: *Maxima*, cuando el hombre libre pasa a ser esclavo, y era máxima porque un cambio en ella afectaba directamente a la situación de los otros dos *status* (*civitatis* y *familiae*); *media*, implicaba un cambio en el *status civitatis*, afectando al *status familiae*, pero no al *status libertatis* y, por último, *minima* cuando el cambio afectaba exclusivamente al *status familiae*, pero no al *status civitatis* ni al *libertatis*.

Por consiguiente, la única persona que adquiriría plena capacidad jurídica o personalidad civil para ser sujeto del derecho era el *paterfamilias*. Sin embargo, esta situación no quedó inalterada, distintos factores sociales, políticos y religiosos irán provocando que poco a poco se dé la tendencia de hacer coincidir la capacidad jurídica o personalidad civil con la simple

rit Gavius Bassus. 1 Lepide mi hercules et scite Gavius Bassus in libris, quos de origine vocabulorum composuit, unde appellata "persona" sit, interpretatur; a personando enim id vocabulum factum esse coniectat. 2 Nam "caput" inquit "et os coperimento personae tectum undique unaque tantum vocis emittendae via pervium, quoniam non vaga neque diffusa est, set in unum tantummodo exitum collectam coactamque vocem ciet, magis claros canorosque sonitus facit. Quoniam igitur indumentum illud oris clarescere et resonare vocem facit, ob eam causam "persona" dicta est "o" littera propter vocabuli formam productiore. También suelen relacionar este término con otro de origen etrusco "phersus" escrito en la tumba de los Augures, relacionado con el personaje enmascarado participante en la escena. Cfr. ERNOUT, A.-MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1959, p. 500; MAROI, F., "Elementi religiosi del diritto romano arcaico", en *AG*, 109, 1933, p. 83 ss.; IMPALLOMENEI, G., v. "persona", en *NNDI*, 12, 1965, p. 1015 ss.; ALBANESE, B., v. "persona", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIII, 1983, p. 169 ss.; ALBURQUERQUE, J.M., en AA.VV., *Personalidad y capacidad jurídica*, tomo I, Córdoba, 2005, p. 89 ss.; ANTÚNEZ Y VILLEGAS, L.E., "Sobre la institución 'persona'", en *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Pedro Resina Sola (Ed.), Almería, 2012, p. 65 ss.; RIBAS ALBA, J.M., *Persona. Desde el Derecho Romano a la Teología Cristiana*, 2ª ed., Ed. Comares, 2012.

6 DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, vol. II, Pamplona, 2008, p. 31.

cualidad de hombre libre, ya que la esclavitud siempre estuvo presente en el mundo romano⁷.

Centrándonos en los requisitos exigidos para la adquisición de la condición de persona, hay que señalar que en el Derecho romano no existe una teoría uniforme. De manera dispersa, contamos con los criterios de los juristas que a partir del período clásico muestran su parecer sobre los mismos. De ellos se desprende que, desde el momento de la concepción, al *nasciturus* –aunque todavía no es persona– se le reconoce el derecho de adquirir todo aquello que le beneficie, nunca que le perjudique, con la única condición de que nazca con vida y con las exigencias que imponga el ordenamiento jurídico romano⁸. Por consiguiente, de las noticias contenidas en las fuentes podemos extraer los siguientes requisitos:

En primer lugar, el ser que nazca tiene que nacer de mujer libre, ya que nace esclavo el hijo de madre esclava aunque sea concebido por hombre libre. El criterio a seguir es siempre la condición jurídica de la madre y no la del padre⁹. Sin embargo, a partir del Derecho clásico y con la intención de favorecer al *nasciturus*, se admitió la libertad del hijo si la madre fue libre en algún instante de la concepción¹⁰. Este criterio sería posteriormente confirmado por Justiniano en Instituciones, 1,4pr., protegiendo al *nasciturus* diciendo expresamente que la desgracia de una madre no debe perjudicar al que está en el útero¹¹.

En segundo lugar, el nacimiento implica que el nuevo ser quedase separado por completo del claustro materno, *totus processit ad orbem*, sin lo cual *mulieris portio est vicerum*, según Ulpiano, *lib. XXIV ad ed.*, D. 25,4,1,1¹². Por otro lado, es indiferente que dicha separación se desarrollase mediante un parto natural o por cesárea, tal y como podemos apreciar en las opiniones de distintos juristas. En concreto, Ulpiano, *lib. IX ad Sabinum*, D. 28,2,12pr., cuando afirma que el hijo que nace después de hecho el testamento lo invalida,

7 Por ello, el jurista GAYO, *Institutiones*, I, 9 nos informa que la gran división referente al Derecho de las personas estriba en que de todos los hombres unos son libres y otros son esclavos: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*.

8 Sobre el *nasciturus*, cfr., entre otros, ALBERTARIO, E., "Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)", en *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 3 ss. (= en *BIDR*, 33, 1923, p. 1 ss.); ARCHI, G., v. "Concepción (diritto romano)", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, 1961, p. 11 ss.; GANDOLFI, G., v. "Nascita (diritto romano)", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII, 1977, p. 507 ss.; SALAZAR REVUELTA, M., "Algunas consideraciones sobre la doctrina del *nasciturus* en la tradición romanística y en la Codificación", en *Problemática del Derecho romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio*, Jaén, 1999, p. 289 ss.; BLANCH, J.M., "El concebido en el derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica", en *Anuario de Derecho Civil*, 2001, p. 1145 ss.

9 Gayo, *Inst.*, I, 82: *Illud quoque his consequens est, quod ex ancilla et libero iure gentium seruus nascitur, et contra ex libera et seruo liber nascitur*.

10 Así nos lo expresa Marciano, *lib. I. Inst.*, D. 1, 5, 3: *Ex hoc quaesitum est, si ancilla praegnas manumissa sit, deinde ancilla postea facta, aut expulsa civitate pepererit, liberum, an servum pariat? Et tamen rectius probatum est liberum nasci, et sufficere ei, qui in ventre est, liberam matrem vel medio tempore habuisse*.

