

UNIVERSIDAD DE SANCTI SPIRITUS  
JOSE MARTI PEREZ

*FACULTAD DE  
HUMANIDADES. DEPARTAMENTO DE  
DERECHO*

*Trabajo de Diploma en opción al título de  
Licenciado en Derecho*

*Título: “Protección Jurídica del  
nasciturus. El derecho a recibir  
alimentos”*

*Autora: Olaysis de las Nieves González Pérez*

*Tutor: Msc. Rita Lina Santos Álvarez*

*Año 2014*

*“Año 56 de la Revolución”*

## **Pensamiento**

“El Derecho nunca puede estar en oposición con el amor que debe respetar como algo mejor, y superior, siempre y cuando sea verdadero, es decir no suponga amor para unos con desamor incluido para con quienes uno mismo está más obligado”.

J. VALLET DE GOYTISOLO.

## Dedicatoria

*A mi madre, mi hija y esposo*

## Agradecimientos

*A todos, los que me han apoyado en la realización de este ejercicio.  
muchas gracias...*

## Resumen

El trabajo que se presenta se titula "Protección Jurídica del nasciturus.El derecho a recibir alimentos", el mismo ha sido realizado a partir de la motivación de la autora de encontrar una solución jurídica a los disímiles casos que se presentan de madres embarazadas que o bien no están casadas con el padre del futuro bebé o bien están solas jugando el papel de madre soltera, y no siempre cuentan con el apoyo de esta persona para satisfacer las necesidades del que ha de nacer, pues la legislación civil y familiar cubana no ofrece una clara salida a dicha disyuntiva. El trabajo parte de una fundamentación científica y una problemática que permitió elaborar el problema e hipótesis científica, definir un objetivo general y varios objetivos específicos, utilizando métodos teóricos y empíricos, para dar solución a las interrogantes planteadas que parten de qué conceptualizar por *nasciturus*.

El trabajo se estructura en dos capítulos en el primero de ellos se tratan elementos teóricos vinculados al desarrollo de la institución a través de la historia acudiendo para su sustento a elementos de Derecho comparado con países del sistema de Derecho romano-francés, su conceptualización teoría al respecto y la posición a la que se afilia Cuba y en el segundo capítulo se hace una análisis de la normativa cubana en la materia, con puntos de contacto con la legislación foránea de avanzada sobre el tema, dígase España y Argentina entre otros. Se emiten criterios sobre la legitimación para reclamar alimentos a favor del nasciturus, la procedencia de medidas cautelares, del Proceso de alimentos, sobre la frustración del embarazo, todo lo que permitió llegar a Conclusiones y proponer las Recomendaciones que aparecen al final del Trabajo, considerando que el mismo puede ser de utilidad para profesores y alumnos de la carrera de Derecho interesados en conocer sobre el tema y ser utilizado como material de apoyo para la asignatura de Derecho de Familia.

## Indice

Contenido	Páginas
Introducción	1
Capítulo I: Conceptualización teórico doctrinal del nasciturus.	8
I.1 Situación jurídica del nasciturus a través de la historia.	8
I.1.2 Teorías sobre la situación jurídica del nasciturus	9
I.2 Criterios sobre los llamados efectos favorables para el nasciturus.	15
I.3 Referencia a elementos generales del Derecho comparado.	19
I.4 Conceptualización del nasciturus.	23
Capítulo II: Tutela legal del derecho del nasciturus a recibir alimentos. Posición de la legislación cubana.	27
II.1 Fundamentación jurídica del derecho del nasciturus a recibir alimentos	27
II.1.2 Legitimación para reclamar alimentos.	33
II.1.3 Fuentes directas e indirectas de la obligación.	37
II.1.4 Posiciones sobre la obligación de dar o recibir de alimentos	38
II.2. Tesis sobre las medidas cautelares innovativas.	40
II.3 El proceso de alimentos	43
II.4 Posibilidad de exigir alimentos para el concebido fruto de una unión de hecho.	46
II.5 Repercusión en el orden jurídico de la frustración de embarazo.	48
Conclusiones	58
Recomendaciones	60

## INTRODUCCION

Como consecuencia de los profundos cambios que se han ido introduciendo en el seno de la sociedad moderna, los valores tradicionales que imperaban en la familia, el trabajo y demás tipo de relaciones sociales se han visto modificados notablemente. Los status y roles que cumplían anteriormente el hombre y la mujer, han mutado de forma histórica. No está de más mencionar la enorme evolución que sufrió en el siglo XX y en lo que va del XXI el papel de la mujer en lo doméstico, lo laboral, profesional y demás ámbitos de la vida; esta relevante transformación ha dado lugar a nuevas e impensadas formas de convivencia y vínculo familiar; la visión tradicional de familia ha ido perdiendo terreno frente a las diferentes e innovadoras concepciones del núcleo familiar moderno, tal es así que actualmente un gran porcentaje de matrimonios se divorcian o se encuentran separados de hecho, es decir, los vínculos no perduran en el tiempo. Muchas parejas optan por no unirse en matrimonio, por lo que el concubinato ha tenido un crecimiento sostenido.

Debido a esta compleja situación, las nuevas relaciones generan todo tipo de variables que derivan en infinidad de casos, tales como mujeres embarazadas separadas de hecho de su cónyuge, divorciadas o simplemente separadas de su pareja y que el progenitor de ese niño por nacer se ha desentendido de todo tipo de obligación, lo que lleva a plantearse interrogantes acerca del derecho a reclamar alimentos que tiene esa mujer embarazada en representación del derecho de ese hijo concebido, el contenido y alcance de esa prestación alimentaria.

La protección jurídica del concebido, a pesar de ser un tema recurrente en la doctrina, las legislaciones y las decisiones de los tribunales desde el Derecho histórico, posee en la actualidad un vigor e importancia renovados en virtud de la protección cada vez mayor que se tributa a la infancia, la cual puede ser extendida a la figura del concebido no nacido. El interés creciente hacia la figura del menor de edad, patentizado a lo largo de la pasada centuria y vigente aún, se ha materializado a partir de la aparición de principios (interés superior del menor, *favor veritatis*, *favor minoris*) y derechos (derecho al conocimiento del origen

genético, a la identidad personal, etcétera) favorables a la condición socio-jurídica de las niñas, niños y adolescentes. La protección jurídica conferida a la niñez es aplicable, previa adecuación, según el criterio de la autora de la investigación, a la figura del *nasciturus*. Este razonamiento se sustenta en lo establecido en el Preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, el cual enfatiza en la protección y cuidados especiales, así como en la debida tutela legal de los niños “tanto antes como después del nacimiento”.<sup>1</sup>

El período anterior al parto en que el concebido se halla aún en el claustro materno no quedó ajeno a la regulación de las normas jurídicas. De este modo, fue prevista la protección del ser que se encuentra *in utero* y el respeto a la integridad de los derechos cuya titularidad con su nacimiento llegará a ostentar. Desde el Derecho Romano se ha investigado sobre la condición jurídica del *nasciturus*; precisamente para mejor comprensión del tema se acude a los orígenes etimológicos de este término.

Según definición tomada de la Enciclopedia Libre, *nasciture*: “Es un término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento. Hace alusión, por tanto, al concebido y no nacido”.<sup>2</sup>

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, de MANUEL OSORIO, define el *nasciturus* como sigue: “Palabra latina, forma del verbo *nasci*, (*nacer*). El que ha de nacer...”, representa un concepto contrapuesto al *natus* (nacido ya) y se refiere al ser humano como sujeto de derecho que ha sido concebido, pero todavía no alumbrado.<sup>3</sup>

Este tema está muy relacionado con lo que consideran los autores sobre la adquisición de la personalidad, porque precisamente en la mayoría de los ordenamientos entre ellos Cuba, es a partir de su nacimiento que se considera a la persona sujeto de derechos y obligaciones.

---

<sup>1</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, ediciones UNICEF, 2007, pp. 11-12.

<sup>2</sup> La enciclopedia en línea: **WIKIPEDIA**

<sup>3</sup> OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Heliasta, 27 Ed, Buenos Aires, 2000, p. 639



DIEZ PICAZO Y GULLÓN plantean, que el reconocimiento de la personalidad no es una mera cualidad que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de una manera arbitraria, es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que al Derecho no le queda otro remedio que reconocer.<sup>4</sup>

En este sentido se conoce que la mayoría de los ordenamientos hacen coincidir el inicio de la personalidad con el hecho propio del nacimiento, no se le reconoce al *nasciturus* personalidad si no *personidad*, como una ficción del derecho que las tendencias más actuales sobre el tema así han denominado y donde se le reconoce como persona para todos aquellos efectos que le puedan ser favorables, lo que no quiere decir que se le tenga por persona.

Las principales incógnitas y controversias que desde el prisma jurídico puedan surgir, se plantean en torno a la figura del *nasciturus* y su identificación con la noción de persona, así como alrededor del momento en que tiene lugar el nacimiento del ser humano a efectos jurídicos.

Será jurídicamente persona, todo ser a quien el Derecho acepta como miembro de la comunidad. El ser reconocido persona conlleva el reconocimiento de la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, o de derechos y obligaciones.<sup>5</sup>

Cuando la persona que tiene personalidad jurídica interviene en relaciones jurídicas concretas, se convierte en lo que se ha denominado desde el punto de vista técnico\_ jurídico como sujeto de derecho, que podrá ser presente o futuro.

El *nasciturus* en la legislación cubana, seguidora del sistema de Derecho romano francés, tiene la condición de futuro sujeto de derecho, porque no es persona ni tiene personalidad, careciendo de capacidad jurídica para formar parte de una relación jurídica, pero si los efectos de la relación jurídica le son favorables esta se constituye bajo una *conditio iuris*, de que nazca vivo y por tanto pasa a formar efectivamente parte de la misma.

Señala la DRA. CARIDAD VALDÉS DÍAZ y es criterio compartido, que debe considerarse la situación particular en la que se encuentra el *nasciturus* frente a

---

<sup>4</sup> DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 223.

<sup>5</sup> ARNAU MOYA, F. Publicacions de la Universitat Jaume I, 2003

los derechos que pudieran atribuírseles, luego de su nacimiento con vida, que conforman la condición de sujeto futuro, con un *estatus sui generis* que exige una tutela jurídica consecuente, no solo por estar dotado de personéidad, sino también como modo de protegerlo en el orden bioético y moral frente a tendencias utilitaristas que lamentablemente y con frecuencia se siguen en el mundo moderno.<sup>6</sup>

Uno de los derechos que en el ámbito familiar tiene la persona en determinadas circunstancias es la de recibir alimentos, pero ello obedece a requisitos establecidos en la ley que deben cumplir alimentista y alimentante.

En Cuba constituye una prioridad la protección de la familia y el *nasciturus* se encuentra dentro del ámbito que debe ser objeto de tutela de la misma, por lo que en el mundo moderno permeado de cambios y conflictos debe constituir una prioridad del Derecho, la protección del concebido, que aunque está aún en el claustro materno necesita de alimentos y otros bienes para cuando se constituya en un nuevo miembro de un núcleo familiar. Por ello se define como **problema científico** el siguiente:

¿Cómo perfeccionar la protección del *nasciturus* en el ordenamiento jurídico civil cubano a fin de garantizar legalmente que éste pueda recibir alimentos?

Para resolver el mismo se define como **Hipótesis científica** la siguiente:

Si se modifican artículos del Código Civil y de Familia vigentes en Cuba reconociendo el derecho del *nasciturus* a recibir alimentos, se puede alcanzar una efectiva protección al no nacido.

Se ha diseñado como **objetivo general**: Fundamentar bases para el reconocimiento del derecho del *nasciturus* a recibir alimentos en la legislación civil y familiar cubana.

---

<sup>6</sup>VALDÉS DÍAZ, C. “*El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables a condición de nazca vivo*”, Comentario al artículo 25 del Código Civil cubano. Citado por Lic. MAIBET LÓPEZ ALCORTA en el artículo titulado: *La Protección jurídica del nasciturus*. Valoración del Código Civil Español.

### **Objetivos específicos:**

1. Analizar desde el punto de vista teórico conceptual y normativo la institución del *nasciturus* en Cuba y países del Sistema de Derecho romano francés.
2. Valorar la legislación cubana en sede de prestación de alimentos al *nasciturus*.
3. Enunciar presupuestos en el ámbito de la legislación sustantiva y procesal que permitan la tutela judicial del derecho del *nasciturus* a recibir alimentos en la jurisdicción civil y familiar.

### **Métodos utilizados:**

Para la realización del trabajo se aplicaron **métodos teóricos** y **métodos empíricos**, dentro de los teóricos utilizamos:

1. Análisis y síntesis, e inductivo deductivo a través de los cuales se estudia por partes la institución del *nasciturus* y posteriormente se integra nuevamente la figura estudiada desechando lo que no resulta de interés a los fines de la investigación.
2. Método histórico-lógico es el que permite hacer un análisis de la institución del *nasciturus* a través de la historia, con una secuencia lógica de hechos hasta la actualidad.
3. Método jurídico descriptivo: Se utiliza para encausar el enfoque técnico jurídico del tema, contentivo de una descripción de la institución del *nasciturus*, buscando una aplicación del mismo que trasciende únicamente al campo del Derecho, no a otras ramas de las ciencias que también tienen incidencia en el tema como la medicina y otras. Supone la interpretación del sentido y alcance de las normas jurídicas que regulan el objeto de la investigación, y la realización de juicios de validez, vigencia y eficacia de las mismas. Este método será aplicado tanto a las normas jurídicas del Derecho vigente en Cuba como a las normas de Derecho comparado.
4. Método exegetico analítico: Se acude a un análisis del texto de la normativa que regula la institución del *nasciturus*, no sólo en la ley cubana, sino en el

antecesor del Código Civil cubano, el Código Civil español en su artículo 29, por tratarse de un tema ampliamente polemizado e interpretado en la doctrina no sólo en el Derecho moderno, sino desde las Partidas y el Digesto, pasando por el Derecho Romano, a fin de estar en mejor posición de dar criterios interpretativos de la norma vigente. Además se hace un estudio del texto del Código Civil argentino por ser de avanzada en el tratamiento del tema.

5. Método jurídico comparado: Se estudia la normativa presente en los Códigos Civiles de varios países del sistema de Derecho romano-francés, a fin de compararla con la cubana, haciendo valoraciones de países de avanzada en cuanto al tratamiento de la institución del *nasciturus*, lo que permite fundamentar las propuestas tendentes a perfeccionar la regulación actual en Cuba.

Dentro de los métodos empíricos se acude a la revisión de documentos, consistente en el estudio de casos y la revisión de sentencias a los fines de validar los objetivos propuestos. Además se materializa a través de las consultas a personas calificadas, permitiendo un acercamiento al tema objeto de la investigación desde la realidad de los operadores del Derecho y otros especialistas vinculados a la docencia.

La presente investigación se desarrolla en torno al análisis del tratamiento doctrinal y legislativo de la figura del concebido, profundizando en la protección legal del mismo en el ámbito del Derecho Civil cubano y familiar en las legislaciones foráneas analizadas. Los resultados previstos apuntan hacia la realización de propuestas que garanticen una protección jurídica más eficaz del concebido en el ordenamiento jurídico cubano vigente así como también una tutela efectiva de sus intereses.

#### **Resultados esperados:**

- ✓ Obtener un documento integrador donde se sinteticen las posiciones fundamentales en cuanto al tratamiento del *nasciturus* en la doctrina y la legislación civil y familiar cubana, que pueda servir de material de consulta a profesores y alumnos.

- ✓ Presentar un material que justifique la necesidad de replantear el criterio legislativo en que se funda el Código Civil y Familiar cubano en lo concerniente a la protección jurídica de los derechos del *nasciturus* a recibir alimento.

El trabajo se **estructura** en dos capítulos, en el primero de ellos se tratará el estudio teórico doctrinal de la institución del *nasciturus* con especial referencia a su surgimiento, evolución y desarrollo hasta la actualidad, así como las posiciones fundamentales que en torno al tema se han desarrollado por tener puntos de contacto con conceptos morales que trascienden hasta el derecho a la vida, se analizan posiciones sobre el comienzo de la existencia de las personas y la capacidad de derecho del *nasciturus* por la repercusión que tiene en la protección que se le brinda en los diferentes ordenamientos.

En el segundo capítulo, se señala la protección que se brinda al no nacido a la luz de Tratados Internacionales, normas de rango Constitucional y de otros países, además se analiza lo establecido en la legislación civil y familiar en Cuba, la posición del Tribunal Supremo Popular, sustentando las necesarias modificaciones en cuanto al tema con un obligado análisis comparativo con la legislación española y argentina, lo que nos permitirá particularizar la forma en que, de acuerdo con la jurisprudencia imperante en la materia, será procedente el reclamo de alimentos en su favor, su contenido y alcance. Para ello se hará un breve análisis del concepto de alimentos en general, el proceso de alimentos, la posibilidad de reclamar alimentos para el *nasciturus* proveniente de uniones de hecho, la procedencia de la adopción de medidas cautelares y la repercusión de la frustración del embarazo.

Para la redacción de este documento se accedió a bibliografía de los clásicos del Derecho Civil español, manuales y artículos de prestigiosos profesores de Universidades cubanas y foráneas que han construido doctrina sobre el tema, y otros artículos de operadores del Derecho nacionales y extranjeros a los que se accedió tanto en soporte papel como a través de búsquedas en Internet, accediendo también a la jurisprudencia foránea sobre la institución en particular de España y Argentina, lo que permitió recopilar gran cantidad de información.

