

# La ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*

BENEDETTA UBERTAZZI

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La subjetividad del *nasciturus*. 3. La ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*. 4. La ulterior capacidad del *nasciturus* de recibir por testamento y por donación. 5. La ley aplicable a la capacidad del *nasciturus* de recibir por testamento y por donación. 6. La ley reguladora de la representación legal del *nasciturus*. 7. El *nondum conceptus*. 8. La interrupción voluntaria del embarazo y la experimentación sobre el embrión.

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos decenios ha crecido progresivamente el número de disposiciones internacionales e internas que reconocen al *nasciturus* una subjetividad de derecho material reconducible a la categoría de Derecho internacional privado de la capacidad jurídica. Por tanto, el tema de la capacidad jurídica del *nasciturus* tiene una evidente relevancia práctica. Asimismo, presenta además un interés teórico muy particular y notable, como se desprende de las páginas que siguen. De hecho, en primer lugar, la subjetividad general y la capacidad, por ejemplo, de recibir por testamento o por donación del *nasciturus* se encuentra sometida a una única ley reguladora, individualizada por el sistema de Derecho internacional privado en Italia en la *lex patriae* del *nasciturus* ex artículo 20 frase 1. En segundo lugar, el reenvío del artículo 20 frase 1 a la *lex patriae* del *nasciturus* puede encontrar aplicación concreta sólo si se sigue la tesis según la cual es posible determinar su ley nacional mediante un juicio anticipativo de su nacionalidad futura. Finalmente, las fuentes de Derecho internacional público relativas a los

derechos del hombre que reconocen la subjetividad del *nasciturus* operan como un límite a la aplicación del artículo 1.2 CC italiano que no reconoce la subjetividad del *nasciturus* y, en consecuencia, el artículo 1.2 CC es derogado en esta parte en virtud del principio *lex posterior derogat priori*.

## 2. LA SUBJETIVIDAD DEL NASCITURUS

Según la tesis más reciente, la subjetividad corresponde «ad ogni individuo umano in quanto tale, essendo congenita al fatto stesso della sua esistenza fisica»<sup>1</sup>. Además, esta se distingue de la capacidad jurídica porque la subjetividad es «connessa al modo d'essere della persona», che «non è capacità, ma condizione della capacità»<sup>2</sup> y, además, porque la subjetividad consiste en la titularidad de todos los derechos fundamentales del hombre y es reconocida desde el nacimiento<sup>3</sup>; mientras que la capacidad jurídica con-

<sup>1</sup> Así VITTA, E., *Diritto internazionale privato. II, Stato e capacità delle persone-forma degli atti-diritto di famiglia*, Utet, Torino, 1973, 27.

<sup>2</sup> Así VITTA, E., *Diritto internazionale privato*, cit., 27.

<sup>3</sup> Cfr. FERRI, L., «Tutela giuridica del nascituro», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 48; OPPO, «L'inizio della vita umana», en *RDC*, 1982, I, p. 504; BUSNELLI, F. D., «Lo statuto del concepito», en *XXVIII Dem. dir.*, 1988, IV-V, p. 213; ZATI, P., «Quale statuto per l'embrione umano?», en *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 458; TRABUCCHI, A., «Il figlio nato o nascituro, inaeestimabilis res, e non soltanto res extra commercium», en *RDC*, 1991, I, pp. 219-220; ESPINOZA ESPINOZA, J., «Sullo statuto giuridico del concepito», en *XXIII Riv. dir. fam. pers.*, 1994, p. 385; CASINI, C., «Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?», en *Giur. cost.*, 1997, p. 293; BALDINI, G., «Il nascituro e la soggettività giuridica», en *Riv. dir. fam. pers.* 2000, p. 342; PERLINGIERI, P. y FEMIA, P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali*, en Perlingieri, P. (coordinado por), *Manuale di diritto civile*, 4 ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 73; PERLINGIERI, P. y STANZIONE, P., *Persone fisiche*, en Perlingieri, P. (coordinado por), *Soggetti e situazioni soggettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 113; PERLINGIERI, P., *Intervento*, en Biscontini, G. y Ruggeri, L. (coordinado por), *La tutela dell'embrione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, p. 56; D'ADDINO SERRAVALLE, P., *La tutela dell'embrione nei documenti internazionali europei e nell'UNESCO*, en Biscontini, G. y Ruggeri, L. (coordinado por), *op. cit.*, p. 45; BELLANOVA, L., *Nascituro e capacità giuridica*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture*, cit., pp. 137-150; D'USSEAU, F. B., *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non nato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 197; BUSNELLI, F. D., «L'inizio della vita umana», en *RDC*, 2004, p. 566. Para un examen de la jurisprudencia favorable al reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus* vid. el capítulo II de la monografía que he publicado sobre *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2006. *Contra* niegan el reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus* DOGLIOTTI, M., «Le persone fisiche», en *Trattato Rescigno* (Persona e Famiglia), Utet, Torino, I, 1982, p. 25; RESCIGNO, P., «Capacità giuridica», en *Dig. civ.*, Utet, Torino, II, 1988, p. 222; MAZZONI, C. M., «L'embrione e le sue capacità», en *Il Sole 24 Ore*, 9.2.1997 n.39, p. 27; GAZZONI, F., *Manuale*, cit., p. 122; VILLANI, R., *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n.40*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 45-48; TRABUCCHI G., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2005, p. 249; MAZZONI, C. M., *La tutela dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, en *Studi in onore di Piero Schlesinger*, I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 320. Estos autores consideran que el *nasciturus* no es sujeto jurídico y, por tanto, no es titular de ningún derecho. Según los

siste en la capacidad de ser titular de todos los derechos y, por tanto, también de aquellos que no son calificables como derechos fundamentales del hombre y es reconocida a la persona sólo a partir del nacimiento<sup>4</sup>. Finalmente, es pacífico que la noción de Derecho civil de la subjetividad coincide con la de la «personalità» prevista por los sistemas del *civil law* y con la del «status» prevista por los sistemas del *common law*<sup>5</sup>.

mismos autores el *nasciturus* es tan sólo objeto de tutela. Para una posición intermedia cfr. BIANCA, M., *La norma giuridica. I soggetti*, en Bianca, M. (coordinado por), *Diritto civile, I*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 222, que utiliza la categoría de la capacidad provisional del *nasciturus*. La categoría de la subjetividad es propia también de otros ordenamientos jurídicos. Cfr. el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa según «the State acknowledges the right to life of the unborn». Cfr. esta norma en [www.oefre.unibe.ch/law/icl/ei00000.html](http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/ei00000.html). Cfr. el artículo 1 del Código Civil de Perú según el cual «la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. / La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo». Cfr. esta norma en [www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/peru/codciv.htm](http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/peru/codciv.htm). Cfr. los artículos 51 y 70 del Código Civil argentino según el cual «todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible» y «desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre». Cfr. estas normas argentinas en [www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm](http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm). Sobre la personalidad del *nasciturus* reconocida por los ordenamientos peruano y argentino cfr. BUSNELLI, F. D, ult. cit., p. 540 y BERGEL, S. D., *Los derechos de las personas por nacer en la ley argentina*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 269-290. También en los países islámicos se reconoce la personalidad del *nasciturus*. Cfr. BUSSI, E., *Principi di diritto musulmano*, Amedeo Nicola & C., Milano, 1943, p. 75; NASIR, J. J., *The Islamic Law of Personal Status*, Graham, London, 2 ed., 1990, p. 209; ENNAIFER, H., *Le foetus dans le discours coranique et le droit musulman*, en Tarantino, A. (coordinado por), cit., pp. 105-114 y D'USSEAU, F. B., cit., 7 nota 9. En particular en Túnez cfr. SAIED, N., *Lo statut juridique de l'embryon en droit tunisien*, en Tarantino, A. (coordinado por), cit., pp. 257-268. Reconoce la personalidad del *nasciturus* también Francia, España y Alemania. Cfr. VENTURA, M., *I diritti del nascituro nella legislazione francese: la sfida alla liceità*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture* cit., pp. 195-216; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *Il nascituro nel diritto spagnolo*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture*, cit., pp. 217-228; SCHLAG, M., *I diritti del nascituro in Austria, Germania e nel Consiglio d'Europa*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture*, cit., pp. 229-242; DE PASCALIS, L., *L'aborto nella sentenza della Corte Costituzionale austriaca*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture*, cit., pp. 243-248. Sobre la personalidad reconocida por todos estos ordenamientos cfr. también BUSNELLI, F. D, ult. cit., p. 540.

<sup>4</sup> Vid. la nota 6.

<sup>5</sup> Cfr. RESCIGNO, P., *Manuale di diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1986, p. 119; HELDRICH, A. y STEINER, A. F., *Legal Personality*, en GLENDON, M. A. (coordinado por), «Persons and Family. Chapter 2: Persons», en *Int. Enc. Comp. Law*, Mohr-Nijhoff, Tübingen-Dordrecht-Boston-Lancaster, 1995, pp. 3-8; BADIALI, G., «Personalità e capacità nel diritto internazionale privato e processuale», en *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Cedam, Padova, 1995, p. 149, según el cual «la personalità (come sinonimo di soggettività) è l'astratta idoneità a diventare titolare di rapporti: è la titolarità potenziale di una serie indeterminata di rapporti. La capacità giuridica è la misura di tale idoneità che definisce i contorni della personalità», y «la personalità corrisponde alla capacità giuridica». En cambio, subrayan la existencia de una sutil diferencia entre la subjetividad y la personalidad y la capacidad jurídica general SPERDUTI, G., «Sulla capacità in d.i.pr. con particolare riguardo alla capacità di obbligarci per fatto illecito», en *Riv. it. sc. giur.* 1950, 284-287,

Algunos Estados prevén la subjetividad del *nasciturus*<sup>6</sup>. En cambio, el Código Civil italiano no la reconoce expresamente, ni parece que esta se pueda deducir de la adaptación del ordenamiento italiano a una norma general de Derecho internacional público consuetudinario<sup>7</sup>.

Así pues, es necesario preguntarse si la subjetividad del *nasciturus* deriva de la adaptación del ordenamiento italiano al Derecho internacional público convencional. Para simplificar el discurso, prescindiré de varios actos internacionales y, en cambio, me ceñiré sobre la situación del *nasciturus* según el CEDH, cuyo artículo 2 garantiza el derecho a la vida de «toda persona»<sup>8</sup>. Según el Tribunal Europeo de Estrasburgo «an embryo does not have independent rights or interests and cannot claim [...] a right to life under Article 2»<sup>9</sup>. En cambio, la Comisión de Estrasburgo no ha excluido jamás expresamente la titularidad del derecho a la vida del *nasci-*

según el cual «la capacità generale di diritto è data dal possesso del minimo di requisiti di ordine personale o soggettivo che gli uomini debbono presentare in un ordinamento giuridico ai fini di qualunque attribuzione giuridica», y es por tanto la aptitud para ser titular de derechos y deberes, «mientras la personalidad o subjetividad consiste nella concreta partecipazione alla vita giuridica, nella effettiva titolarità di diritti e doveri». Cfr. también DE NOVA R., «Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato italiano», en *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, I, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 301-397; PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1972, 175, p. 551; ZATTI, P., *Persona giuridica e soggettività*, Cedam, Padova, 1975, p. 232, según el cual el término sujeto tiene un carácter más técnico, mientras que el de persona se refiere más a la sustancia de las relaciones.

<sup>6</sup> Vid. la nota 3.

<sup>7</sup> Cfr. IBEGBU, J., *Rights of the Unborn Child in International Law*, I, Lewiston, 2000, p. 81; D'USSEAU, F. B., cit., p. 77.

