



Trabajo Fin de Máster

La situación jurídica del concebido en el
Derecho Civil peruano: tratamiento histórico
legislativo y análisis de la regulación vigente

Autor

Romina Viviana Santillán Santa Cruz

Director

Carlos Martínez de Aguirre Aldaz

Facultad de Derecho
2012

ÍNDICE GENERAL

Tabla de abreviaturas.....	3
Introducción.....	5
Capítulo 1. Desarrollo histórico legislativo de la protección del concebido en el orden civil peruano.....	13
1. El Código Civil de 1852 y su asentada posición romanista.....	13
2. El Código Civil de 1936 y la teoría de la ficción.....	18
3. El Código Civil de 1984 y el paso de la ficción a la subjetividad del concebido.....	24
4. La consideración del concebido en la Constitución de 1993 y su punto de referencia en el Código Civil de 1984.....	28
Capítulo 2. La situación del concebido en el Código Civil de 1984: alcance y contenido de la posición reconocida en el artículo 1.....	33
1. La “concepción” como criterio adoptado por el Código Civil para referirse al inicio de la vida humana.....	33
2. El concebido como sujeto de derecho y “persona humana” según el artículo 1 del CC 1984: consideraciones de la doctrina.....	50
3. El concebido como sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece”: sobre el alcance de su capacidad jurídica.....	60
4. La atribución de derechos patrimoniales al concebido “a condición de que nazca vivo”: ¿una condición suspensiva o resolutoria?.....	69
5. Extinción de la calidad jurídica de concebido.....	78

Capítulo 3. Los efectos civiles para el concebido y su protección a partir de la regulación civil vigente.....	81
1. Los derechos personales: efectos favorables y actuales para el concebido.....	81
2. Casos más importantes de actuación de derechos personales en aplicación del artículo 1 del CC 1984.....	82
2.1. Sobre el derecho a la vida.....	82
2.2. Sobre la integridad física.....	86
2.3. Sobre la filiación del <i>nasciturus</i>	88
2.4. Sobre la representación del concebido.....	91
2.5. Otros supuestos. Sobre el derecho a alimentos y la adquisición de la nacionalidad peruana.....	93
3. Los derechos patrimoniales: efectos sometidos a condición suspensiva.....	97
4. Supuestos relevantes sobre la atribución de derechos patrimoniales al concebido en aplicación del artículo 1 del CC 1984.....	98
4.1. Sobre la posibilidad de recibir herencia.....	99
4.2. Sobre la posibilidad de recibir donaciones.....	102
4.3. Sobre la posibilidad de contratar.....	105
4.4. Otros derechos patrimoniales. Sobre la posibilidad de ser indemnizado por daños físicos.....	108
Conclusiones.....	111
Bibliografía.....	117

TABLA DE ABREVIATURAS

CC 1852	Código Civil de 1852
CC 1936	Código Civil de 1936
CC 1984	Código Civil de 1984
CC Argentina	Código Civil de Argentina de 1869
CC España	Código Civil de España de 1889
CC Italia	Código Civil de Italia de 1942
CP 1979	Constitución peruana de 1979
CP 1993	Constitución peruana de 1993
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional peruano

INTRODUCCIÓN

La situación jurídica del concebido ha sido siempre objeto de especial preocupación para el Derecho Civil peruano. A ello se debe que su regulación haya estado presente en los tres Códigos Civiles peruanos que han regido a lo largo de este siglo XX¹. Así, con relación al concebido, cada uno de estos Códigos se caracteriza por haberle dispensado un tratamiento jurídico diferente, pero a su vez evolutivo; esta evolución ha girado en torno al empleo de la técnica de la ficción jurídica para resolver los problemas planteados por la existencia de un concebido, técnica que todavía es utilizada en otros ordenamientos².

En su momento, con el Código Civil de 1852, se empleó la ficción como mecanismo de protección jurídica para el *nasciturus*, ya que su subjetividad jurídica, como la conservación y transmisión de los efectos favorables que hubiesen podido corresponderle, estaba condicionada a la concurrencia de determinados requisitos, entre los cuales no sólo figuraba su nacimiento con vida sino también la posesión de figura humana, entre otros³. Luego, con el Código Civil de 1936, su personalidad queda condicionada únicamente al nacimiento y se emplea la técnica de la ficción jurídica para dispensarle tutela en todo aquello que pudiera resultarle favorable, previa equiparación con un nacido.

En 1984 entra en vigencia el último de los Códigos Civiles peruanos –y que rige hasta nuestros días–. Este Código, en su artículo 1, considera al concebido como “sujeto de derecho para todo cuanto le favorece” y, en esa medida, le dispensa tutela jurídica. Concretamente, dicho artículo del Código

¹ A inicios del siglo XX en el Perú estuvo vigente el Código Civil de 1852; luego, éste quedó derogado por el Código de 1936, que rigió finalmente hasta 1984, año en que entra en vigencia el último Código Civil peruano, que rige hasta nuestros días.

² Y por el Derecho peruano, en otros ámbitos diferentes.

³ Requisitos que serán precisados y analizados al estudiarse la posición asumida por el Código Civil peruano de 1852 para brindar protección al concebido.

