

**UNIVERSIDAD DE CIENFUEGOS**  
**“CARLOS RAFAEL RODRÍGUEZ”**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y**  
**HUMANÍSTICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO**

**TITULO: NASCITURUS. DEFINICIONES MÁS**  
**ELEMENTALES.**

**AUTORAS: LIC. YAKELYN SALAS LOPEZ.**  
**LIC. LUCY JULIETTE PINO ALFONSO.**

**ORGANIZACIÓN NACIONAL DE BUFETES COLECTIVOS**  
**UNIDAD II CIENFUEGOS**

**2009-2010**

## RESUMEN

El presente trabajo se titula: “Nasciturus. Definiciones más elementales”. La motivación principal que nos acercó al tema fue la imposibilidad material de ofrecer ayuda efectiva a madres gestantes que acudían a los Bufetes Colectivos, toda vez que al buscar explicaciones complementarias al concepto básico que se introduce en el Código Civil, estas resultaron omisas en los cuerpos legales que pueden referirse al tema.

El objetivo general que se plantea es: Analizar la formulación doctrinal y de la legislación cubana en cuanto a la figura del concebido.

Se ha estructurado en un capítulo, donde se realiza el análisis del concepto doctrinal y legislativamente aceptado de concebido o nasciturus, lo que conduce al estudio de algunos elementos que de él se derivan y que resultan vitales para el tratamiento de esta figura.

Finalmente arribamos a conclusiones que apuntan a la existencia de insuficiencias legislativas, pero sobre todo a un inadecuado tratamiento de las posibilidades que ofrece la ley a los operadores del derecho.

## INTRODUCCION

A pesar de la existencia de la institución del *Nasciturus* desde el Derecho Romano más antiguo, resulta llamativa su escasa presencia en nuestra realidad jurídica, sucediendo que aún cuando nuestro ordenamiento se refiere a él, asegurando su introducción y algún tratamiento, omite realizar definiciones obligadas para su consecuente aplicación y real efectividad.

Por lo antes expuesto es que entendemos puede resultar interesante realizar un acercamiento a dicha figura, y especialmente a su definición a fin de valorar las posibilidades y alcance que le franquea nuestra legislación actual.

Surge como inquietud a tratar el siguiente cuestionamiento: ¿Responden actualmente las regulaciones sustantivas de la Legislación Cubana, a la protección de los Derechos del Concebido y No Nacido?

El objeto de la investigación lo constituye la figura del *Nasciturus*, especialmente en cuanto a la determinación del alcance de la protección que merece dentro de la doctrina civil general y en la legislación cubana.

El objetivo general que se plantea es: Analizar la formulación doctrinal y de la legislación cubana en cuanto a la figura del concebido, especialmente el alcance de su regulación jurídica y aplicación actual.

Los métodos de investigación empleados fueron:

Métodos del nivel teórico:

- Estudio teórico jurídico: que facilitó el análisis de las diferentes normas que rigen el ordenamiento jurídico cubano.
- Estudio exegético: que permitió reflexionar profunda y detalladamente acerca de los preceptos contenidos en diversas normas jurídicas.

Métodos de nivel empírico:

- Análisis de documentos: nos permitió descubrir y formular las regulaciones e insuficiencias de nuestra legislación.

## **DESARROLLO**

La figura del *nasciturus* o concebido y no nacido surge dentro del estudio de la doctrina del derecho civil general y especialmente al abordar el tema de la persona, de aquí que todo estudio que haya de realizarse del *nasciturus* habrá de partir necesariamente de los conceptos de persona, personalidad y capacidad.

Así para Diez Picazo<sup>1</sup> persona, es el titular de situaciones jurídicas, activas y pasivas y debe unirse al hecho físico hombre y este es persona para el derecho. Y personalidad es el sistema a través del cual es tratada la persona en el ámbito jurídico, es decir, el complejo de derechos que el ordenamiento reconoce al hombre por el hecho de serlo. El propio autor en su libro *Sistema de Derecho Civil* define como capacidad jurídica, la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones, ampliando además que toda persona por el hecho de serlo, posee capacidad jurídica, en tal sentido es un atributo o cualidad esencial de ella, reflejo de su dignidad<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L (1993) *Comentario del Código Civil* Tomo I, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 2da edición., Madrid, págs 223 y 224.

<sup>2</sup> DIEZ PICAZO, L (1998) *Sistema de derecho Civil*, Volumen I, 8va edición, Madrid, pág.224.

Por su parte la Profesora Caridad del Carmen Valdés<sup>3</sup>, define persona como el ente capaz de derechos y obligaciones, y de otro lado diferencia el concepto de personalidad como atributo consustancial o esencial de la persona, presente en la misma por el solo hecho de serlo y puede ser identificada como la aptitud que le es inherente para ser titular de derechos y obligaciones. Y la capacidad la considera la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, respecto a relaciones jurídicas determinadas.