<sup>8</sup> Según el artículo 2 de la CEDH «Toda persona tiene derecho a la vida. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado». El derecho a la vida es el «supreme value in the hierarchie of human rights» así el pár. 94 de la sentencia de la TEDH de 22 de marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Alemania*, en [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)) y es el «diritto supremo, presupposto fondamentale della garanzia di tutti gli altri diritti contemplati» de la CEDH (así VIARENGO, I., «Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia», en *RDI*, 2005, 983). Así pues, el derecho a la vida es «di gran lunga il principale tra i diritti umani» y de este «discende ogni altro diritto» (así el artículo 3.2 de la Carta asiática sobre derechos del hombre de 17 de mayo de 1998, que no constituye sin embargo un acto jurídico vinculante y ni siquiera una declaración de intenciones de origen estatal. Vid. sobre el tema SCALABRINO, M., «La Carta asiatica sui diritti dell'uomo: nota informativa», en *RIDU*, 1999, II, p. 747). Sobre el carácter de derecho supremo del derecho a la vida y sobre su existencia estrechamente relacionada con otros derechos, cfr. también CASINI, C., «Risoluzioni del Parlamento europeo», en Sgreccia, E. y Mele, V., *Ingegneria genetica e biotecnologie nel futuro dell'uomo*, Vita e Pensiero, Milano, 1992, p. 321; LAGROTTA, I., *Il diritto alla vita e i diritti fondamentali dell'embrione*, en Tarantino, A. (coordinado por), *Culture*, cit., pp. 131-136; PERLINGIERI, P., *Intervento*, en BISCONTINI, G. y RUGGERI, L., *La tutela dell'embrione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, p. 56, y D'ADDINO SERRAVALLE, P., cit., p. 45.

<sup>9</sup> Cfr. por último las sentencias del TEDH de 7 de marzo de 2006, *Evans c. Reino Unido*, en [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) y de 8 de julio de 2004, *VO c. Francia*, en [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) sobre la últ. vid. la nota justamente crítica de RANDAZZO, B., *I diritti del nascituro dinanzi alla Corte di Strasburgo*, en *Dir.uomo* 2005, pp. 66-67. Vid. también TEDH de 29 de enero de 1992, *Open door Counselling Ltd. And Dublin Well Human Centre Ltd. v. Ireland*, serie A n.246-a, en [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

turus y, lo que es más, ha afirmado que este es un centro de imputación jurídica y es titular de un derecho a la vida, igualmente que una persona ya nacida<sup>10</sup>. El reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus* por parte de la Comisión se debe valorar positivamente, al contrario del desconocimiento por parte del TEDH del derecho del *nasciturus* a la vida, que es criticable, al menos, en base a tres argumentos.

Un primer argumento es ofrecido por la interpretación teleológica *ex* artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados<sup>11</sup>, según el cual «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin»<sup>12</sup>. Este criterio permite determinar el signi-

<sup>10</sup> Cfr. las decisiones de la Comisión de 12 de julio de 1977, *Brueggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany*, n. 6959/75, en *DR* 10, p. 100; 13 de mayo de 1980, *X. v. United Kingdom*, n. 8416/78, en *DR* 19, p. 244; 19 de mayo de 1992, *H. v. Norway*, n.17004/90, en *DR* 73, p. 155.

<sup>11</sup> Sobre el Convenio de Viena cfr. entre otros SINCLAIR, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2 ed., Manchester University Press, Manchester, 1984, *passim*; STROZZI, G., *Il diritto dei trattati*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 3; CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 105; BARIATTI, S., «L'accordo nel sistema delle fonti e il diritto dei trattati», en CARBONE, S. M., LUZZATTO, R., SANTA MARIA, A. (coordinado por), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2 ed., 2003, pp. 77-117.

<sup>12</sup> Sobre la interpretación de los tratados en general cfr. entre otros SINCLAIR, op.últ. cit., p. 114; BARIATTI, S., *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 175; STROZZI G., op. cit., p. 53; CONFORTI, B., *Diritto internazionale* cit., p. 105; BARIATTI, S., *L'accordo* cit., p. 90; TANZI, A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Cedam, Padova, 2003, p. 366; RONZITTI, N., *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 162. Sobre la interpretación de los tratados sobre la tutela de los derechos del hombre cfr. CAMPIGLIO, C., *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Cedam, Padova, 1995, pp. 124 ss.; PIETROBON, A., «Trattati internazionali», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1999, p. 350. Sobre la interpretación de la CEDH cfr. entre otros: DE SALVIA, M., «L'elaboration d'un "jus commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: la oeuvre accomplie par la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme», en *Mélanges en l'honneur de Gérard, J. Wiarda, Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Carl Heymanns, Köln, 1988, pp. 565-580; MATSCHER, F., *L'interpretazione della convenzione europea dei diritti dell'uomo per opera dei suoi organi*, en GREMENTIERI, V., *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 39-61; ID., «Dans quelle mesure une violation du droit national entraîne-t-elle une violation de la Convention», en *Mélanges en hommage à L. E. Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 579-592; PUSTORINO, P., *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998, p. 10; GAJA, G., «Does the European Court of Human Rights use its stated Methods of Interpretation?», en *Studi in onore di Francesco Capotorti*, Giuffrè, Milano, 1999, I, pp. 213-227. *Vid.* también GAJA, G., «Nouveaux instruments et institutions de renforcement de la protection des droits de l'homme en Europe?», en ALSTON, P., *L'Union Européenne et les Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 813, según la opinión del cual la labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales CEDH ha modificado profundamente el alcance del convenio originario. Esta labor interpretativa y modificativa hace necesaria la revisión del texto de la CEDH, para actualizar el texto y para eliminar los conflictos potenciales dentro de esta y otros tratados internacionales sobre derechos del hombre. En el mismo sentido RESCIGNO, P.,

ficado de una norma en base a su objeto y a su fin<sup>13</sup>. El objetivo de la CEDH, como todos los convenios sobre los derechos del hombre, es ampliar la esfera subjetiva de protección garantizando estos derechos al número más elevado de destinatarios. Por lo tanto, la interpretación de las normas debe ser necesariamente extensiva en lo que se refiere a su ámbito subjetivo. Así pues, la interpretación teleológica del artículo 2 CEDH induce a aplicarlo también al *nasciturus*.

Un segundo argumento es ofrecido por la interpretación sistemática *latu sensu ex* artículo 31.3.c) del Convenio de Viena de 22 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los tratados, según el cual, para interpretar un tratado «juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: / c) toda forma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». Este criterio permite determinar el significado de una norma del CEDH tanto mediante otras disposiciones que son elaboradas en el seno de la misma organización internacional que ha aprobado el CEDH (esto es, el Consejo de Europa) como mediante otras regla elaboradas en el seno de una organización compuesta por Estados (en todo o en parte) diferentes a aquellos miembros del CEDH que, sin embargo, utilizan los mismos conceptos del CEDH y expresan pues el significado que los conceptos CEDH poseen en el ámbito del sistema mundial de tutela de los derechos del hombre<sup>14</sup>.

Entre las disposiciones elaboradas en el seno del Consejo de Europa se encuentran algunas recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria según las cuales el *nasciturus* debe ser tratado jurídicamente «in conditions appropriate to human dignity»<sup>15</sup>; el artículo 3 del Protocolo núm. 1 de Estrasburgo de 12 de enero de 1998 «portant interdiction de clonage d'être humains»<sup>16</sup>, adicional al

«Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà e lavoro)», en *RDC*, 2002, 331.

<sup>13</sup> Sobre el criterio teleológico de interpretación de la CEDH cfr. entre otros: PUSTORINO, P., *op. cit.*, p. 10.

<sup>14</sup> *Vid.* entre otros: MATSCHER, F., «L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: bilancio di quindici anni di ricorsi individuali», en GREMENTIERI, V. (coordinado por), *L'Italia e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 39-62, 58 e *ivi* para las necesarias referencias jurisprudenciales; FLAUSS, J. F., «La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme», en *RTDH*, 2005, pp. 313-332 e *ivi* para las necesarias referencias jurisprudenciales; MCLACHLAN, C., «The principle of systematic integration and Article 31 (3) (C) of the Vienna Convention», en *ICLQ*, 2005, p. 294.

<sup>15</sup> Así el punto 3 de la recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 2 de febrero de 1989 n. 1100, «on the use of human embryos and foetuses in scientific research» (en [www.assembly.coe.int](http://www.assembly.coe.int)). *Vid.* también las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 26 de enero de 1982, n. 934 «on genetic engineering» y del 1986, n. 1046 «on the use of human embryos and foetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes» (en [www.assembly.coe.int](http://www.assembly.coe.int)).

<sup>16</sup> En [www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int).

Convenio de Oviedo sobre biomedicina<sup>17</sup>, que considera aplicables a los embriones todas las disposiciones de este último Convenio, entre las cuales se encuentra el artículo 1, que tutela los derechos a la dignidad de la persona y a la identidad de todos los seres humanos en relación con la biología y la medicina; el artículo 2 del Protocolo núm. 3 de Estrasburgo de 25 de enero de 2005 «concerning biomedical research»<sup>18</sup>, adicional al Convenio de Oviedo sobre biomedicina<sup>19</sup>, que considera aplicables a los embriones «in vivo» todas las disposiciones de este último Convenio, y entre ellas el artículo 1; y el artículo 1 del mismo Protocolo que tutela los derechos a la dignidad y a la identidad de los seres humanos en relación con la investigación médico-científica. Por lo tanto, todas las disposiciones ahora dichas del Consejo de Europa reconocen los derechos del *nasciturus* a la dignidad y a la integridad. Sin embargo, nadie puede ser titular del derecho a la dignidad y de la integridad sin ser titular también del derecho a la vida y, por otra parte, éste está estrechamente vinculado a todos los otros derechos fundamentales del hombre y, entonces, la titularidad del derecho a la vida comporta la titularidad de todos los otros derechos fundamentales del hombre<sup>20</sup>. Así pues, la normativa adoptada en el seno del Consejo de Europa reconoce que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida y de todos los otros derechos fundamentales del hombre. Por lo tanto, la interpretación del artículo 2 CEDH conforme a las otras disposiciones de los otros convenios o resoluciones del Consejo de Europa confirma que el artículo 2 se aplica también al *nasciturus*.

Entre las disposiciones emanadas en el ámbito de las organizaciones internacionales diferentes al Consejo de Europa, se debe destacar la Declaración de Nueva York de 20 de noviembre de 1959 «de los Derechos del Niño»<sup>21</sup>, elaborada en el seno de la ONU y en cuyo preámbulo se establece que «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento». Asimismo, se debe aludir a la Convención de Nueva York de 20 de noviembre de 1989 «sobre los Derechos del Niño»<sup>22</sup>,

<sup>17</sup> Vid. el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, «pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine», a continuación: Convenio de Oviedo sobre la biomedicina, en [www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int).

<sup>18</sup> En [www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int)

<sup>19</sup> Vid. la nota 17.

<sup>20</sup> Vid. la nota 8.

<sup>21</sup> En [www.unhchr.ch/html/menu3/b/25.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/25.htm)

<sup>22</sup> En LUZZATTO, R. y POCAR, F., *Codice di diritto internazionale pubblico*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 238 (a continuación: Codice Luzzatto-Pocar). Sobre este Convenio vid. entre otros: KILKELLY, U., *The child and the European Convention on Human Rights*,

que ha sido elaborada en el seno de la ONU y cuyo preámbulo requiere que se tenga en cuenta la Declaración ahora dicha de 20 de noviembre de 1959 «de los Derechos del Niño»; el artículo 1 de la Convención prevé que para ésta «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad; y el artículo 3 de la Convención sanciona que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»<sup>23</sup>. Y, finalmente, se encuentra la Convención Americana de San José de 22 de noviembre de 1969 «sobre Derechos Humanos», elaborada en el seno de la OEA<sup>24</sup> y cuyo artículo 4 sanciona expresamente que «toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción»<sup>25</sup>. En síntesis, las disposiciones internacionales ahora recordadas reconocen que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida, a la dignidad humana y a la tutela jurídica. Por tanto, la interpretación del artículo 2 CEDH conforme a las disposiciones sobre los derechos del hombre emanadas de las organizaciones internacionales diferentes al Consejo de Europa confirma que el ámbito de aplicación del artículo 2 se extiende también al *nasciturus*.