# CAPÍTULO I: CONCEPTUALIZACION TEORICO-DOCTRINAL DEL *NASCITURUS*.

## I.1 Situación jurídica del *nasciturus* a través de la historia.

El principio medular en que se ha inspirado la tutela al *nasciturus* ha sobrevivido a todos los procesos históricos y continúa nutriendo actualmente al Derecho contemporáneo; existe una línea de continuidad, a decir de CATALANO, desde la República al Principado y se extiende hasta el siglo XVIII, en la que el término técnico para identificar al concebido no nacido parte de la locución latina: “*Qui in utero sunt*”. Otras expresiones como *conceptus*, *liberi nondum nati*, *quinas cisperatur*, resultan menos frecuentes o provienen de fuentes tardías<sup>7</sup> Las Siete Partidas se refieren dentro del estado en que pueden encontrarse los hombres a “*nacidos o por nacer*”<sup>8</sup> o aluden expresamente a “*la criatura en el vientre de su madre*”.<sup>9</sup>

La doctrina civilista tradicional admite una categoría genérica sobre el *nasciturus* la cual comprende dos especies: *conceptus*<sup>10</sup>, o ser concebido y *concepturus* o *nondum conceptus*, el que habrá de ser concebido. Pese a encontrarse unido al soporte vital que le proporciona el cuerpo materno está genéticamente individualizado y recibe del ordenamiento jurídico una especial tutela con independencia de que se le reconozca o no la condición de persona.<sup>11</sup>

El *concepturus* o *nondum conceptus* es un ser hipotéticamente existente, una realidad futura<sup>12</sup> o sujeto de derecho futuro a favor del cual, por medio de una ficción legal, se realiza una atribución patrimonial, o sea, el primero es una realidad mientras que el segundo es sólo una hipótesis admitida mediante una ficción jurídica, que bien puede no verificarse.

### I.1.2 Teorías sobre la situación jurídica del *nasciturus*

---

<sup>7</sup>CATALANO, P, *Diritto e persone*, t. I, cit., pp. 196 – 197.

<sup>8</sup> Cfr Prólogo al T. XXIII, P. IV.

<sup>9</sup> Cfr P. IV, T. XXIII, L. III.

<sup>10</sup> ROCA Sastre dice que *nasciturus* es la persona que aún no ha nacido ni ha sido concebida, diferenciándola del ya concebido a quién llama “*conceptus*”.

<sup>11</sup> ESPINOZA Espinoza, J, *Derecho...*, cit. pp. 55 - 57.

<sup>12</sup> PÉREZ Gallardo, L.B, Coordinador, [et al.], *Derecho de Sucesiones*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 127.

La persona por nacer o concebido (*qui in utero est, conceptus*; llamado más tarde vulgarmente *nasciturus*<sup>13</sup> fue motivo de una continua preocupación para los romanos, quienes no se sustrajeron a la necesidad de protegerlo en cuanto a su vida, derecho y bienes.

El origen de la máxima *conceptus pro iam nato habetur* fue una cuestión polémica en la doctrina romanística, las diferentes posiciones se agrupan en tres teorías:

A) Teoría de la ficción<sup>14</sup>: Esta tesis toma como punto de partida los textos que afirman que el concebido no está *in rerum natura ni in rebus humani*<sup>15</sup>, considerando así que el *nasciturus* no es persona porque tal condición se adquiere únicamente con el nacimiento, careciendo de capacidad jurídica y no pudiendo ser sujeto de derechos; así, la equiparación entre concebido y nacido constituiría una ficción jurídica con aplicación muy limitada. A decir de SAVIGNY, la regla *conceptus pro iam nato habetur* sería una simple ficción jurídica que no puede ser aplicada de forma general, sino sólo a un limitado número de relaciones jurídicas<sup>16</sup>. La ficción se ocuparía, de la vida futura del *nasciturus*, protegiéndola a través de leyes penales y civiles, sancionando las primeras a aquellos que lesionaran el derecho a la vida del feto y las segundas asegurando los derechos futuros hasta el nacimiento, momento en que le correspondería su adquisición.

B) Teoría de la personalidad jurídica del concebido: Se entiende que el *iuscivile*, a través de la máxima *conceptus pro iam nato habetur*, reconocía que el momento de la concepción como determinante para la concesión de la capacidad jurídica<sup>17</sup>; se contraponía, pues, al *ius gentium* que sólo entendía relevante el momento del nacimiento.

C) Teoría de la reserva o pendencia de los derechos: Es la aceptada por la mayoría de la doctrina, entre ellos: LANFRANCHI, FUENTESECA, ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, GANDOLFI, BONFANTE, MASCHI Y ROBERTI, se caracteriza por considerar al

---

<sup>13</sup> RABINOVICH-BERKMAN; R. (en "*Derecho Romano*", Editorial Astrea, Bs. As. 2001 Capítulo IX, págs. 252 y ss).

<sup>14</sup> SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. castellano por Mesía y Poley, Madrid, 1876., pp. 4 y ss.

<sup>15</sup> GAYO II, 203; D. 30, 24, pr.; D. 38, 16, 1, 8; D. 37, 9, 1, pr.; D. 44, 2, 7, 3; D. 7, 7, 1; D. 25, 4, 1, 1 y D. 35, 2, 9, 1.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 310 y 311.

<sup>17</sup> ALBERTARIO: "*Conceptus pro iam nato habetur*", p. 7.

*nasciturus* como una esperanza de vida humana, que como tal ostenta unas expectativas de derechos que deben tutelarse de forma anticipada, a fin de que su adquisición definitiva no se vea frustrada, el nacimiento, por tanto es presupuesto indispensable para que los derechos del concebido adquieran efectividad, hasta entonces esos derechos se encuentran pendientes de adquisición.

Por un lado, varios autores niegan que el concebido sea sujeto del derecho, y por otro, algunos le otorgan una personalidad jurídica potencial. Los afiliados a la primera posición, ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, ARCHI, GANDOLFI y otros, se adhieren a que el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica propia, pero tal circunstancia no impide que el ordenamiento jurídico lo tome en consideración como entidad futura: no es que se reconozca al feto como sujeto de derecho sino que se protegen los intereses de éste en cuanto futura persona, mediante la adopción anticipada de medidas específicas para que sus derechos no se vean frustrados cuando se produzca el nacimiento.

Los defensores de la segunda tesis, entre los que se cuentan: FAGELLA, BONFANTE y otros, sostienen la reserva de derechos a favor del concebido, opinan que tiene en determinadas hipótesis una personalidad jurídica potencial o condicionada al nacimiento. Para éstos, el *nasciturus* es una esperanza de vida que el Derecho no puede ignorar y por ello debe tutelar determinadas situaciones haciendo una reserva de derechos que redundarán en su favor cuando nazca. Por lo tanto, el concebido tendría otorgada una personalidad jurídica condicionada al nacimiento, de tal manera que en caso de que no llegara a nacer, se le tendría por no existido nunca y la reserva de los derechos decaería. Entre estos se encuentra también ALBANESE quien no reconoce personalidad jurídica al *nasciturus*, pero si entiende que éste es portador de algunas expectativas de derechos que son consideradas dignas de tutela<sup>18</sup>. BONFANTE afirma que la capacidad jurídica del *nasciturus* se debe calcular desde el momento de la concepción siempre y cuando beneficie a éste<sup>19</sup>. FAGGELLA sostiene que el concebido debe ser considerado como un ser

---

<sup>18</sup>ALBANESE, *Le persone neldiritto privato romano*, p. 12.

<sup>19</sup>BONFANTE (*Istituzioni di diritto romano*, p. 38)



humano en formación y, por ello, tendrá otorgada una personalidad jurídica condicionada al nacimiento.<sup>20</sup>

Se puede concluir, que la equiparación del concebido con el nacido no suponía el reconocimiento de su capacidad jurídica porque la concesión de la *capacitas* a un sujeto venía marcada por la exigencia de una serie de requisitos en el momento del nacimiento del individuo, ni siquiera el nacimiento por si sólo tenía entidad suficiente para que el ser humano tuviera atribuida capacidad. Se hacía necesaria en el momento del nacimiento la intervención del *pater familias* para realizar el *tollere liberos*, que consistía en la aceptación o abandono del niño.

El concebido no tenía reconocida capacidad jurídica, no obstante varios textos regulan la posición de éste en orden a su existencia futura; incluso en D. 50, 17, 187 se afirma que el *pater familias* que muere dejando a su mujer embarazada, no puede decirse que carezca de descendencia<sup>21</sup>. Según los *Digesta de Iustiniano*, la igualdad del concebido y del nacido es un principio de carácter general que se afirma con toda claridad en el texto de Juliano D. 1. 5. 26 al decir que "los que están en el vientre, en casi todo el Derecho Civil se tienen por nacidos".

No se considera al *nasciturus* como persona física perfecta, pero se admite que existe en él en potencia un sujeto de derecho, aunque la validez de sus derechos se retrase hasta el momento de su nacimiento Paulo D. V, 4, 3. Así Ulpiano dice: "*Partus Antequam Edatur Mulieris Portio est vel viscerum*"<sup>22</sup> esto es "El hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras", es decir, que el concebido, antes del alumbramiento, es parte de la mujer, pertenece a sus entrañas, se confunde con su ser. Señala Paulo que "Los que nacen muertos no se consideran nacidos ni procreados, pues nunca pudieron llamarse hijos".<sup>23</sup>

En los textos de Gayo, Celso y Juliano no se afirma que el concebido existe *In rerum natura* (en la naturaleza real o de las cosas), como una persona ya nacida, sino que él es tutelado (*Custoditur*) en cuanto entidad futura; y en el sentido que

---

<sup>20</sup> FAGGELLA, "*Presunzioni che accompagnano il sorgere...*", pp. 492 y ss.

<sup>21</sup> CELSUS libro XVI *Digestorum*. D. 50, 17, 187 (147)..

<sup>22</sup> Cfr. D 25.4.1.1.

<sup>23</sup> Cfr D.50.16.129.

se reservan ciertos derechos que sólo le corresponden definitivamente cuando se produzca el nacimiento.

El fragmento de Juliano de que "los que están en el vientre, en casi todo el Derecho Civil se tienen por nacidos" se suele asociar a otro muy conocido y discutido de Paulo que "el que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviera entre las cosas humanas, siempre que se trate de las conveniencias de su propio parto, pues antes de nacer no puede favorecer a nadie". Este fragmento constituye el remoto origen de la teoría de la ficción, que considera al concebido como si ya hubiere nacido para el efecto de reservarle determinados derechos que adquirirá al nacer con vida. Derechos que están garantizados, ya que mientras no se realice el nacimiento ningún tercero puede ser favorecido en relación con el derecho de expectativa del *nasciturus*.

De las expresiones de Juliano y Paulo deriva la frase "*Conceptus pro iam nato Habetur*", es decir, que "El concebido se tiene por nacido". Esta frase sintetiza la situación jurídica del concebido en Roma y debe tomarse no en un sentido general ya que sólo es aplicable a aquello que beneficia al concebido en casos concretos. Frase o máxima que ha pasado a través del *Corpus Iuris* a las legislaciones modernas, habiéndose generalizado previamente por los juristas medievales.

En efecto, el concebido era una *portio mulieris* pero en cierto modo se encontraba *in rerum natura, in rebus humanis*, como *spes vitae* y en fin como futuro ser, por ello para determinados casos se le otorgaba tutela jurídica, reservándole o anticipándole determinados derechos de forma provisional que se convertirían en definitivos en el momento de la verificación del nacimiento.

La posición romana de considerar al concebido como nacido para los efectos que le resultaran favorables se recibió por el Derecho canónico y pasó también a las legislaciones posteriores, alcanzando a la codificación decimonónica. En el *Code Napoléon* de 1804 está presente esta regla y pasa de igual forma a todos los códigos europeos y americanos que reciben su influencia.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup>Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F. *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, 3ra edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 210.

El momento que marca el inicio de la personalidad ha sido preocupación del ordenamiento jurídico en todos los tiempos. Se ha pretendido dar respuesta a esta inquietud desde diferentes posiciones doctrinales, que pueden resumirse en cinco teorías.

Teoría de la concepción: la personalidad comienza desde que se inicia la vida intrauterina el concebido y no nacido es ya persona y como tal tiene personalidad, pues materialmente es el mismo ser que luego tendrá vida extrauterina. Sin embargo, no toma en cuenta esta teoría la dificultad de precisar con exactitud el instante mismo de la concepción, ni tampoco el presupuesto de la individualidad como primera condición de la personalidad.

En el derecho Romano primitivo se consideró al feto como *potriomotris* o *portiomulieris*, equivalente al fruto del árbol, que solo es cosa por sí al separarse. Papiniano expresó que el parto que aún no ha sido dado a luz no se dice con razón que sea un hombre.

Los que sostienen esta teoría expresan como dice MARIANO AROMBURO que la personalidad comienza en rigor con la vida, en aquel momento imprescindible en que dentro del vientre de la madre empieza ya a existir un ser animado Esta teoría es acogida por el Código Civil argentino.

Teoría del nacimiento: Esta es la más aceptada y difundida doctrina, con mayores o menores variantes. Sostiene que la personalidad comienza con el nacimiento, pues al ocuparse el Derecho de actos externos, sólo cuando se inicia la vida independiente, luego de la separación natural o artificial del individuo del claustro materno, es que puede reconocerse jurídicamente personalidad a la persona.

El nacimiento significa jurídica y naturalmente el total desprendimiento del feto del claustro materno, la desvinculación de la madre y la rotura del cordón umbilical. La separación puede ser natural o artificial mediante cesárea.

Teoría de la viabilidad: Exige para el reconocimiento de la personalidad no sólo el hecho del nacimiento, sino además el nacer vivo y tener aptitud para continuar la

vida extrauterina, fuera del claustro materno. La viabilidad fisiológica se basa en la existencia de condiciones mínimas necesarias para que el individuo continúe su vida independiente luego del nacimiento, tales como la existencia y funcionamiento de órganos esenciales, establecida por la ciencia médica. La viabilidad legal consiste en la existencia de condiciones necesarias para que el individuo viva separado del claustro materno durante un período de tiempo determinado, fijado por la ley.

Ambas teorías se impugnan porque aunque es científica, da la posibilidad a errores y fraudes. La teoría de la viabilidad legal, puede dar origen a situaciones contrarias al criterio que la informa. Un feto que no sea viable, puede por medios y recursos médicos, llegar a vivir el tiempo fijado en la ley para la viabilidad legal. Y un feto absolutamente viable, puede no llegar a ese tiempo, por accidente o por delito, no llegando a ser persona.

Teoría ecléctica: Esta teoría mezcla elementos de las anteriores, destacando el momento del nacimiento con vida como el que marca el inicio de la personalidad, pero reconociendo derechos al concebido y no nacido. Es la teoría más acogida por las legislaciones modernas.

Teoría psicológica: Es la menos difundida y aceptada. Parte de considerar que la personalidad jurídica tiene su base en la personalidad psicológica, por tanto la personalidad comienza cuando el individuo adquiere madurez suficiente.

El Código Civil cubano de 1987 se refiere al momento en que se inicia la personalidad en el artículo 24, destacando que comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte. De sólo detenerse en este precepto, pudiera pensarse que el Código se acoge a la teoría del nacimiento, pero la lectura del artículo siguiente indica que no es precisamente así.

El artículo 25 del propio texto legal establece que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le resulten favorables, a condición de que nazca vivo, lo que evidencia que Cuba se acoge a la teoría ecléctica en la regulación jurídica referente al reconocimiento de la personalidad.

Lo anterior no indica que se reconozca personalidad jurídica al concebido, ni siquiera que éste tenga la condición de persona. El nacimiento, como ya se apuntaba, es condición imprescindible para que surja la personalidad, es el momento que marca su inicio según dispone el artículo 24. Si el concebido no nace con vida, no adquirirá personalidad ni recibirá efecto favorable alguno que se hubiera reservado para él; pero si nace vivo, se producirá la retroacción de los efectos al nacimiento.

## **I.2 Conceptualización del *nasciturus***

Sobre la institución del *nasciturus* ha existido una amplia polémica en la doctrina desde la antigüedad. La protección jurídica del concebido no nacido debe partir de un previo esclarecimiento ontológico del ente cuyos intereses se pretende tutelar. Las teorías que explican el *status* legal del concebido o *nasciturus*, más que preguntarse cómo definirlo en virtud de su condición de ser humano -lo cual puede ser objeto de atención por parte de otras ciencias- intentan dilucidar qué es este frente al ordenamiento jurídico. Esta interrogante ha generado la producción de una amplia gama de construcciones teóricas, que recogen postulados de raigambre romana, de factura medieval o decimonónica y expresiones de la doctrina jurídica contemporánea, las cuales tienen en común el afán tuitivo, pero generan enconados debates sobre su argumentación, alcance y eficacia.

CASTÁN TOBEÑAS<sup>2</sup> viene a equiparar al *nasciturus* con el póstumo. "Póstumo es el concebido que tiene expectativas a su favor y que, al nacer, consolida los derechos que adquirió eventualmente en el estado de concebido." ALBERTO CALVO MEJIDE, citado por MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO<sup>25</sup> no comparte la absoluta equiparación del póstumo con la del *nasciturus*, pues póstumo es el nacido después de la muerte de su padre o después de que éste haya otorgado testamento, con lo que este concepto limita los posibles derechos del concebido al ámbito hereditario, de modo que sus derechos quedarán reducidos tan sólo a la herencia. Sin embargo, *nasciturus* es concepto de mayor amplitud que aquel pues

---

<sup>25</sup> AGUILAR Benítez de Lugo, Mariano. "*Lecciones de Derecho Civil Internacional*". Editorial Tecnos.

se entiende por tal todo concebido no nacido, a quien se le reconocen, no sólo derechos hereditarios, sino otros de carácter distinto (alimentos, indemnización a favor de la madre en materia de accidente de trabajo, por beneficiar indirectamente al hijo concebido no nacido, donaciones a su favor, etc.). Por ello, se entiende a criterio de la autora, más acertada la expresión *nasciturus* que la de póstumo para designar al "*Nomdun Natus*".