De las definiciones analizadas podemos apreciar que los autores citados no difieren en demasía en los conceptos ofrecidos, estando el punto más controversial del tema en determinar en que momento surge la personalidad, a lo que aún y cuando no se hace referencia expresa en los conceptos tratados anteriormente, es incuestionable que resulta de vital importancia para desencadenar los efectos previstos para el ente persona, por ello la cuestión ha dependido de las diferentes teorías planteadas sobre el surgimiento de la personalidad, tema exhaustivamente abordado en la doctrina civil, por lo que prescindiremos de su análisis por el pequeño formato del presente trabajo.

Ahora bien, independientemente de la teoría a que nos afiliemos, surge como realidad innegable, como hecho jurídico a resolver, el nasciturus, toda vez que resulta un hecho cierto que existe vida en el seno materno y que la misma no es visualmente perceptible hasta tanto no se produce el alumbramiento, por lo que cada ordenamiento jurídico estará obligado a tomar partido en cuanto a considerarlo o no persona y en cuanto a protegerlo y en qué medida hacerlo, si desde la vida misma o solo en cuanto a sus derechos patrimoniales, o en la posición más extrema negarle cualquier derecho o beneficio a su favor. Para analizar cada una de estas situaciones resulta necesario determinar el concepto, y alcance de la protección al concebido, lo que haremos a continuación.

### **Concepto.**

Tradicionalmente, se ha entendido por nasciturus al ser humano concebido y no nacido, o sea, al ser humano en el período de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el del nacimiento.

### **Elementos del concepto.**

---

<sup>3</sup> VALDÉS DÍAZ, C. (2005) *Derecho Civil, parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, págs. 101, 104 y 106.

El análisis del concepto inicialmente ofrecido nos coloca en la necesidad de definir dos de los términos utilizados: momento de la concepción y momento del nacimiento.

Innegablemente, el término, momento de la concepción trasciende el marco del derecho, siendo eminentemente médica la determinación del mismo, por eso es necesario acudir a estas ciencias para ofrecer una definición. Según el texto *Obstetricia y Ginecología*<sup>4</sup>, redactado por un colectivo de autores cubanos, al tratar de la Fisiología del feto, definen la concepción, como inicio de la vida, principiando esta en el momento de la fecundación, desdoblándola como la fusión de los gametos femeninos y masculinos, que ocurre en el tercio externo de la trompa de Falopio, con dicha fusión de los pronúcleos (masculino y femenino), y por tanto de los veintitrés cromosomas de ambos progenitores, comienza la división mitótica normal y con ello, el crecimiento de la vida.

Evidentemente estamos hablando de un proceso interno, que puede y es muy frecuentemente, desconocido que está teniendo lugar, incluso, por la propia madre gestante, lo que complejiza seriamente la fehaciente determinación de la fecha en que ocurre.

La solución científica del tema sería la más eficiente y exacta, sin estar para nada alejada de la realidad actual esta pretensión, pues contamos con un desarrollo técnico y profesional adecuado para ello, el que cada vez, incluso, debe contar con nuevos y mejores métodos.

No obstante, la solución milenaria a la determinación del momento de la concepción, habitualmente ha sido en la doctrina y los ordenamientos jurídicos, presumir el momento en que debió acontecer, que por norma general se determina retroactivamente a partir de la fecha del nacimiento, utilizando como fórmula, que se presume debió acontecer la concepción, en un mínimo de ciento ochenta días anteriores y un máximo de trescientos, pues dichos términos son el mínimo y máximo que puede durar un embarazo, para terminar en un nacimiento óptimo.

En el caso particular de nuestro país, tanto el Código Civil como el de Familia omiten referencia alguna a tal particular, existiendo solamente regulado en el Código de Familia en su Artículo 74, como presunción de filiación los trescientos días siguientes a la fecha de

---

<sup>4</sup> Rigol Ricardo, O. (1996) *Obstetricia y Ginecología*. Tomo I, Cuarta reimpresión, Editorial. Pueblo y Educación, Guantánamo, pp 22 y 23.

extinción del matrimonio, precepto que por analogía podría ser utilizado para determinar la duración máxima del embarazo.

Otro elemento que surge del concepto y que es necesario determinar es el del momento del nacimiento, así para Federico de Castro y Bravo<sup>5</sup>, momento del nacimiento resulta ser “aquel en que el feto queda enteramente desprendido del seno materno, a partir de ahí tiene: personalidad, capacidad, patrimonio y estado civil”. Agrega además este autor que debe reunir los requisitos establecidos en el Artículo 30<sup>6</sup>, pues de lo contrario será considerado cosa mueble de naturaleza especial y no podrá inscribirse en el Registro Civil.