Civil de 1984, denominado “Del principio de la vida humana y de la persona”, se encuentra redactado en los siguientes términos: “La persona humana es sujeto de derecho desde el nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

Esta consideración del concebido como “sujeto de derecho” ha sido calificada como “uno de los aportes más importantes del Código civil peruano de 1984 a la codificación civil”⁴, no sólo nacional sino comparada⁵, porque con ella se rompe la tradición de considerar al concebido como una “simple ficción”⁶; posición que, por la importancia de su reconocimiento, ha sido incluso adoptada por la Constitución Política peruana de 1993 vigente. De este modo, la situación jurídica del concebido en el Derecho Civil peruano queda distanciada de la teoría de la ficción, que en su momento fuera empleada por los Códigos Civiles de 1852 y 1936, así como por la derogada Constitución de 1979; aunque, como se verá con más detalle, la expresión de los “efectos favorables” es mantenida pese a reconocerse la subjetividad al concebido. Esta expresión es un vestigio de la teoría de la ficción que subsiste en el Código Civil de 1984⁷.

De otro lado, por el contenido de sus disposiciones, el primer artículo del Código de 1984 suele ser considerado por la doctrina nacional como un conjunto de principios, porque: i) institucionaliza la calidad de sujeto de derecho del ser humano; ii) determina el momento a partir del cual el ser humano es sujeto de derecho; iii) define el estatus jurídico del ser humano antes de su nacimiento; iv) establece el régimen jurídico de sus derechos y obligaciones; y,

⁴ E. Varsi Rospiigliosi, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes (Análisis creativo del artículo 856 del Código Civil peruano)*, en C. CALDERÓN PUERTAS (coord.), *Persona, Derecho y Libertad: Nuevas perspectivas*, Motivensa, Lima 2009, p. 577.

⁵ Cf. F. Ninamancco Córdoval, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1 del Código Civil peruano*, en C. CALDERÓN PUERTAS (coord.), *Observatorio de Derecho Civil, vol. IV: La persona*, Motivensa, Lima 2010, p. 179.

⁶ E. Varsi Rospiigliosi, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes...*, cit., p. 577. Cf. C. Fernández Sessarego, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, Grijley, Lima 2007, 10^a ed., p. 5.

⁷ Cf. C. Fernández Sessarego, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, [ubicado el 21.VI.2012], disponible en <http://www.usat.edu.pe/usat/files/2011/01/Discurso-Sessarego.pdf>, pp. 3-4].

v) afirma el principio clásico referido a la adquisición de la personalidad⁸. Su elevada importancia para la protección jurídica de las personas le ha valido incluso para ser considerada como una norma de carácter imperativo y de orden público⁹.

Sin embargo, aunque el artículo 1 aparece como el más completo e innovador en su fondo, también ha sido considerado “el más contradictorio en su forma”¹⁰, porque: 1) la primera parte del artículo sostiene que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, pero ésta sería sujeto de derecho desde la concepción; 2) sólo se alude a los derechos patrimoniales del concebido, mas no a los extrapatrimoniales; 3) del tenor del artículo no es posible determinar si la condición legal a la que se encuentra sometida la atribución de derecho patrimoniales, es suspensiva o resolutoria; 4) los derechos personales y los patrimoniales no son tratados de modo uniforme; 5) no establece por qué criterio optar en el caso de que existan dudas respecto del nacimiento, con vida o no, del concebido¹¹. No obstante, éstas no son las únicas observaciones que pueden hacerse al artículo primero del Código Civil peruano vigente.

Como puede verse en el citado artículo, al concebido se le brinda protección jurídica por su condición de *sujeto de derecho*, pero este estatus sólo le es reconocido para *todo cuanto le favorece*. Esta expresión desde el Derecho Romano estuvo especialmente restringida a los efectos de tipo patrimonial que pudieran corresponder al concebido¹²; pero, ¿acaso los derechos personales no son también favorables al concebido? Por otro lado, es común que la citada expresión reservada al concebido sea definida como la posibilidad para adquirir únicamente derechos o “efectos favorables”, mas no obligaciones, a las que puede identificarse como “efectos desfavorables”; empero, es común a los derechos patrimoniales que no sólo se adquieran derechos sino también obligaciones. Con base en lo dicho, por tanto, surge una

⁸ Cf. L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (dir.), *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Lima 2007, 2^a ed., p. 75.

⁹ Cf. Ibídem. Varsi Rospigliosi sigue la misma postura. Cf. E. Varsi Rospigliosi, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes...*, cit., p. 576.

¹⁰ J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, Rodhas, Lima 2008, 5^a ed., pp. 75.

¹¹ Cf. Ibídem.

¹² Cf. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Comentarios de los artículos 29 al 34*, en J. RAMS ALBESA (coord.), *Comentarios al Código Civil II*, vol. 1, José María Bosch, Barcelona 2000, pp. 259-261.

nueva interrogante: ¿Qué ha de entenderse por efectos favorables en la regulación del Código Civil peruano?

En la citada norma también aparece que *la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento*; disposición que, por encontrarse en la parte inicial del precepto, ha servido para que algún sector de la doctrina –que no repara en las demás disposiciones contenidas en él– sostenga que el concebido no es sujeto de derecho; ni tampoco persona humana, si esta última condición ha de adquirirse a partir del nacimiento¹³. Lo que genera el planteamiento de otra interrogante ¿El concebido, es o no persona humana, es o no sujeto de derecho para el Derecho Civil peruano vigente?