11 *...quia non debet calamitas matris ei nocere qui in utero est. ex his et illud quaesitum est, si ancilla praegnas manumissa sit, deinde ancilla postea facta peperit, liberum an servum pariat? et Marcellus probat, liberum nasci: sufficere enim ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse: quod et verum est*.

12 BLANCH, J.M., "El feto como porción de la mujer: origen de un mito jurídico", en *El aborto perspectiva pluridisciplinar*, I Jornadas Universidad y Cultura de la Vida, Fundación Universitaria San Pablo-CEU, Madrid, 2002, p. 7 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, Madrid, 2012, p. 193.

debe entenderse también en el caso de que se extraiga al hijo del vientre de la madre¹³. Opinión confirmada por el mismo jurista, *lib. VIII ad legem Iuliam et Papiam*, D. 50, 16, 141, cuando establece que es hijo también cuando la mujer al morir pueda darlo a luz abriéndole el vientre: *Etiam ea mulier cum moreretur creditur filium habere, quae exciso utero edere possit*. Esta práctica existió desde la época arcaica, hasta el punto que el jurista Marcelo nos recuerda una antigua *lex regia* en la que se establecía la prohibición de enterrar a la mujer que estuviese embarazada sin proceder, antes, a extraer al feto del vientre de la misma; el que actuase de forma contraria sería considerado que mató una esperanza de vida¹⁴.

En tercer lugar, tiene que producirse un nacimiento con vida ya que, los nacidos muertos, se consideran que no han nacido ni han sido procreados, porque nunca pudieron ser llamados hijos. Así nos dice Paulo, *lib. I ad legem Iuliam et Papiam*, D. 50,16, 129: *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt*. En cuanto a la prueba de viabilidad¹⁵, esto es, que el recién nacido tenga posibilidades reales de vida independiente, hay que establecerla desde dos puntos de vista:

Por una lado, atendiendo a los signos de vida que se exigían al recién el nacido, esto es, mientras que para los proculyanos era necesario que emitiera gritos o llanto, para los sabinianos bastaba cualquier signo o manifestación de movimiento, opinión ésta última que asumió Justiniano en una constitución del año 530, C. 6, 29, 3¹⁶.

Por otro lado, en función de la duración de la gestación, es decir, hasta el momento del parto, es necesario que sea *pleni temporis* o, lo que es lo mismo, tras una gestación que haya durado seis meses completos, *partus perfectus*; según las decisiones jurisprudenciales basadas en las opiniones de los científicos de la época, especialmente en Hipócrates. Así, Paulo, *lib. XIX Responsorum*, D. 1, 5, 12, nos indica que, en base a la autoridad de Hipócrates¹⁷, el nacer al

13 *Quod dicitur, filium natum rumpere testamentum, natum accipe, etsi exsecto ventre editus sit; nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate.*

14 MARCELO, *lib. XXVIII Digestorum*, D.11, 8, 2: *Negat lex Regia, mulierem, quae praegrans mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur; qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.*

15 Vid., entre otros, AMBROSINO, R., "Il requisito della vitalità per l'acquisto della capacità giuridica in diritto romano", en *RISG*, 15, 1940, p. 3 ss.; IMPALLOMENE, G., "Il tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità", en *IURA*, 22, 1971, p. 120 ss.; ALEMÁN MONTERREAL, A., "La forma humana y su vinculación con la viabilidad: precedente romano del artículo 30 del Código Civil", en *Actualidad Civil*, 35, 1999, p. 1059 ss.; ID., "Precisiones terminológicas sobre *ostentum*", D. 50, 16, 38 (*Ulpianus libro 25 ad edictum*)", en *Fundamenta Iuris. op. cit.*, p. 49 ss.

16 *...Cumque sabiniani existimabant, si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum testamentum, apparet, quod, etsi mutus fuerat, hoc ipsum faciebat, eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet illico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit...*

17 Entre los médicos griegos destaca especialmente Hipócrates (460-377 a.C.) al ser considerado el más importante de la antigüedad y el padre de la medicina. Se cree que nació en la isla griega de Cos y, aunque se sabe poco de su vida, las fuentes confirman que viajó mucho aunque finalmente se quedó a vivir definitivamente en dicha isla donde enseñó medicina y trabajó como médico. Se le atribuyó el llamado *Corpus hippocraticum*, integrado por un conjunto de 70 obras, de los conocimientos médicos de la escuela de Cos. La importancia de este médico radica en su punto de vista antagónico a las creencias tradicionales que otorgaban a la enfermedad un carácter divino o castigo de los dioses. Frente a esta opinión, Hipócrates ofrece una visión racional en la que considera que las enfermedades son el resultado de los hábitos vitales, la alimentación y el ambiente. En consecuencia, este científico aparta la medicina de la superstición, la magia, la leyenda y las tradiciones basadas en espíritus malignos, duendes y otras criaturas que se apropiaban del organismo y le causaban enfermedades. Dentro del *Corpus hippocraticum*

séptimo mes es un parto perfecto y, por ello, si fue después de justas nupcias, el hijo nacido hay que considerarlo legítimo¹⁸. En términos similares, Ulpiano, *lib. XIV ad Sabinum*, D. 38, 16, 3, 12 confirma esta noticia cuando hace referencia al que nació a los 182 días calificándolo de *iusto tempore*¹⁹.

Sin embargo, mayor problema presentaban los nacidos en el octavo y noveno mes de embarazo ya que el nacimiento perfecto era el que se producía en el décimo mes al considerarse como el final de la gestación. Así Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, III, 16, 1-24 nos dice: *Tanto médicos como filósofos ilustres se preguntaron sobre el tiempo de gestación de un ser humano. Es opinión extendida y aceptada como verdadera que una vez el útero femenino recibe el semen, es raro dar a luz a los siete meses, jamás en el octavo, a menudo en el noveno y, sobre todo, más frecuente en el décimo mes, y que ese es el punto final de la gestación: no diez meses comenzados, sino cumplidos*²⁰. Aunque puede sorprender que se hable de diez meses como tiempo normal de gestación, sin embargo se puede explicar en el sentido de que una mujer, normalmente, da a luz pasados nueve meses, esto es, en el décimo mes, lo que no implicaría el tener que dar a luz a los diez meses²¹.