También PUIG FERRIOL, siguiendo la tradición de la codificación, habla del póstumo como "el feto humano, cuyo nacimiento influyera en las consecuencias de un acto jurídico que con él tuviera relación, tomándose en consideración este concepto de póstumo no sólo con referencia al hijo que nace después de que haya muerto su padre, sino también referido al que nace después de otorgado el testamento, que no ha de ser precisamente el testamento paterno." En igual sentido y con palabras muy semejantes, se pronuncia SANCHEZ ROMAN.

No existe un concepto acabado de *nasciturus*. Simplemente, en el artículo 29 del Código Civil español inciso segundo se habla de él en el sentido siguiente "...el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables...", con tales expresiones parece que el Código considera digno de protección al concebido aún no nacido, y el artículo 627 con mayor claridad habla de los "concebidos y no nacidos". Por tanto, de los preceptos mencionados se puede extraer la definición de *nasciturus* como "el concebido y no nacido".

El Código civil de California, define al concebido en la Sección 43 apartado 6, inciso c) diciendo que el término "concebido" significa la fertilización de un óvulo humano mediante un esperma humano, si bien es posible la fecundación artificial con células precursoras de esperma, lo que posibilita a muchos infértiles ser progenitores biológicos. Sin duda que esta definición va más allá de admitir al concebido dentro del claustro materno admitiendo el término para aquellos embriones u óvulos fecundados artificialmente fuera del vientre materno hasta su posterior implantación.

Por su parte, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en sentencia 53/1985 de 11 de Abril de 1985 contiene una definición específica de "*nasciturus*" al decir que "la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la

gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina con la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital"; por su parte, "la gestación ha generado un *tertium* (tercero que procede del hombre) existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta."

Si bien en la Ley alemana de protección del embrión número 745/90 de 13 de diciembre de 1990 se define en su artículo.8 al "embrión" diciendo que existe desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares, aplicándose el mismo término a toda célula topi potente extraída de un embrión, susceptible de dividirse si se reúnen las otras condiciones necesarias y de desarrollarse hasta formar un individuo.

FAUSTINO GUTIÉRREZ ALVIS, citado por MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO<sup>26</sup>, define al *nasciturus* como el ser humano meramente concebido, mientras permanece en el claustro materno. El concepto de *nasciturus* presenta ciertas dificultades doctrinales, pues para algunos autores, *nasciturus* es el que nacerá, se halle concebido o no, mientras que para otros, siguiendo el concepto legal, lo es el concebido no nacido.

Este último concepto es el que más se acerca al punto de vista de la autora de lo que es el *nasciturus*, pues éste debe ser conceptualizado como el ya concebido, aún no nacido y a efectos del quehacer jurídico debe ser entendido en el sentido de la necesaria protección que requieren sus derechos mientras está en el claustro materno, en especial en interés de este trabajo, el derecho a recibir alimentos. Por la relevancia que dentro del tema tiene el caso de que tenga lugar la muerte de un causante y su viuda quedare encinta se comienza el análisis del tema precisamente por ese tópico muy debatido en la doctrina.

---

<sup>26</sup> AGUILAR BENITEZ DE LUGO, MARIANO. "*Lecciones de Derecho Civil Internacional*". Editorial Tecnos.

### **I.3 Los derechos del concebido a recibir alimentos, ante la sucesión por causa de muerte.**

Acreditada la existencia de un ser humano concebido, que por testamento o por ley es llamado a la herencia, y ocurrido el deceso del causante, el ordenamiento jurídico habilita ciertas medidas precautorias a fin de preservar los derechos que a éste le corresponderán, conjuntamente con los de otras personas que posean expectativas legítimas. Las medidas protectoras de los intereses del concebido operan como mecanismos jurídicos eficaces que tienden a la concreción de un ámbito de especial tutela de los efectos que le son favorables. En el caso especial del llamamiento a la sucesión del *nasciturus*, estas medidas pueden ser divididas para su estudio, en medidas de índole personal (relativas a la constatación de la gravidez de la viuda, los alimentos al concebido y la certeza del parto) y medidas de índole patrimonial (que giran en torno a la partición de la herencia en que son convocados sujetos con expectativas, nacidos y concebidos y la administración de dicha herencia hasta tanto no se verifique el nacimiento o su frustración).<sup>27</sup>

La constatación del embarazo de la viuda y la custodia del parto tuvieron sus primeras manifestaciones en el Derecho Romano. La supervivencia de hijos póstumos del causante trae como consecuencia directa la disminución de la participación en el haber hereditario de otros sujetos ya nacidos con expectativas sucesorias, convocados conjuntamente con el o los concebidos o su exclusión. Estas medidas, por tanto, no solo tienden a la protección del *nasciturus* y de la viuda, sino que, además, se convierten en una garantía para los restantes sujetos con expectativas sucesorias frente a posibles actos de simulación del embarazo y del parto o de suplantación del nacido. En todo caso las medidas benefician al titular definitivo, bien sea el concebido, los restantes llamados o estos y aquel.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Con el propósito de seguir una línea coherente de argumentación, a continuación serán analizadas las medidas de índole personal que tienden a garantizar la sucesión del *nasciturus*, pues las de orden patrimonial no resultan trascendentes a esta investigación.

<sup>28</sup> Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *Aspectos civiles...*, cit., pp. 130 y ss. Expresa MANRESA NAVARRO con el objetivo de definir el objeto de las disposiciones que operan cuando la viuda ha quedado encinta: “Con el propósito de salvar los intereses del hijo póstumo cuya legitimidad pudiera ser impugnada, y de prevenir a la vez los perjuicios que debieran inferirse en sus derechos a los legítimos herederos mediante la suposición de partos posteriores al fallecimiento del causante, nuestro antiguo Derecho estimó necesaria la adopción de terminadas precauciones en el caso de quedar embarazada la viuda a la muerte de su esposo, para comprobar la certeza de dicho estado y la del nacimiento del póstumo en condiciones de poder crear derechos, evitando así la posibilidad de ilegítimas ficciones.” Cfr. MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios...* V, cit., p. 285.



El Digesto entroniza las medidas sobre la certeza de la gestación en su Título IV “De la inspección del vientre y de la custodia del parto”. El jurisconsulto ULPIANO en los comentarios al Edicto del pretor urbano VALERIO PRISCIANO, libro XXIV, se refiere a un caso particular en que no existe acuerdo entre un hombre y la mujer de la que se había divorciado sobre si ésta se encontraba en estado de gestación.<sup>29</sup> El pretor ante la controversia dispone que se elija la casa de una mujer “muy honesta” y que allí sea inspeccionada la presunta grávida por tres parteras de reconocido prestigio e integridad por él nombradas. En todo caso, junto a la búsqueda de la verdad sobre la existencia del embarazo o su suposición, la elección de la casa de una matrona honorable en D. 25, 4,1,6 enfatiza en la tutela no sólo de los intereses del ex marido y de su supuesto descendiente (que resultaría reconocido como hijo legítimo) sino, además, de la integridad de la mujer<sup>30</sup>, quien podrá ejercitar la acción por injuria si se sintiere afectada, según lo establecido en D. 25, 4,1,1 y especialmente en D. 25,4,1,8.

El título del Digesto en estudio contiene también previsiones para el caso en que el marido muriese y su viuda dijera encontrarse en estado de gestación. En tal eventualidad, el pretor prescribe que aquella ponga en conocimiento de los restantes interesados en la herencia dejada por su marido su situación, al menos dos veces por mes para que envíen, si lo consideran oportuno, cinco mujeres libres para que le inspeccionen el vientre en una casa muy honesta. De igual forma, se establece que treinta días antes de que se produzca el parto, se comunique a los interesados para que tomen las precauciones de rigor y eviten así su fingimiento (D. 25, 4, 1, 10).

Las reglas que recaen sobre la viuda encinta son prácticamente transcritas con muy pocas variaciones por las Siete Partidas (P. VI, T. VI, L XVII) que acogen, en este sentido, la solución adoptada por el Derecho Romano. La Partida IV, en su Título XXIII, Ley IV, alude a la regulación contenida en la sexta Partida y fundamenta el objeto de las medidas practicadas sobre la viuda en que “*non venga yerro nin engaño en la criatura que nasciere dellas*”. La legislación española

---

Consúltense además el criterio de SCÆVOLA, Q. M., *Código Civil...* XVI, *cit.*, pp. 497-499. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho...* V, *cit.*, pp. 81-82. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil...* V, *cit.*, pp. 191-195.

<sup>29</sup> Vid. Supra 1.1.I.

<sup>30</sup> Vid. Gallosso y Navrrete, M., *Persona...* *cit.*, p.54.

anterior al Código Civil sigue muy de cerca la línea marcada por la regulación histórica descrita anteriormente.<sup>31</sup>

El Código Civil español de 1888 incorpora con ciertas variantes las medidas que recaen sobre la viuda en estado de gestación (artículos 959-965) como un modo eficaz de tutelar los intereses del concebido y los de aquellas personas que “tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo”.<sup>32</sup> Según lo preceptuado en los artículos 959 y 961 de ese cuerpo legal, la viuda debe poner en conocimiento de tales personas la existencia del embarazo y la proximidad del parto y aquellos podrán tomar las providencias necesarias para “evitar la suposición de parto, o que la criatura que nazca pase por viable,” y esto último no ocurra en la realidad.

El Código Civil español alude continuamente, en el tópico objeto de análisis, a los términos “viuda” y “póstumo” lo cual, en principio, conduce a una interpretación restrictiva del ámbito de protección al concebido, inmerso en una situación de postumidad y operante tan sólo en el marco de la filiación matrimonial. La doctrina civilista española reciente realiza preferentemente una interpretación extensiva de los preceptos en estudio, pues llega a considerar que esas medidas son de aplicación directa siempre que exista un concebido convocado a la sucesión de una persona, aunque la madre no ostentara la condición de esposa del *de cuius*, y no alcance, por tanto, a ser su viuda.<sup>33</sup> Esta exégesis está revestida de un mayor rigor técnico - jurídico pues tiende a la protección del concebido no nacido con

---

<sup>31</sup> El Tribunal Supremo español recoge el sentido de las precauciones tomadas en cuanto al embarazo de la viuda y al parto cuando declara en la sentencia de 22 de enero de 1886: “las precauciones adoptadas para comprobar el nacimiento y existencia de un póstumo son de interés del abintestato, el cual tiene por objeto la declaración de herederos del finado y la entrega de los bienes relictos a los mismos.” En igual línea de argumentación se mueve la sentencia de 31 de enero de 1887 del alto foro ibérico cuando expresa: “...tienen por objeto el evitar fraudes y el que la herencia del finado se transmita a quienes legítimamente corresponda, amparando y protegiendo en su caso los derechos del póstumo.” Citadas textualmente y comentadas por CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *Aspectos civiles...*, cit., pp. 131-132.

<sup>32</sup> *Cfr.* Artículo 959. Debe notarse que antes de la reforma legislativa española de 1981 sobre la filiación, estas reglas eran de aplicación sólo a los hijos matrimoniales. El artículo 2 del Código Civil peruano de 1984 (al que se le agregó un nuevo párrafo en virtud de Disposición Modificatoria del año 1993) regula el reconocimiento del embarazo o el parto de la mujer enfatizando en la posible afectación a los derechos que pudieran tener terceras personas.

<sup>33</sup> *Vid.* CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *Aspectos civiles...*, cit., pp.132 y ss. ARROYO I AMAYUELAS, E., *La protección al concebido...*, cit., pp. 28-34. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones...* I, cit., pp. 949-950. Estos autores sistematizan los criterios doctrinales más relevantes sobre el particular y patentizan el carácter histórico de la protección frente a su valor práctico, a la luz de una moderna concepción de la tutela legal al concebido no nacido. Consúltese además ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil...* V, cit., pp. 193-194.

independencia del vínculo que lo une al autor de la sucesión e, igualmente, no restringe la aplicación de las medidas precautorias sobre la mujer al caso de la cónyuge supérstite.

Las medidas que recaen sobre la viuda encinta prácticamente han desaparecido de los códigos civiles modernos. El *Code Napoleon* (artículo 393) y el *Codice Civile* italiano de 1942 (artículo 339) han transformado la normativa relativa al *curator ventris* o curador del concebido<sup>34</sup> y con ello han sido relegadas las disposiciones precautorias admitidas desde el Derecho histórico. En el ámbito jurídico latinoamericano algunos códigos recogen la herencia romana e hispana en cuanto a las medidas de índole personal que recaen sobre la viuda gestante. Así, el Código Civil peruano de 1984 (artículo 2) y el Federal mexicano (1638-1648), este último guarda una gran similitud con la regulación de los artículos 959 al 965 del Código Civil español de 1888. El Código Civil de la República Argentina, en contra de la línea descrita, no sólo se separa de la tradición romana y española al no regular las medidas precautorias de índole personal sobre la viuda, sino que además las prohíbe de manera expresa (artículos 65 al 68).<sup>35</sup>

Las medidas practicadas a la viuda encinta han sufrido los embates de corrientes de diversos signos, especialmente desde los albores de la pasada centuria hasta la actualidad, que tienden a su desaparición. Han contribuido a su supresión en el seno de los códigos que las acogían, entre otros factores, los profundos cambios operados en la concepción jurídica sobre la filiación (de manera particular la admisión de la investigación de la paternidad como aplicación directa del principio del *favor veritatis*) y el matrimonio.<sup>36</sup> De igual forma, coadyuvan a la desaparición de tales medidas, el haber sido prácticamente relegada en la codificación civil moderna la figura del *curator ventris* y, de manera particular, el anacronismo que se predica de la práctica de estas providencias ante los adelantos científico-

---

<sup>34</sup> El artículo 393 primer párrafo del *Code Napoleon* en su redacción original, que prescribía el nombramiento de un curador del vientre por el Consejo de Familia, fue derogado en virtud de la Ley de 14 de diciembre de 1964 sobre la Tutela. El artículo 339 del *Codice Civile* fue derogado por la Ley de 19 de mayo de 1975 que reformó el Derecho de Familia italiano.

<sup>35</sup> Comenta al respecto BORDA: “Para el concepto moderno, tales medidas resultan vejatorias para la mujer; por eso, en el Derecho actual se prohíben todos los procedimientos o medidas que puedan afectar la dignidad de la futura madre.” Cfr. BORDA, G., *Tratado de Derecho...* I, *cit.*, p. 236.

<sup>36</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “La filiación en el umbral del siglo XXI”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Segunda Época, abril de 2001, pp. 99-141.

técnicos indiscutibles en el campo de la biomedicina que permiten, entre un abanico de posibilidades, determinar con un estrecho margen de error la relación filiatoria en su aspecto biológico entre dos personas a través del estudio de su ácido desoxirribonucleico (ADN).<sup>37</sup>

Otra de las medidas de índole personal que tienden a garantizar la sucesión del concebido es acogida por la doctrina tradicional bajo la denominación de “alimentos a la viuda encinta.”<sup>38</sup> En las fuentes del Derecho Romano se encuentra una alusión directa a los alimentos al concebido en una cita jurisconsulto ULPIANO, contenido en D. 37, 9,1, 15, en que se muestra una notable paridad conceptual y terminológica a los efectos de la protección entre concebido (*partus*) y el nacido (*puer*).<sup>39</sup> De igual forma, la designación de un *curator ventris* y la concesión a la mujer encinta de la posesión de los bienes –*missio in possessionem ventris nomine*– apuntan hacia una especial sensibilidad del genio romano en lo tocante a las vías en que habrá de sustentarse la mujer mientras el póstumo se encuentra en el claustro materno.

Las Siete Partidas acogen el principio romano del *commodum* y garantizan la posibilidad de que se brinden alimentos al concebido (P. III, T. XXII, L. VII). De igual modo garantizan que la mujer embarazada “*deue ser apoderada, por juyzio, de aquellos bienes que demanda en nome de aquella criatura, de que es preñada, e puede vivir, e mantenerse en ellos*” (P. III, T. XXII, L. VII). La ley citada se refiere además a la petición de alimentos a favor de un hijo cuya paternidad niega el demandado.

Los alimentos a la mujer encinta no sólo garantizan una gestación sana y responsable sino, además, son el soporte vital que asegura, al ser preservada la

---

<sup>37</sup> A finales del siglo XIX, a escasos años de la promulgación del Código Civil español, SCÆVOLA se refería ya a la notable obsolescencia de las medidas precautorias sobre la viuda con las siguientes palabras: “El trascurso de los siglos va desgastando poco a poco la severidad de estas providencias precautorias, a medida que se eleva el nivel jurídico de la mujer. Antes eran guijarros agudísimos, hoy son cantos rodados; antes constituían a la viuda en verdadera esclavitud por la impertinencia y asiduidad de la vigilancia, hoy bien claro lo dice el artículo 969 [del Código Civil]: el juez cuidará que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni la libertad de la viuda.” Cfr. SCÆVOLA, Q. M., *Código Civil...* XVI, *cit.*, pp. 510-511.