Por su parte, el artículo cuestionado también declara que *la vida humana comienza con la concepción*; hecho biológico en el que parece sustentarse el reconocimiento del concebido como sujeto de derecho. Este criterio adoptado por el Código Civil peruano sobre el comienzo de la vida humana ha merecido ciertos pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia nacional, que se plantearon la necesidad de esclarecer el preciso instante del proceso vital en que se produciría la concepción¹⁴, para así conocer con exactitud el momento a partir del cual debe protegerse la vida humana; la discusión se coloca entre dos claras hipótesis: la fecundación y la implantación.

En el Perú esta discusión surge en el marco de un mandato legal que ordenaba la distribución gratuita de la “píldora del día siguiente” y de la falta de certeza sobre sus efectos para la vida humana en formación; también viene provocada por la carencia de normativa que regule el empleo de las técnicas de reproducción asistida y la desprotección en la que, por ello, quedarían los embriones *in vitro* no implantados¹⁵. Asimismo, porque –pese a que el Código civil peruano de 1984 enuncia que la vida humana comienza con la concepción– la doctrina penal postula la protección de la vida humana desde la

¹³ Cf. L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 82; J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 75.

¹⁴ Cf. STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009; O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia 02005-2009-PA/TC sobre la píldora del día siguiente*, en «Revista de Derechos Humanos», vol. 1 (2010), pp. 147-156.

¹⁵ Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., pp. 126-128, 142-159. Este autor analiza cuál sería el estatus jurídico del embrión extrauterino a partir de lo regulado por el artículo 1 del Código Civil peruano de 1984, así como propone cuáles deberían ser los lineamientos a tener en cuenta para un proyecto de ley sobre inseminación artificial y fertilización *in vitro*, en el Perú.

“anidación”¹⁶; lo que permite, a su vez, plantear las siguientes preguntas: ¿En qué momento se produce la concepción y, en consecuencia, desde cuándo el ser humano es sujeto de derecho para la legislación civil peruana? ¿Cuál será la entidad y el estatus jurídico que ostentaría el embrión *in vitro*? ¿Será antes de la implantación un sujeto de derecho, requiere de la implantación para serlo o, simplemente, sea de una u otra manera, la protección civil no le alcanzaría?¹⁷

Finalmente, aunque de modo bastante conciso, el artículo 1 también establece el régimen jurídico de los derechos patrimoniales del concebido, indicando que la atribución de éstos depende de su nacimiento con vida; circunstancia que tiene la naturaleza de una condición legal, que en la práctica judicial viene siendo interpretada como suspensiva¹⁸. No obstante, una parte de la doctrina cuestiona que la *conditio iuris* del artículo 1 tenga tal naturaleza, por considerar que la condición resolutoria sería la única acorde con el estatus jurídico del concebido¹⁹. En esta instancia corresponde también preguntarse: ¿Cómo debería ser interpretada la condición legal del citado artículo 1: como una condición suspensiva o como una condición resolutoria? Esto es sumamente importante si se tiene en cuenta que la forma en que se desplegarán los efectos civiles patrimoniales en favor del concebido dependerá de la condición legal de que se trate.

¹⁶ Sobre la postura de la doctrina civil, Cf. M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, Fondo Editorial, Lima 1995, 2^a ed., p. 16; C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 5. Con respecto a la postura adoptada por la doctrina penal, Cf. R. SALINAS SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, IDEMSA, Lima 2004, p. 929.

¹⁷ Siguiendo a D’Agostino, cabe precisar que la posibilidad de crear *in vitro* embriones humanos, de congelarlos y someterlos a intervenciones manipuladoras (aunque pueda ser o no con fines científicos, terapéuticos o eugenésicos), la posibilidad de implantarlos en el útero femenino con fines procreadores, son prácticas que involucran siempre la vida humana que va a nacer. Cf. F. D’AGOSTINO, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid 2003, p. 224; traducido por Guylaine Pelletier y Jimena Licitra. Por ello, en la medida que estas prácticas ponen en juego la tutela de la vida humana embrionaria, es que se hace necesario determinar si, desde la perspectiva de la normatividad civil peruana, el embrión *in vitro* es tan sujeto de derecho como el embrión fecundado naturalmente.

¹⁸ Cf. Casación N° 1486-2007-Cajamarca, Corte Suprema, compilada por F. MESINAS MONTERO, *Jurisprudencia civil y procesal civil de carácter constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima 2010, pp. 35-36.

¹⁹ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, cit., p. 7; y F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1...*, cit., p. 179.

Por estas razones, en el presente trabajo se intentará dar respuesta a cada una de las cuestiones antes planteadas, para proponer una interpretación adecuada del artículo 1 del Código Civil de 1984 que regula la situación jurídica del concebido en el Derecho Civil peruano; para lo cual además se recurrirá a la regulación de la materia pertinente en los Códigos Civiles derogados de 1852 y 1936, pues esto posibilitará una mejor comprensión del estatus jurídico que actualmente ostenta el concebido en el ámbito civil.