Finalmente, un tercer argumento es ofrecido por el criterio de la interpretación dinámico-evolutiva utilizado de manera constante por el Tribunal Europeo de Estrasburgo para interpretar el CEDH<sup>26</sup>.

Ashgate, Dartmouth, 1999, p. 14; SPALLAROSSA, M. R., *Fanciulli (statuto dei diritti dei)*, en *Digesto disc. Pubbl. Aggiornamento*, Utet, Torino, 2000, p. 262; GIARDINA, F., «La maturità del minore nel diritto civile, en *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei «giovani adulti»*. Seminario di studi organizzato dal Gruppo di ricerca «statuto del minore e strumenti giurisdizionali: verso un diritto uniforme europeo» Università di Padova, Catanzaro, Pavia, Verona», en *NGCC*, 2004, suplemento al fascículo 3, p. 99; FIORAVANTI, C., «I diritti del bambino tra protezione e garanzie: l'entrata in vigore per la Repubblica italiana della convenzione di Strasburgo», en *NLCC*, 2003, p. 563.

<sup>23</sup> La declaración de New York de 20 de noviembre de 1959 y la Convención de New York de 20 de noviembre de 1989 han sido aplicados por la Corte Constitucional italiana con la sentencia de 10 de febrero de 1997, n. 35 en *Giur.cost.* 1997, 1, pp. 281-293. Sobre esta sentencia que ha reconocido la subjetividad del *nasciturus* vid. otras en este mismo punto.

<sup>24</sup> En [www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-32.htm](http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-32.htm)

<sup>25</sup> Sobre este artículo vid. Inter-American Commission on Human Rights, *Ris. 23/81, Case 2141 (United States of America)*, Decisión de 6 de marzo de 1981, «*Baby Boy*», en *HRLJ*, II, 1982, 1-2 y 112-130. Cfr. SHELTON, «Abortion and the right to life in the Inter-American system: the case of “Baby Boy”», en *HRLJ*, II, 1981, p. 314; BALESTRERO, E., *Il diritto alla vita prenatale nell'ordinamento internazionale. L'apporto della Santa Sede*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1997, pp. 169-173; D'USSEAU, F. B., cit., 78.

<sup>26</sup> La Comisión y el Tribunal han mantenido siempre que es necesario considerar el Convenio como subsistente y, por tanto, interpretarlo en modo que consenta la adaptación a los cambios sociales y jurídicos de los tiempos. La interpretación de las normas CEDH

Asimismo, este criterio permite determinar el significado de una norma del CEDH mediante otras disposiciones elaboradas en el seno del Consejo de Europa o por otras organizaciones internacionales que utilizan los mismos conceptos del CEDH y, por tanto, reflejan la evolución que los conceptos CEDH han adquirido en la nueva conciencia social. La interpretación dinámico-evolutiva invoca todas las disposiciones a las que se refiere la interpretación sistemática del CEDH y confirma una vez más que el ámbito de aplicación del artículo 2 CEDH se extiende también al *nasciturus*.

En síntesis, la posición del Tribunal Europeo es criticable y el artículo 2 CEDH garantiza al *nasciturus* el derecho a la vida. En este punto, es necesario preguntarse si el reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus* le hace ser titular solamente del derecho a la vida o también de los otros derechos. A este propósito, las disposiciones, que acabamos de ver y que son útiles para la interpretación del artículo 2 CEDH, garantizan al *nasciturus* los derechos a la dignidad, a la integridad y a la tutela jurídica. Estos derechos están estrechamente vinculados al de la vida y a cualquier otro derecho fundamental del hombre<sup>27</sup>. Es preciso concluir que las normativas de origen internacional sobre los derechos del hombre garantizan al *nasciturus* la titularidad de todos los derechos fundamentales del hombre y, por tanto, la subjetividad. Pero, puesto que los titulares de los derechos pueden ser tan sólo los sujetos jurídicos<sup>28</sup>, se deduce que los Estados parte del CEDH están obligados a reconocer la subjetividad jurídica al *nasciturus*<sup>29</sup>.

---

es, por tanto, dinámica y evolutiva. Así pues, la interpretación dinámico-evolutiva supera la interpretación histórica, la cual atribuye una relevancia limitada a los trabajos preparatorios de la CEDH, que no pueden ser adoptados si se mantiene la tesis según la cual el *nasciturus* no es titular de ningún derecho. Cfr. MATSCHER, F., *L'interpretazione* cit., 45; ID., «Methods of interpretation of the Convention», en MACDONALD, *The European System for the protection of human rights*, Kluwer, Deventer, 1993, pp. 63-81; ID., «Le droit international privé face à la convention européenne des droits de l'homme», en *Trav. Com. fr. dr. int. privé* 1996-1997, p. 227; BERNHARDT, R., «Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the Europe Convention on Human Rights», en *GYIL*, 1999, p. 11; KILKELLY, U., cit., p. 14. *Contra* ERIKSSON, M. K., «The Legal Position of the Unborn Child in International Law», en *GYIL*, 1993, p. 104, que atribuye una relevancia fundamental a los trabajos preparatorios de la CEDH en orden a negar el derecho a la vida al *nasciturus*. Algunos ejemplos de interpretación evolutiva de las normas convencionales son las sentencias del TEDH de 25 de abril de 1978, *Tyrer v. UK*, serie A, n. 26, en [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int); y de 13 de marzo de 1978, *Marckx v. Belgium*, serie A, n. 31, en *RDI*, 1974, p. 589, y en [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int), con las cuales el TEDH ha establecido la contrariedad con el artículo 3 CEDH de las penas corporales inflingidas en el colegio y la necesidad de garantizar un tratamiento igual a los hijos legítimos y a los naturales. Sobre el caso *Marckx*, cfr. PADELLETTI, M. L., *La tutela della proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 6.

<sup>27</sup> Vid. la nota 8.

<sup>28</sup> Vid. anterior en este punto y la nota 4.

<sup>29</sup> Cfr. PASETTI, «I diritti del bambino e la protezione del nascituro nel ventennale della dichiarazione del 1959», en *RDC*, 1979, II, pp. 572-581; PEUKERT, W., *Human Rights in International Law and the Protection of Unborn Human Beings*, en MATSCHER, F. y

Sin embargo, este reconocimiento no es ilimitado. El artículo 2 CEDH indica expresamente los límites que pueden ser legítimamente introducidos al derecho a la vida de la persona ya nacida<sup>30</sup>. En cambio, el CEDH no indica de manera expresa los posibles límites al derecho a la vida del *nasciturus*. Sin embargo, la jurisprudencia de Estrasburgo mantiene que también la vida del *nasciturus* puede ser limitada<sup>31</sup>; los casos en que pueda serlo son indicados *in primis* por la jurisprudencia de Estrasburgo, la cual ya ha legitimado algunas interrupciones voluntarias del embarazo<sup>32</sup> y bajo ciertas condiciones, también la investigación científica sobre el embrión<sup>33</sup>, siguiendo la línea del Protocolo núm. 3 de Estrasburgo de 25 de enero de 2005 «concerning biomedical research»<sup>34</sup>, adicional al Convenio de Oviedo sobre biomedicina<sup>35</sup>, que establece con precisión las condiciones de licitud de la investigación medico-científica sobre los embriones<sup>36</sup>.

---

PETZOLD, H., *Studies in honour of GERARD J. WIARDA, Protecting Human Rights: the European Dimension*, Heymanns, Kön-Berlin-Bonn, 1988, p. 515; CASINI, C., *Risoluzioni* cit., p. 318; MACDONALD, R.ST.J., MATSCHER, F., e PETZOLD, H., *The European system for the protection of Human Rights*, Nijhoff, Dordrecht-Boston-London, 1993, p. 220; CLEMENTS, L. J., *European Human Rights. Taking a case under the Convention*, Sweet & Maxwell, London, 1994, p. 108; GOMIEN, D., HARRIS, D. y ZWAAK, L., *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1996, p. 102; BALESTRERO, E., *Il diritto alla vita prenatale*, cit., p. 115; KILKELLY, U., cit., p. 21. *Contra* ERIKSSON, M. K., cit., p. 86.

<sup>30</sup> Sobre los límites del derecho a la vida de los ya nacidos *vid.*, entre otros: VIARENGO, I., ult. cit., p. 983 e *ivi* para las referencias jurisprudenciales necesarias.

<sup>31</sup> *Vid.* la nota 10. En doctrina en sentido conforme *vid.* entre otros PASETTI, G., *op. cit.*, p. 572; PEUKERT, W., *Human Rights*, cit., p. 517 según el cual «the right to life therefore applies to the foetus with implied limitations. It has to be balanced against other competing rights, in particular with the generally stronger rights of the pregnant woman. Such a balance is struck in the recent reforms in several European States which liberalise abortion for the initial period of pregnancy and therefore appear to be compatible with the right to life»; MACDONALD, R.ST.J., MATSCHER, F., y PETZOLD, H., *The European*, cit., p. 220 según el cual «Article 2 seems to be better understood if one accepts, as the Commission seems to have done on the basis of European realities, that insofar as protection of the right to life of the unborn may be required by law, it must be more relative than that of persons after natural birth».

<sup>32</sup> *Vid.* las notas 9 y 10.

<sup>33</sup> Hasta ahora, el Tribunal de Estrasburgo no se ha pronunciado sobre el tema del acceso a la fecundación asistida. En cambio, La Comisión ha intervenido sobre este tema sin examinar sus efectos sobre la subjetividad del concebido. *Vid.* Comisión Europea de 22 de octubre de 1997, 32094/96 y 32568/96, *E.L.H. y P.B.H. c. Regno Unito*, en *DR*, 1991, p. 61. Sobre esta decisión, *cf.* CAMPIGLIO, C., *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2003, pp. 130-131. *Vid.* en general sobre el problema también, HARTIG, H., *L'Assemblea Parlamentare europea di fronte alle modificazioni genetiche*, en GERIN, G. (coordinado por), *Modificazioni genetiche e diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1987, pp. 88-89.

<sup>34</sup> *Vid.* la nota 18.

<sup>35</sup> *Vid.* la nota 17.

<sup>36</sup> Sobre las condiciones de investigación sobre los embriones establecidas por el protocolo con particular atención a la normativa interna griega, *cf.* KIRIAKAKI, I., *Die Regelung der Embryonenforschung in Griechenland. Zugleich ein Kommentar zur Umsetzung des Menschenrechtsübereinkommens zur Biomedizin des Europarates ins nationale Recht*, en *Rev. Hell. Dr. Int.* 2003, pp. 365-400. Sobre la necesidad de definir a nivel inter-

La subjetividad jurídica del *nasciturus* puede ser afirmada sobre la base de diversas reglas comunitarias relativas a los derechos del hombre. Aquí debo señalar, entre otras, el reenvío del artículo 6 TUE al CEDH y a los principios constitucionales comunes a los Estados miembros<sup>37</sup>; el artículo 2 del Tratado de Niza, según el cual «toda persona tiene derecho a la vida»<sup>38</sup>; el artículo 3 del Tratado de Niza, según el cual «toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica»<sup>39</sup>; el artículo II-62 del Tratado sobre la Constitución Europea<sup>40</sup>, que recoge *verbatim* el contenido del artículo 3

nacional las condiciones de legitimidad de la investigación sobre los embriones y, en particular, de la clonación humana, cfr. GARCÍA SAN JOSÉ, D. I., «Claves para un régimen internacional de la clonación humana», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2005, pp. 153-171.

<sup>37</sup> Sobre el artículo 6 n. 2 del TUE, *vid.* en particular PEDRAZZI M., Sub artículo 6 TUE, en POCAR, F. (coordinado por), *Commentario breve ai Trattati della Comunità europea e dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2001, pp. 18-26 (a continuación: *Commentario Pocar*) y BALLARINO, T., *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, con la colaboración de LEONARDO BELLODI, Cedam, Padova, 2004, pp. 458, 137-138.