<sup>38</sup> La continua alusión a los términos viuda y póstumo que signa la regulación tradicional de las medidas protectoras de los intereses favorables al concebido, enfatiza el carácter histórico de la tutela legal, limitada a los estrechos márgenes de la viudez de la madre y la postumidad del hijo. Una exégesis actual de esta protección debe pasar, no sólo por la admisión doctrinal de su aplicación a todo caso en que exista un concebido no nacido, sino además, por la adecuación del lenguaje presente en la norma que es base para vertebrar una tutela integral del mismo.

<sup>39</sup> Cfr. D. 37, 9, 1,19; D. 37, 9,5; 37, 9, 9.

vida y la salud del concebido, que llegue este a adquirir definitivamente los derechos. Se discute si los alimentos son un derecho de la madre o un modo indirecto de garantizar la supervivencia del *nasciturus* y, consecuentemente, una manifestación de su tutela legal. Debe afirmarse que ambos supuestos no son necesariamente contrapuestos, pues si bien la madre es protegida de manera especial, este amparo legal descansa en el estado en que se encuentra. Se está en presencia de diversas facetas o modos de apreciar un mismo fenómeno y por tanto, la esterilidad –o el carácter bizantino- de la discusión se presenta abiertamente.<sup>40</sup>

El fundamento de los alimentos a la viuda puede ser hallado, entre otros puntos de partida, en la obligación de dar alimentos entre parientes o en el propio principio tutelar del *commodum*.<sup>41</sup> Los alimentos a la viuda encinta a pesar de su denominación no son, en estricto sentido técnico - jurídico, una manifestación de la obligación de dar alimentos entre parientes.<sup>42</sup> La naturaleza jurídica de esta institución, si bien comparte caracteres comunes con el derecho de alimentos, se enfoca hacia la existencia de una carga que recae sobre la masa hereditaria destinada al sostenimiento inmediato de la gestante y del fruto de la gestación, en palabras de ARROYO-AMAYUELAS, “un *ius alimentorum ex lege* impuesto sobre el patrimonio, en beneficio de la viuda y del póstumo.”<sup>43</sup> Se trata de una institución *sui generis*, que por tanto, presenta una configuración jurídica particular frente a otras figuras similares, pero de las cuales se distancia por la existencia de caracteres propios.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> El aferrarse a posturas extremas, además de oscurecer el debate y no aportar solución teórica valedera, puede ser muestra de la defensa a ultranza de postulados feministas o de la negación obstinada de toda titularidad a favor del concebido.

<sup>41</sup> Es esta última posición la que sigue CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *Aspectos civiles...*, cit., pp.156-157, por la cual sostiene que se protege al concebido “a través de su madre, pero con independencia de ella.”

<sup>42</sup> En contra, en la doctrina argentina LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho...* I, cit., p. 256. Dice este autor: “Si la madre ha obtenido la prestación de alimentos ya no podrá reiterar el reclamo en nombre del hijo concebido, puesto que el problema alimentario es prácticamente el mismo. Con todo, podrá computarse la situación del embarazo para aumentar la cuota.”

<sup>43</sup> Cfr. ARROYO I AMAYUELAS, E., *La protección al concebido...*, cit., p. 123-124. En la doctrina española ESPÍN CÁNOVAS, al referirse a la naturaleza jurídica de estos alimentos, niega la condición de verdadero derecho de alimentos en razón de que la expresión “aun cuando sea rica” referida a la viuda gestante, según el tenor literal del artículo 964 del Código Civil, lo excluye. Tal expresión, según el criterio de ese autor, patentiza la ausencia del estado de necesidad que se encuentra en la base de la configuración jurídica del derecho alimenticio. Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil...* V, cit., p. 193.

<sup>44</sup> ARROYO I AMAYUELAS, E., *La protección al concebido...*, cit., p. 123-124.

Los alimentos a la viuda -y consecuentemente a favor del concebido- son acogidos por la codificación moderna que sigue los pasos de la tradición jurídica multiseccular. La legislación civil española admite expresamente que la viuda sea alimentada de los bienes hereditarios, con independencia de su capacidad económica, ex artículo 964 del Código Civil.<sup>45</sup> El Código Civil Federal mexicano va tras las huellas de la regulación romana e hispana en materia de alimentos a la viuda.<sup>46</sup> El Código Civil alemán de 1900 (BGB) admite que la madre del heredero del causante que se encuentra aún concebido pueda exigir alimentos en caso de no estar en condiciones de sustentarse por sí misma, los cuales se entregarán a costa del caudal relicto o de la porción hereditaria del hijo si concurriera junto a otros llamados nacidos (parágrafo 1963).

La legislación civil cubana adolece de una normativa sobre alimentos a la viuda encinta (lo cual no conduce a admitir el olvido en el Derecho patrio de una protección de la maternidad: a ella se refiere la Constitución de la República ex artículo 34 y existen reglamentaciones específicas en el ámbito laboral y de la seguridad social<sup>47</sup>). En la doctrina civilista patria actual PÉREZ GALLARDO y NÚÑEZ TRAVIESO consideran que el sabio principio romano *nasciturus pro iam nato habetur*, posee una dimensión universal y por tanto, no debe ser constreñido a los límites estrechos de las donaciones y la sucesión por causa de muerte. Esos autores, tomando como punto de partida el anterior razonamiento, admiten la posibilidad de que puedan exigirse alimentos a favor del *nasciturus*.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Establece el citado artículo: “La viuda que quede encinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable.” El precepto en cuestión presenta algunas notas características que deben ser tenidas en cuenta para una comprensión más profunda de la realidad regulada. En primer lugar, debe notarse que la expresión “aun cuando sea rica” apunta hacia una obligación que no depende de la solvencia económica de la gestante ni de la necesidad que pudiera tener de percibirlos, sino de su condición, lo cual distancia a la figura de los alimentos en sentido estricto. La segunda parte de la norma revela con mayor claridad el afán tuitivo de los intereses del concebido presente en la misma, pues los alimentos se establecen en consideración a la parte que le corresponderá al póstumo si cumple con los requisitos del artículo 30 del Código Civil (o sea, nacer vivo y viable).

<sup>46</sup> Cfr. artículos 1643 al 1646 del citado Código. Vid. Comentarios de CALLEJO RODRÍGUEZ, C. *Aspectos civiles...*, cit., pp.154-155.

<sup>47</sup> Las cuales no son analizadas en la presente investigación por haberse privilegiado el estudio de la protección jurídica civil del concebido.

<sup>48</sup> Cfr. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Belkis C. NÚÑEZ TRAVIESO, “Una visión reflexiva acerca del Derecho de Alimentos a favor del concebido”. En *Temas de Derecho de Familia*, bajo la coordinación de Olga Mesa Castillo, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002. pp. 93 – 110. Dicen estos autores: ...”si antes del alumbramiento pudiera tenerse por nacido al concebido a los efectos que le sean favorables pudiera

Uno de los aspectos más debatidos en sede de alimentos al concebido gira en torno a su posible contradicción con el principio del *commodum*. Los alimentos son deducidos del *relictum*<sup>49</sup> y si el concebido concurre a la herencia con otros llamados, los alimentos se coligen de la parte de la herencia que le corresponderá, pues no existe fundamento para que los restantes coherederos deban soportar tal carga en razón de que no ostentan la condición de alimentantes del concebido.<sup>50</sup>

La percepción de alimentos por parte del concebido<sup>51</sup> lo coloca en una situación desventajosa frente al resto de los coherederos que no deberán ser alimentados con carga a su cuota del acervo hereditario y, precisamente por ello, se discute su naturaleza de efecto favorable. Una situación similar se presenta en otros casos en que predominan cargas en la protección del *nasciturus* (obligaciones contraídas en razón del mantenimiento o administración de los bienes, el pago de impuestos, contratación de seguros, entre otros); pero ello no debe conducir a afirmar que son una negación del principio de protección al concebido pues, adecuadamente ponderados su dimensión y alcance, y enderezados a la consecución de un fin tuitivo, tienden a reafirmar tal tutela legal.

La protección de los intereses del concebido a partir de medidas de índole personal que coadyuvan a la definitiva adquisición de derechos por parte del mismo, se ha visto reforzada en el ordenamiento jurídico español, desde la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. La letra de la

---

también al sólo extremo de hacer valer esos derechos que le sean favorables, admitirse su eventual representación por su progenitora. Téngase en cuenta que nos apartamos de la teoría de la situación de pendencia, que parece prevalecer en la doctrina para fundamentar la tutela legal al concebido, y que lo hacemos inspirados por las razones de equidad que en todo caso han primado en la prístina esencia de dicha tutela.

<sup>49</sup> Los alimentos se deducen de la herencia, es decir del caudal relicto o la porción “disponible” de la misma, en palabras de SCÆVOLA, Q. M., *Código Civil... XVI, cit.*, p. 527, pues cuando las deudas superan el monto de la masa hereditaria no existen bienes disponibles. No obstante, antes de la partición de la herencia no se han realizado las operaciones de computación de los activos y pasivos de la masa hereditaria por lo que los alimentos –como advierte CALLEJO– deben valorarse prudentemente. *Vid.* CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *Aspectos civiles...*, *cit.*, p.159.

<sup>50</sup>En contra, el comentarista del Código Civil español SCÆVOLA, quien defiende que, al nacer el concebido viable, las sumas recibidas en concepto de alimentos serán deducidos del caudal hereditario y no detraídos únicamente de la porción reservada al concebido. *Cfr.* SCÆVOLA, Q. M., *Código Civil... XVI, cit.*, p. 529. Esta interpretación, como asevera ARROYO I AMAYUELAS, favorece indudablemente al concebido pero resulta parcializada y se aleja de la letra del artículo 964 del Código Civil. *Cfr.* ARROYO I AMAYUELAS, E., *La protección al concebido...*, *cit.*, pp. 127-128.

<sup>51</sup>Cuya cuantía depende de varios factores, entre los cuales se encuentran: las necesidades objetivas para la preservación de la vida y la salud del concebido, el monto mismo al que asciende el as hereditario y la posibilidad de producción de frutos o rentas de los bienes específicos que lo integran, así como la determinación de la cuantía de la suma entregada en concepto de alimentos, que se deriva del acuerdo entre los coherederos o de la decisión judicial, principalmente.

citada ley abre paso a la admisión de la legitimación del concebido, de su capacidad para ser parte y de la capacidad procesal, y regula la adopción de medidas cautelares a su favor. En la adopción de un proceso cautelar en beneficio del concebido puede ser hallada, en palabras de ALISTE SANTOS, una formidable vía de tutela jurisdiccional.<sup>52</sup>

Las medidas de índole personal que se adoptan cuando la viuda queda encinta tienen un valor histórico incuestionable, pero su regulación ha palidecido, hasta casi desaparecer en la codificación contemporánea, por su carácter anacrónico en razón de los adelantos científico-técnicos que hacen innecesarias tales diligencias para evitar la suposición del parto o la suplantación del nacido. Los ordenamientos jurídicos que acogen estas medidas, fieles a su tradición jurídica, tienen la ingente tarea de adecuar la regulación a las condiciones actuales, sin perder de vista el empleo de una terminología que tienda hacia una tutela integral del concebido. El silencio normativo de otros cuerpos legales –como ocurre con el Código Civil cubano de 1987- con respecto a estas previsiones, no obsta para que el legislador tenga en cuenta algunos aspectos que conservan plena lozanía (como los relativos a los alimentos al concebido) en la búsqueda de una regulación plenamente garantista de los intereses del ser humano aún no nacido.

### **1.5 Sobre los llamados efectos favorables para el *nasciturus***

La doctrina científica no es unánime en cuanto a la naturaleza de los efectos favorables del *nasciturus*, regulada en el artículo 29 del Código Civil español, el cual prescribe la protección de los derechos del *nasciturus* a una doble *conditio iuris*: que nazca con figura humana y viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Un sector doctrinal se afilia a la teoría de la ficción, según la cual la personalidad comienza con el nacimiento, pero se reconoce al concebido una ficción de derechos, atribuyéndole una especial consideración de persona.

---

<sup>52</sup> ALISTE SANTOS, Tomás Javier, “De la legitimación del concebido no nacido y la adopción de medidas cautelares a su favor”, en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, número 1-2, Madrid, 2007, pp. 224-227.



Para otros «efectos favorables» son expectativas de derecho o derechos sin sujeto definitivo; o bien derechos en formación, como los consideraba FERRARA<sup>53</sup>, quien habla de un estado evolutivo del derecho, en el que entre la existencia del mismo y su falta absoluta hay un estado de formación, que genera una expectativa sobre la futura existencia del mismo.

DE CASTRO<sup>54</sup> habla de situaciones jurídicas interinas, que son aquellas que nacen bajo el signo de la limitación con una finalidad transitoria de mantener cierto «status» hasta que se produzca la situación jurídica definitiva.

La calificación jurídica de los derechos del «*nasciturus*» exige penetrar en la naturaleza de esos derechos y en la trascendencia personal y social de los mismos, partiendo siempre de la consideración de persona del *nasciturus*. Así hay que distinguir entre unos u otros derechos. A decir de SERRA A, los derechos humanos son predicables de los *nasciturus* como sujeto titular actual de los mismos con plenitud de efectos desde el momento de la concepción, sin condición de tipo alguno, pues son derechos que surgen de la propia naturaleza humana, de ahí su denominación «derechos humanos», universalmente reconocida. Si se reconoce que los *nasciturus* son seres humanos y por tanto personas se le han de reconocer y tutelar los derechos que al ser humano intrínsecamente le corresponden.

En el orden doctrinal los autores se debaten en derredor de la naturaleza jurídica de la protección al concebido, para unos el concebido tiene ya una personalidad provisional o condicional; para otros, aún sin ser persona se le concede una capacidad jurídica condicional, para quienes esa capacidad jurídica está condicionada al hecho del nacimiento con los requisitos legales; otros piensan en la existencia de derechos con sujeto indeterminado o sin sujetos, o de derechos futuros o condicionales, sin entrar en si tienen o no, un sujeto actual o de una expectativa de derecho. Este último criterio ha sido el sostenido por CLEMENTE DE DIEGO que llega a ver en el concebido una esperanza de hombre («*spes proliis*») de suerte que las relaciones jurídicas que le van a afectar sean una expectativa a su

---

<sup>53</sup>FERRARA. *Trattato di Diritto Civile I*, 433

<sup>54</sup>DE CASTRO, citado por CASTÁN TOBEÑAS en «*Derecho Civil Español Común y Foral*». Tomo I (Introducción y Parte General) Volumen 2do, pág 404.

favor, expectativa que se convertirá en derecho perfecto tanto como llegue a existir y constituir por el nacimiento un verdadero sujeto de derecho.

Para ALBADALEJO<sup>55</sup> “el concebido carece de personalidad y por ello de capacidad” ahora bien, continúa el citado autor, “su protección se realiza no mediante la creación de una personalidad o de una capacidad condicionadas o ficticia, etc, sino haciendo simplemente que todos los derechos o relaciones, que serían favorables al concebido, perteneciéndole si ya fuera persona queden en situación de pendencia, pero sin modificarse su titularidad actual hasta ver si el concebido llega o no a ser persona”. Con esta tesis se pretende dar eficacia posterior y retroactiva al nacimiento, de manera que solo se tiene por nacido al concebido, si nace y cuando nazca con dichas condiciones, aunque se le tiene - entonces - por nacido desde que fue concebido, lo que es sin dudas, al decir de dicho tratadista, preferible a la de dar a la concepción eficacia anterior pero sometida a eventual resolución, como en su tiempo preconizaron PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER - citados por CASTÁNTOBEÑAS - para quienes los efectos jurídicos favorables al concebido habrían de producirse inmediatamente, resolviéndose a posteriori de no acaecer su nacimiento conforme a la ley.

En relación al artículo 29 del Código Civil español, en los “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales” bajo la dirección de ALBADALEJO<sup>56</sup> el profesor DIEZ PICAZZO<sup>57</sup>, ponente del precepto en debate, coincide con el primero en aceptar la teoría de la situación de pendencia para explicar el fundamento jurídico de la protección del concebido, de manera que “los bienes y derechos que pueden serle destinados si nace, se encuentran en una especial “situación de pendencia” caracterizada por el estado de indeterminación transitoria de su titular” .

De esta forma el ilustre catedrático sostiene también los criterios de DE CASTRO para quien el derecho español, fundamentándose en la equidad “coloca en situación de pendencia cada uno de los derechos o masas patrimoniales atribuibles al posible concebido”.

---

<sup>55</sup>ALBADALEJO García en “*Derecho Civil. Introducción y Parte General*”. Volumen Primero. Introducción y Derecho de Persona, pág. 136.

<sup>56</sup>Ibidem.

<sup>57</sup>DIEZ PICAZZO en “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones locales*”. Tomo 1, pág. 812.

Las consideraciones en relación a los efectos favorables del nasciturus tienen expresión también en la jurisprudencia. En concreto, se entiende en algunas resoluciones judiciales que la pensión de alimentos es un efecto favorable por lo que cabe que se establezca siempre que el reconocimiento se condicione al posterior nacimiento. De esta forma se recoge en *la Sentencia de Apelación de Pontevedra de 3ª. de 29 de febrero de 2000* al señalar que: "...el precepto es plenamente aplicable al presente caso pues se trata de un concebido, la concesión de alimentos es sin duda un efecto favorable y el derecho quedaría en todo caso condicionado al posterior nacimiento, pues la parte pide los alimentos a partir del nacimiento. No se trata por tanto de un derecho futuro sino del derecho que se le reconoce al nasciturus por el art. 29 CC sin que de su declaración en este juicio pueda derivarse indefensión alguna para el padre, quien sin duda conoce el nacimiento ya producido...".