Igualmente resulta omiso nuestro Código en esta importante determinación, que no deja de resultar contrastante, no solo por la importancia que tiene para el derecho, si no también, por que de alguna manera implica involución en el desarrollo legislativo, pues con anterioridad estuvo vigente, ya dentro de la codificación revolucionaria, la Ley 1175 de 19 de marzo de 1965, modificativa del Código Civil Español, vigente en Cuba en aquel momento, y que si lo establecía.

### **Otros elementos del concepto.**

La doctrina civil, basada en los diferentes ordenamientos jurídicos tratan otros elementos en cuanto a este concepto, a saber: nacimiento con vida, forma humana, bautizo, viabilidad y término de vida.

En primer lugar se exige que el nacimiento sea con vida, o sea que el feto ya desprendido de la madre y del cordón umbilical muestre señales de vida, aunque sea por unos instantes, tal particular por supuesto que desencadenaría efectos importantes, toda vez que redundan en la adquisición y sobre todo transmisión de derechos, si se produce la muerte. Así se ha exigido indistintamente que el pequeño lllore o que realice algún gesto físico o simplemente que puede comprobarse científicamente si ha existido vida al menos por un instante.

La forma humana es exigida desde la época romana, ello resulta realmente muy controvertido, pues ciertamente todo producto del vientre humano, no puede tener otra categoría que humana, aún y cuando presente serias deformidades o malformaciones y por

---

<sup>5</sup> CASTRO Y BRAVO, F. (1966). *Compendio de Derecho Civil*, 3ra Edición. Editorial Instituto de Estudio Políticos, Madrid, pp 211.

<sup>6</sup> Se refiere al Código Civil Español.

tal motivo debe ser absolutamente asimilado como tal, sin imponerle otras limitaciones de la capacidad que las establecidas ordinariamente en la ley.

El bautizo, ha sido de común superado, pero fue usual exigir que para tener por válido un nacimiento, a los efectos de su inscripción y reconocimiento de personalidad, se requiriera bautizar a la criatura nacida.

El requerimiento de viabilidad resulta ser mucho más complejo y está presente aún hoy en muchos ordenamientos jurídicos<sup>7</sup>, así por ella, se entiende que la criatura debe “estar constituida de manera que pueda vivir, tener los órganos esenciales de la existencia.”<sup>8</sup> Esta situación da lugar a la necesidad de informes periciales u otros igualmente engorrosos a fin de determinar las reales condiciones del feto.

Nuestra ley sustantiva, por su parte, solo se refiere al nacimiento con vida, como único requisito para desencadenar efectos jurídicos, omitiendo luego definir qué se entiende por tal, según se ha dejado señalado antes.

### **Alcance de la protección de los derechos del concebido.**

Determinar el alcance de la protección de los derechos del *nasciturus*, en primer término, como hemos dicho antes, depende de la teoría del surgimiento de la personalidad a que se afilie cada quien, así, si la teoría que se reconoce es la de la concepción, una postura consecuente con ella habrá de acarrear como resultado una total y absoluta protección al mismo, principiando por el derecho a la vida y con este cada uno de los derechos inherentes a la personalidad y de los derechos patrimoniales, establecidos en el ordenamiento de que se trate, no obstante no es común la filiación a esta teoría.

La fórmula más generalizada para garantizar la protección al concebido la encontramos aún, en la máxima romana “*conceptus pro iam nato habetur quoties de commodis eius agitur*”, o sea al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables.

Así lo reconoce nuestro Código Civil en su Artículo 25, al preceptuar que al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables a condición de que nazca

---

<sup>7</sup> Código Civil Español, Artículo 30.

<sup>8</sup> LEÓN Y MAZEAU, H. (1959) *Lecciones de Derecho Civil. Los sujetos de derecho. Las personas*. Parte Primera, Volumen II, Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, pp. 8.

vivo. De esta construcción destacan dos elementos esenciales: los efectos favorables y el nacimiento con vida.

En cuanto al primero, efectos favorables, en sentido general los ordenamientos jurídicos no se detienen a definirlos, tampoco el nuestro, y ello resulta comprensible desde la propia amplitud que implica el término. Está claro que resulta una fórmula totalmente abierta y de ahí la posibilidad de su aplicación prácticamente ilimitada, o sea, siempre que se fundamente la solicitud de algún derecho para el concebido que haya de beneficiarle, este debe ser concedido. De ahí se deriva que pueda este acceder a derechos tanto en el ámbito personal, como en el patrimonial, limitar este alcance no sería menos que ilegal, pues sería desconocer totalmente el precepto regulador de la institución, máxime cuando en el caso de nuestro ordenamiento no existen otros preceptos que se refieran específicamente al concebido, excepción hecha de la sucesión *mortis causa*.