<sup>38</sup> Sobre el artículo 2 de la Carta de Niza, cfr. entre otros: DI MAJO, F. y RIZZO, A., Sub artículo 2 Carta de Niza, en TIZZANO, A. (coordinado por), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 14 (a continuación: *Commentario Tizzano*); FERRARI BRAVO, L., DI MAJO, F. M. y RIZZO, A., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 9-10. Sobre la Carta de Niza y su valor jurídico *vid.*, entre otros: WEBER, A., «The European Charter of Fundamental Rights», en *GYIL*, 2000, p. 101; VITORINO, A., «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», en *Rev.dr.Union Eur.*, 2000, p. 502; LEVI, L., *Carta dei diritti e Costituzione europea*, en FERRARI, F. G., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 184; PANEBIANCO, M., «Verso una "Costituzione" comune dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», en *RIDU*, 2001, p. 730; FERRARI, F. G., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 184; POCAR, F., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, en *Commentario Pocar*, pp. 1178-1181; VIARENGO, I., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, en NASCIMBENE, B., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 197 ss.; WEBER, A., «Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», en *Riv.it.dir.pub.com.*, 2002, p. 42; CHITI, M. P., «La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?», en *Riv.trim.dir.pub.*, 2002, p. 1; ROSSI, L. S., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 1 ss.; CARLIER, J. Y. y DE SCHUTTER, O., *La Charte des droits fondamentaux de l'Unione européenne: son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Hommage à SILVIO MARCUS HELMONS, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 1 ss.; SACERDOTI, G., «La Carta europea dei diritti fondamentali: dall'Europa degli Stati all'Europa dei cittadini», en *CS*, 2002, XXII, pp. 277-298; RADICATI DI BROZOLO, L., «L'Unione e i diritti fondamentali: un passo avanti e due indietro (sui diritti economici)», en *Dir.Un.eur.*, 2002, pp. 551-554; ACIERNO, S., *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, *ibid.*, pp. 653-670; DI TURI, C., *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, *ibid.*, pp. 671-686; CONETTI, G., «Sulla natura giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», en *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pp. 1899-1905.

<sup>39</sup> Sobre el artículo 3 de la Carta de Niza cfr. DI MAJO F. y RIZZO A., Sobre el artículo 3 Carta de Niza, en *Commentario Tizzano*, 15; FERRARI BRAVO, L., DI MAJO, F. y RIZZO, A. (coordinado por), *cit.*, pp. 10-11. Sobre la Carta de Niza y sobre su valor jurídico *vid.* la nota precedente.

<sup>40</sup> Este tratado ha sido ratificado por Italia con ley de 7 de abril de 2005, n. 57, en *GU* de 21 de abril de 2005, p. 92, supl. ord. n. 70. Los Estados que han ratificado el Trata-

del Tratado de Niza<sup>41</sup>; la Resolución del Parlamento europeo de 16 de marzo de 1989 «relativa a la fecundación artificial»<sup>42</sup>; la Resolución del Parlamento europeo de 16 de marzo de 1996 «relativa a la tutela de los derechos humanos y a la dignidad del ser humano en relación a las aplicaciones biológicas y médicas»<sup>43</sup>; la Resolución del Parlamento europeo de 12 de marzo de 1997 «relativa a la clonación»<sup>44</sup>; la Resolución del Parlamento europeo de 15 de enero de 1998 «relativa a la clonación»<sup>45</sup>; y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que recibe en el Derecho comunitario la disciplina CEDH<sup>46</sup>.

Queda mencionar el Derecho sustancial italiano relativo a la situación jurídica del *nasciturus*. El artículo 1.1 CC italiano dispone

do hasta el momento son Lituania, Hungría, Eslovenia, Grecia, Eslovaquia, Letonia, Chipre, Malta (todos con procedimientos parlamentarios), España y Luxemburgo (a través de referéndum). En Francia y en Holanda el 29 de mayo de 2005 y, respectivamente, el 1 de junio de 2005 los electores han escogido decir no a la ratificación del Tratado en examen. Entre los Estados que deben ratificarlo todavía, Dinamarca, Polonia, Portugal y la República Checa han declarado que someterán el texto a consulta popular, mientras que el Reino Unido y los Países Bajos han optado por un doble procedimiento, que prevé referéndum y ratificación popular. Los Estados restantes procederán por vía parlamentaria. Cfr. [www.governo.it/costituzione.europea.it](http://www.governo.it/costituzione.europea.it). Sobre este Tratado *vid.*, entre otros: TIZZANO, A. (coordinado por), *Una Costituzione per l'Europa*, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*; CANNIZZARO, E., «La Costituzione pluralista. A proposito della natura giuridica del Trattato costituzionale», en *Dir. Un. eur.* 2005, pp. 1-20; CARETTI, P., *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, *ibid.*, pp. 371-378; CELOTTO, A., *La cittadinanza europea*, *ibidem*, pp. 379-389; MASTROIANNI, R., *Le competenze dell'Unione*, *ibid.*, pp. 390-416; CARTABIA, M., «Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali, *ibid.*, pp. 583-610; DONATI, F., *Le fonti del diritto dell'unione*, *ibid.*, pp. 611-631; STROZZI, G., *Il trattato costituzionale: entrata in vigore e revisione*, *ibid.*, pp. 631-648; DELORS, J., «La Constitution, un pas en avant pour l'Union européenne», en *RDUE*, 2005, pp. 5-10; BRIBOSIA, H., *Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans la Constitution européenne*, *ibid.*, pp. 25-64; AUER, A., *E pur si muove. Le caractère constitutionnel de la Constitution pour l'Europe*, *ibid.*, pp. 65-90. *Vid.* también AA.VV., «Une Constitution pour l'Europe», en *RTDE*, 2005, 2, pp. 227-588. Sobre el artículo II-62 de este tratado *vid.*, entre otros: PRIOLLAUD, F. X. y SIRITZKY, D., «La Constitution européenne. Texte et commentaires», *La Documentation française*, Paris, 2005, 170.

<sup>41</sup> Sobre el artículo II-63 del tratado *vid.* entre otros: PRIOLLAUD, F. X. y SIRITZKY, D., *op. cit.*, p. 171. Sobre este tratado *vid.* la nota precedente.

<sup>42</sup> En *DOCE* de 17 de abril de 1989, C 96, p. 171. Sobre esta resolución *vid.* CASINI, C., *Il Parlamento europeo per lo statuto giuridico dell'embrione umano*, Edizioni Studium, Roma, 1989, *passim*; *Id.*, *Risoluzioni*, *cit.*, pp. 317-328.

<sup>43</sup> En *DOCE* de 28 de octubre de 1996, C 320, p. 268.

<sup>44</sup> En *Medicina e morale* 1997, II, p. 325.

<sup>45</sup> En *Medicina e morale* 1998, I, p. 167.

<sup>46</sup> *Vid.*, por ejemplo, TJCE de 7 de enero de 2004, C-117/01, *K.B. c. National Health Service Pensions*, en *Guida al diritto* 2004, pp. 111-114, sobre el cual cfr. CORRADO, A., *Spetta allo stato membro indicare le condizioni per il riconoscimento giuridico del cambio di sesso*, en *Guida al diritto* 2004, pp. 115-116; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellido: un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y GARCÍA AVELLO)», en *Revista de derecho comunitario Europeo*, 2004, pp. 507-529; BALLARINO, T. y UBERTAZZI, B., «On Avello and other Judgments: a New Point of Departure in the Conflict of Laws», en *YPIL*, 2004, p. 112, nota 88; TOMASI, L., «Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario», en *RDIPP*, 2004, pp. 977-998; MOSCONI, F., *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, en *RDIPP*, 2005, p. 311.

que «la capacità giuridica si acquista al momento della nascita». En cambio, otras disposiciones civiles prevén que «sono capaci di succedere tutti coloro che sono [...] concepiti al tempo dell'apertura della successione» (art. 462 CC), y que «la donazione può essere fatta anche a favore di chi è soltanto concepito» (art. 784 CC). Sin embargo, el artículo 1.2 CC prevé que «i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita». Es preciso preguntarse acerca de la relevancia que el artículo 1.2 CC y las otras disposiciones ahora dichas pueden tener todavía hoy. La opinión tradicional mantiene que el artículo 1.2 atribuye al *nasciturus* una mera expectativa de convertirse en titular de derechos y, por tanto, la capacidad jurídica en el momento del nacimiento<sup>47</sup>. En cambio, una tesis más reciente mantiene justamente que el *nasciturus* tiene la subjetividad jurídica necesaria y suficiente para ser titular de los derechos fundamentales del hombre desde la concepción, mientras que es titular de una mera expectativa para los otros derechos<sup>48</sup>. Esta tesis es sugerida por no pocos argumentos.

La doctrina civilista más moderna y sensible ha subrayado repetidamente que el artículo 2 es expresión «dell'approccio patrimonialistico del nostro codice civile»<sup>49</sup>; que, en cambio, hoy en día es necesario interpretar el artículo 1 de modo compatible con la normativa de origen internacional sobre la situación del *nasciturus*; y, para este fin, es necesario proceder como sigue. En primer lugar, es necesario separar los dos conceptos de subjetividad y capacidad jurídica. Después, es necesario reservar el primer concepto a los derechos fundamentales del hombre y del *nasciturus*<sup>50</sup> y utilizar el instituto de la capacidad jurídica para los derechos que no son fundamentales del hombre: y, en relación a estos derechos no fundamentales, se puede continuar manteniendo que el *nasciturus* tiene una mera expectativa de convertirse en titular en el momento del nacimiento<sup>51</sup>.

Por otra parte, la tesis favorable al reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus* ha sido progresivamente acreditada por la jurisprudencia italiana y, por tanto, atañe al Derecho existente. De hecho, en este sentido, es necesario recordar una sentencia relevante de la Corte Constitucional italiana y una importante jurisprudencia.

<sup>47</sup> Vid. la nota 3.

<sup>48</sup> Vid. la nota 3. Para un estudio comparativo sobre la subjetividad del *nasciturus*, cfr. la misma nota.

<sup>49</sup> Así, PERLINGIERI P., *Intervento*, cit., p. 56.

<sup>50</sup> Cfr. D'ADDINO SERRAVALLE P., cit., p. 45, según el cual es necesario reafirmar «il valore etico e giuridico dell'essere umano che in quanto tale è persona ed è garantito dal diritto contro ogni negazione e discriminazione, anche di quelle fondate sul diverso grado di sviluppo biologico e sociale».

<sup>51</sup> Vid. la doctrina indicada en la nota 3.

La Corte Constitucional ha intervenido sobre la materia con la sentencia de 10 de febrero de 1997 núm. 35<sup>52</sup>. En primer lugar, esta sentencia ha recordado el artículo 1 de la ley 194/1978 que establece «norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza»<sup>53</sup>, según el que «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio». Según la Corte Constitucional, el artículo 1 de la Ley 194/1978 no es tan sólo «la base dell'impegno delle strutture pubbliche a sostegno dei presupposti per una lecita interruzione della gravidanza, ma è ribadito anche il diritto alla vita del concepito»<sup>54</sup>. La Corte subraya que el derecho del *nasciturus* a la vida ha conseguido un mayor reconocimiento a lo largo de los años también sobre el plano internacional, como resulta de la Declaración sobre los Derechos del Niño «nel cui preambolo è scritto che “il fanciullo, a causa della sua immaturità fisica ed intellettuale necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita”»<sup>55</sup>. De este modo, la Corte recuerda también los artículos 1 y 3 del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño<sup>56</sup>. Así pues, se concluye justamente que «è perciò evidente, nella prospettiva del giudice costituzionale, l'applicazione» del Convenio sobre los Derechos del Niño «anche al nascituro, qualificato come fanciullo»<sup>57</sup>.