La profesora CARIDAD VALDÉS DÍAZ, sostiene que la equiparación que se establece por el Código Civil cubano entre el concebido y el nacido no es total, es solamente parcial, en cuanto a los efectos que le sean favorables a aquellos, y además sometida a una *conditio iuris*, pues sólo tendrá lugar si nace vivo, según dispone la parte final del artículo 25 del Código Civil. Alcanza sólo a los ya concebidos, no a los *nondum conceptos* o *concepturus*, que escapan a la protección dispensada por el precepto, aunque la doctrina admite que se les puedan reservar derechos por vías más o menos indirectas, como la donación con cláusula de reversión a favor de un tercero o el nombramiento de heredero utilizando la técnica de la sustitución fideicomisaria, retrasando el momento de la atribución hasta el momento en que el no concebido haya nacido.<sup>58</sup>

La máxima protectora del concebido debe extenderse no sólo a los efectos que inciden en el ámbito económico, sino también a aquellos otros, previstos ya por el Derecho Romano, que tienden a la protección de la vida y demás atributos de la persona humana. Debe considerarse como efecto favorable al concebido todo aquello que resulte beneficioso para él, no sólo en el orden patrimonial, como las adquisiciones basadas en títulos no onerosos, sino también en la esfera no

---

<sup>58</sup>HUALDE SÁNCHEZ, J.J., "*La personalidad*", en PUIG FERRIOL, L., *et al. Manual de Derecho Civil*, Tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 123.

patrimonial, en cuanto al respeto a su integridad y a sus atributos como futura persona.

Afirma ROGEL VIDE que la protección al concebido no implica “separar, en cada situación, la parte favorable de la desfavorable, sino de darle a aquél la oportunidad, en sí favorable, de adquirir derechos, cual la herencia, aunque la misma tenga – siempre que no sea dañosa – cargas y gravámenes impuestos por el testador.”<sup>59</sup>

En general, se entienden en la doctrina, hoy como efectos favorables al concebido y no nacido, sin distinguir en cuanto a su naturaleza, los siguientes:

- El concebido tiene derecho a adquisiciones a título no oneroso (donaciones *inter vivos* y sucesión *mortis causa*)
- El concebido que nace con vida tiene derecho a ser indemnizado por los daños que sufrieran sus bienes durante la gestación.
- El concebido que nace con vida tiene derecho a ser indemnizado por afectaciones que sufriera en su situación familiar (muerte del padre o de la madre al dar a luz) que afecte tanto su patrimonio (dependencia económica) como su situación anímica o psíquica (daño moral por la pérdida de sus afectos).
- El concebido que nace con vida tiene derecho a que le sea reconocida su filiación materna y paterna.
- El concebido que nace con vida tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos en su propia persona durante la gestación (defectos físicos, lesiones orgánicas o funcionales).

No todos los efectos favorables apuntados encuentran cabida en la normativa civil cubana, aunque la forma de regulación abierta del artículo 25 del Código Civil no limita tales efectos al ámbito patrimonial, sino que pueden hacerse extensivos a otras necesidades como en efecto se propugna en cuanto al derecho a recibir alimentos, entendido este término en sentido amplio.

---

<sup>59</sup>ROGEL VIDE, C., *Derecho de la persona*, Cálamo Producciones Editoriales, Madrid, 2002, p.35.

#### **I.4 Referencia a elementos generales de Derecho comparado**

El estudio de los derechos del *nasciturus* a recibir alimentos no se concibe sin una obligada remisión al Derecho comparado por tratarse de una institución de poca aplicación práctica, pero de mucha necesidad y actualidad. A continuación se expone un resumen de la regulación general del tema en varios países, consulta que permitió identificar naciones de avanzada en el tratamiento del tema, no sólo académicamente, sino también en la práctica jurisprudencial, lo que constituye punto de comparación en todo el análisis que se hace de la regulación en la legislación cubana.

Refrendan la protección de la maternidad las constituciones de Bolivia en el artículo 193; Brasil artículos 201, inciso III y 203 inciso I; Costa Rica artículos 51 y 55; Colombia artículo 43, primer párrafo, segunda parte y segundo párrafo, durante el embarazo y después del parto, recibiendo un subsidio alimentario del Estado si estuviere desempleada o desamparada por entonces; Cuba en el artículo 35, primer párrafo; Ecuador artículo 22 segundo párrafo; Guatemala artículo 52, el Estado velará por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que surgen de ella, su artículo 260 encarga al Estado procurarle ayuda y asistencia; Honduras artículo 111; Nicaragua artículo 74, la protección está referida al "proceso de reproducción humana" y en particular a la mujer durante el embarazo; Panamá artículo 1066, inciso 3, el Estado debe garantizar una atención integral durante el proceso de gestación y lactancia, protegiendo la salud del niño y de la madre; Paraguay artículo 7, otorga la protección en caso de desamparo; Perú artículos 7 y 13; Puerto Rico Sección 20 prólogo, y sexto párrafo, separa como beneficiarios a la mujer en estado de gravidez o época de lactancia y al niño; República Dominicana artículo 8.15 inciso a; Uruguay artículo 42, segundo párrafo establece el deber de protección por la sociedad, asistiéndola en caso de desamparo; Venezuela artículo 64, contempla el dictado de medidas para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral desde la concepción, al igual que a la maternidad, sea cual sea su estado civil.

Una protección similar consagran entre otras las Cartas Supremas de Albania en su artículo. 48; Alemania artículo. 6, cuarto párrafo; España artículo 39 segundo

párrafo, Irlanda artículo 41, segundo párrafo; Hungría artículo 62); Irán capítulo 3ro, principio 21); Italia artículo 31, segundo párrafo, Portugal artículo 68); República Árabe de Egipto artículo 10; Libia artículo 31, principio 20); Argelia artículo 65; República Turca artículo 35, segundo párrafo y Checoslovaquia artículo 26, inciso 1.

Se advierte que la protección legal del derecho de la madre a ser asistida durante el embarazo está respaldado por un consenso virtualmente universal. Con similar intensidad aparece consagrado con grandes rasgos también el derecho del concebido a recibir lo necesario para su subsistencia.

La obligación de velar por la vida del *nasciturus* no responde sólo a la obligación alimentaria, pues la madre requiere de los cuidados permanentes, de una constante vigilancia médica que le garanticen en forma mínima la atención del parto y los primeros cuidados del niño. En la mayoría de los países del área de Latinoamérica está presente en sus Códigos Civiles la protección de los derechos del *nasciturus*, los que se enuncian seguidamente.

**Código Civil Peruano:** En el artículo 1 regula que *La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece*, el legislador engloba dentro del término *sujeto de derecho* no solamente a las categorías clásicas de persona natural y persona jurídica, sino también a dos categorías nuevas, el concebido y la organización de personas no inscritas. La categoría de sujeto de derecho es utilizada, exclusivamente, para referirse a las diversas fases de la vida del ser humano. De lo cual se desprende que es el hombre el único y natural sujeto y destinatario del Derecho. Un aforismo del jurisconsulto Hermogeniano contenido en el Digesto expresa la misma idea: *hominum causa omne jus constitutum*, el Derecho en su conjunto ha sido instaurado para los hombres.

El concebido se beneficia del estatus jurídico de *sujeto de derecho*. En el libro Primero se expresa que el concebido "es un sujeto de derecho distinto y autónomo, un centro de referencia de derechos desde el instante de la concepción y hasta el nacimiento". La solución adoptada es audaz, novedosa, única en la

legislación comparada.

Conforme al artículo 856, si la partición de la herencia está suspendida a la espera del nacimiento, *"en el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos"*. Pero dado que la existencia del concebido depende íntimamente de la mujer, es posible afirmar que ese derecho a alimentos lo beneficia indirectamente.

**Código Civil de Colombia.** El artículo 91 protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

La tradición jurídica más acendrada, ha reconocido que el *nasciturus* es sujeto de derechos en tanto y en cuanto es un individuo de la especie humana. Los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales.

*Se tienen derechos desde la concepción:* Constitucionalmente la protección del no nacido se encuentra en el preámbulo y en el artículo 11 de la Constitución Nacional que defiende el derecho a la vida, por vía directa y por vía indirecta en el artículo 43 de dicha Norma con la protección de la mujer en estado de embarazo.

**Código Civil de Venezuela.** Artículo 17.-El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo.

**Código Civil de Bolivia:** Artículo 1ro, inciso II: Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle.

Artículo 63 del **Código Civil de Argentina** postula que son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno y en el artículo 70 se establece que 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.

**Código Civil de México.** En el artículo 22 regula que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

**Código Civil de Chile:** En el artículo 75 se refrenda que la ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. Todo castigo a la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

**Código Civil de Nicaragua.** En el artículo 13 La ley protege la vida del que está por nacer. La autoridad, en consecuencia, tomará a petición de cualquier persona, o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del que está por nacer siempre que crea que de algún modo peligrará.

En todos los anteproyectos del vigente Código Civil cubano estuvo presente el principio de protección al concebido, quedando recogido finalmente como aparece estipulado en el artículo 25. Es innegable la actualidad de la regla, el *nasciturus* debe continuar siendo protegido por el Derecho, toda vez que será, ocurrido el nacimiento con vida, el sujeto por excelencia de las normas jurídicas que organizan la convivencia social.



## **CAPITULO II. Tutela legal del derecho del *nasciturus* a recibir alimentos. Posición de la legislación cubana.**

La protección del *nasciturus*, en particular, lo relacionado con el derecho a recibir alimentos y la obligación de sus padres de brindarlos es objeto de regulación en instrumentos jurídicos internacionales y nacionales en el ámbito universal, existiendo polémica a nivel académico y jurisprudencial en cuanto a su alcance, sobre todo en los países del sistema de Derecho romano-francés.

La defensa de los derechos del *nasciturus* está expresada normativamente desde la Convención Sobre los Derechos del Niño que desde su Preámbulo reconoce la protección del niño “antes y después del nacimiento”. Asimismo, en diferentes Tratados Internacionales se encuentran consagrados el derecho a la salud, a la alimentación, a la asistencia médica, así como también se refrenda la responsabilidad de los padres en garantizar tales derechos de sus hijos.

La Declaración Americana Sobre los Derechos y Deberes del Hombre (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo XXX establece que “Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten” y la Convención Sobre los Derechos del Niño cuyo artículo 18 reza “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece como preocupación de los Estados parte "que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como la satisfacción de otras necesidades" y señala que dichos Estados tienen presente "el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la

función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto" y establece medidas concretas en protección de la maternidad en los artículos 4, 2; 5º b, y 11, 2.a], b], c], y d); reconoce la responsabilidad común de hombres y mujeres en la educación y desarrollo de sus hijos en el artículo 5 inciso b) y tutela el acceso a servicios de atención médica por la mujer, como en lo relativo al embarazo, parto y período postparto, asegurándose una nutrición adecuada durante la gestación y la lactancia en los artículos 1, y 2.

Se extiende la protección al *conceptus* aun en caso de que su existencia provenga de la fecundación asistida o extracorpórea, por cuanto así resulta del Pacto de San José de Costa Rica que no establece distinción alguna al respecto, de la precisión que con mayor rigor resulta de la reserva formulada a la Convención sobre los Derechos del Niño, y de que al referirse el artículo. 75, inciso 23 a éste desde el embarazo, abarca necesariamente la concepción, que es su momento inicial, aunque se produzca fuera del seno materno.

El proceso de gestación de un ser humano acarrea necesidades vitales que, dado el mecanismo procreativo, pasan necesariamente en principio por la persona de la madre. Es ésta quien deberá procurarse el propio sustento para que el hijo en gestación lo aproveche y se nutra a su turno. Deberá cuidar su salud, para que no se resienta la de quien lleva en su seno. Deberá asegurar las condiciones mínimas del entorno ecológico para que el *nasciturus* no sea afectado por elementales carencias, ni por agresiones actuales o potenciales. Si son claras las obligaciones que tiene la madre, porque tienen directa atinencia con su condición de portadora de la vida del sujeto que alberga en su seno, no menos lo son las del progenitor del por nacer, que debe prestar todos los medios a su alcance para que la gestante pueda culminar su invaluable y privilegiada misión. Es su elemental responsabilidad que todas las necesidades emergentes del proceso procreativo sean cubiertas con suficiencia.

Es impropio hablar solamente de un derecho de la mujer embarazada a percibir alimentos. Simultáneamente existe una facultad autónoma y primigenia del

concebido que le posibilita exigir la prestación alimentaria por parte de ambos padres.

Los deberes de los padres nacen *ex lege* con la concepción. Uno de los deberes que corresponden a los padres sobre las personas de los hijos para su protección y formación integral desde la concepción y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado, es el de criarlos, alimentarlos y educarlos. La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad, siendo de avanzada la legislación civil argentina en el tratamiento de este tema

Los alimentos tienen una función vital, y la obligación consecuente de prestarlos se asienta sobre un fundamento altamente ético, como es el de la solidaridad social y familiar que preexistiendo al derecho positivo, éste consagra con alcances precisos. La obligación estatal, de proporcionar alimentos a quienes se encuentran desamparados surge en subsidio de la ausencia o incumplimiento de quienes por un vínculo familiar, se encuentran compelidos a prestarlos.

La condición de que el hijo nazca vivo no es exigible para que opere el derecho alimentario, sea atribuido a la madre embarazada o a aquel. La obligación alimentaria respecto de los hijos menores comienza en el momento de su concepción en el seno materno, o fuera de él tratándose de fecundación asistida.

En el transcurrir normal de la vida matrimonial el derecho de la madre embarazada y del hijo se conjugan, debiendo el padre en tanto se encuentre emplazado en ese estado contribuir a la satisfacción de los alimentos necesarios, atendiendo a las circunstancias fácticas del caso. En situación de divorcio, separación de hecho o nulidad del matrimonio, el padre debe prestar alimentos a su hijo concebido aún no nacido, independientemente que los deba o no a su cónyuge según sea la situación que se de en cada circunstancia.

## II.2 Fundamentación Jurídica del derecho del concebido a recibir alimentos

La disquisición teórica y doctrinal sobre el derecho del *nasciturus* a recibir alimentos, nace a partir de la posición reconocida por cada país sobre en qué momento se es considerado persona lo que se refleja en el Derecho interno de cada Estado, siendo más sencillo encontrar amparo legal en la legislación de las naciones en que se le considera persona desde la concepción como es el caso de Argentina, pues se acogen a lo previsto para la protección de los menores de edad.

El Código Civil argentino en su artículo 63 define a las personas por nacer como *“las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”*. El citado cuerpo, identifica el comienzo de la existencia de las personas con el momento de la concepción en el seno materno, así el artículo 70 establece que *“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.”* Es decir, que al redactar el Código Civil, VÉLEZ SARFIELD<sup>60</sup>, no puso en duda la condición de persona del hijo concebido.

Cuba siguiendo la tradición romanista y el antecesor Código Civil español, se afilia a la tesis de que se le considera persona a partir del nacimiento. El artículo 29 del Código Civil español dispone que *“El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente, para todos los efectos que le sean favorables...”*. En la actualidad, y desde la reforma del artículo 30 del Código Civil por la Ley 20 de 2011 de 21 de julio de Registro Civil *“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*. El artículo 25 del Código

---

<sup>60</sup>VÉLEZ SARFIELD, citado por CECILIA P. GROSMAN. *Alimentos de los hijos y Derechos Humanos*. Ed. Universidad, 2004, p 163.

Civil cubano postula que al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables a condición de que nazca vivo.

Existen varias sentencias de tribunales españoles que reflejan la tutela de los derechos del *nasciturus* a recibir alimentos aunque no es unánime la jurisprudencia al respecto, estos van desde la posibilidad de fijarlos para que tenga lugar la obligación después del nacimiento como a casos concretos en que se demanda alimentos para el momento de la gestación en el seno materno.

La *Sentencia de Apelación de Toledo, 1.ª de 20 de febrero de 2003* reconoce la pensión alimenticia a la niña concebida y no nacida al tiempo de dictarse la sentencia apelada, en base a que nada impide que los cónyuges puedan proyectar lo que consideren conveniente en torno a la atribución de la guarda, régimen de visitas y alimentos del concebido y no nacido.

En esta misma línea donde se establece la pensión de alimentos a favor del *nasciturus* a cargo del padre, está la *Sentencia de Apelación de Alicante, 4.ª de 27 de octubre de 2005*. La sentencia de separación dictada en la instancia estableció dicha pensión de alimentos a cargo del esposo, quien interpone recurso de apelación para interesar que se reduzca su cuantía. El recurso carece de fundamento, ya que lo fijado por el Juzgado constituye el llamado *mínimo vital exigible* por la relación de filiación en cualquier circunstancia, abstracción hecha de los medios económicos del otro cónyuge y de las posibilidades económicas del alimentante, incluso en situaciones probadas de carencia de ingresos.

Otras sentencias de la Jurisprudencia menor no llegan a la misma conclusión y deniegan este derecho al considerar que la pensión de alimentos debe ser acorde a las necesidades del que está por nacer, y éstas no son conocidas hasta que se produzca el nacimiento. Tanto la pensión de alimentos, así como un posible régimen de visitas, deben ser acordes con la realidad, y es obvio que tales carestías no pueden ser realmente conocidas hasta el momento de su nacimiento a fin de que puedan ser efectivamente ponderadas y protegidas por el Juzgador. *Sentencia de Apelación de Toledo 2.ª de 31 de julio de 2003*. No puede estatuirse su devengo ni cuantía para el *nasciturus* porque se desconocen cuáles sean sus reales necesidades. Se hace hincapié en que la constatación judicial del

nacimiento exige a ambos progenitores una prueba contundente para la adopción de las medidas solicitadas, como es la certificación del nacimiento.