Respecto a esta generalidad de la fórmula efectos favorables refiere Maldonado:<sup>9</sup> “Al ser reconocida como regla general, no solo operará en aquellos supuestos en que la ley recoge una aplicación suya; por el contrario, con ella podrán resolverse cuantos casos se presenten en la práctica, debiendo tenerse por nacido al concebido en todas aquellas hipótesis en que de ello pueda derivarse para él algún beneficio”.

En cuanto a la adquisición de los derechos que le sean favorables al *nasciturus*, aún queda una cuestión que puede constituir punto de debate y resulta ser, si el beneficio sólo debe ser directo al mismo, o si se admite el beneficio a tercero que redunde indirectamente a favor del concebido.

En sentido general se ha tendido a establecer que solamente han de tener eficacia aquellos derechos que benefician directamente al concebido y nunca, en su nombre, debe pedirse a favor de tercero, tal pronunciamiento resulta evidente con el invariable requerimiento del nacimiento con vida para desencadenar efectos y muy especialmente los sucesorios, ahora bien, existe un particular supuesto en que el presunto beneficio a tercero, se convierte tanto, en beneficio al concebido, que resultaría totalmente ajeno al ánimo que inspira la protección al *nasciturus* negarlo, entiéndase, el beneficio a la madre gestante, especialmente en materia de prestaciones patrimoniales, bien pensión de alimentos

---

<sup>9</sup> MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J. (1946), op. cit. pp 205.

propiamente dicha o algún otro tipo de beneficio al que pueda acceder invocando al concebido.

El segundo elemento a que se hace referencia en el Código Civil Cubano es al nacimiento con vida, el que se ha abordado al tratar otros elementos del concepto de *nasciturus*, faltando solo por analizar con más detenimiento la legislación cubana. En ella se hace referencia en los artículos 24 y 25 de la ley sustantiva a: nacimiento, para determinar el surgimiento de la personalidad y nacimiento con vida, para la adquisición de los derechos del concebido, sin que luego defina que se entiende por cada uno de estos términos. Tampoco en la Ley 51, Ley del Registro del Estado Civil o en la Resolución 157, Reglamento de la ley del Registro del Estado Civil, se hace alusión expresa a lo que ha de entenderse por nacido o nacido vivo, ni a la manera de proceder en caso de producirse el alumbramiento con vida del infante, sobreviniendo luego su fallecimiento.

### **CONCLUSIONES**

- 1- Nuestra norma sustantiva reconoce protección al concebido, con una fórmula de alcance muy amplio, pero sin embargo, omite definir algunos conceptos que se requieren para conseguir su adecuada aplicación, como son: concebido, momento de la concepción, momento del nacimiento, nacimiento con vida y efectos favorables.
- 2- A pesar de la generalidad que permite la fórmula de tener por nacido al concebido para todos los efectos que le sean favorables, a condición de que nazca vivo, no se acude, en la mayoría de los casos, a la interposición de procesos y reclamaciones a favor del concebido, o no se obtienen los resultados debidos, lo que evidencia un desconocimiento del tema por los operadores del derecho.

### **RECOMENDACIONES**

- 1- Realizar un estudio de la legislación vigente, en relación con el concebido y formular aquellas cuestiones que resultan indispensables para lograr la efectividad de sus derechos, como son la determinación de qué se entiende por concebido, momento de la concepción, momento del nacimiento, nacimiento con vida y efectos favorables.

- 2- Propiciar un mayor dominio del tema por los operadores del derecho, especialmente por los abogados de Bufetes Colectivos, por ser los que tienen contacto directo con la población y por los jueces, que son los encargados de fallar las pretensiones que se establezcan para lograr la protección del *nasciturus*.

## BIBLIOGRAFIA

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1952). *Derecho Civil común y foral*. Tomo I, 8va edición. Editorial Reus. España. Madrid.

CASTRO Y BRAVO, F. (1966). *Compendio de Derecho Civil. Introducción al Derecho Civil. Derecho de la persona*, 3ra ed., Editorial Instituto de Estudios políticos, TSP, Madrid.

DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L Y OTROS. (1993). *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, 2da Ed. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid.

DIEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, Octava Edición. España. Madrid.

LEÓN MAZEAU, H. (1959). *Lecciones de Derecho Civil. Los sujetos de derecho. Las personas*, 1ra parte, Volumen II. Ediciones jurídicas Europa- América. Buenos Aires.

MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J. (1946). *La condición jurídica del nasciturus en el derecho español*. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid.

PÉREZ GALLARDO, L Y NÚÑEZ TRAVIESO, B. (1998) *Una visión reflexiva acerca del derecho de alimentos a favor del concebido*. Universidad de La Habana. La Habana.

VALDÉS DÍAZ, C. (2005). *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana.

## LEGISLACIÓN CONSULTADA:

- Constitución de la República de Cuba.
- Código Civil cubano, Ley 59 de 1987, La Habana, 1988.
- Código Civil Español, 1889.