A su vez, jurisprudencia creciente de la Corte de Casación ha reconocido el derecho del *nasciturus* a nacer sano *ex* artículo 32 Constitución italiana y, por tanto, a la subjetividad del *nasciturus*<sup>58</sup>: entre otras, las sentencias de la Casación civil de 22 de noviembre de 1993 núm. 11503<sup>59</sup>, de 9 de mayo 2000 núm. 5881<sup>60</sup> y de 29 de julio 2004 núm. 14488<sup>61</sup>.

<sup>52</sup> Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de febrero de 1997 n. 35, cit., pp. 281-293. Sobre esta sentencia *vid.* los comentarios de CASINI, C., *Verso*, cit., p. 293 y de OLIVETTI, M., *La Corte e l'aborto tra conferme e spunti innovativi*, *ibidem*, pp. 312-316. *Vid.* también CASINI, C., CASINI, M. y DI PIETRO, M. L. (coordinado por), *La legge* cit., p. 27.

<sup>53</sup> En *GU* de 22 de mayo de 1978, p. 140.

<sup>54</sup> *Vid.* el punto. 4 de la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de febrero de 1997, n. 35 cit., p. 290.

<sup>55</sup> *Vid.* el punto 4 de la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de febrero de 1997, n. 35 cit., p. 290.

<sup>56</sup> *Vid.* la nota 22.

<sup>57</sup> Así, CASINI, C., CASINI, M. y DI PIETRO, M. L. (coordinado por), cit., p. 27.

<sup>58</sup> Sobre el derecho al resarcimiento de los daños prenatales *cfr.*, entre otros: LISERRE, A., «In tema di danno prenatale», en *RDC*, 2002, pp. 97-108.

<sup>59</sup> En *Foro it.*, 1994, I, p. 2479. Sobre esta sentencia y sobre la relevancia en materia de la subjetividad del *nasciturus*, *cfr.* BUSNELLI, F. D., *L'inizio*, cit., p. 568.

<sup>60</sup> En *Danno e resp.*, 2001, p. 169.

<sup>61</sup> En *Danno e resp.*, 2001, p. 169.

En el mismo sentido, se ha pronunciado una jurisprudencia creciente de los Tribunales de primer y segundo grado: principalmente con las sentencias del Tribunal de Brindisi del 1 de febrero de 1982<sup>62</sup>, del Tribunal de Milán de 13 de mayo de 1982<sup>63</sup>, del Tribunal de Catania de 9 de diciembre de 1991<sup>64</sup>, del Tribunal de Nocera Inferiore de 7 de marzo de 1996<sup>65</sup>, del Tribunal de Monza de 8 de mayo 1998<sup>66</sup> y del Tribunal de Turín de 4 de octubre de 2001<sup>67</sup>.

Además, el reconocimiento de la subjetividad jurídica al *nasciturus* es impuesto por el criterio de la sucesión de leyes en el tiempo. El artículo 1.2 CC ha sido introducido en el 1942. A partir de entonces, varias fuentes del Derecho internacional convencional han reconocido la subjetividad jurídica al *nasciturus*, entre las cuales se encuentran el artículo 3 del Protocolo núm. 1 de 12 de enero de 1998, «portant interdiction de clonage d'être humains» adicional al Convenio de Oviedo sobre biomedicina<sup>68</sup>; la Declaración de 20 de noviembre de 1959 «de los Derechos del Niño»<sup>69</sup>; el Convenio de Nueva York de 20 de noviembre de 1989, «sobre los Derechos del Niño»<sup>70</sup>; y las Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>71</sup>. En este punto, es evidente que el artículo 1.2 CC italiano no es compatible con los derechos fundamentales del hombre en la parte en la que excluye la subjetividad del *nasciturus*. Por tanto, es necesario preguntarse si las fuentes de Derecho internacional público relativas a los derechos fundamentales del hombre son suficientemente claras, precisas e incondicionadas para ser preceptivas y, además, si son aplicables en Italia y, finalmente, si son sucesivas al artículo 1.2 CC». Precisamente subsisten estas tres condiciones, al menos, por las disposiciones ahora dichas del Convenio de Nueva York de 20 de noviembre de 1989, «sobre los Derechos del Niño»; y, por tanto, el artículo 1.2 CC es derogado *in parte qua* por la disciplina sucesiva en virtud del principio *lex posterior derogat priori*<sup>72</sup>.

<sup>62</sup> En *Giur.it.*, 1983, I, 2, p. 350.

<sup>63</sup> En *Resp. civ.*, 1983, p. 156.

<sup>64</sup> En *Dir. famiglia*, 1992, p. 250.

<sup>65</sup> En *Giur. merito*, 1997, p. 521.

<sup>66</sup> En *Danno e resp.*, 1998, p. 927.

<sup>67</sup> En *Danno e resp.*, 2002, p. 151.

<sup>68</sup> Vid. la nota 16.

<sup>69</sup> Vid. la nota 21.

<sup>70</sup> Vid. la nota 22.

<sup>71</sup> Vid. la nota 15.

<sup>72</sup> Por razones de espacio no puedo en esta sede demostrar que los derechos del hombre operan como límite a la aplicación del derecho extranjero, según los casos *ex* artículo 16 o *ex* artículo 17 ley D.I.Pr.. Reenvío para esta demostración al capítulo I de la monografía que he publicado sobre *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, antes citada.

Finalmente, la subjetividad jurídica del *nasciturus* ha sido reconocida también por el artículo 1.1 de la Ley de 19 de febrero de 2004 núm. 40 que establece «norme in materia di procreazione medicalmente assistita»<sup>73</sup>, según el cual «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Así pues, esta ley confirma la tesis aquí repropuesta según la cual el *nasciturus* posee subjetividad jurídica<sup>74</sup>.

En síntesis, el *nasciturus* tiene subjetividad jurídica y es titular de los derechos fundamentales del hombre. Naturalmente, esta conclusión tiene mucha relevancia: porque, por ejemplo, el *nasciturus* es titular de un derecho de resarcimiento del «danno de procreazione» que ha sufrido por la transmisión de una enfermedad grave por parte de los padres en el momento de la concepción<sup>75</sup>; de un derecho de resarcimiento de daños morales y patrimoniales que ha sufrido por un hecho ilícito del progenitor; y así, por ejemplo, el derecho de ser resarcido por el padre en caso de daños sufridos por un golpe que éste haya dado al vientre de la madre, o por la madre en caso de daños derivados de las sustancias que malforman al feto y que ésta había consumido con dolo o culpa<sup>76</sup>; y, finalmente, tiene derecho al resarcimiento de los daños morales y patrimoniales que ha sufrido por hecho ilícito de terceros y así, por ejemplo, a causa del incumplimiento del centro hospitalario<sup>77</sup> o de la impericia del médico<sup>78</sup> o del equipo de obstetras<sup>79</sup>.

Queda decir que todos los derechos de los que el *nasciturus* es titular forman el «statuto» del *nasciturus*<sup>80</sup>.

<sup>73</sup> En *GU*, de 19 de febrero 2004, p. 40. Sobre esta ley *vid.*, entre otros: CASINI, C., CASINI, M. y DI PIETRO, M. L. (coordinado por), *cit.*, *passim*; VILLANI, R., *cit.*, *passim*.

<sup>74</sup>  *Vid.* la nota 3 y anteriormente en este punto.

<sup>75</sup> Cfr. sentencia del Trib. Piacenza, 31 de julio de 1950, en *Foro it.*, 1951, I, p. 987; sobre el cual cfr. LISERRE, A., *cit.*, p. 101, e *ivi* ulteriores indicaciones jurisprudenciales y bibliográficas.

<sup>76</sup> Cfr. sentencia de la Corte de Casación italiana de 22 de noviembre de 1993, n. 11503, *cit.*, p. 2479. Sobre esta sentencia y sobre su relevancia en materia de reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus*, cfr. BUSNELLI, F. D., *L'inizio*, *cit.*, p. 568.

<sup>77</sup> Cfr. sentencia del Trib. Milano de 13 de mayo de 1982, *cit.*, p. 156.

<sup>78</sup> Cfr. sentencia de la Corte de Casación italiana de 9 de mayo de 2000, n. 5881, *cit.*, p. 169.

<sup>79</sup> Cfr. sentencia del Tribunal de Nocera Inferiore de 7 de marzo de 1996, *cit.*, p. 521. *Vid.* también BUSNELLI, F. D., *L'inizio*, *cit.*, p. 566, que subraya otros detalles relevantes en la práctica del reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus*, entre los cuales por ejemplo aquellos de «consentire di progettare nuove misure di tutela, soprattutto preventiva» y de «riaprire in termini rinnovati la prospettiva di un'adozione prenatale, o giustificare il recupero, depurato delle vischiosità maschiliste accumulate nel tempo, di un moderno *curator ventris* idoneo a consentire l'attuazione di un "ordine di protezione" a favore del concepito».

<sup>80</sup> Cfr. BUSNELLI, F. D., *Lo statuto*, *cit.*, p. 213; ZATTI, P., *Quale statuto*, *cit.*, p. 458; ESPINOZA ESPINOZA, J., *Sullo statuto*, *cit.*, p. 371; CASOL, I., «Statuto giuridico dell'em-

### 3. LA LEY REGULADORA DE LA SUBJETIVIDAD DEL NASCITURUS

Pasamos a individualizar la ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*. Ya se ha visto que la categoría civilista de la subjetividad debe ser reconducida a la del D.I.Pr. de la capacidad jurídica general *ex* artículo 20.1 frase 1<sup>81</sup> y que, además, todos los estatutos personales particulares deben ser regulados de modo unitario. Y este principio vale también para el estatuto particular del concebido, que se encuentra sometido a la ley nacional del *nasciturus*.

Sin embargo, el Derecho material de los Estados no atribuye normalmente ninguna nacionalidad al *nasciturus*, sino sólo a las personas ya nacidas<sup>82</sup>. En esta situación, el reenvío del artículo 20 frase 1 a la *lex patriae* parece, a primera vista, no poder encontrar aplicación concreta al *nasciturus*. Pero, en realidad, el criterio de la ley nacional puede ser aplicado al caso del *nasciturus*, mediante un juicio anticipativo de su nacionalidad futura. La última conclusión me parece sugerida por las siguientes razones. En primer lugar, permite regular la situación del *nasciturus*, que de lo contrario estaría privada de disciplina de D.I.Pr.. En segundo lugar, me parece consentida por una interpretación extensiva del reenvío a la *lex patriae*: que viene extendido de la nacionalidad actual a la previsible. En tercer lugar, la extensión sería consentida al menos por la interpretación analógica del reenvío a la *lex patriae*, en tanto que la solución aquí propuesta se corresponde ampliamente con la *ratio* de la adopción (por parte del art. 20) del criterio de la nacionalidad. Queda decir que la tesis aquí propuesta no tiene nada de sorprendente, porque adopta una técnica utilizada por el Derecho interna-

---

brione e status personale del nato», en *Giust.civ.*, 1994, II, pp. 13-23; BARRA, R. C., «Lo statuto giuridico dell'embrione umano», en *Ius*, 2000, I, pp. 157-165; CASINI, C., «Lo statuto giuridico dell'embrione umano», en *Iustitia*, 2001, 4, pp. 557-572; CASINI, C., CASINI, M. y DI PIETRO, M. L. (coordinado por), *La legge*, cit., pp. 33 ss. Cfr. también SAIED, N., cit., pp. 257-268. Sobre la subjetividad del *nasciturus vid.* la nota 3.