De todas formas, no se puede establecer un tiempo exacto de gestación porque – como el mismo Hipócrates aclara– no todos los casos son iguales, según leemos en el texto citado: *...Hipócrates, por su parte, en el libro que antes me referí, al delimitar tanto el número de días en los que se conforma el feto en el útero como en el tiempo mismo del parto en nueve o diez meses, y al afirmar que no es siempre el mismo, sino que unas veces tiene lugar antes y otras después, terminó diciendo lo siguiente: nace en esos meses más o menos, enteramente y en parte: pero ni muy superior es el tiempo de más ni muy inferior es el tiempo de menos*²². En el mismo fragmento, Aulo Gelio recoge el problema que presentaba cuando el parto se producía a los ocho meses, ya que Hipócrates en su libro titulado *Sobre los alimentos* señalaba que, los mismos, "existen o no existen", es decir, –como bien explica el médico Sabino– Hipócrates consideraba que *existen porque parecen estar vivos después del aborto, pero no existen porque luego de esto mueren. Así pues, existen y no existen, porque están vivos*

destacan los tratados ginecológicos que trata de las enfermedades y naturaleza de la mujer, así como la escisión del feto. Vid. López Férez, J. A., "Tratados hipocráticos: Estudios acerca de su contenido, forma e influencia", en *Actas del VIIe Colloque International Hippocratique, Madrid, 24-29 de Septiembre de 1990*, Madrid, 1992.

- 18 *Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.*
- 19 *De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum, nec videri in servitute conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogensimum secundum diem esset manumissa.*
- 20 *Et medici et philosophi illustres de tempore humani partus quaesiverunt, πόσος ὁ τῆς τῶν ἀνθρώπων κησέως χρόνος : et multa opinio est, eaque iam pro vero recepta, postquam mulieris uterum semen, conceperit, gigni hominem septimo rarerent, numquam octavo, saepe nono, saepius numero decimo mense; eumque esse hominem gignendi summum finem, decem menses non inceptos, sed exact.*
- 21 Vid., en este sentido, RUIZ DE ELVIRA, A., "Decem menses", en *CFC (L)*, 10, 1996, p. 115 ss.
- 22 *...Hippocrates autem in eo libro, de quo supra scripsi, cum et numerum dierum, quibus conceptum in utero coagulatum conformatur, et tempus ipsius partionis nono aut decimo mense definisset neque id tamen semper eadem esse fini dixisset, sed alias ocius fieri, alias serius, hisce ad postremum verbis usus est: Γίνεται δὲ ἐν τούτοις καὶ πλείω καὶ ἐλάσσω καὶ ὄλου κατὰ μέρος, καὶ εἴπομεν δὲ καὶ πλείω πλείωνων καὶ ἐλάσσω ἐλασσόνων.*

después del aborto, pero no existen porque están vivos un instante en apariencia, pero ya no en esencia²³.

Así las cosas, un parto perfecto significa un parto no prematuro o viable. La no viabilidad, según Iglesias, puede ser entendida en dos sentidos: Uno propio, es decir, cuando el nacimiento se produce antes de que el feto haya alcanzado en el claustro materno el desarrollo suficiente para seguir viviendo después de salir a luz. En sentido impropio, no viable es la ineptitud orgánica para continuar la vida del parto maduro, de aquel que nació después de un periodo normal de gestación. De ahí que la doctrina no niega la personalidad jurídica al parto maduro, aunque un defecto orgánico le impida seguir viviendo. Por otro lado, el abortado puede nacer vivo. Pero, el nacido vivo es aborto (*abortus*) cuando, por nacer prematuramente del claustro materno, no alcanza el desarrollo orgánico necesario para continuar con la vida. Sólo de tal causa depende la negación de la personalidad jurídica²⁴.

Por último, en cuarto lugar, se exige que el nacido tenga forma humana. Este requisito no ha estado, ni sigue estando, exento de polémica²⁵. Dado que las decisiones jurisprudenciales se muestran en función de las necesidades prácticas y, siendo éstas muy variadas, las fuentes contenidas en la compilación justiniana nos dan soluciones diversas. En concreto, nos encontramos con dos posiciones diferentes mantenidas por los juristas Ulpiano y Paulo: El primero, señala la posibilidad de contabilizar como hijos los nacidos sin la forma humana habitual, justificando que esta fatalidad no debe perjudicar a los padres, así en *lib. IV ad legem Iuliam et Papiam*, D., 50, 16 135²⁶. En otro texto, nos dice que invalida el testamento el que nació vivo pero no perfecto, *lib. IX ad Sabinum*, D. 28, 2, 12, 1: *Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? Et tamen rumpit*. Frente a estos textos, Paulo se manifiesta más tajante no otorgando la condición de hijos a los que nacen sin la forma humana habitual, como cuando una mujer da a luz algo monstruoso o anormal, *lib IV Sententiarum* D. 1, 5, 14²⁷.

23Sed huius de mense octavo dissensionis causa cognosci potest in libro Hippocratis, qui inscriptus est Περὶ τροφῆς, ex quo libro verba haec sunt: "Ἔστι δὲ καὶ οὐκ ἔστιν ὀκτάμηνος γένεσις. Id tamen obscure atque praecise tamquam adverse dictum Sabinus medicus, qui Hippocratem commodissime commentatus est, verbis his enarravit: "Ἔστι μὲν φαινόμενα ὡς ζῶα μετὰ τὴν ἔκτρωσιν· οὐκ ἔστι δὲ, ὡς θνήσκοντα μετὰ ταῦτα· καὶ ἔστιν οὖν φαντασία μὲν παρανότικα ὄντα, δυνάμει δὲ οὐκ ἔστι.

24 IGLESIAS, J., *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Madrid, 1987, p. 119 y 120.

25 Vid., entre otros, AMBROSINO, R., "Il requisito della vitalità per l'acquisto della capacità giuridica in diritto romano", *op. cit.*, p. 1 ss.; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1965, p. 113 ss.; IMPALLOMENI, G., "Il tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità", *op. cit.*, p. 99 ss.; DALLA, D., "Status e rilevanza dell'«ostentum»", en *Sodalitas. Scritti in onore de Antonio Guarino*, vol. 2, Napoli, 1984, p. 519 ss.; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, *op. cit.*, p. 190; ALEMÁN MONTERREAL, A., "La forma humana y su vinculación con la viabilidad: precedente romano del artículo 30 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1059 ss.; ID., "Precisiones terminológicas sobre ostentum", D. 50, 16, 38 (*Ulpianus libro 25 ad edictum*), en *Fundamenta Iuris*, *op. cit.*, p. 49 ss.