La legislación cubana aunque no hace especial mención a los derechos del *nasciturus* a recibir alimentos, si permite la genérica formulación del artículo 25 del Código Civil y de sus predecesores, su aplicabilidad a otros efectos que le resultaren beneficiosos al *nasciturus* no sólo en relación con la herencia, tesis que sustenta el profesor PÉREZ GALLARDO. A pesar del silencio en la mayoría de los autores, es del criterio de que el aludido artículo 25 sería aplicable por imperio del artículo 8 y de la Disposición Final Primera, ambos del Código Civil, en sede de alimentos. Por ejemplo, el propio DIEZ PICAZO en sus comentarios al artículo 29 ya citados al esbozar el alcance de la protección al concebido, sostiene esa posición que se defiende y en la misma línea de principios, considera “debe entenderse también que el favor o el carácter favorable ha de ser para el concebido y no para tercero”.<sup>61</sup>

En resumen y después de un análisis de las distintas posiciones apuntadas se sostiene que el derecho del *nasciturus* a recibir alimentos está inmerso dentro de la abierta formulación del artículo 25 del Código Civil, pues resulta obvio que las necesidades de éste no pueden ser desconocidas por el Derecho, a partir de la concepción necesita dotarse al feto de bienes que tienen una expresión en sentido económico, por una parte los necesarios para que la madre pueda nutrirse adecuadamente y garantizar la calidad de vida del niño al nacer y por otra los bienes que necesita al momento del nacimiento no pueden esperar a que ocurra el nacimiento con vida, para adquirirse máxime si ello dependiera de una reclamación a un tercero que pudiera durar meses en ser resuelta por el órgano juzgador, por lo que a pesar de la rígida técnica del Derecho Civil la interpretación de la Ley en la sociedad actual tiene que conducir a razonamientos en función de la solución de las necesidades que se imponen.

---

<sup>61</sup>PÉREZ Gallardo, L.B, *La Revista del Foro de Cuyo*, Mendoza-Argentina, tomo 22, 1996, artículo: “Una Visión Reflexiva acerca del Derecho de Alimentos a favor del Concebido”, pp. 15-33.

## II.2.1 Fuentes directas e indirectas de la obligación

Ahora bien, en torno a esta obligación legal de proporcionar alimentos a sus hijos menores de edad que pesa sobre los progenitores, se discute tanto doctrinal como jurisprudencialmente cuál sería la causa fuente de dicha obligación.

Una postura, entiende que los alimentos se deben en razón del vínculo que deriva de la filiación; se encuentran en esta posición MÉNDEZ COSTA Y A D' ANTONIO entre otros. La doctrina mayoritaria, en cambio, estima que la obligación de los progenitores nace de la patria potestad. En este sentido se entiende que "la obligación alimentaria de los hijos menores surge de los deberes emanados de la patria potestad", porque el propio Código Civil establece que la obligación alimentaria de los padres rige desde la concepción del hijo lo que se establece en el artículo 264 del Código Civil argentino. Es decir que la obligación alimentaria coincide con la etapa de la vida del hijo en la cual los padres ejercen los derechos y deberes emanados de la patria potestad que tienen sobre el menor<sup>62</sup>, redacción similar propone el anteproyecto de Código de Familia de Cuba de 1999.

Se discute si tales beneficios han de darse directamente para el concebido o si también es admisible que los beneficios resulten indirectos. El Código Civil cubano no recoge nada en tal sentido, por lo que es acertada una interpretación extensiva del artículo 25, considerando posible no sólo que los efectos favorables recaigan en el *nasciturus* de forma directa, sino también de forma indirecta, como resulta, por ejemplo, cuando se otorga un beneficio a la madre encinta, quedando con ello también indirectamente beneficiado el futuro hijo.<sup>63</sup>

La posición de Cuba sentada por el profesor LEONARDO PÉREZ GALLARDO es que la obligación de alimentos se constituye *ex lege* y *ex lege* queda determinado su

---

<sup>62</sup>BELLUSCIO Claudio, "*Prestación Alimentaria. Régimen Jurídico*". Ed. Universidad, 2006, p 44.

<sup>63</sup> VALDÉS DÍAZ Caridad. En este sentido es representativa la sentencia del Tribunal Supremo español de 5 de junio de 1926, que dedujo que una viuda encinta debía ser considerada como viuda con hijos a los efectos de recibir una indemnización en materia de accidente de trabajo, que era mayor que la que le hubiera correspondido como viuda sin hijos. Dicha indemnización, por el accidente que sufriera el padre, no beneficiaba directamente al hijo concebido y no nacido, pero indirectamente si quedaba beneficiado por vía de la madre. *Vid.* DIEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 228. En nuestro medio, también el órgano jurisdiccional se ha pronunciado en tal sentido, cuando al disolverse el matrimonio por sentencia de divorcio se ha asignado pensión alimenticia a la madre encinta, como vía de protección al concebido. *Vid.* PÉREZ GALLARDO, L., *La Revista del Foro de Cuyo*, Mendoza-Argentina, tomo 22, 1996, artículo: "Una Visión Reflexiva acerca del Derecho de Alimentos a favor del Concebido", pp. 15-33.

contenido, amén de que el hecho causal productor directo lo sea el parentesco consanguíneo o el matrimonio, según sea el caso, pero no olvidemos que en sede de fuentes de las obligaciones la ley tiene valor supletorio o indirecto, pues es el tapiz en el que se reconocen y a través del cual se le confiere valor de fuente a los hechos o actos jurídicos causantes directos de las obligaciones.<sup>64</sup>

### **II.3.Legitimación para reclamar alimentos**

Sentada la posibilidad legal de solicitar alimentos para el *nasciturus*, se impone pensar cómo encausar el proceso y quién es la persona legitimada para interponer la reclamación.

Muy discutida ha sido en la doctrina la supuesta representación materna, negada por DE CASTRO, para quién “la mecánica de la representación legal y la de la protección del concebido son dispares (...) el concebido carece hasta su nacimiento de un patrimonio, y la especial protección que se le otorga es para remediar su falta de personalidad (...) los derechos patrimoniales que estén en situación de pendencia, en lo que no están paralizados, serán ejercidos por cada titular provisional, pero ni en nombre del concebido ni de los otros posibles interesados, sino con la condición jurídica de titular provisional. Consecuencia inevitable será que el concebido no puede ser parte en un proceso ni ser condenado como tal. Hay sólo personas obligadas, unas a solicitar se organicen, otras a defender y; en general, a respetar las situaciones de pendencia que origine la existencia del concebido”.<sup>65</sup>

Como expresión del Derecho argentino, CRISTINA ISABEL SILVA en su trabajo Derecho Alimentario de la Mujer Embarazada deja sentado que...“las personas por nacer tienen un horizonte más amplio de capacidad jurídica que la señalada incidentalmente en el artículo 64 del Código Civil, incluyendo dentro de tal capacidad jurídica el derecho de reclamar alimentos”.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup>IBÍDEM.

<sup>65</sup>PÉREZ Gallardo, L.B, *La Revista del Foro de Cuyo*, Mendoza-Argentina, tomo 22, 1996, artículo:“Una Visión Reflexiva acerca del Derecho de Alimentos a favor del Concebido”, pp. 15-33.

<sup>66</sup>GROSMAN Cecilia P..*Alimentos de los hijos y Derechos Humanos*. Ed. Universidad, 2004, p 163.



Cuba se afilia al primer criterio de que debido a su incapacidad absoluta de obrar sólo puede efectuar el reclamo a través de sus representantes legales –que particularmente en el caso del no nacido será la progenitora. Ahora habrá que determinar a la luz de la normativa aplicable al proceso de alimentos, o al de divorcio los requisitos de admisibilidad de la acción o de las medidas cautelares, de qué modo será procedente el reclamo de alimentos a favor del *nasciturus*, el contenido y el alcance de la prestación alimentaria.

Es criterio de la autora, fundado en estudios del citado profesor PÉREZ GALLARDO que la madre que lo lleva en el vientre podría exigir a su esposo la pensión alimenticia a favor del concebido, pensión que a partir del artículo 61 del Código de Familia es susceptible de modificación cuando las circunstancias de facto que se tuvieron en cuenta para su adopción hayan variado, lo que sin dudas podrá acontecer, a diferencia de lo señalado por ALBADALEJO estos alimentos si se harán exigibles antes del alumbramiento, dada su perentoria utilidad.

Los autores del proyecto de Código de Familia cubano en su versión de 1995 sostienen tesis similar, pues en el artículo 109 han regulado que “toda mujer embarazada tiene derecho a exigir alimentos al padre de la criatura durante todo el tiempo del embarazo y los tres meses siguientes al parto, sin perjuicio del derecho que asiste a éste de impugnar la paternidad conforme lo establece este Código”. Se deduce que es intención de los autores del Proyecto de Código de Familia, otorgar eficacia anterior pero sometida a resolución al nacimiento, de manera que la madre del concebido pueda interesar alimentos a favor de éste, los que serán exigibles antes del parto.

Podría inferirse otra interpretación del precepto anotado, pues téngase en cuenta que se dispone que tal exigencia tendría como sujeto interpelado al padre de la criatura y no al cónyuge de la interpelante; quien vendría obligado por ley al pago de la obligación de alimentos, amén de las acciones que podría establecer una vez acontecido el parto, para impugnar la paternidad imputada.

Al amparo del artículo 56 del Código de Familia la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Camagüey ha concedido pensión

alimenticia a la mujer embarazada en atención a la existencia del hijo procreado. La sentencia No. 121 de 15 de Octubre de 1993 expresa:

*“No estamos en presencia de un asunto cuyo fondo está dirigido a ventilar los posibles derechos del concebido en virtud de las disposiciones de los artículos 25 y 535-2 ambos de la ley No. 59 de 16 de Julio de 1987, actual Código Civil, sino que nos encontramos ante cuestiones distintas en la cual se debate si la ahora recurrente está o no asistida por lo preceptuado en el artículo 56-1 de la Ley No. 1289 de 1975 vigente Código de Familia, único extremo de interés al proceso y por consiguiente atendible.*

*(...) dos son los requisitos subsumidos recíprocamente por la conjunción “o” en el texto o redacción del último de los preceptos citados: haber convivido por más de un año o procreado durante el matrimonio, de ahí que su interpretación jurídica no se logra de forma aislada a la obligada interpretación gramatical por la acepción del verbo “procrear”, que es igual a engendrar, sinónimo de concebir, y es erróneo confundir el término procreado con el nacimiento del hijo, pues si bien el concebido desde el punto de vista jurídico no se puede reputar hijo hasta ver la luz, que es el momento en que emerge del vientre materno, desde el punto de vista gineco - obstétrico la multiplicación de la especie tiene su origen en el momento mismo de la fecundación del óvulo y estimar en justicia cosa distinta, no solo lesiona la riqueza de nuestro lenguaje, sino que resulta atentatorio a los derechos de la mujer grávida que estaría evidentemente fuera de la protección legal, que en aras de la justicia social concibió el legislador”.*

Por dicha sentencia al declarar Con Lugar en Parte el Recurso de Apelación interpuesto por la mujer embarazada, se fijó pensión, que su cónyuge debía satisfacerle en la cuantía que estimó la Sala.

Este criterio fue ratificado por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo que en sentencia No. 631 de 30 de Diciembre de 1993 expuso “que procrear no es sinónimo de nacimiento como por error el recurrente aduce en el concepto de infracción del Primer Motivo del Recurso y vale aclarar que la sentencia recurrida establece de manera clara y precisa el concepto de procrear el que en consecuencia no merece otros comentarios (...).”

De todo ello se colige que no queda dudas de que la persona legitimada en el ordenamiento legal cubano para reclamar alimentos a favor del *nasciturus*, es la mujer embarazada que lo lleva en su vientre, posición sentada no sólo por la doctrina sino por el Tribunal Supremo Popular.

En el Derecho de Argentina a nivel jurisprudencial ha quedado claro que la mujer embarazada se encuentra legitimada para efectuar el reclamo de alimentos a favor de su hijo por nacer contra el progenitor del mismo, ordenando la prestación alimentaria urgente y como medida previa inclusive a las pruebas biológicas; pero muy a pesar de la significación atribuida a la vida de la persona del *nasciturus* por toda la normativa citada a lo largo de este trabajo, el legislador civil omitió establecer el aseguramiento del desarrollo y la continuidad de su vida hasta el nacimiento. Por ello se considera que sería oportuna una reforma en la legislación civil a través de la cual se incluyera una regulación adecuada de la asistencia alimentaria del niño por nacer. En este sentido existe un proyecto de reforma de ADRIANA BORTOLOZZI de Bogado que brega por la incorporación al Código Civil el siguiente artículo: *“La mujer embarazada podrá reclamar alimentos al padre del hijo por nacer, los que amen de las prestaciones alimentarias habituales, comprenderá...”*”.

La ausencia de una formulación más específica que tutele la forma de reclamar alimentos para el *nasciturus*, tiende a confundir la posibilidad de fijar pensión para el *nasciturus* con la pensión para el cónyuge establecida en el artículo 56 del Código de Familia, lo que pudiera resolverse con la inclusión en el Código de Familia en Cuba de una artículo similar al que propone la citada autora argentina.

## **II. 4 Posiciones sobre la obligación de dar o recibir alimentos.**

La obligación de dar alimentos viene regulada en el Código de Familia cubano en el artículo 121 y siguientes del Capítulo II, Título III estableciendo como concepto todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación y vestido, y en el caso de los menores de edad, también los requerimientos para su educación, recreación y desarrollo, lo que presupone su necesidad por un sujeto que lo requiere para subsistir, y la existencia de vínculos parentales consanguíneos sin límites en la línea recta y hasta el segundo grado en

la colateral, o de un vínculo matrimonial entre el sujeto que los necesitare y el compelido por ley a suministrarlos. Es claro que su contenido último es económico, pues se traduce en un pago de dinero o en la alimentación en la propia casa, pero la finalidad a que se atiende es personal. Como afirman DIEZ PICAZO Y GULLON “aunque patrimonial sea el objeto de la prestación, la obligación se encuentra conexcionada con el desarrollo de la personalidad y de los derechos de este tipo”.<sup>67</sup>

La obligación de alimentos implica la existencia de un derecho de crédito a favor del alimentista y un deber de prestación a costa del alimentante, derecho de crédito que le atribuye al alimentista un poder jurídico sobre la conducta del alimentante, que se refleja de manera típica en la facultad de exigir alimentos, y en su defecto en la facultad de poner en movimiento un mecanismo coactivo, de agresión sobre los bienes para obtener una satisfacción por equivalencia. Característica notable de esta obligación, que contrasta con el sentido normal de las relaciones obligatorias es el “*intuito personae*” que posee, ya que se da en atención a determinadas personas, sólo entre ellas y bajo peculiares circunstancias. Significa ello que la obligación no se transmite ni por vía inter – vivos, ni mortis – causa.<sup>68</sup>

Puntos de contacto tiene esta regulación con la establecida en el Código Civil argentino que expresa en el artículo 372 lo que ha de entenderse por alimentos, limitando su extensión a “*lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondientes a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades.*”

Parte de la doctrina y jurisprudencia argentina han ampliado esta concepción. Así LÓPEZ DEL CARRIL estima que comprende lo relativo a la subsistencia, habitación, vestuario, educación, y lo necesario para la asistencia en las enfermedades correspondiente a la condición del que la recibe y del que la presta.

Borda, sostiene que si bien el artículo 372 citado limita la prestación alimentaria, también deben considerarse comprendidas en ella las necesidades morales y

---

<sup>67</sup>IBÍDEM.

<sup>68</sup>cfr. artículo 135 incisos 1) y 2) del Código de Familia). Ibídem

culturales, siendo esta extensión una solución admitida universalmente en la época actual como imposición del progreso cultural del hombre y del creciente respeto por sus necesidades espirituales.

Siguiendo a BELLUSCIO<sup>69</sup>, debe extenderse que el concepto de prestación alimentaria más allá de lo establecido en el Art. 372 del Código Civil, entendiendo que la misma deberá estar destinada a satisfacer no sólo las necesidades materiales de subsistencia, vestuario, habitación y asistencia en las enfermedades, sino también las necesidades de índole moral y cultural, de modo que tal prestación deberá procurarse atendiendo a las necesidades, y al estilo de vida del alimentado así como a la capacidad económica del alimentante.

Novedoso en dicho Código Civil es la regulación del artículo 375 al decir que “... desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojen los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor...” regula un aspecto primordial del proceso de alimentos en lo que atañe a la temática objeto de este trabajo, ya que autoriza al juez a fijar alimentos provisorios como medida cautelar y es así que la jurisprudencia de sus tribunales ha hecho lugar al reclamo de alimentos en favor de la persona por nacer dándole el carácter de provisorios y como medida cautelar innovativa – tutela anticipada – se pueden citar las sentencias Nro. 5 de julio de 1996, de octubre de 2008 y de 23 de diciembre de 2002.<sup>70</sup>

En el procedimiento civil y familiar cubano no es común este tipo de reclamo en proceso de alimentos, a no ser que los cónyuges estén casados legalmente y no se promueva la disolución del vínculo a través del Proceso de Divorcio, sino que vayan directamente a la reclamación de alimentos, pues en los casos resueltos ha sido presupuesto básico que la petición se establezca contra el padre del *nasciturus* y ello sólo es determinable antes del nacimiento, en el caso de que la reclamante y el demandado estén casados, tesis que defienden los estudiosos del tema y es la posición del Tribunal Supremo Popular, no obstante sí es posible fijar

---

<sup>69</sup>BELLUSCIO Augusto C. Doctor, integrante de la Comisión Honoraria redactora del Proyecto de modificación del CC argentino de 1993.