<sup>81</sup> Sobre el cual *vid.*, entre otros: DANIELE, L., *Capacità e diritti delle persone (artt. 20-25)*, en CAPOTORTI, F. (coordinado por), «Il nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato», en *Il Corr. giur.*, 1995, pp. 1239-1243; BADIALI, G., cit., *passim*; DI BLASE, A., Sub artículo 20 1.218/1995, en *Commentario RDIPP*, pp. 105-110; BAREL, B., Sub artículo 20 l.d.i.pr., en *Commentario breve Cian-Trabucchi*, pp. 41-42; CAFARI PANICO, R., Sub artículo 20 1.218/1995, en *Commentario Bariatti*, pp. 1085-1092; MOSCONI, F. y CAMPIGLIO, C., «Capacità nel diritto internazionale privato», en *Dig.civ.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2000, pp. 125-129; TONOLO, S., Sub artículo 20 l.d.i.pr., en *Commentario Conetti-Tonolo-Vismara*, pp. 65-72; VILLANI, U., *Capacità*, cit., pp. 173-195. *Vid.* también el capítulo I de la monografía que he publicado sobre *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, antes citada.

<sup>82</sup> Cfr. DURANTE, F., *La capacità giuridica delle persone fisiche nel d.i.pr. italiano*, en *Studi in onore di GAETANO ZINGALI*, Giuffrè, Milano, 1965, II, p. 352; BOSCO, G., *Corso di diritto internazionale privato*, Castellani, Roma, 3.<sup>a</sup> ed., 1939, p. 164; BADIALI, G., cit., p. 27 según el cual «solo un soggetto di diritto è in grado di possedere la cittadinanza».

cional privado (también) italiano: en cuanto que ya en la materia «circoscritta» de la capacidad, la reconstrucción de situaciones anticipativas/hipotéticas tiene relevancia en relación a determinar la ley reguladora de una capacidad en caso de concurso de leyes aplicables<sup>83</sup>; mientras que fuera del tema de la capacidad la misma técnica anticipativa tiene relevancia, por ejemplo, *ex* artículo 8 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 (sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales)<sup>84</sup>, porque la ley reguladora de un contrato inválido es aquella que sería aplicable si el contrato fuese válido<sup>85</sup>.

En particular, en la búsqueda de la nacionalidad hipotética del *nasciturus* es necesario partir de las circunstancias existentes en el momento de la concepción; anticipar ficticiamente a este instante la adquisición de la nacionalidad; aplicar los diversos criterios de atribución de la nacionalidad *iure soli* o *iure sanguinis*; individualizar así la que sería la nacionalidad del *nasciturus*; y, en caso de concurrencia de nacionalidades, asumir como relevante *ex* artículo 20 la nacionalidad más «effettiva» en el sentido del artículo 19 párr.2 ley D.I.Pr.<sup>86</sup>. Veremos dentro de poco que el criterio de la nacionalidad hipotética y el método ahora dicho para individualizarla se utilizará para regular también otros aspectos de la capacidad de la persona<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Cfr. BALLARINO, T., *Diritto internazionale privato*, cit., 1982, pp. 647-648; BAREL, B., «Sub artículo 20 l.d.i.pr.» cit., p. 42.

<sup>84</sup> El Convenio ha sido ratificado por Italia con Ley de 18 de diciembre de 1984, n. 975, en *GU*, supl. ord. de 30 de enero de 1985, p. 25. El Convenio ha sido publicado en *RDIPP*, 1980, p. 297. Sobre ésta *vid.*, entre otros: BALLARINO, T. (coordinado por), *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione. Lectio notariorum*, Giuffrè, Milano, 1994, *passim*; POCAR, F., «Obbligazioni e contratti in generale», en *Codice delle convenzioni d.i.pr.*, pp. 469-473; BALLARINO, T., *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1999, pp. 606-656; VILLANI, U., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2.<sup>a</sup> ed., 2000, p. 8. Se discute desde hace tiempo si el Convenio de Roma es un Convenio «comunitario»: sobre este problema *vid.*, entre otros: ROSSI, L. S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 57-69.

<sup>85</sup> *Vid.* el pensamiento de FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho*, cit., p. 292, recordado en la nota 86.

<sup>86</sup> Sobre el artículo 19.2 ley D.I.Pr. cfr. BAREL, B., «Sub artículo 19 l.d.i.pr.», en *Commentario Bariatti*, pp. 1075-1085; CLERICI, R., Sub artículo 19 l.d.i.pr.», en *Commentario RDIPP*, pp. 95-105; BALLARINO, T., *D.i.pr.*, p. 274; POCAR, F., *Il nuovo*, cit., p. 48; CONETTI, G., Sub artículo 19 l.d.i.pr., en *Commentario Conetti-Tonolo-Vismara*, pp. 60-62; BAREL, B., Sub artículo 19 l.d.i.pr., en *Commentario breve Cian-Trabucchi*, pp. 38-40.

<sup>87</sup> Sobre el cual cfr. CAPOTORTI, F., *La capacità*, cit., p. 181; VON OVERBECK, A., «Existence and Capacity of Natural persons», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, III, Private International Law, Chapter 15. Persons, p. 7; STANZIONE, P., «Capacità V) Diritto comparato e straniero», en *Enc. Giur. Treccani*, V, 1988, p. 1; BADIALI, G., *Personalità*, cit., p. 7; HELDRICH, A. e STEINER, A. F., *Legal Personality*, en GLENDON, M. A. (coordinado por), *Persons and Family. Chapter 2: Persons*, en *Int. Enc. Comp. Law*, Mohr-Nijhoff, Tübingen-Dordrecht-Boston-Lancaster, 1995, p. 4; CLERICI, R., *La disciplina*, cit., p. 40; BALLARINO, T., *D.i.pr.*, 1999, cit., p. 319; VILLANI, U., *Capacità*, cit., p. 176.

En algunos casos, la ley nacional hipotética del *nasciturus* reconocerá su subjetividad jurídica, y será entonces plenamente aplicable en Italia. En otros casos, la ley nacional hipotética no le reconocerá subjetividad, y será entonces incompatible con las normas sobre los derechos fundamentales del hombre del *nasciturus*, que se opondrán a la aplicación de esta ley, en calidad de normas de aplicación necesaria o (según el caso) de orden público<sup>88</sup>.

#### 4. LA ULTERIOR CAPACIDAD DEL NASCITURUS DE RECIBIR POR TESTAMENTO Y POR DONACIÓN

Algunas reglas de Derecho civil prevén que «sono capaci di succedere tutti coloro che sono [...] concepiti al tempo dell'apertura della successione» (art. 462 CC), y que «la donazione può essere fatta anche a favore di chi è soltanto concepito» (art. 784 CC). La opinión tradicional mantiene que estas normas atribuyen al *nasciturus* una mera expectativa subordinada al nacimiento de convertirse en titular de los derechos de recibir por testamento y por donación<sup>89</sup>.

En realidad, ya se ha dicho que el *nasciturus* tiene la subjetividad jurídica necesaria y suficiente para ser titular de los derechos fundamentales del hombre<sup>90</sup>. Además, con la sentencia de 1 de febrero de 2000, *Mazurek*<sup>91</sup>, y de 28 de octubre de 1987, *Inze*<sup>92</sup>, el Tribunal Europeo de Estrasburgo ha declarado que la noción de (derecho de) propiedad *ex* artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH<sup>93</sup> comprende también el derecho de suceder por testamento; y con la sentencia de 5 de mayo de 2000, *Beyeler*, ha reconducido a la noción de propiedad *ex* artículo 1 Protocolo 1 incluso las simples expectativas patrimoniales reconocidas por el Estado de origen<sup>94</sup>. Se puede llegar a las mismas conclusiones sobre la base del reenvío

<sup>88</sup> Vid. la nota 72.

<sup>89</sup> Vid. la nota 3.

<sup>90</sup> Vid. el punto 2 y la nota 3.

<sup>91</sup> Sentencia del TEDH de 1 de febrero de 2000, *Mazurek c. Francia*, en [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int). Sobre el caso *Mazurek* vid., entre otros: PADELLETTI, M. L., *La tutela della proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 73.

<sup>92</sup> Sentencia del TEDH de 28 de octubre de 1987, *Inze*, serie A, n. 126, en [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int). Sobre el caso *Inze*, vid., entre otros: PADELLETTI, M. L., *La tutela*, cit., p. 63.

<sup>93</sup> Sobre el artículo 1 Protocolo 1 CEDH vid., entre otros: PADELLETTI, M. L., *La tutela*, cit., *passim*.

<sup>94</sup> Cfr. sentencia del TEDH de 5 de enero de 2000, *Beyeler c. Italia*, en *Recueil* 2000-I, en *AIDA*, 2001, pp. 271-277 y en [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int). Sobre el caso *Beyeler* vid., entre otros, PADELLETTI, M. L., «Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo», en *RDI*, 2000, pp. 781-800 y mi comentario en *AIDA*, 2001, pp. 271-277.

del artículo 6 TUE<sup>95</sup> al CEDH, como también de la jurisprudencia del TJCE que recibe la disciplina CEDH<sup>96</sup>. Todas estas reglas relativas a los derechos del hombre son claras, precisas e incondicionadas y, por tanto, tienen eficacia directa<sup>97</sup>. Entonces, como ya habíamos visto para el artículo 1 CC y también los artículos 462 y 784 CC, deben ser interpretados de modo compatible con las reglas ahora dichas relativas a los derechos del hombre<sup>98</sup> en el sentido de reconocer al *nasciturus* en Italia la titularidad del derecho fundamental del hombre a recibir por testamento y por donación *ex* artículos 462 y 784 CC. Sin mencionar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa al derecho de la propiedad impondría de todos modos a Italia el reconocimiento del *nasciturus*, que es sujeto jurídico para el ordenamiento italiano, la subjetividad y la capacidad jurídica suficientes a suceder y recibir por donación también en el caso de que se debiese mantener que las reglas de Derecho civil de los artículos 462 y 784 CC se limitan a reconocer al *nasciturus* una mera expectativa a la sucesión o a la donación<sup>99</sup>.

## 5. LA LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD DEL NASCITURUS DE RECIBIR POR TESTAMENTO Y POR DONACIÓN

Pasamos ahora a la ley reguladora de la capacidad de recibir por testamento o por donación del *nasciturus*. Hasta el momento, la doctrina de D.I.Pr. ha asumido como base la tesis civilista tradicional según la cual el *nasciturus* no tiene capacidad, sino tan sólo una mera expectativa *sub condicione*, y ha deducido de esto que las expectativas del *nasciturus* serían un «aspetto della disciplina sostanziale degli istituti rilevanti»<sup>100</sup>, «assimilabili, quanto al trattamento, alle capacità speciali», pero sólo «al fine del funzionamento delle norme di conflitto e della qualificazione dei rapporti cui ineriscono»<sup>101</sup>. Así pues, las mismas expectativas serían sometidas a la *lex substantiae actus ex* artículos 20 frase 2 y 23.1 frase 2, es decir, a la *lex successionis* individualizada por el artículo 46 ley D.I.Pr. y a la *lex donationis* individualizada por el artículo 56 ley D.I.Pr.<sup>102</sup>.

<sup>95</sup> Vid. la nota 37.

<sup>96</sup> Vid. la nota 46.

<sup>97</sup> Vid. la nota 72.

<sup>98</sup> Vid. el punto 2.

<sup>99</sup> Vid. el caso Beyeler y los comentarios de la doctrina citados en la nota 94.

<sup>100</sup> Así, VILLANI U., *Capacità*, cit., p. 177.

<sup>101</sup> Así, TONOLO, S., Sub artículo 20, cit., p. 67.

<sup>102</sup> Cfr. entre otros: BADIALI, G., *Personalità*, cit., p. 117; CAFARI PANICO, R., Sub artículo 20, cit., p. 1088; VILLANI, U., *Capacità*, cit., p. 177; TONOLO, S., Sub artículo 20, cit., p. 67.