26 *Quaeret aliquis, si portentosum, vel monstrosum, vel debilem mulier ediderit, vel qualem visu, vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? Et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id, quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet.*

27 *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur.* En el mismo sentido, se puede leer en las Sentencias de Paulo, 4, 9, 3: *Mulier*

La mayor parte de la doctrina considera que la diversidad de opiniones se debe a que Ulpiano hace una interpretación a tenor de lo establecido en la *lex Iulia et Papia Poppaea*, por la que Augusto otorgaba premios y beneficios a los que tenían hijos, imponiendo penas a los que carecían de ellos. Así, el hijo que naciera portentoso, monstruoso o sin la forma humana habitual, no debía perjudicar a la madre ni a los padres, en general, si ello se debe a la fatalidad y éstos acataron lo ordenado, esto es, lo establecido en la leyes augusteas. Mientras que los textos de Paulo habría que analizarlos en función de lo establecido en el senadoconsulto Tertuliano que, bajo Adriano, otorgaba la herencia del hijo a la madre que gozase del *ius liberorum*, esto es, que hubiese procreado tres hijos (*ius trium liberorum*) si era ingenua; o bien, cuatro (*ius quattuor liberorum*) si se trataba de una madre liberta.

Por nuestra parte, interpretamos que la exigencia de la forma humana viene establecida en el Derecho romano desde la época arcaica, cuando el *ius* y el *fas* estaban plenamente fusionados y el pueblo romano creía firmemente que un niño nacido monstruoso era un signo de ruptura de la *pax deorum* y, la necesidad de su muerte, podía ser interpretada como un acto expiatorio²⁸. En este sentido, Dionisio de Halicarnaso, *Ant. rom.*, II, 15, 2 nos informa de que Rómulo estableció a sus habitantes la obligación de que criaran a todo vástago varón y a las hijas primogénitas y que no mataran a ningún niño menor de tres años, a no ser que fuese lisiado o monstruoso desde su nacimiento. Sin embargo, no impidió que sus padres lo expusieran tras mostrarlos antes a cinco vecinos más cercanos²⁹. Estos comportamientos regulados por los *mores maiorum* o *mores civitates* supervivieron durante la *lex XII Tabularum*, tab. IV, 1, tal y como lo recuerda Cicerón, *Leg.*, III, 8, 19: *Cum esset cito necatus tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer*, ordenando la inmediata muerte del recién nacido que mostraba evidentes signos de deformación. Muerte que, normalmente, consistía en arrojándolos al mar³⁰.

si monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur.

28 Así, TITO LIVIO, *Ab urbe condita libri*, XXXIV, 45, 7; XXXV, 21, 3; XLI, 21,12, nos informa del nacimiento de niños con importantes deformaciones monstruosas que requerían de un acto expiatorio. Cfr., entre otros, FAYER, C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, Roma, 1994, p. 184; ALEMÁN, A., "Precisiones terminológicas sobre ostentum...", *op. cit.*, p. 54.

29 πρώτον μὲν εἰς ἀνάγκην κατέστησε τοὺς οἰκήτορας αὐτῆς ἅπασαν ἄρρενα γενεὰν ἐκτρέφειν καὶ θυγατέρων τὰς πρωτογόνους, ἀποκτινύνοντα δὲ μηδὲν τῶν γεννωμένων νεώτερον τριετοῦς, πληνεῖ τι γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον ἢ τέρας εὐθὺς ἀπογονῆς. ταῦτα δ' οὐκ ἐκάλυπεν ἐκτιθέναι τοὺς γενναμένους ἐπιδείξαντας πρότερον πέντε ἀνδράσι τοῖς ἐγγιστα οἰκοῦσιν, εἴαν κάκεῖνοις συνδοκῆ. κατὰ δὲ τῶν μὴ πειθομένων τῷ νόμῳ ζημίας ὄρισεν ἄλλα τε καὶ τῆς οὐσίας αὐτῶν τὴν ἡμίσειαν εἶναι δημοσίαν.

30 SENECA, *Ira*, I, 15, 2: *Quid enim est cur oderim eum cui tum maxime prosum cum illum sibi eripio? Num quis membra sua tunc odit cum abscedit? Non est illa ira, sed misera curatio. Rabidos effligimus canes et trucem atque inmansuetum bouem occidimus et morbidis pecoribus, ne gregem polluant, ferrum demittimus; portentosos fetus extinguimus, liberos quoque, si debiles monstrosique editi sunt, mergimus; nec ira sed ratio est a sanis inutilia secernere.* SENECA, el Retórico, *Controversiae*, X, 4, 16: *TVRRINVS CLODIVS hoc colore usus est: multos patres exponere solitos inutiles partus. nascuntur, inquit, quidam statim aliqua corporis parte mulcati, infirmi et in nullam spem idonei, quos parentes sui proiciunt magis quam exponunt. aliqui etiam vernulas aut omine infausto editos aut corpore invalidos abiciunt. ex his aliquos hic sustulit et eas partes, quae cuique possent miserabiliores esse, manu abstulit. stipem rogant et unius misericordia vivunt, omnium aluntur. 'at res foeda est mendicos habere, a mendicis ali, inter debiles versari' age, non pudet vos ex hoc producere contubernio reum, (a) quo dicatis laesam rem publicam? et sic descendit*

En la medida que el *iusse* va separando del *fas*, los *mores maiorum* se irán manteniendo siempre y cuando encuentren su fundamento, no en la religión, sino en la razón y en la *interpretatio* que desarrollen los juristas romanos. En este sentido, se comprende que Ulpiano y Paulo mostrasen sus pareceres basándose en las opiniones y experiencias de los científicos y médicos de la antigüedad, como son las referencias a Hipócrates que hacen ambos juristas, en D. 38,16, 3, 12 y en D. 1,5,12 respectivamente.