Para ello, se presenta un estudio histórico legislativo de los Códigos Civiles que precedieron al vigente de 1984 –algo poco realizado por la doctrina nacional²⁰–, para conocer la evolución que ha tenido la regulación actual y comprender lo que motivó el cambio del mecanismo de protección jurídica para el *nascituras*, que pasó de la ficción jurídica al reconocimiento de su subjetividad. Asimismo, se efectúa un examen de *iure condito*, a fin de conocer cuál es el estado de la situación jurídica del concebido en el Derecho Civil peruano. Del mismo modo, se realiza un estudio analítico de los derechos de naturaleza personal y patrimonial que, respectivamente, corresponden y pueden corresponder al concebido, a partir del especial tratamiento que les brinda la regulación civil peruana. Las fuentes principales en esta labor han sido la normatividad peruana derogada y vigente con relación al concebido, la doctrina y la jurisprudencia nacionales y comparadas.

El primer capítulo del trabajo está dedicado al desarrollo histórico legislativo de la protección del concebido en el orden civil peruano. En él se abordará el tratamiento de la situación del concebido en los Códigos Civiles peruanos derogados de 1852 y 1936. Asimismo, se expondrá brevemente cuál fue el cambio que introdujo el Código Civil peruano de 1984 vigente con relación a los Códigos Civiles que le precedieron. Finalmente, se presenta un breve análisis de la regulación del concebido en la Constitución peruana de 1993, en la medida que ésta adopta la posición jurídica del *nascituras* inicialmente reconocida por la normativa civil a través del Código de 1984, así como del panorama jurídico constitucional en el que entró en vigencia este último Código.

²⁰ Por ello, para este análisis interpretativo de la regulación del concebido en los Códigos Civiles peruanos derogados, se recurre, en gran parte, a lo desarrollado por la doctrina comparada.

En el segundo capítulo de la investigación se estudia la situación del concebido en el Código Civil de 1984 para conocer el alcance y contenido de la posición que le ha sido reconocida a través de su artículo 1. En este capítulo se encuentra el objetivo central de la investigación, pues es donde se da respuesta a cada una de las interrogantes detalladas *supra*, en función de cinco puntos concretos. En primer lugar, se explican los alcances de la “concepción” como criterio adoptado por el Código Civil peruano vigente para referirse al inicio de la vida humana, así como se precisa su coincidencia con el hecho biológico de la fecundación; sobre lo cual también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano.

En un segundo punto se desarrollan una serie de consideraciones doctrinales para intentar demostrar que, según el artículo 1 del Código antes mencionado, el concebido no es sólo sujeto de derecho sino también “persona humana”. Por su parte, en un tercer momento, se expone cómo debería entenderse la condición del concebido como sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece”, definiendo dicha expresión en sentido amplio; a partir de lo cual incluso se determina el alcance de su capacidad jurídica. En cuarto lugar, se propone una interpretación histórica y teleológica de la condición legal establecida por el artículo 1 del Código de 1984 para la atribución de los derechos patrimoniales al concebido. Finalmente, se hace referencia a la extinción de la calidad jurídica de concebido.

Ya en el tercer capítulo se abordan los efectos civiles para el concebido y su protección a partir de la regulación civil vigente. Para su desarrollo se exponen dos esquemas claros: por un lado, los derechos personales como efectos favorables y actuales para el concebido y, por otro, sus derechos patrimoniales como efectos sometidos a condición. Tras exponerse brevemente las nociones fundamentales de ambas consideraciones, se presentan primero los casos más importantes de actuación de derechos personales del concebido en aplicación del artículo 1 del Código Civil de 1984; entre ellos, el derecho a la vida, a la integridad física, a alimentos, la filiación del *nasciturus*, y otros.

Por último, se toma en consideración la atribución de derechos patrimoniales al concebido, también en aplicación del artículo antes mencionado; entre tales aparecen específicamente la posibilidad de recibir herencia, de recibir donaciones, de contratar y de ser indemnizado por los

daños físicos que pudiera padecer, durante la gestación, como producto de la actuación dolosa o culposa de algún sujeto.

CAPÍTULO 1

DESARROLLO HISTÓRICO LEGISLATIVO DE LA PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO EN EL ORDEN CIVIL PERUANO

1. El Código Civil de 1852 y su asentada posición romanista

En lo que respecta a la codificación peruana, el primer Código Civil de la república entró en vigencia en 1852 (en adelante, CC 1852). La elaboración de este Código había supuesto para el legislador la necesidad de elegir entre dos situaciones: i) otorgar un tratamiento jurídico al concebido según una fórmula legislativa original; o, en todo caso, ii) asumir la ya contenida en las fuentes y experiencia normativa que le precedían²¹, sobre todo de arraigada tradición romanista –nos referimos a la ficción–. Es así que siguiendo esta última, estableció en sus artículos 1, 3 y 4 lo referente a la situación jurídica del concebido, a quien propiamente no denominó así sino “*al que está por nacer*”, pese a que en su artículo 4 hacía referencia al momento de la concepción.

El artículo 1 de este Código establecía que “*El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer*”²², reconociendo de este modo al concebido su condición de ser humano desde la etapa intrauterina. El artículo 3 del mismo texto legal, por su parte, lo denominaba “*al que está por nacer*”, con lo cual la declaración hecha por el primer artículo de este Código quedaba atenuada al

²¹ Entre las fuentes normativas que precedieron al CC 1852, y en las que éste se inspiró, tenemos al derecho romano, el antiguo derecho español, el derecho canónico y el derecho francés, concretamente el Código de Napoleón. Cf. E. RAMÍREZ CRUZ, *Fuentes del Derecho Civil peruano. Teoría General del Derecho Civil*, Rodhas, Lima 2003, pp. 73-76. En lo que respecta a la regulación de la situación del concebido, este primer Código Civil peruano estuvo especialmente influenciado por el Derecho Romano, ya que, como se verá luego, se caracteriza por recurrir a la tradicional ficción de considerarlo nacido y reservarle los efectos favorables, así como por exigir ciertos requisitos al nacimiento para su eficacia civil, entre los que aparece la posesión de la figura humana.