En realidad, ya se ha dicho <sup>103</sup> que estas capacidades son verdaderas y propias manifestaciones de la subjetividad de Derecho civil, que se integra en la categoría de D.I.Pr. de la capacidad general jurídica disciplinada por la *lex patriae*. Por tanto, la ley aplicable a estas capacidades es la ley reguladora de la capacidad general jurídica *ex* artículo 20 frase 1, o sea, la *lex patriae* y la capacidad del *nasciturus* de recibir por testamento y por donación está sujeta a la ley de su nacionalidad hipotética <sup>104</sup>. La ley nacional hipotética del *nasciturus* le reconocerá en algunos casos la capacidad de recibir por testamento o por donación: y será plenamente aplicable en Italia. En otros casos no le reconocerá tal capacidad, y entonces será incompatible con las normas sobre los derechos fundamentales del hombre relativas al *nasciturus*, que se opondrán a la aplicación de esta ley, en calidad de normas de aplicación necesaria o (según los casos) de orden público <sup>105</sup>.

## 6. LA LEY REGULADORA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL NASCITURUS

Para completar lo anterior, queda recordar que el Derecho material de los Estados prevé normalmente la existencia de un representante legal del *nasciturus*, que en el Derecho material de los países del *civil law* coincide generalmente con los padres, mientras que en los sistemas del *common law* es frecuentemente un *trustee* <sup>106</sup>. Naturalmente, el representante legal y el *trustee* están previstos para tutelar los intere-

<sup>103</sup> *Vid.* el punto precedente.

<sup>104</sup> *Vid.* el punto 3.

<sup>105</sup> *Vid.* la nota 72.

<sup>106</sup> Para el Derecho material italiano cfr., entre otros, BIANCA, M., *La norma*, cit., p. 223. Para un estudio comparado entre los ordenamientos de *civil law* y de *common law* cfr., entre otros: HELDRICH, A. y STEINER, A. F., *Legal Personality*, cit., p. 3, según el cual «in a civil law system, the holder of the right and the one who exercises the right are different persons, so that legal personality and capacity to act are separated. The *civil law* overcomes this split by way of the institution of “legal representation” by which a person capable of acting will be appointed as general legal representative of the incapable person [...] who is a legal subject but unable to act with legal effect. By contrast, the *common law* solves these problems mainly by way of trust arrangements. Such arrangements preserve the unity of the holding of a right and its exercise by one person, but make the benefits available to the protected person». Sobre la utilización siempre más frecuente en los Estados de *civil law* del trust como instrumento de tutela de los incapaces, *vid.*, entre otros: SPALLAROSSA, M. R., *Trust e soggetti deboli*, en DOGLIOTTI, M. y BRAUN, A. (coordinado por), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 144-150; MARTINELLI, P., *Limiti della protezione dei soggetti deboli*, en DOGLIOTTI, M. y BRAUN, A. (coordinado por), cit., pp. 155-161 según el cual el *trust* irrumpe sobre la escena de la enfermedad mental con las características «dell’abito su misura»; MAZZA GALANTI, F., *Trust con disponente minorenne*, en DOGLIOTTI, M. y BRAUN, A. (coordinado por), cit., p. 201. Cfr. también LUPOI, M., «La legittima funzione “protettiva” dei *trust* interni», en *Contratto e impresa*, 2004, pp. 236-246, 239.

ses del *nasciturus* y para «integrare» su típica incapacidad civil de obrar. En este punto, es preciso localizar la ley reguladora de las relaciones entre el *nasciturus* y su representante legal o *trustee*.

Según la opinión unánime<sup>107</sup>, las relaciones con el representante legal que sea uno de los padres se integran en la amplia categoría de D.I.Pr. italiano constituida por «rapporti tra genitori e figli» ex artículo 36 ley italiana D.I.Pr., según el cual «i rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli, compresa la potestà dei genitori, sono regolati dalla legge nazionale del figlio»<sup>108</sup>.

Las relaciones entre el *nasciturus* y el representante legal que no sea uno de los progenitores están reguladas por la ley aplicable a la tutela del menor, que es individualizada por el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre la competencia de la autoridad y sobre la ley aplicable en materia de protección del menor, a la que se remite el artículo 42 ley italiana D.I.Pr. «in ogni caso»<sup>109</sup>. De hecho, apenas se ha dicho que la noción de «figlio» prevista en el artículo 36 ley D.I.Pr. puede ser interpretada de modo que comprenda (no sólo el hijo nacido, sino también) el hijo únicamente concebido; además, me parece que una lectura análoga puede incluir al *nasciturus* también en la noción de «minore» ex artículo 42 ley D.I.Pr. y esto es confirmado también por la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de febrero de 1997 núm. 35<sup>110</sup>, según la cual la referencia al Convenio de la ONU de Nueva York

<sup>107</sup> Cfr. BADIALI, G., *Personalità*, cit., p. 119; VILLANI, U., *Capacità*, cit., pp. 177-178.

<sup>108</sup> El artículo 36 reenvía a la *lex patriae* del *nasciturus* y esto hace surgir nuevamente el problema de determinar la *lex patriae* de un sujeto todavía no nacido. Vid. el punto 3.

<sup>109</sup> Este Convenio ha sido ratificado por Italia con ley de 24 de octubre de 1980 n. 742, en *GU*, supl. ord. de 12 de noviembre de 1980, p. 310. Sin embargo, esta ley no contenía las necesarias normas de actuación. Estas últimas han sido predisuestas con la ley de 15 de enero de 1994 n. 64, en *GU* de 29 de enero de 1994, p. 23. El Convenio ha entrado en vigor en Italia el 23 de abril de 1995. Cfr. el texto del Convenio en *RDIPP*, 1995, p. 839. Vid. el estado de las ratificaciones constantemente actualizado en [www.hcch.net/ff/conventions/menu.html](http://www.hcch.net/ff/conventions/menu.html). Sobre este Convenio, cfr. MOSCONI, F., *La tutela dei minori in diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1965; DROZ, G. A. L., «La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961», en *JDI*, 1973, p. 603; KROPHOLLER, J., *Das Haager Abkommen ueber den Schutz Minderjaehriger*, Bielefeld, Giesecking, 1977; BEGHÈ LORETI, A., *Le Convenzioni internazionali per la protezione dei minori*, en AA.VV., *La protezione dei minori nelle convenzioni internazionali*, SSI, Roma, 1982, p. 14; LAGARDE, P., *La protection du mineur double-national talon d'Achille de la convention de la Haye du 5 octobre 1961*, en *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale-Studi in memoria di Mario Giuliano*, Cedam, Padova, 1989, p. 529; BONOMI, A., «La convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione», en *RDIPP*, 1995, pp. 607-656; MOSCONI, F., *La protezione dei minori*, en SALERNO F. (coordinado por), *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1997, p. 59; FRANCHI, M., *Protezione dei minori e diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 1 ss.; HAMMJE, P., «L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé», en *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, p. 366.

<sup>110</sup> Citada en la nota 23 y comentada en el punto 2.

de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño <sup>111</sup> a este último puede ser extendida al *nasciturus* y, en consecuencia, sus disposiciones pueden ser aplicadas también a este. Además, ya se ha dicho que el artículo 42 contiene un reenvío *in ogni caso* al Convenio de La Haya y que este tipo de reenvío puede ampliar en Italia el campo de aplicación del Convenio a las relaciones entre el *nasciturus* y sus representantes legales, porque el reenvío en todo caso amplía el ámbito de aplicación subjetivo de un Convenio a todas las situaciones que no tienen cabida en el ámbito de aplicación originario del Convenio y, al mismo tiempo, no poseen una norma de conflicto específica relativa a éstas <sup>112</sup>; las relaciones entre el *nasciturus* y sus representantes legales no están incluidas en el ámbito de aplicación subjetiva del Convenio del La Haya, y no tienen una norma de conflicto propia; en consecuencia, el reenvío en todo caso de éstas al artículo 42 ley D.I.Pr. es idóneo para extender en Italia el ámbito de aplicación originario del Convenio a las relaciones entre el *nasciturus* y sus representantes legales.

Finalmente, las relaciones entre el *nasciturus* y el *trustee* son reguladas por la ley aplicable al *trust* a la que se remite el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento <sup>113</sup>.

<sup>111</sup> Vid. la nota 22.

<sup>112</sup> En este sentido, cfr. entre otros: GAJA, G., *Il rinvio alla convenzione di Bruxelles in tema di giurisdizione*, en SALERNO, F. (coordinado por), *Convenzioni*, cit., pp. 3-20; FORLATI PICCHIO, M. L., *Limiti posti dalla convenzione di Roma alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, en GAJA, G. (coordinado por), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale: raccolta in onore di Edoardo Vitta*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 359; MARI, L., *Delimitazione della giurisdizione italiana mediante rinvio alla convenzione di Bruxelles del 1968 e competenza pregiudiziale della Corte di giustizia*, nota a TJCE 28 de marzo de 1995, C-346/93, en *Foro it.*, 1996, IV, p. 368; HONORATI, C., Sub artículo 42 l.d.i.pr., en *Commentario RDIPP*, p. 209; FRANCHI, M., *Protezione*, cit., p. 12; DAMASCELLI, D., «Il rinvio “in ogni caso” a convenzioni internacionales nella nuova legge sul diritto internazionale privato», en *RDI* 1997, p. 98; BARIATTI, S., *Le norme generali della legge n. 218 e le convenzioni internazionali applicabili «in ogni caso»*, en SALERNO, F. (coordinado por), *Convenzioni*, cit., pp. 369-375; CAMPIGLIO, C. y MOSCONI, F., «Minore. Diritto internazionale privato e processuale», en *Enc. giur.*, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1999, 1; POCAR, F., *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2002, pp. 11 ss.; DAVÌ, A., «Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria», en *RDI*, 2002, pp. 883-883. En sentido contrario, cfr. PICONE, P., «La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge di riforma della materia», en *RDI*, 1996, pp. 289-364, 341 según el cual el valor «preceptivo» de las disposiciones de la ley de reforma que reenvían en todo caso a los Convenios en cuestión es «dal punto di vista pratico, assai ridotto, se non addirittura inesistente». Cfr. también ID., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1998, pp. 339, e ID., *Le convenzioni internazionali nella legge italiana di riforma del diritto internazionale privato*, en SALERNO, F. (coordinado por), *Convenzioni*, cit., pp. 389 ss.

<sup>113</sup> El Convenio ha sido ratificado por Italia con ley de 9 de octubre de 1989, n. 364, en *GU*, de 8 de noviembre de 1989, supl. ord., 261. Vid. el texto del Convenio en *RDIPP*, 1985, p. 194 y el estado actualizado de las ratificaciones en [www.hcch.net/f/conventions/menu.html](http://www.hcch.net/f/conventions/menu.html). Sobre este Convenio *vid.*, entre otros: BERAUDO, J. P., «La convention de La Haye du 1er juillet relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance», en *Trav. Com. fr. dr. int. privé*, 1985-1986, p. 21; DYER, A., *Introductory Note on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, en *Uniform Law*

## 7. EL NONDUM CONCEPTUS

A veces, el Derecho sustancial de los Estados permite testar o donar a favor del *nasciturus nondum conceptus*<sup>114</sup>. En estos casos, las situaciones correspondientes al *nondum conceptus* son «aspetti della disciplina sostanziale degli istituti rilevanti»<sup>115</sup> y están sometidas a las respectivas leyes reguladoras. Por mi parte, añado que las cuestiones ahora dichas no son cuestiones de capacidad, en tanto que el *nondum conceptus* no tiene subjetividad jurídica<sup>116</sup>.