Ahora bien, las diferencias de opiniones entre ambos, consideramos que se deben a distintos puntos de vista a la hora de definir qué debe entenderse por figura humana, así como las distintas consideraciones sobre enfermedades o defectos físicos que en algunos casos podían, o no, impedir la adquisición de la personalidad jurídica del recién nacido.

Como punto de partida, interpretamos que ambos juristas quieren precisar que la figura humana mínima que debe tener todo ser que nazca de una mujer después de un periodo de gestación pleno (el que nace al séptimo mes de embarazo, según Paulo, D. 1, 5, 12; o bien, después de 182 días de gestación, según Ulpiano, D. 38, 16, 3, 12) debe ser la suficiente para permitirle desarrollar una vida propia, esto es, la que llevaría cualquier ser humano. Por ello, habrá defectos físicos que no impidan el que un ser que nace sea reconocido como persona y otros, en cambio, sí lo impidan.

De ahí que, Ulpiano, *lib. XXV ad Ed.*, D. 50, 16, 38 nos diga que *Labeo* definió el "portento" como todo lo que se engendra o hace contra la naturaleza de una cosa. Distinguiendo dos clases de portentos: Aquellos que nacen contra la naturaleza, por ejemplo, con tres manos o tres pies; de aquellos otros considerados prodigios y que los griegos llaman "fantasma" (*φαντάσματα*)³¹. Por otro lado, Ulpiano con motivo del estudio que hace del Edicto de los ediles a tenor del ejercicio de la acción redhibitoria y *quanti minoris* en la venta de esclavos, realiza una detallada exposición distinguiendo entre lo que son enfermedades y vicios del cuerpo humano y, dentro de estos vicios, los que son puramente físicos de los espirituales. Concretamente, en *lib. I ad Ed. Aedilicium currulium*, D. 21, 1, 1, 7 expone la definición de Sabino sobre lo que es enfermedad, estableciendo que es la conformación en un cuerpo contra lo natural, haciendo su uso menos apto para aquello que exija la naturaleza. Distinguiendo entre lo que es un vicio de lo que es una enfermedad, es decir, aclara que el vicio es un defecto pero no una enfermedad³². Además, Ulpiano se preocupa en diferenciar entre los que son "vicios corporales" con respecto a los "vicios del espíritu", entendiéndolo que sólo los compradores podrían ejercitar la acción redhibitoria de aquellos defectos o vicios corporales que impidan el trabajo o servicio del esclavo, pero no ocurriría lo mismo con los

ad argumenta, ut diceret: quomodo hic potuit laedere?

- 31 "Ostentum" *Labeo* definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. Duo genera autem sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est: alterum, cum quid prodigiosum videtur, quae Graeci *φαντάσματα* vocant.
- 32 Sed sciendum est morbum apud Sabinum sic definitum esse habitum cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius ad id facit deteriorem, cuius causa natura nobis eius corporis sanitatem dedit: id autem alias in toto corpore, alias in parte accidere (namque totius corporis morbus est puta *fvísis* febris, partis veluti caecitas, licet homo itaque natus sit): vitiumque a morbo multum differre, ut puta si quis *balbus* sit, nam hunc vitiosum magis esse quam morbosum.

vicios del espíritu que no tendrían que afectar a dicho uso o servicio del mismo. Así, en, *lib. XLIV ad Sabinum*, D. 21,1, 9³³.

Es verdad que Ulpiano en estos textos no menciona en ningún momento enfermedades o defectos físicos o mentales que afecten a la personalidad jurídica de la persona, pero sí está relatando las enfermedades y vicios que pueden encontrarse en los esclavos que, a pesar de ser considerados jurídicamente como cosas, su naturaleza humana los distingue del resto de los objetos del Derecho. Y, por ello, Ulpiano resalta que, dado el fin que se persigue con los esclavos, lo importante es la discapacidad física que impida un servicio idóneo de ellos, poniendo en un segundo plano los vicios considerados del espíritu (*animi vitiis*) en la medida que éstos afectarían a la inteligencia o mente del esclavo, no tan imprescindible como su fuerza física, ya que a éste principalmente se le exige que ejecute la voluntad de su *dominus*, no que desarrolle su propia voluntad. Así se comprende que los vicios en el espíritu no dieran lugar al ejercicio de la acción redhibitoria por parte de los compradores de esclavos, tal y como el mismo Ulpiano nos informa en, *lib. I ad Edictum Aedilium curulium*, D. 21,1,1,10: ... *sed vitium animi, non corporis, ideoque redhibere non posse*.

Curiosamente, al contrario de lo que pasa con los esclavos, en los hombres libres puede producirse la ruptura de un testamento y, por tanto, ser heredero para aquellos que tenían defectos físicos pero no en los considerados del espíritu; tal y como se aprecia en, *lib. IX ad Sabinum*, D. 28, 2, 12, 1. Ahora, a diferencia del esclavo, se exige que el ser humano que vaya a ser considerado persona, aunque nazca con defectos físicos, deba reunir las condiciones mínimas para obtener la capacidad jurídica que se exige a cualquier persona; de ahí la expresión *cum spiritu tamen* que se contrapone con la expresión *animi vitiis* que aparecía en D. 21, 1, 9.

Por su parte, Paulo otorga mucha importancia a la apariencia humana como requisito de la personalidad jurídica del hijo que nace, tal y como vimos en D. 1,5,14 (= P.S., 4,9,3), de tal manera que no son tenidos por hijos los que nacen sin la forma humana habitual, como cuando una mujer da a luz algo monstruoso o anormal. Sin embargo, en el mismo texto, sigue diciendo que aquel que nace con miembros humanos en número superior al normal parece, en cierto modo, perfecto y por lo tanto se contará entre los hijos: ...*Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur*.