²² Con lo prescrito en este primer artículo, el CC 1852 –indudablemente inspirado en el Derecho Romano– pone de manifiesto la división de las personas según su estado natural, en nacidos y por nacer. Cf. C. RAMOS NÚÑEZ, *Historia del Derecho peruano, Siglos XIX y XX*, tomo II, Fondo Editorial, Lima 2001, p. 280.

no estar claro si este concebido debía ser tratado como “alguien” o como “algo”, pues –bajo esta lógica– no es lo mismo decir “a quien está por nacer” que “al que está por nacer”.

El artículo 3 antes citado, además de referirse al concebido como “*al que está por nacer*”, señalaba: “*se le reputa nacido para todo lo que le favorece*”²³. Esta regla, en cuya virtud se le tenía por nacido para todos los efectos favorables, buscaba reservar al concebido sólo lo beneficioso de cada situación²⁴; no obstante, concordado este artículo con el artículo 1, llama la atención el hecho de que el legislador, tras reconocer al concebido como ser humano, haya tenido que recurrir a la ficción para atribuirle tales efectos. Al respecto, algún autor²⁵ ha señalado que, como recurrir a la ficción²⁶ implicaba fingir algo para atribuirle efectos jurídicos, considerar al concebido como una mera ficción –como lo hizo este Código– suponía, sin más, reducirlo a “una nada jurídica”²⁷; ya que no era necesario ningún fingimiento si estábamos frente a un ser humano como es el concebido²⁸.

Asimismo, sobre lo establecido por el precepto anterior, se ha sostenido que “reputar nacido” al concebido bien ha podido ser un error de redacción, cuando quizá lo que se quiso expresar es que el concebido debería gozar de

²³ Como es conocido, esta regla según la cual al concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, tuvo su origen en el Derecho Romano. Para acceder a un breve desarrollo histórico de la referida regla, Cf. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Comentarios de los artículos 29 al 34*, cit., p. 259.

²⁴ En la doctrina nacional no se tiene un tratamiento específico de lo que se entendía por “efectos favorables” para el codificador de 1852, pero si se recurre a los antecedentes históricos, tales efectos –en aquél entonces– siempre habrían hecho referencia a aquello que en todo momento pudiera beneficiar al concebido, por ejemplo, el mismo derecho a la vida, la adquisición de derechos patrimoniales a título sucesorio, etc. Cf. Ibídem, pp. 259-265.

²⁵ Cf. E. VARSI ROSPIGLIOSI, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes...*, cit., p. 577.

²⁶ Esta técnica se formuló en el Derecho Romano y, como señala Hualde Sánchez, “[...] los juristas romanos recurrieron a la ficción de entender que, a ciertos efectos, el concebido tenía existencia natural antes aún de su nacimiento, pero sin que en modo alguno, eso supusiera reconocerle personalidad”. (J. HUALDE SÁNCHEZ, *La personalidad*, en LL. PUIG I FERRIOL *et alii*, *Manual de Derecho civil I*, Marcial Pons, Madrid 1995, p. 112).

²⁷ Cf. E. VARSI ROSPIGLIOSI, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes...*, cit., p. 577.

²⁸ Cf. Ibídem. En el mismo sentido, Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano*, Motivensa, Lima 2009, p. 224; R. SÁNCHEZ BARRAGÁN, *El tratamiento jurídico del derecho a la vida en relación al concebido desde el pensamiento de Carlos Fernández Sessarego*, en R. K. APARICIO ALDANA *et alii*, *La Persona en el Derecho Peruano: un análisis jurídico contemporáneo. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo 2010, pp. 70-71.

todos los derechos que el ordenamiento otorga a un nacido²⁹. Si bien una interpretación en este sentido hubiera sido la más conveniente para defender, en aquél entonces, derechos actuales para el concebido, no es la que se obtiene de la dicción literal del artículo 3, que lejos de mantener que el concebido era un hombre por nacer, terminó sometiéndolo a la tradicional ficción de equipararlo con un nacido para atribuirle efectos jurídicos.

Luego de la equiparación del concebido con el nacido para posibilitar la atribución de aquello que le favoreciere, el artículo 4 del mismo cuerpo legal establecía: “*El nacido y el que está por nacer necesitan para conservar y transmitir estos derechos³⁰ que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción³¹, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tengan figura humana³²*”. Pese a haberse reconocido al concebido su condición de ser humano en la primerísima norma de este Código Civil, para que los derechos que se le hubiesen otorgado –al reputársele nacido– pudieran conservarse y transmitirse se requería no sólo su nacimiento con vida³³, sino además que éste se produjera cuando menos al sexto mes desde su concepción³⁴, que el

²⁹ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima 1990, p. 104.