<sup>70</sup>Trib.Col. Familia N ° 5 Rosario, 25/7/96, “R. S. M. c. M. J. A.”, Trib. Col. Familia N ° 5 Rosario, 6/10/2008, “G. B. P. c. M. H. H. s/ Alimentos”, Trib. Col. Familia N ° 1 La Plata, 23/12/2002, M. G. M. c. U. R. s/ Alimentos.

alimentos en el transcurso del proceso de divorcio pues el procedimiento establecido prevé la adopción de medidas provisionales, a través de un Auto no definitivo, denominado Auto de medidas provisionales, del cual es posible cumplir con esta prestación.

No obstante como se refería anteriormente hay países del área que resuelven esta etapa de transitoriedad a través de la adopción de las llamadas medidas cautelares innovativas.

## **II.5 Tesis sobre las medidas cautelares innovativas.**

La cuota provisoria de alimentos, es una típica garantía jurisdiccional que tiende a evitar el perjuicio a la persona necesitada del auxilio de la justicia, cuando el tiempo necesario para sustentar su pretensión podría tornar ilusorio su derecho.

Como el contenido de los alimentos provisorios coincide en todo o en parte con la pretensión de fondo, anticipa total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda y es por ello que participan de las llamadas “Tutelas Anticipadas o Medidas Cautelares Innovativas”. Estas, son decisiones excepcionales que alteran el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, en razón de que configuran un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa. Requisitos de admisibilidad: Para su admisión, deberán acreditarse los requisitos propios de toda medida cautelar:

1) Verosimilitud del Derecho. Este abarca los siguientes requisitos:

a) Existencia del vínculo entre el actor (el hijo por nacer) y el demandado. Aquí, atento la normativa vigente, habrá que distinguirse entre el hijo matrimonial y extramatrimonial, ya que las presunciones de paternidad establecidas juegan un papel importantísimo a la hora de acreditar el vínculo.

La verosimilitud del derecho, surge de la existencia del vínculo matrimonial entre la madre y su cónyuge, a ello cabe agregarle que ante el estado de gravidez de la primera entra a jugar la presunción legal del artículo 74 del Código de Familia que establece que *“Se presumirá que son hijos de las personas unidas en matrimonio los nacidos durante la vida matrimonial y dentro de los trescientos días siguientes*

a la fecha de extinción del vínculo matrimonial, si la madre no hubiere contraído nuevas nupcias” Entonces quedará en el demandado – presunto progenitor, la carga de probar que él no es el padre a fin de desvirtuar la presunción legal, regulación similar establece el Código Civil argentino.

b) Necesidad de quién los solicita. Al ser partidarios de la posición de que es sólo a través de la madre que se pueden reclamar alimentos para el *nasciturus*, no es permisible exigir la demostración de que ésta se encuentre imposibilitada de obtener alimentos por sí misma. La necesidad radica en que si la mujer lleva adelante su embarazo de manera normal y adecuada, el niño se desarrollará y nacerá sin inconvenientes. Resulta importante destacar que la doctrina argentina sostiene la tesis de que *“entre dos riesgos, es decir entre permitir que quien necesita alimentos no cuente con ellos, con la posibilidad de malformación o muerte que puede significar para el nasciturus y el riesgo de que abone alimentos quien luego demuestra que no es el padre, es preferible optar por este último; en este caso el perjuicio es patrimonial para el alimentante; en el otro se arriesga la vida de una persona”*.<sup>71</sup> Posición esta que merece una reflexión a la luz de las posiciones que amparados en la doctrina del Derecho Civil español defiende la judicatura cubana, pues lo que no puede obviarse es la necesidad perentoria de alimentos del *nasciturus* para su desarrollo adecuado y sus primeros meses de vida, no siendo culpable de la falta de previsión que pudieron tener los seres que son responsables de haberlo traído al mundo.

c) Posibilidad del demandado de procurárselos. Esta cuestión de hecho, deberá ser probada y examinada en cada caso concreto, lo que en todo caso trasciende a la cuantía, pero nunca lo exoneraría de la obligación de prestar alimentos. Ante la imposibilidad de demostrar que recibe ingresos, podría librarse oficio a la entidad donde labora, a fin de que certifique la remuneración percibida por el demandado, lo que es posible acreditar además por otros medios de prueba, de igual manera si es trabajador por cuenta propia y su estimado de ingresos, e incluso en Cuba existe un delito sancionable penalmente denominado Otros actos contrarios al desarrollo del menor en cuyo caso se encuadra al padre no cumple con la

---

<sup>71</sup> Derecho de Familia. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* N ° 26. Ed. AbeledoPerrot. P. 189 y 190.

obligación de prestar alimentos, todo estaría en lograr el alcance de estos preceptos al *nasciturus*.

Los alimentos que se fijen durante el embarazo de la mujer tienen carácter provisorio. Importantes doctrinarios entienden que los alimentos abarcarán los gastos necesarios para que el embarazo se desarrolle con normalidad comprendiendo gastos en medicamentos y alimentación y cuidados de la madre. La determinación de la cuota alimentaria como anticipo de la tutela jurisdiccional debe limitarse a cubrir las necesidades imprescindibles para la alimentación de la madre, así también los distintos gastos necesarios para adquirir la canastilla del futuro bebé. La limitación se debe a que, en el caso de no tenerse certeza de que el demandado sea el padre, al menos en Cuba no existen antecedentes de tutela jurisdiccional.

En el Derecho argentino ello es posible, CRISTINA ISABEL SILVA, en su trabajo "Derecho Alimentario de la Mujer Embarazada" sostiene que los alimentos provisorios que se fijen deberán cubrir, entre otros, los indispensables para proteger el derecho a la vida, a la salud y al desarrollo de la persona por nacer.

Por su parte es aceptado por la doctrina española al amparo del artículo 964 del Código Civil español, la existencia de los llamados alimentos civiles temporales, uno de cuyos supuestos lo constituyen aquellos que recibía la viuda encinta, claro está en su concepto de viuda y no como representante del concebido, la que con independencia de su condición económica tenía derechos a ser alimentada, alimentos que se detraen del haber hereditario habida consideración a la parte que en ellos podría tener el concebido.

En Cuba no existen antecedentes de la utilización de esta variante para fijar alimentos en favor del *nasciturus*, la adopción de las medidas cautelares por el Tribunal en el Derecho de Familia es relativamente joven a partir de la entrada en vigor de la Instrucción 187 de 20 de diciembre de 2007 del Tribunal Supremo Popular, que quedó sin efecto en virtud de la vigente Instrucción 216 del Tribunal Supremo Popular, la que no contiene ningún precepto que permita solicitar este tipo de medida cautelar, pues las posibles medidas a adoptar están relacionadas con situaciones de conflicto en torno a la guarda y cuidado, y régimen de



comunicación de niños, niñas y adolescentes con sus padres o vinculadas a la Liquidación de la Comunidad Matrimonial de Bienes, no trata nada relacionado con la prestación de alimentos. Tampoco se prevé nada de ello en los anteproyectos del Código de Familia.

No obstante como se apuntaba anteriormente a través de la adopción de la medida en el auto de medidas provisionales, surtiría el mismo efecto, aunque más demorado que si se adoptara la medida cautelar previa al proceso porque el auto referido se dicta en el transcurso del proceso de divorcio, una vez que se celebra la comparecencia.

## **II. 6 El Proceso de alimentos.**

En la legislación de Argentina, el Proceso de alimentos se encuentra regulado dentro de los “Procesos Especiales” en concordancia con el artículo 375 del Código Civil que en su primera parte dice: “*El procedimiento en la acción de alimentos, será sumario, y no se acumulará a otra acción que deba tener un procedimiento ordinario. . .*” cuya correcta interpretación según la doctrina mayoritaria es en darle al vocablo “sumario” el sentido de especial; mas no de ceñirlo a las normas del “plenario abreviado”. En la actualidad, dichas normas deben conjugarse y armonizarse con las que rigen el Proceso de Familia – Fuero Especializado – estatuidas por la Ley 11.653 y su modificatoria 13.634.

“Le atribuye al no nacido, una especie de capacidad o personalidad condicional, anticipada y provisional, de tal suerte que el *naciturus* se entiende como persona si y sólo sí, este nace con vida \_teoría de la vitalidad\_; basta con que el producto de la concepción (vida dependiente), este separado completamente de la madre y viva un momento siquiera (vida independiente), para existir legalmente como persona según el artículo 72 del Código Civil. Caso contrario siguiendo siempre la influencia del Derecho Romano, el producto de la concepción carecería de existencia y se entendería como *pars visceram matris*, es decir, como una víscera de la madre.

El artículo 249 del Código de Familia faculta a toda mujer embarazada, cuando la paternidad del niño haya sido previamente establecida a exigir alimentos, al padre

de la criatura. Obviamente el *nasciturus* no puede recibir estos alimentos directamente, por lo que es la madre quien debe nutrirse adecuadamente...

De lo anteriormente manifestado, se colige que una mujer en estado de embarazo, no puede solicitar alimento para el *nasciturus*; empero, que el artículo 249 del Código de Familia, la faculta hacerlo. Dicho precepto está bajo el epígrafe: alimentos a la mujer embarazada, textualmente expresa: *“Definida la paternidad conforme lo establece este Código, toda mujer embarazada tiene derecho a exigir alimentos al padre de la criatura, durante todo el tiempo del embarazo y los tres meses siguientes al parto, incluidos los gastos del parto.”* Se establece como requisito *sine qua non*, que se haya establecido la paternidad, de conformidad al artículo 144 del Código de Familia, que prescribe: *“El padre podrá reconocer al hijo concebido [...]Y por ende el reconocimiento de un hijo conlleva asignarle el nombre e inscribirlo en el Registro del Estado Familiar, de la Municipalidad, correspondiente.*

En conclusión, el artículo 351 Ordinal 3º, le franquea los derechos fundamentales, a los menores a partir de su nacimiento, pero el artículo 25 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, imposibilita asentar al *nasciturus*. Los casos son múltiples donde al *nasciturus*, no se le garantizan los derechos que le otorga la Ley Suprema; se puede manifestar que el legislador reconoció al *nasciturus*, a partir de la adición, del inciso segundo, del artículo de la Ley comentada. Pero tal reconocimiento, no le otorga vida jurídica, en el sentido amplio de la palabra, ya que la legislación secundaria, no le garantiza los mecanismos efectivos para tutelar los derechos fundamentales, a saber: nombre, representación legal y otros.

En la legislación cubana a pesar de no estar regulado expresamente, existen sentencias del máximo órgano de justicia, que permiten el amparo legal en caso de reclamaciones de alimentos a favor del *nasciturus*, lo que es criterio sentado del Tribunal y en modo alguno contrario a lo dispuesto en el artículo 25 del Código Civil cubano.

Esta Tesis sustentada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de la Habana, encuentra respaldo en su sentencia No. 79 de 18

de Mayo de 1995 por la que ratifica la sentencia No. 147 del 17 de Abril de 1995 de la Sección Civil del Tribunal Municipal Popular de Isla de la Juventud considera *“que del análisis de los autos incoados del Tribunal Municipal, así como de los motivos en que se funda el recurso se concluye que éste no puede prosperar habida cuenta que el Tribunal a que en la sentencia interpelada, hizo una correcta interpretación de lo que con claridad meridiana se preceptuó en el artículo 25 del principal cuerpo de normas civiles, así como de lo establecido en el artículo 121 del Código de Familia, toda vez que con tal acierto fijó una pensión alimenticia para el concebido a los efectos de satisfacer la necesidad vital de su sustento, que aún cuando todavía se encuentra en el claustro materno, de hecho fue engendrado por las partes durante su unión matrimonial, lo que quiere decir procrear, dar la existencia, producir, dar nacimiento, y con ello se origina la inmediata responsabilidad de ambas partes sobre el concebido, desde el momento mismo de su engendro, valorándose además por esta instancia que lejos de ser futura e incierta resulta elemental la condición de nacer vivo del concebido que en letra de ley se establece, toda vez que de ocurrir cosa contraria no tiene razón de ser lo legislado en tal sentido ya que simplemente no existiría, todo lo que obliga en base a los elementos ya enunciados desestimar el recurso en examen con cuantos más pronunciamientos procedan”*.

### **II.6.1 Posibilidad de exigir alimentos para el concebido fruto de una unión de hecho**

La tesis que defiende el profesor LEONARDO PÉREZ GALLARDO es que la posibilidad de obtener alimentos a favor del concebido sólo cabe en el supuesto fáctico de que ambos progenitores hayan estado casados entre sí durante la época de la concepción; hace referencia al Proceso Especial de Divorcio (pudiera también como es lógico hacerse extensivo al Divorcio Notarial y consignarse como una de las convenciones a que arriban los cónyuges de común acuerdo, lo que documentalmente se expresa en la Escritura Pública de Divorcio. Sin embargo dicho profesor es contrario a la variante de aplicarlo al Proceso Sumario en casos de Alimentos, contemplado también en la preceptiva de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico, y la razón, a su juicio, está dada en que

según dispone el citado artículo 74 del Código de Familia opera la presunción *iuris tantum* de paternidad a favor del cónyuge de la mujer encinta, quien vendrá obligado a proporcionar alimentos, con independencia de que por la vía judicial establezca las acciones pertinentes para destruir tal presunción. Si la mujer ha decidido optar por ser madre sola, no reclamaría alimentos para el concebido; si estuviera unida de hecho con un hombre, fruto de cuya unión lo es el concebido, antes del nacimiento tampoco podría interesar alimentos a favor de éste, pues no estaría constituida legalmente la relación filiatoria, la que se prueba, según dispone el artículo 55 de la Ley del Registro del Estado Civil con la certificación de la inscripción de nacimiento del hijo, que sólo después de su nacimiento podría reclamar alimentos, salvo que reuniendo dicha unión los requisitos de singularidad y estabilidad con aptitud legal de los miembros de la pareja, a que se contrae el artículo 18 del Código de Familia pueda reconocerse judicialmente como matrimonio, trámite procesal bastante dilatado, que dado el tiempo de duración del embarazo, sería lo más común que no pudiera concluirse antes del parto.<sup>72</sup>

Esta posición se aparta de la seguida por los autores del Proyecto del Código de Familia, en el sentido de que legitima a la madre del concebido para reclamar alimentos a favor de éste contra su padre, aún cuando el concebido no haya sido fruto de un matrimonio formalizado, estando compelido el padre al pago de la obligación de alimentos con independencia de las acciones que después del parto pudiera establecer para impugnar la paternidad imputada, criterios que se exponían al explicar los fundamentos de las medidas cautelares innovativas y que siguen países como Argentina.<sup>73</sup>

Resulta imposible demostrar irrefutablemente el vínculo, pero jurisprudencialmente se ha dicho que *“la verosimilitud del derecho, como requisito de procedencia de las medidas cautelares, equivale, aunque no a una incontestable realidad, al*

---

<sup>72</sup> PÉREZ Gallardo, L.B, *La Revista del Foro de Cuyo*, Mendoza-Argentina, tomo 22, 1996, artículo: “Una Visión Reflexiva acerca del Derecho de Alimentos a favor del Concebido”, pp. 15-33.

<sup>73</sup> La doctrina argentina sostiene la tesis de que “entre dos riesgos, es decir entre permitir que quien necesita alimentos no cuente con ellos, con la posibilidad de malformación o muerte que puede significar para el *nasciturus* y el riesgo de que abone alimentos quien luego demuestra que no es el padre, es preferible optar por este último; en este caso el perjuicio es patrimonial para el alimentante; en el otro se arriesga la vida de una persona” Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 26. Ed. Abeledo Perrot. P. 189 y 190.

menos a la probabilidad de la existencia del mismo...”<sup>74</sup> “Así el vínculo quedaría acreditado *prima facie* por las siguientes circunstancias: 1) *El artículo 257 del Código Civil argentino establece la presunción de que los hijos concebidos durante el concubinato son hijos de esa pareja.*”<sup>75</sup>, lo que no se reconoce así taxativamente en el Código de Familia cubano, dada la igualdad reconocida a todos los hijos en el artículo 65 del Código de Familia, no obstante a efectos filiatorios el artículo 75 establece que se presume la paternidad cuando hubieren sido notorias las relaciones maritales con la madre durante el período en que pudo tener lugar la concepción, cuando la condición de hijo haya sido ostensible por actos propios del padre o de su familia y cuando pueda inferirse de la declaración del padre formulada en un documento indubitado. Entonces, la mujer embarazada, deberá proporcionar los medios de prueba tendentes a acreditar el concubinato con el presunto progenitor, tales como fotografías, testigos, lo que en Cuba es de aplicación a un proceso distinto, dígame un Proceso Filiatorio, para el que no se previó la posibilidad de reconocer al *nasciturus*, lo que sería posible de aprobarse la propuesta del proyecto de Código de Familia citada.

Es criterio del profesor PÉREZ GALLARDO que esta solución es muy discutible en sentido técnico pues en más de una oportunidad conllevaría al pago inexorable de una deuda alimenticia a quién jurídicamente no estaría compelido a ello por no ser el progenitor del concebido, quien por demás, según el espíritu del precepto 109 no podría negarse a cumplimentar tal prestación bajo excusa de no ser el verdadero padre, pues la ley no ofrece oportunidad para su defensa.