Este texto nos invita a reflexionar sobre los miembros del cuerpo humano, es decir, sobre el número de órganos que debe tener un ser humano para ser considerado persona física, así como la importancia o supremacía de unos sobre otros. Por ello, habría que preguntarse ¿qué es para Paulo un ser monstruoso o anormal? Expresamente no encontramos la respuesta en ningún texto, pero con motivo del texto anterior podemos apreciar que para el jurista clásico

33 *Apud vivianum quaeritur, si servus inter fanaticos non semper caput iactaret et aliqua profatus esset, an nihilo minus sanus videretur. Et ait Vivianus nihilo minus hunc sanum esse: neque enim nos, inquit, minus animi vitiis aliquos sanos esse intellegere debere: alioquin, inquit, futurum, ut in infinito hac ratione multos sanos esse negaremus ut puta levem superstitiosum iracundum contumacem et si qua similia sunt animi vitia: magis enim de corporis sanitate, quam de animi vitiis promitti.*

no tiene la consideración de monstruo el que nace con un número superior de miembros y, en consecuencia, sí podría ser considerado persona, probablemente porque considere que tales imperfecciones no tienen que afectar a su desenvolvimiento como persona física. Sin embargo, cuestión distinta es si el defecto se centra en la cabeza ya que, para Paulo, este miembro es considerado como la parte principal del cuerpo humano, así podemos ver en, lib. III *Quaestionum*, D. 11, 7, 44 cuando, con motivo de enterrar en diversos lugares las distintas partes de un cadáver, éste jurista califica la cabeza como parte principal al considerarla como "la imagen por la que somos conocidos"³⁴.

Por consiguiente, aunque también compartimos la opinión de aquellos que consideran que el requisito de la forma humana para el reconocimiento de la personalidad jurídica tuvo un distinto tratamiento jurídico en la *lex Iulia* y *Papia Poppaea* de época de Augusto con respecto a la recogida con relación al senadoconsulto Tertuliano, sin embargo consideramos que no se dan importantes diferencias en la interpretación que este ámbito realizan Ulpiano y Paulo. Concretamente, ambos dan menos importancia a los vicios o defectos físicos que a los vicios o defectos que afecten al espíritu (según Ulpiano) o a la cabeza (según Paulo) para la adquisición de la personalidad jurídica. De ahí que, desde nuestro punto de vista, podríamos interpretar una equiparación entre el texto de Ulpiano, D. 28, 2, 12, 1, cuando considera que rompe testamento aquel que nace vivo, con espíritu, pero no perfecto, tal y como antes expusimos, con aquel otro texto de Paulo, D. 1, 5, 14, al estimar como hijo a aquel que nace con un número de miembros superior al normal. Confirma esta identidad, cuando Ulpiano hablando de los esclavos nos dice que no es importante el número de dedos que tenga en los pies o en las manos, siempre y cuando el esclavo pueda usarlos sin impedimento, *lib. I ad Edictum Aedilium curulium*, D. 21, 1, 10, 2³⁵. En los distintos supuestos, los juristas interpretan lo que son vicios o defectos físicos que no tienen razón de impedir al individuo un desenvolvimiento normal de persona física, siempre y cuando nazca después de 182 días de gestación, según Ulpiano D. 38, 16, 3, 12, o en el séptimo mes de embarazo, según Paulo D. 1,5,12.

En definitiva, la finalidad primordial del requisito de la forma humana era la de reforzar la viabilidad del ser que nacía y, al poco tiempo, moría por cualquier circunstancia, ya que los juristas romanos nunca tuvieron presente la necesidad de que transcurriese un tiempo determinado concreto para otorgarle personalidad jurídica desde que se producía el desprendimiento del claustro materno del recién nacido. La figura humana era un signo objetivo de que se había producido el nacimiento de una persona física, siempre y cuando el nacido fuese libre y después del tiempo de gestación anteriormente mencionado.

34 *Cum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit, quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest: mihi autem videtur illum religiosum esse, ubi quod est principale conditum est, id est caput, cuius imago fit, inde cognoscitur. Cum autem impetratur, ut reliquiae transferantur, desinit locus religiosus esse.*

35 *Sed si quis plures digitos habeat sive in manibus sive in pedibus, si nihil impeditur numero eorum, non est in causa re-dhibitionis: propter quod non illud spectandum est, quis numerus sit digitorum, sed an sine impedimento vel pluribus vel paucioribus uti possit.*

III. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO CIVIL

Con la aparición de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, se produce una importante transformación en el contenido del art. 30 del Código Civil, ya que se da una nueva redacción a este precepto –en la Disposición Final Tercera de dicha Ley– al establecerse que *la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*. Con anterioridad, dicho artículo disponía: *Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviese figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*. La mayoría de la doctrina civilista coincide en resaltar y elogiar la supresión de dos requisitos históricos: Por un lado, la exigencia de la "figura humana" (con claros antecedentes en el Derecho romano) y, por otro lado, el plazo de supervivencia de las "veinticuatro horas" (originario de los Derechos germánicos); ya que consideran que ambos requisitos son en la actualidad desfasados y anacrónicos, tal y como indicamos en la introducción de este trabajo³⁶.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la nueva redacción del art. 30 del Código Civil, por una parte y aunque no lo manifieste de forma expresa, mantiene viva la tradición del Derecho romano a la hora de concretar los requisitos para la adquisición de la personalidad; pero, por otro lado, apreciamos un contenido impreciso y poco acorde con la legislación sobre biomédica (Ley 17/2007, de 3 de julio, de *Investigación Biomédica*) en algunos de sus términos y expresiones, pudiendo dar lugar a ciertas incertidumbres.

Los dos únicos requisitos que se exigen para la adquisición de la personalidad en la actualidad son: el nacimiento con vida y que se produzca un entero desprendimiento del seno materno. Como se puede apreciar, ambos tienen su naturaleza jurídica en la legislación romana, según tuvimos ocasión de analizar. Sin embargo, lo que no aclara la nueva redacción del art. 30 son los signos de vida o viabilidad que hay que tener presente para valorar adecuadamente si el ser que ha nacido tuvo –aunque fuese por un instante– vida y, en consecuencia, personalidad jurídica antes de su fallecimiento. En este sentido, recordemos que en Derecho romano se consideraba que había vida cuando el nacido se movía y tenía figura humana, una vez separado del claustro materno y tras seis meses de gestación como mínimo; con anterioridad al actual art. 30, la vida se comprobaba con la prueba de la viabilidad en sus dos vertientes: la figura humana y vivir separado del claustro materno veinticuatro horas. Distinguiendo, por tanto, la "viabilidad legal" frente al de "viabilidad natural o médico-biológica"³⁷.