## 8. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y LA EXPERIMENTACIÓN SOBRE EL EMBRIÓN

Ya se ha dicho que el Derecho material de algunos Estados reconoce al *nasciturus* la capacidad jurídica *ex* artículo 20

---

*Rev.* 1985, p. 274; KÖTZ, H., «Die Haager Konferenz und das Kollisionsrecht der trust», en *RebelsZ*, 1986, p. 562; HAYTON, D., «The Hague Convention on the Law Applicable to trusts and on their Recognition», en *ICLQ*, 1987, p. 260; JAUFFRET SPINOSI, C., «La convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1985)», en *Clunet*, 1987, p. 23; LUPOI, M., «Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985», en *Vita not.*, 1992, p. 964; FUMAGALLI, L., «La convenzione dell'Aja sul «trust» e il diritto internazionale privato italiano», en *Dir.comm.int.*, 1993, pp. 533-568; GAMBARO, A., GIARDINA, A. y PONZANELLI, G. (coordinado por), «Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento», en *NLCC*, 1993, pp. 1211-1349; PATON, A. G. y GROSSO, R., «The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition: Implementation in Italy», en *Riv. not.*, 1995, p. 561; LUZZATTO, R., «“Legge applicabile” e “riconoscimento” di trust secondo la convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985», en *RDIPP*, 1999, pp. 5-20; CARBONE, S. M., «Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985», en *RDIPP*, 1999, pp. 773-788; CONTALDI, G., *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Giuffrè, Milano, 2005, *passim*; CARBONE, S. M., *Trust interno e legge straniera*, en DOGLIOTTI, M. y BRAUN, A. (coordinado por), cit., p. 25; UBERTAZZI, B., «El trust en el Derecho internacional privado italiano y español», de próxima publicación, en *AEDip*; Madrid, 2005.

<sup>114</sup> En Italia *vid.*, por ejemplo, los artículos 462, párr. 3 CC, según el cual «possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti» y 784 párr. 1 CC italiano según el cual «la donazione può essere fatta anche a favore [...] dei figli di una determinata persona vivente al tempo della donazione, benché non ancora concepiti». «La differenza tra il nascituro concepito e il nascituro non concepito» es que «solo il primo è capace di succedere nella successione legittima e ha, quindi, diritto anche alla quota riservata ai legittimari, mentre il secondo può ricevere solo per testamento o donazione. La ratio della differenza è evidente: riguardo al non concepito si tratta di espandere l'autonomia dispositiva del testatore o del donante (e, dunque, è l'interesse dell'adulto che viene tutelato), mentre l'inclusione del concepito nella categoria degli eredi legittimi e necessari tutela in primo luogo l'interesse dei concepiti stessi. Ciò prova che l'esistenza biologica del nascituro è apprezzata dal legislatore». Así CASINI, C., CASINI, M. y DI PIETRO, M. L., cit., p. 29. Para otros ordenamientos *vid.*, entre otros: HELDRICH, A. y STEINER, A. F., cit., p. 6.

<sup>115</sup> Así, VILLANI, U., cit., p. 177 con referencia no al *nasciturus* no todavía concebido, sino al *nasciturus* ya concebido. Para una crítica de la tesis de Villani, cfr. el punto 5.

<sup>116</sup> Cfr. BIANCA, M., *La norma*, cit., p. 224.

frase 1<sup>117</sup>. Los mismos derechos pueden prever que esta capacidad se extinga con la muerte del *nasciturus*<sup>118</sup> (i) por aborto espontáneo, o (ii) por interrupción voluntaria del embarazo, o (iii) por experimentaciones sobre el *nasciturus* que acaben con su vida.

Además, ya se ha dicho que la regla del artículo 20 que reenvía a la *lex patriae* como ley reguladora de la capacidad jurídica se aplica también a la capacidad del *nasciturus* no todavía (nacido y) nacional<sup>119</sup>. Es necesario añadir que, en líneas generales, ésta se aplica también a la pérdida de la capacidad jurídica del *nasciturus* en las tres hipótesis ahora dichas<sup>120</sup>. Esta conclusión no plantea problemas particulares en la hipótesis del aborto espontáneo. Sin embargo, los plantea en las otras dos hipótesis, sobre las que es preciso detenerse aquí sintéticamente. Y, en relación a éstas, es necesario distinguir dos casos diversos.

Un primer caso se da cuando la interrupción voluntaria del embarazo y la experimentación sobre el *nasciturus* se producen en Italia. Para este caso, la ley italiana de 22 de mayo de 1978 núm. 194 sobre la «*interruzione volontaria di gravidanza*»<sup>121</sup> y la ley de 19 de febrero de 2004 núm. 40 sobre la «*procreazione medicalmente assistita*»<sup>122</sup> no indican específicamente si se aplican también a los extranjeros<sup>123</sup>. El decreto del Presidente de la República (d.P.R.) de 13 de agosto de 1999 núm. 394 que establece el «*regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, núm. 286*»<sup>124</sup> ha previsto, por el contrario, que todas las intervenciones sanitarias efectuadas en Italia<sup>125</sup>

<sup>117</sup> Vid. el punto 2.

<sup>118</sup> La pérdida de la capacidad jurídica es generalmente individualizada en la muerte de las personas ya nacidas. En conclusión, también la muerte del *nasciturus* puede constituir razonablemente el momento final de su personalidad.

<sup>119</sup> Vid. el punto 3.

<sup>120</sup> La aplicación de la ley nacional en el momento de la pérdida de la capacidad jurídica de los ya nacidos es pacífica. En resumen, se puede llegar a la misma conclusión en relación con la muerte del *nasciturus*.

<sup>121</sup> Vid. la nota 53.

<sup>122</sup> Vid. la nota 73.

<sup>123</sup> La ley 194/1978 establece su aplicación a las interrupciones voluntarias del embarazo por parte de las mujeres que lo requieran y que satisfagan las condiciones en ella indicadas. Por tanto, esta no precisa si su ámbito de aplicación subjetivo se extiende al menos también a las extranjeras. La ley 40/2004 no dice nada sobre su aplicabilidad al caso concreto con elementos de extranjería.

<sup>124</sup> En GU de 3 de noviembre de 1999, 286. El d.P.R. 394/1999 ha sido modificado por la ley de 30 de julio de n.189 que establece normas sobre la «*modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*», en GU de 26 de agosto de 2002, 199. De todos modos, esta ley no ha modificado las disposiciones en materia sanitaria del d.P.R. 394/1999.

<sup>125</sup> El carácter de actividad médica de las interrupciones voluntarias del embarazo es confirmado: a) en primer lugar, por el artículo 43.1 del d.P.R. 394/1999 según el cual a los extranjeros «*regolarmente soggiornanti*», pero no inscritos en el «*Servizio Sanitario*

deben ser efectuadas del modo y bajo las condiciones previstas por la ley italiana incluso en relación con extranjeros<sup>126</sup>. Por tanto, el d.P.R. 394/1999 confirma que las normativas sobre tratamientos sanitarios quieren aplicarse a cada persona, italiana o extranjera, que se someta a estas en Italia y así, quieren permitir a los médicos y a los especialistas italianos operar conforme a una sola legislación y, precisamente, la italiana que es conocida por ellos. El fin y el objeto de estas disposiciones las califican como normas de aplicación necesaria *ex* artículo 17 ley D.I.Pr. y, precisamente, como alguna de las reglas que la doctrina española de D.I.Pr. llama *lex fori profesional*<sup>127</sup>, con una terminología que quiere indicar las reglas de la *lex fori* que deben ser necesariamente observadas en el ejercicio de una profesión, por ejemplo, médico/sanitaria<sup>128</sup> y,

Nazionale» les son «assicurate le prestazioni sanitarie urgenti», establecidas por el art. 35, párr. 1 del texto único de las disposiciones sobre la inmigración y sobre las condiciones del extranjero (d.lgs. 25.7.1998, n. 286), en *GU* de 18 de agosto de 1998, 191, entre los cuales se encuentran precisamente las interrupciones voluntarias del embarazo; *b*) además, por el artículo 43.2 d.P.R. 394/1999 según el cual a los extranjeros presentes en el territorio del Estado, pero no en regla con las normas de ingreso y residencia, les son aseguradas las prestaciones sanitarias previstas por el artículo 35, párr. 3 del texto único ahora dicho, entre los cuales se encuentran precisamente las interrupciones voluntarias del embarazo [cfr. BONETTI, P. y PASTORE, M., *L'assistenza sanitaria*, en NASCIBENE B. (coordinado por), *Diritto degli stranieri. Contributi di BONETTI*, Cedam, Padova, 2004, 1008]; y *c*) finalmente por la sentencia de la Corte de justicia italiana de 4 de octubre de 1991, C-159/90, *Society for the Protection of the Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e altri*, en *Raccolta*, I-4733, cuyo punto 18 establece que «l'interruzione di gravidanza, così come lecitamente praticata in diversi Stati membri, è un'attività medica normalmente fornita dietro retribuzione». Sobre esta sentencia cfr. BALLARINO, T., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2001, 475 y TESAURO, G., *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2001, 473-475.

<sup>126</sup> Según el artículo 42 del d.P.R. 394/1999 el extranjero residente regularmente «è tenuto a richiedere l'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale ed è iscritto, unitamente ai familiari a carico, negli elenchi degli assistibili dell'Azienda unità sanitaria locale, d'ora in avanti indicata con la sigla U.S.L., nel cui territorio ha residenza, ovvero, in assenza di essa, nel cui territorio ha effettiva dimora». El extranjero regularmente inscrito tiene derecho a recibir todas las prestaciones sanitarias erogadas a los nacionales en las mismas condiciones previstas para estos últimos. El artículo 43.1 del d.P.R. 394/1999 establece que a los extranjeros «regolarmente soggiornanti», pero no inscritos en el «Servizio Sanitario Nazionale» les son «assicurate le prestazioni sanitarie urgenti», establecidas por el art. 35, párr. 1 del texto único recordado en la nota precedente bajo las mismas condiciones que a los nacionales italianos. El artículo 43.2 d.P.R. 394/1999 establece que a los extranjeros presentes en el territorio del Estado, pero no en regla con las normas de ingreso y residencia, les son aseguradas las prestaciones sanitarias previstas por el artículo 35, párr. 3 del texto único, bajo las mismas condiciones que a los ciudadanos italianos. Cfr. BONETTI, P. y PASTORE, M., cit., 1008.

<sup>127</sup> Así FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., cit., 293.

<sup>128</sup> Sobre el carácter de las normas de la aplicación necesaria de las disposiciones italianas en materia de intervenciones sanitarias, con especial referencia a los trasplantes de órganos, cfr. BALLARINO, T., *D.i.pr.*, 344; TONOLO, S., Sub artículo 24 I.218/1995, en *Commentario Conetti-Tonolo-Vismara*, 96. En la doctrina extranjera se califica como normas de aplicación las normas relativas a la reproducción medicalmente asistida GRAMMATIKAKI-ALEXIOU, A., *Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws: an Initial Approach*, en 60 *Louis. Law Rev.* 2000, 1119. Vid. también SCALIA, A., *I diritti umani e il mestiere di giudice costituzionale*, en *Il foglio*, 23 de febrero de 2006, número 46, según

como tales, prevalecen sobre la *lex personae* del *nasciturus*, a la cual se remite el artículo 20 ley D.I.Pr.

En cambio, un segundo caso se da cuando la interrupción voluntaria del embarazo y la experimentación sobre el feto tienen lugar en el extranjero. En este caso, el artículo 20 frase 1 reenvía a la *lex patriae* del *nasciturus*. En esta hipótesis, las normas materiales del Estado en el cual se produce la interrupción voluntaria del embarazo o la experimentación son consideradas por el mismo Estado como reglas de aplicación necesaria; y, por tanto, según la opinión prevalente deberían ser de aplicación necesaria también en Italia como *lex fori profesional*<sup>129</sup>. Sin embargo, en ciertos casos, estas últimas normas pueden ser contrarias a los derechos fundamentales del hombre del *nasciturus*, como sucede, por ejemplo, en los casos poco antes considerados<sup>130</sup> de las reglas extranjeras contrarias a cualquier reconocimiento de la subjetividad del *nasciturus* o de las reglas que prevén la experimentación sobre el embrión para fines contrarios al orden público; y, en estos casos, las normas extranjeras no pueden ser aplicadas.

---

el cual los tribunales de los Estados Unidos de América no han aplicado nunca la ley extranjera en materia de interrupción voluntaria del embarazo.

<sup>129</sup> *Vid.* la nota 132.

<sup>130</sup> *Vid.* el punto 3.