³⁰ Aunque la propia norma no detalle de qué derechos podía ser titular el concebido, ni la doctrina se haya pronunciado al respecto, cabe precisar que lo más adecuado sería entender que se trata tanto de derechos personales como patrimoniales; siendo básicamente la protección de estos últimos y los intereses de terceros lo que motiva el establecimiento de requisitos al nacimiento con vida. Por otro lado, como tampoco se ha señalado si los derechos personales del concebido, como el derecho a la vida, quedaban sometidos a los requisitos del artículo 4, vale la pena señalar que así como requisitos al nacimiento, el CC 1852 también establecía que el concebido era hombre por nacer y, por esa misma naturaleza, bien podría haberse exigido el reconocimiento y amparo de sus derechos personales.

³¹ El CC 1852 no denomina “concebido” al *nasciturus* pese a que en su artículo 4 ya utilizaba la terminología “concepción” al establecer que, para la conservación y transmisión de sus derechos, el nacimiento con vida debía producirse –entre otras circunstancias– pasados seis meses desde su concepción. En el sentido expuesto, lo regulado por el artículo 4 de este Código Civil aparece como un precedente legislativo para el CC 1984, que sí regula expresamente que “la vida humana comienza con la concepción” para luego reconocerle al concebido la calidad de sujeto de derecho.

³² Este requisito data del Derecho Romano y era necesario –entre otros– para que el nacimiento del concebido pudiera generar efectos civiles; siendo el más próximo de estos, la conservación y transmisión de los derechos que pudiera haber adquirido al reputársele nacido. Cf. M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, Dykinson, Madrid 1998, p. 244.

³³ El CC 1852 no expresa desde qué momento se entiende producido el nacimiento con vida, pero por el contexto de su regulación se entiende desde efectuado el entero desprendimiento del seno materno, esto es, desde producida la rotura del cordón umbilical, pues de otro modo no se entiende cómo pudo haberse computado el requisito del plazo, según el cual el nacido debía mantenerse con vida cuando menos veinticuatro horas desde producido el nacimiento.

³⁴ De modo tradicional, la doctrina mayoritaria ha diferenciado entre viabilidad propia y viabilidad impropia. La viabilidad propia hace referencia al tiempo suficiente de gestación con que debe contar el nacido para que pueda vivir, como sucede con una gestación de duración

nacido viviera un mínimo de veinticuatro horas contadas desde el nacimiento³⁵ y que tuviese figura humana³⁶. Como puede verse en el artículo antes descrito, además de la figura humana –requisito adoptado de la regulación romana–, la normatividad civil exigía otros dos requisitos, los que respondían, respectivamente, a las tradicionalmente denominadas teorías de la viabilidad propia y la viabilidad legal³⁷. Para que el nacimiento produjera efectos civiles era necesaria –por tanto– la concurrencia de todos aquellos requisitos por los que había optado nuestro CC 1852³⁸.

En esta hipótesis, al producirse el nacimiento con vida acompañado de los requisitos expuestos, los derechos que se otorgaron a favor del concebido –al reputarlo nacido y que quedaban en pendencia hasta que naciera vivo– podían conservarse y transmitirse. Por el contrario, en caso el nacimiento con vida no se produjera o se produjera sin la presencia de los tres requisitos establecidos en el artículo 4, simplemente tales derechos ni se conservaban ni se transmitían. En la doctrina nacional no existe fuente alguna que especifique cuál era la situación que se le confería al nacido vivo cuyo nacimiento no presentara las circunstancias requeridas por la normatividad vigente en dicha

de seis meses y, la viabilidad impropia, referida a la carencia en el nacido de anomalías orgánicas o funcionales que bien podrían impedirle seguir viviendo. Cf. L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I/1, Tecnos, Madrid 1995, 2^a ed., pp. 127-128; J. HUALDE SÁNCHEZ, *La personalidad*, cit., p. 113. En tal contexto, resulta evidente que el CC 1852 se adhirió a la teoría de la “viabilidad propia” al regular el requisito sobre la verificación del nacimiento del concebido pasados seis meses de su concepción; expresándose también con ello, de modo implícito, que para el codificador de aquél entonces, la concepción era el punto de partida del período gestacional y, por qué no decir, del inicio de la vida humana.

³⁵ “Vivir cuando menos veinticuatro horas” es un requisito de viabilidad legal, y según escribe Hualde Sánchez, “establecido con la finalidad de disipar las dudas sobre si el feto había nacido con vida y para comprobar de un modo objetivo (la vida durante un período de tiempo) la aptitud para la vida del recién nacido”. (J. HUALDE SÁNCHEZ, *La personalidad*, cit., p. 115).

³⁶ “Que el nacido tenga figura humana” es un requisito que “se formuló en el Derecho Romano con el objeto de negar la cualidad de persona a los seres no humanos que nacieran de mujer [...]” (ibídem), y que en nada guarda relación con la exigencia al nacido de capacidad para vivir. Tal requisito se encuentra superado con los avances de la medicina y la tecnología que permiten detectar a tiempo las malformaciones en los seres humanos, lo cual no resta su condición de persona.

³⁷ La viabilidad legal es aquella que se refiere a la posibilidad de vivir en las condiciones y plazo que determina la ley, sea cual fuere la razón por la llegue, o no, a alcanzarlo el nacido. Cf. L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, cit., p. 128; M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., p. 23.