En el mejor de los casos podría dirigirse al verdadero progenitor una vez determinado judicialmente (si fue necesario recurrir a un proceso filiatorio) para exigirle el reembolso de lo pagado bajo imperio del artículo 134 del actual Código de Familia. Al parecer razones de justicia y equidad a favor del concebido, cualquiera sea el estado civil de sus progenitores, decidieron que los autores del tantas veces citado Proyecto tutelaran los derechos de dicho concebido por

---

<sup>74</sup> Cam. Nac. Civ, sala D, 3/5/1983, LL, 1983-D-352.

<sup>75</sup> Derecho de Familia. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* N. 26. Ed. Abeledo Perrot. P. 185

encima de los de terceras personas que pudieran resultar afectadas por el pago de una deuda, que en Derecho no les era exigible.

En cuanto al concubinato, el mismo no genera en principio efectos en el Derecho Civil respecto a la compañera, por lo que no da lugar a la obligación alimentaria ni consecuentemente a una acción para reclamar su cumplimiento. En todo caso queda incólume el derecho del niño por nacer a percibir alimentos incluyendo obviamente el período de embarazo de la madre.

Precisamente fundada en la necesidad de justicia social es que se defiende el criterio que ampara la propuesta contenida en el proyecto de Código de Familia y que rige además en Argentina, o sea, la posibilidad de reclamar alimentos para el *nasciturus* aún cuando no fuere el resultado de un matrimonio formalizado.

## **II.6.2 Los alimentos para el concebido ante la frustración de embarazo**

En buena técnica podría aplicarse por analogía al supuesto de frustración del embarazo lo preceptuado en el artículo 131 del Código de Familia que legitima a los herederos del alimentista a retener lo que por concepto de pensión alimenticia habían recibido anticipadamente del alimentante.

Se expresa aplicación por analogía, porque el hecho que analiza no puede subsumirse sin más en la normativa contenida en el citado artículo 131 del Código de Familia que legitima a los herederos del alimentista a retener lo que por concepto de pensión alimenticia habían recibido anticipadamente del alimentante, porque el concebido no falleció, sino que no llegó nunca a nacer; segundo, porque consecuentemente la madre no es heredera ya que si no nació, no adquirió derechos y si no adquirió derechos no los llegó a transmitir, de ahí que lo más acertado en el orden técnico - jurídico, sería incluir en un apartado del precepto que se propone insertar en el nuevo Código de Familia y que posibilita la exigencia de alimentos a favor del concebido que “de no llegar a tener lugar el parto por frustración del embarazo, la madre no estaría compelida a devolver al padre lo que por concepto de alimentos recibiera a favor del concebido”; solución dotada de un

profundo sentido ético, y que en buen Derecho impediría el ejercicio de la acción de repetición o reembolso por pago de lo indebido previamente apuntada.<sup>76</sup>

El proyecto de Código de Familia no contiene una salida a la solución de la litis que pudiera surgir de tener lugar la frustración del embarazo por lo que en ese sentido debe tomarse en consideración la propuesta del profesor PÉREZ GALLARDO, O SEA, de no llegar a tener lugar el parto por frustración del embarazo, la madre no de ser compelida a devolver al padre lo que por concepto de alimentos recibiera a favor del concebido”; solución dotada de un profundo sentido ético y que requiere de su inclusión en el Proyecto de Código de Familia, para su definitiva aprobación.

---

PÉREZ GALLARDO, L.B. *La Revista del Foro de Cuyo*, Mendoza-Argentina, tomo 22, 1996, artículo: “*Una Visión Reflexiva acerca del Derecho de Alimentos a favor del Concebido*”, pp. 15-33.

## CONCLUSIONES

1. Los estudios sobre la protección de derecho del *nasciturus* a recibir alimentos datan desde el Derecho Romano, sin que hasta hoy exista acuerdo entre los teóricos de cómo debe tener lugar, pues todo parte de la concepción de persona o sujeto de derecho de cada país y además pugna la rígida técnica del Derecho Civil con la necesaria justicia social a favor del concebido.
2. La regulación abierta del artículo 25 del Código Civil cubano no limita los efectos favorables para el *nasciturus* sino que puede hacerse extensivo a otras necesidades al derecho a recibir alimentos, entendido este término en sentido amplio, hasta tanto se perfeccione la legislación vigente y se recoja de forma expresa; aunque sin llegar a un elenco *numerus clausus*, ya que puede ser insuficiente o parcial ante la dificultad de prever todas las posibles situaciones en que sea posible tutelar sus interés.
3. La doctrina, en cuanto a quien es el sujeto legitimado para ejercer la acción para reclamar alimentos a favor del *nasciturus*, *no es unánime*, Cuba se afilia a la tesis de la representación materna, posición sentada además por el Tribunal Supremo Popular y es la que contienen los proyectos de Código de Familia que se han debatido hasta la fecha.
4. Resulta tema debatido doctrinalmente, cuál es el carácter de la fuente de la obligación en sede de alimentos para el *nasciturus*, Cuba se afilia a la tesis de que está nace *ex lege*, y *ex lege* queda determinado su contenido, amén de que el hecho causal productor directo lo sea el parentesco consanguíneo o el matrimonio, según sea el caso, pero no se puede olvidar que en tema de fuentes de las obligaciones ésta, o sea, la ley, tiene valor supletorio o indirecto, a través del cual se le confiere valor de fuente a los hechos o actos jurídicos causantes directos de las obligaciones.
5. La ausencia de una formulación que tutele de forma expresa la vía de reclamar alimentos para el *nasciturus* tiende a confundir la posibilidad de fijar pensión para satisfacer las necesidades de éste, con la pensión para el



cónyuge establecida en el artículo 56 del Código de Familia, aunque hasta tanto no se modifique la norma, el Tribunal no tiene otro amparo legal que ese.

6. La adopción de medidas cautelares para fijar alimentos provisionales a favor del *nasciturus* previo al Proceso de Divorcio pudiera ser una vía más rápida que la disposición que se hace a través del Auto de medidas provisionales.
7. La legislación cubana disponer alimentos a favor del *nasciturus* fruto de una unión de hecho, al no tener la certeza de quien es el padre, lo que sí es aceptado en el Proyecto de Código de Familia y constituye un acierto del legislador en el sentido de garantizar una protección más eficaz al que está por nacer; tema sobre el que no existe una posición única en la doctrina, incluso en Cuba, siendo la más moderna la que hace prevalecer las necesidades del *nasciturus* por encima de terceras personas que pudieran ser afectadas por el pago de una deuda que en Derecho no era exigible.
8. El Código de Familia, Anteproyectos y proyectos de esta norma, que se han redactado son omisos en cuanto a la solución posible para el caso de la frustración de embarazo, para el supuesto de que se hubieren dispuesto alimentos, para el *nasciturus*, por el Tribunal; a ello se agrega que no existe
9. Una posición unánime en la doctrina, se sustenta el criterio de que no tenga lugar la acción de reembolso y repetición.

## RECOMENDACIONES

1. A la Comisión de asuntos jurídicos y constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular:
  - ✓ Que en futuras modificaciones al Código de Familia se incluya un artículo que permita a la mujer embarazada solicitar alimentos para el *nasciturus*, petición que dirigirá contra el padre del que estar por nacer y que se haga extensivo no solo cuando los padres son casados, sino también cuando están unidos en relaciones de hecho, lo que pudiera resolverse con la inclusión en el Código de Familia en Cuba de un artículo con la formulación siguiente: “*La mujer embarazada podrá reclamar alimentos al padre del hijo por nacer, los que amen de las prestaciones alimentarias habituales, comprenderán...*”).
  - ✓ Que se estudie la posibilidad de hacer extensivas las medidas cautelares que se aplican a otras instituciones del Derecho de Familia a las reclamaciones de alimentos para el *nasciturus*.

## BIBLIOGRAFIA

1. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, tomo I, Librería Bosch, Barcelona, 1975. -----, *Curso de Derecho Civil*, volumen V – *Derecho de Sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1982.
2. ALISTE SANTOS, Tomás Javier, “Análisis de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal del concebido en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, números 3-6, Madrid, 2006.
3. -----, “De la legitimación del concebido no nacido y la adopción de medidas cautelares a su favor”, en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, números 1-2, Madrid, 2007.
4. -----, “Derecho y concebido no nacido: el problema de la subjetividad jurídica del nasciturus”, en *Revista Conocimiento y Cultura Jurídica*, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, México, número 2, Segunda Época, julio-diciembre, 2007.
5. -----, “La protección histórica al concebido y su proyección en el Derecho Civil español actual”, en *Actualidad Civil*, número 4, Madrid, febrero de ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *La protección al concebido en el Código Civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1992.
6. BELLUSCIO, CLAUDIO. *Prestación Alimentaria. Régimen Jurídico*. Buenos Aires, Ed. Universidad, 2006. 1<sup>o</sup> Edición.
7. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, tomo I - *Parte General*, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1999.
8. -----, *Tratado de Derecho Civil- Contratos*, tomo II, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1999.
9. -----, *Tratado de Derecho Civil- Contratos*, tomo II, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1999.
10. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo I - *Introducción y Parte General*, Volumen II, *Teoría de la Relación Jurídica*, 10<sup>a</sup> Edición, Madrid, Editorial Reus, 1963.
11. -----, *Derecho Civil español común y foral*, tomo I, Editorial Bosch, Madrid, 1987.
12. -----, *Derecho Civil*, tomo III – *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 3<sup>a</sup> edición refundida, Instituto Editorial REUS, Madrid, 1942.
13. CATALANO, Pierangelo, *Diritto e persone*, tomo I - *Studi su origine e attualità del Sistema Romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990.
14. -----, “Observaciones sobre la “persona” del concebido a la luz del Derecho Romano (De Juliano a Teixeira de Freitas)” en *La persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas*, 1<sup>a</sup> edición, traducción de Lucas Reyes y Fabio Espitia, Universidad Externado de Colombia, 1995.
15. CLEMENTE DÍAZ, Tirso, *Derecho Civil Parte General*, tomo I, Primera Parte, Editorial ENPES, La Habana, [s.a.].

16. COSTA, José Carlos, "Protección al concebido. Vigencia de los principios rectores del Derecho Romano en la legislación argentina", en *Memorias del XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, Morelia, Michoacán (México), 16 al 18 de Agosto de 2006.
17. COSTA RODRÍGUEZ, Elisa, Dainelys HERNÁNDEZ CABALLERO, *La regulación jurídica del nasciturus en el Código Civil cubano de 1987*, Trabajo de Diploma. Universidad de Camagüey, 2007, Inédito.
18. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, tomo II, Instituto de Estudios Políticos, 1952, reedición facsímil, Editorial Civitas, Madrid, 1984.
19. DíEZ-PICAZO, Luis, Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, tomos I - II, 6ª edición, 2ª reimpression, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.
20. DíEZ-PICAZO, Luis, Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III – *Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, 6ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
21. DíEZ-PICAZO, Luis, *Lecciones de Derecho Civil*, Universidad de Valencia, Valencia, 1985.
22. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Derecho Civil español*, volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
23. -----, *Manual de Derecho Civil español*, Volumen V - *Sucesiones*, 5ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.
24. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, 5ª edición, editorial Rodhas SAC, Lima, 2006.
25. FERRARA. Trattato di Diritto Civile I, 43325 F. De Castro y Bravo. Derecho Civil de España. 2ª ed., 606 ss.,
26. GROSMAN, CECILIA P. Alimentos a los hijos y Derechos Humanos. Ed. Universidad. 1º Edición, 2004.
27. HUNG GIL FREDDY ANDRÉS. *La sucesión mortis causa del concebido no nacido*. Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Universidad de La Habana, 2010.
28. KIELMANOVICH, JORGE L. Derecho Procesal de Familia. Ed. Abeledo Perrot, 3º Edición, año 2009.
29. LASARTE, Carlos, *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, 10ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
30. LÓPEZ ALCORTA MAIBET. La protección jurídica del nasciturus. Valoración del Código Civil Español. Universidad de La Habana. Año 2012.
31. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, – *Parte General*, 16ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995.
32. MESA CASTILLO OLGA. Temas de Derecho de Familia. Universidad de La Habana. Año 1998.
33. PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B, (Coordinador), [et al.], *Derecho de Sucesiones*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 127.

34. PÉREZ MINGUEZ MALENA. Protección jurídica patrimonial al concebido y la tutela efectiva de sus intereses en el Derecho Civil cubano. Trabajo de curso. UH. Año 2012.
35. PUIG FERRIOL, Luis, [et. al], *Manual de Derecho Civil*, tomo I - *Introducción y Derecho de la Persona*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997.
36. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "La Filiación en el umbral del siglo XXI", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, Segunda Época, abril de 2001.
37. SCÆVOLA, Quintus Mucius, *Código Civil Concordado y Comentado Extensamente*, tomos I, XV, XVI, 5ª edición, Q. M. SCÆVOLA Publicaciones Jurídicas, Madrid, 1912.
38. SAVIGNY, Federico Carlos, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la Ciencia del Derecho*, La España Moderna, Madrid, (s.a).
39. -----, *Sistema del Derecho Romano actual*, tomo I, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, F. Góngora y Cía. Editores, Madrid, 1878.
40. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, (Coordinadora) [et al.], *Derecho Civil Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004. -----, *Comentarios al Código Civil cubano*, artículos 24 y 25 (inédito).
41. VALENCIA ZEA, Arturo, Álvaro ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil*, tomo I – *Parte General y personas*, 16ª edición, Editorial TEMIS S.A., Bogotá, 2006.
42. TORRALBA, Vicente, *Lecciones de Derecho Civil*, volumen I, Barcelona, (s.e.), 1984.
43. VILA- CORO BARRACHINA, María Dolores, *El concebido no nacido en el orden jurídico*, Edición Facsímil, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991.
44. ZATTI, Paolo, "Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato", en *Rivista di Diritto Civile*, Padua, año XLIII, enero- febrero, 1997.

#### **Fuentes Legales:**

45. Código Civil alemán de 1900. Disponible en: [http://www.gesetze\\_im\\_internet.de/english\\_bgb/index.html](http://www.gesetze_im_internet.de/english_bgb/index.html). Consultado el 26 de marzo de 2014.
46. Código Civil de la República Argentina, a cargo de FERRER, Francisco, Graciela MEDINA, María Josefa MÉNDEZ COSTA (Directores), *Código Civil comentado. Doctrina - Jurisprudencia – Bibliografía*, tomos I - V, Rubinzal–Culzoni. Editores, Buenos Aires, 2004.
47. Código Civil de Bolivia de 2 de abril de 1976. Sistema de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación " J.D.L". Poder Judicial de Bolivia. Consejo de la Judicatura. Departamento de Sistemas e Informática. Red de Información Jurídica. Legislación Andina. Disponible en: <http://190.41.250.173/rrij/>. Consultado el 24 de marzo de 2014.
48. Código Civil del Brasil de 10 de enero de 2002. Disponible en: [http://legislaçao.planalto.gov.br/legislaçao.nsf/viw\\_Identificaçao/lei104062002?Opendocument](http://legislaçao.planalto.gov.br/legislaçao.nsf/viw_Identificaçao/lei104062002?Opendocument). Consultado el 24 de marzo del 2014.

49. Código Civil de Chile. Actualizado hasta el año 2000. Red de Información Jurídica. Legislación Andina. Disponible en: <http://190.41.250.173/rij/>. Consultado el 24 de marzo de 2014.
50. Código Civil de Ecuador de 20 de noviembre de 1970. Red de Información Jurídica. Legislación Andina. Disponible en: <http://190.41.250.173/rij/>. Consultado el 24 de marzo de 2014.
51. Código Civil de España de 6 de octubre de 1888, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
52. Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos para el Distrito y Territorio Federales en materia común y para toda la República en materia federal, de 30 de agosto de 1928. Disponible en: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/1.htm?s=>. Consultado el 23 de abril de 2014.
53. Código Civil de Guatemala, Decreto-Ley 106, de 14 de septiembre de 1963. CENADOJ Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial, Versión Digital.
54. Código Civil de Paraguay, Ley 1. 183. Red de Información Jurídica. Disponible en: <http://190.41.250.173/rij/>. Consultado el 24 de marzo de 2014.
55. Código Civil de Perú. Decreto Legislativo 295 de 24 de julio de 1984. Red de Información Jurídica. Legislación Andina. Disponible en: <http://190.41.250.173/rij/>. Consultado el 24 de marzo de 2014.
56. Código Civil de Portugal de 25 de noviembre de 1966. Disponible en: [www.verbojuridico.net](http://www.verbojuridico.net). Consultado el 24 de marzo de 2014.
57. Código Civil de Quebec. *Institut canadien d'information juridique*. Disponible en: <http://www.ijcan.org/qc/loi/lcqc/20030530/c.c.q./>. Consultado el 23 de abril de 2014.
58. Código Civil de Venezuela de 26 de julio de 1982. Red de Información Jurídica. Legislación Andina. Disponible en: <http://190.41.250.173/rij/>. Consultado el 26 de marzo de 2014.
59. Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Red de Información Jurídica. Disponible en: <http://190.41.250.173/rij/>. Consultado el 26 de marzo de 2014.
60. Constitución de la República, La Habana, Ministerio de Justicia, 2006. Convención Internacional sobre los derechos del niño, ediciones UNICEF, [s.l.] [s.n], 2007.
61. *Corpus Iuris Civilis*, publicado por KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN con notas de Ildefonso L. GARCÍA DEL CORRAL, tomos I-VI, Jaime Molinas (Editor), Barcelona, 1889.
62. Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.