36 Vid., nota 1.

37 Este último criterio es el empleado actualmente por el Código Civil francés, distinguiendo los conceptos que interpretara DE CASTRO al diferenciar entre: La "viabilidad propia", entendida como la madurez fetal o estado del feto de, al menos, una mínima aptitud para vivir, dado el tiempo de su desarrollo intrauterino. Distinta a ella, estaría la "viabilidad impropia" o carencia de vicios teratológicos, es decir, estado del feto que presente, al menos, mínima aptitud para vivir, por no tener defectos orgánicos, detención o perversión del desenvolvimiento, enfermedad o lesión intra o extrauterina, de consecuencias mortales, según la definición dada por el mencionado autor. Vid., en *Derecho Civil de España, op, cit.*, p. 106 ss.

Desaparecidas ambas vertientes de viabilidad en la nueva redacción de dicho artículo, no nos queda más remedio que presumirla en base a los indicios que se desprenden del contenido de otras normas y de las opiniones de los científicos reflejadas en la legislación biomédica. El problema se presenta ante el fallecimiento del recién nacido en un instante muy cercano a su nacimiento, cuando todavía ni siquiera se había realizado la inscripción del mismo. En tales casos, la prueba de la viabilidad tiene que apoyarse en las certificaciones médicas de los especialistas que asistieron al parto y posterior fallecimiento. Ante un alumbramiento fuera de un centro sanitario y no interviniendo en el parto un especialista sanitario, el padre o la madre o el pariente más próximo harán la declaración de nacimiento y posterior defunción; pero, en cualquier supuesto, se necesita una certificación médica que habrá que presentar en el Registro Civil. Todo ello se regula en los arts. 44, 45, 46, 47 y 66 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Por consiguiente, la prueba de la viabilidad queda sometida, no a una apreciación basada en datos perfectamente visibles por cualquiera (figura humana y separación del claustro materno veinticuatro horas, como antes se exigía), sino a la apreciación de los especialistas sanitarios (médicos) ya que, tras el examen del recién nacido, son ellos los que determinarán qué "tipo o fase de vida" tenía para considerarlo, o no, un sujeto del Derecho aunque posteriormente muriese. Por ello, consideramos muy importante la Ley 14/2007 sobre *Investigación Biomédica* en la que encontramos el artículo 3, titulado *Definiciones*, en donde se exponen veinticuatro conceptos que se apoyan en conocimientos científicos, técnicos y jurídicos. Entre dichas definiciones, algunas son especialmente interesantes ya que nos aclaran las distintas fases de la vida del ser humano antes de su nacimiento y, basándonos en ellas, adelantamos nuestras conclusiones al considerar que, desde nuestro punto de vista, el requisito de la figura humana –no mencionado en el nuevo art. 30 del Código Civil– sigue estando vigente a pesar de que la doctrina lo considere eliminado.

En concreto, el razonamiento de nuestra interpretación parte de la Ley 14/2007 que define claramente la diferencia entre "embrión" y "feto", diciendo:

- Art. 3, l) "*Embrión*": Fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuándose del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener.
- Art. 3, n) "*Feto*": Embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto.

La regulación jurídica de las investigaciones biomédicas muestra de manera muy clara que la vida biológica del ser humano comienza desde la fecundación y evoluciona en distintas fases. En todas ellas hay vida. Lo que ocurre es que para la adquisición de la personalidad jurídica hay que alcanzar una determinada fase de vida, lo suficientemente evolucionada (*apariencia humana y con sus órganos formados*), para ser sujeto del derecho

tras el nacimiento o separación del seno materno. En este sentido, aunque el art. 30 del Código Civil omite la expresión "feto" y "figura humana", no significa que no se exija, puesto que tras el nacimiento y separación del seno materno y posterior fallecimiento, el médico tendrá que certificar si nació con vida apta para poder subsistir como cualquier persona de no haberse producido el fallecimiento.

Consideramos, desde nuestro punto de vista, que es importante discernir entre la existencia de vida humana que se admite en el mundo de la Ciencia y el criterio de vida que el mundo del Derecho delimita en cada momento histórico. Por ello, mientras que los científicos establecen una variedad muy amplia de tipos o fases de vida biológica que se inicia desde la fecundación, ya sea natural o *in vitro*³⁸; sin embargo, los juristas parten del nacimiento o separación del seno materno para verificar si el ser nacido tuvo o vida. Por esta razón, los especialistas sanitarios cuando tienen que certificar la existencia de una vida humana –en coherencia con las exigencias del ordenamiento jurídico– tienen que concretar o acotar más los requisitos para la misma, observando que el ser que nace separándose del seno materno tiene o ha tenido (aunque sea por un instante) una vida apta para poder continuar existiendo como persona.

En este sentido, uno de los criterios que se siguen en el mundo de la Ciencia para determinar el inicio de la vida de un ser humano, desde el punto de vista de los requisitos requeridos por el Derecho, es el de "la independencia corporal" que, según los propios científicos, encuentran su primitiva regulación en el Derecho romano³⁹. Así autores como Luis Vivanco, Alfredo Martínez y Nicolás Jouve de la Barreda, dicen expresamente: *la independencia corporal es un criterio de naturaleza jurídica según el cual un ser humano lo es sólo en la medida que se evidencia una independencia corporal y metabólica respecto a otro.*

*Este criterio se soporta sobre la 'teoría del portio mulieris' derivada de una valoración que supuestamente se sigue del derecho romano. Autores como Charles Maynz, Ursicinio Álvarez y Sebastián Artilles hacen uso de él para objetar en contra de un estatuto antropológico en el embrión. Según ellos el embrión debería ser considerado más como una parte de la mujer o 'porción de su cuerpo', antes que como un individuo autónomo. Así, según este criterio al embrión no se le podría reconocer una condición de individualidad*⁴⁰. Estos autores, no niegan

38 En efecto, la Ley 14/2007, (LIB), además de los conceptos de "embrión" y "feto", anteriormente expresados, también define al "preembrión" diciendo en el art. 3, s): "el embrión constituido *in vitro* formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde". Todas estas definiciones jurídicas del mundo científico han sido interpretadas por autores como ZURRIARÁIN, R.G., diciendo lo siguiente: "Paradójicamente, la Ley 14/2006 y 14/2007 definen al 'preembrión' no como un grupo de células (Ley 35/88) sino como un embrión. El feto también es definido como un embrión. Estas definiciones manifiestan que el 'preembrión', el embrión y el feto se constituyen en la fecundación, pues sin ésta no hay ni 'preembrión', ni embrión, ni feto. Luego la fecundación es el momento en que se inicia el ser humano que va desarrollándose paulatinamente", en *Cuadernos de Bioética*, XX, 2º, 2009, p. 175, nt. 39.