³⁸ Pese a que la doctrina nacional algunas veces hace breves referencias a estos requisitos, no los desarrolla con detenimiento, por lo que ha tenido que recurrirse a la doctrina comparada, específicamente a la española, para explicar el contenido de cada uno de ellos, como puede verse en las notas a pie de página precedentes.

época, pero sí queda claro que de reducirse a “criatura abortiva”³⁹, como lo hace la legislación comparada, se habría cometido una flagrante contradicción con lo regulado por el artículo 1 antes analizado, en el cual se le reconoce como “hombre por nacer”⁴⁰.

³⁹ Este término viene siendo utilizado por la legislación civil española, específicamente en el artículo 745.1 de su Código Civil, para referirse a los nacidos que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30 del mismo cuerpo legal. Este último artículo –a partir de la Reforma introducida por la Disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil– establece que “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”. Esta norma, pese a haber sido modificada, mantiene el mismo sentido de su anterior redacción (“*Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno*”), por cuanto sólo considerará nacido (vivo) a aquel concebido cuyo nacimiento presente ciertos requisitos, que, de acuerdo con la regulación vigente, se reducen al entero desprendimiento del seno materno, el mismo que –como señala la doctrina mayoritaria con relación a la derogada redacción del artículo 30– se produce con la rotura del cordón umbilical. Cf. J. HUALDE SÁNCHEZ, *La personalidad*, cit., p. 116; A. CARRASCO PERERA *et alii*, *Derecho civil*, Tecnos, Madrid 2004, 2^a ed., p. 64; J. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte general*, vol. I, *Personas*, Dykinson, Madrid 2004, 4^a ed., p. 10.

⁴⁰ Los requisitos del nacimiento por los que optó el CC 1852 eran necesarios para considerar al “hombre por nacer” como “hombre nacido” y, pudiera así, desplegar todos sus efectos civiles. En ese sentido, la contradicción denunciada estriba en el hecho de que si tales requisitos no se presentaban, el hombre que nacía simplemente no era considerado como “hombre nacido”, mas ello no significaba que dejara de ser hombre. Sobre esto no existe desarrollo en la literatura jurídica peruana, pero sí en la española, en donde existe una regulación similar y aún vigente. La doctrina civil española mayoritaria, fundamentada en lo literalmente regulado por el artículo 745.1 de su respectivo Código Civil –con relación a la derogada redacción del artículo 30 del citado cuerpo legal–, señala: “El feto que no reúne las [...] condiciones exigidas por el artículo 30 CC no es persona, sino, en la terminología del artículo 745.1 CC, criatura abortiva”. (A. CARRASCO PERERA *et alii*, *Derecho civil*, cit., p. 66). En la misma línea, Cf. L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, cit., p. 128; R. BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Derecho Civil*, Bercal, Madrid 1996, pp. 73-74. Por su parte, el citado artículo ha sido también merecedor de una interpretación distinta que no cercena de raíz la condición de persona del aquel nacido que no reúna los requisitos exigidos por la norma; ésta dice: “El nacimiento de un ser humano que no reúna los requisitos del artículo 30 CC no es un nacimiento productor de *efectos civiles*, lo cual no significa que a todos los demás efectos ese ser humano no sea considerado *persona*. Para el Derecho civil, el nacido que es alumbrado muerto, no tiene figura humana o bien no es capaz de vivir enteramente desprendido del seno materno veinticuatro horas, no adquiere personalidad; por tanto, ni adquiere ni transmite derechos. Para los efectos civiles, se trata simplemente de una *criatura abortiva* [...] a la que ni siquiera se le reputa legalmente nacida, por lo que su nacimiento no da lugar a una inscripción de nacimiento en el Registro Civil”. (J. HUALDE SÁNCHEZ, *La personalidad*, cit., p. 114). Esta opinión mayoritaria, que fuera vertida con relación a la derogada versión del artículo 30 del Código Civil de España (en adelante, CC España), resulta válida también para el análisis que aquí se desarrolla pues, pese a la reforma de 2011, el sentido del precepto recogido por este artículo sigue manteniéndose. Así, el artículo 30 exige actualmente un requisito al nacimiento con vida: el entero desprendimiento del seno materno, por lo que de no producirse, no se habría nacido con vida y, por consiguiente, el nacimiento tampoco generaría efectos civiles (siendo el más próximo de todos –de acuerdo con el citado artículo– la adquisición de la personalidad). Una postura contraria a todo lo dicho es la defendida por Martínez de Aguirre, quién se pregunta ¿Cuáles son esos efectos civiles?, respondiendo: “Parece razonable entender que se trata, fundamentalmente, de los derechos subjetivos privados, de carácter básicamente patrimonial. Esto quiere decir que desde el mismo momento de su nacimiento, el nacido es titular de los derechos fundamentales y de la personalidad, goza de la más plena protección penal al igual que cualquier otro nacido, e

Por ello, en lo referente al tratamiento jurídico del concebido, el CC 1852 sobresale por su fidelidad a la tradición romanista, pues recurrió a la ficción de “reputar nacido” al concebido a efectos de otorgarle “todo lo que pudiera favorecerle”, imponiendo la posesión de “figura humana” –entre otros– como requisito para que su nacimiento pudiera generar efectos civiles. Asimismo, el artículo 4 de este Código –en cuanto alude a la concepción como el momento a partir del cual debe computarse el inicio de la vida humana– aparece como el único antecedente en el Derecho peruano que, por primera vez, hace referencia a la teoría de la concepción⁴¹; que luego sería adoptada por el Código Civil de 1984 (en adelante, CC 1984) para regular expresamente que “la vida humana comienza con la concepción”.