39 Vid., EJIJK, W., "Los criterios de la individualidad orgánica y el estatuto bioantropológico del embrión preimplantatorio", en *El embrión humano en la fase de preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas*. Actas de la XII Asamblea General de la P.A.V., 2006 Febr. 27-Mar. 1º, Madrid, BAC, 2008, p. 85 ss.

40 VIVANCO, L., MARTÍNEZ, A., JOUVE DE LA BARREDA, N., "Valoración bioética y jurídica del diagnóstico genético preimplantatorio en España", en *Cuadernos de Bioética*, XXI, 2º, 2010, p. 222. Vid, además, VIVANCO, L., BARTOLOMÉ, B., SAN MARTÍN, M., MARTÍNEZ, A., "La utilización del término preembrión en la literatura científica", en *Journal of*

la existencia de vida al embrión, pero lo que sí dejan claro es que el embrión no reúne las condiciones necesarias todavía (porque se encuentra en una fase de vida primaria) para alcanzar esa 'individualidad' que mencionan.

Cosa distinta es cuando nos encontramos que el ser que nace desprendiéndose del seno materno es un feto, ya que éste es definido (art. 3, apartado 'n' de la Ley 14/2007, LIB), también como un embrión pero con *apariencia humana y con sus órganos formados* que, en cierta manera, nos hace recordar la exigencia de la *figura humana* que se contemplaba como requisito para adquirir la condición de persona tanto el Derecho romano como el art. 30 del Código Civil anterior a la actual reforma. Hoy no aparece en el nuevo art. 30, pero interpretamos –no que no se exija– sino que el nuevo art. 30 prescinde de mencionarlo ya que se encuentra vigente en el art. 3, letra 'n' de la Ley 14/2007 (LIB) y, hasta el momento, no se ha producido ninguna derogación del mismo en la reciente Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, ni en ninguna otra norma.

Por consiguiente, consideramos que el actual art. 30 del Código Civil aunque no lo diga expresamente, cuando habla de *nacimiento con vida*, está haciendo referencia a un feto que debe haber alcanzado *apariencia humana y con sus órganos formados*, tal y como hemos visto que se contempla en el art. 3, letra 'n' de la Ley 14/2007.

Finalmente, interpretamos que el período de gestación adecuado para alcanzar el nivel o fase de vida más idónea para adquirir personalidad ha de ser seis meses de gestación; ya que superado dicho tiempo y a pesar de que nazcan muertos podrán figurar en un archivo del Registro Civil, aunque sin efectos jurídicos, pero pudiendo otorgarles sus progenitores un nombre, tal y como se establece en la Disposición adicional cuarta de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil al decir: *Figurarán en un archivo del Registro Civil, sin efectos jurídicos, los fallecimientos que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación y no cumplieran las condiciones previstas en el artículo 30 del Código Civil, pudiendo los progenitores otorgar un nombre. Este archivo quedará sometido al régimen de publicidad restringida.*

Interpretando esta disposición, hay quien duda que la fórmula legal empleada ("*sin efectos jurídicos*") en dicho texto sea del todo eficaz, la razón principal que se ha apuntado para admitirla es de carácter sociológico, al considerarse digno de respeto el sentimiento y sensibilidad de unos padres que han visto nacer muerto un feto con más de seis meses de gestación⁴¹. Por nuestra parte consideramos, que el legislador ha tenido la intención de destacar la importancia de aquellos fetos de más de seis meses de gestación que encontrándose ya formados, de conformidad con la definición de feto que expresa la LIB, si hubieran nacido vivos no se hubiera dudado de la adquisición de su personalidad aunque instantes después hubiesen fallecido.

the American Society for information Science and Technology, Mayo 2011, p. 987 ss.

41 LINACERO DE LA FUENTE, M., "La nueva redacción del artículo 30 del Código Civil y la creación de un archivo especial para hacer constar los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil", *op. cit.*, p. 1359.

Ahora bien, los fetos que nazcan vivos y desprendidos del seno materno con menos de seis meses, la Ley de Registro Civil no los menciona en ningún sentido; por lo que presumimos deben ser considerados personas, ya que cumplen los requisitos exigidos por el art. 30 del Código Civil, esto es, nacer vivo y desprendido enteramente del seno materno. De todas formas, donde sí están contemplados es en el art. 28.3 de la Ley 14/2007 (LIB) al establecer: *Los fetos expulsados prematura y espontáneamente serán tratados clínicamente mientras mantengan su viabilidad biológica, con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital.*

Como se puede apreciar, de nuevo, nos encontramos con la necesidad de distinguir la vida biológica de la persona y la vida legal necesaria para adquirir la personalidad jurídica. De ahí que el legislador, en dicho artículo, hable de *fetos expulsados*, no de fetos nacidos, pero que tienen vida biológica. Por otro lado, al ser prematuros nos están indicando que son embriones que, si bien tienen apariencia humana y formados sus órganos (según el art. 3, n) de la LIB), sin embargo no han alcanzado un período de gestación apropiado (seis meses). Con todo, estos fetos, a tenor del actual art. 30 del Código Civil cumple con los requisitos para adquirir personalidad jurídica, al no exigirse en el mismo un período mínimo de gestación, pudiendo nacer con vida y apreciándose que estaríamos ante un feto, es decir, embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, descartando cualquier ser monstruoso o con apariencia no humana, recordándonos –una vez más– los tradicionales requisitos del nacimiento en el Derecho romano.