2. El Código Civil de 1936 y la teoría de la ficción

En 1936 el CC 1852 queda derogado al entrar en vigencia un nuevo Código Civil. El Código Civil de 1936 (en adelante, CC 1936) es conocido por haberse adherido a la teoría de la ficción⁴² –usual en la codificación civil comparada– para regular la situación del *nasciturus*, así como por condicionar el inicio de su *personalidad* al nacimiento. En el marco de la posición asumida, disponía en su artículo 1: “*El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo*”.

Según puede verse de lo regulado por el artículo 1, este Código se plantea el tema de la personalidad cuando se refiere a las personas individuales o naturales, mas no con relación al concebido. Es mínima la doctrina jurídica nacional que se ha preocupado por definir el significado del

incluso puede ser sujeto de derecho de relaciones jurídico-privadas (filiación, parentesco) de contenido patrimonial directamente ligados con la protección de su persona (por ejemplo, el derecho a alimentos). No, sin embargo, de los derechos subjetivos privados de carácter patrimonial (fundamentalmente sucesorios), no vinculados directamente a la protección de su persona”. (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona física: comienzo y fin de la personalidad*, en P. DE PABLO CONTRERAS (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. I, Editorial COLEX, Madrid 2008, 3^a ed., pp. 342-343). Este último argumento también fue emitido con relación a la derogada redacción del artículo 30 en comento, pero igualmente aplicable a los efectos de este análisis.

⁴¹ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 104.

⁴² El CC 1936 se adhiere a la teoría de la ficción, teniendo como fuente de inspiración a los Códigos Civiles suizo, alemán y brasileño. Cf. Ibídem, p. 106.

término “personalidad” empleado en el CC 1936⁴³, pese a que constituye algo necesario para comprender cabalmente la disposición, toda vez que dicha personalidad quedaba determinada o iniciaba con el hecho del nacimiento; lo que a su vez suponía –desde una primera aproximación– que el concebido propiamente no la tenía sino hasta que aquel evento se produjera. La doctrina comparada lo estudia con mayor profundidad, pero lo reviste de carácter polisémico tras considerar que carece de contenido jurídico específico⁴⁴. Desde tal apreciación, el concepto personalidad puede significar tanto “cualidad de persona” como “cualidad jurídica de ser titular de derechos y deberes”⁴⁵.

Si bien el término personalidad posee variadas acepciones, lo que queda claro es que, en sentido jurídico, una u otra modalidad conceptual siempre concluirá en un mismo propósito: el sujeto de derecho. Hablar en lenguaje jurídico de la cualidad de persona es referirse al sujeto de derecho, el mismo que es capaz de derechos y obligaciones⁴⁶; por tanto, la *personalidad* a la que se refiere el precepto analizado no puede ser otra que la capacidad jurídica⁴⁷, entendida como la aptitud de ser sujeto titular de derechos y deberes⁴⁸.

⁴³ Entre los pocos que analizan “la personalidad” establecida por el CC 1936, es León Barandiarán el más conocido. Cf. J. LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, WG Editor, Lima 1991, p. 98.

⁴⁴ Para Capilla Roncero, citado por Martínez de Aguirre, “la palabra personalidad es polisémica, carece de un valor técnico jurídico preciso en nuestro Derecho, tanto desde el punto de vista de los textos legales, como si se atiende a los usos lingüísticos de los juristas”. (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Comentarios de los artículos 29 al 34*, cit., p. 239).

⁴⁵ Cf. Ibídem, pp. 249-251.

⁴⁶ Esta posición es asumida siguiendo a Hervada, para quien “plantear el tema del sujeto de derecho es plantear el tema de la persona en sentido jurídico, pues al sujeto de derecho se le llama comúnmente, en lenguaje jurídico, *persona*. [...] En lenguaje jurídico, el término persona designa otro concepto: indica el sujeto de derecho, el protagonista del orden social y jurídico. Es conocido que el concepto jurídico ha recibido distintas modalidades, dentro de un sustrato común: la persona es, para unos, el *sujeto capaz de derechos y obligaciones*; para otros es el *sujeto titular de derechos y deberes*, y no ha faltado quien defina el ser persona como *ser ante el derecho*”. (J. HERVADA, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, UDEP, Piura 1999, pp. 136- 137). En el mismo sentido, Hualde Sánchez escribe: “desde el punto de vista del Derecho Civil, ser persona es tener aptitud para ser sujeto de derechos, o sujeto activo o pasivo de una relación. En definitiva, ser persona es tener capacidad jurídica o, lo que es lo mismo según nuestro Código Civil, tener personalidad”. (J. HUALDE SÁNCHEZ, *La personalidad*, cit., p. 107).

⁴⁷ Sobre la capacidad jurídica o personalidad, Cf. J. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, cit., pp. 2-4, 10; J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., pp. 85-90.

⁴⁸ León Barandiarán, refiriéndose al CC 1936, afirmaba que: “Persona es el ser humano jurídicamente apreciado. El atributo o cualidad intrínseca de ser jurídico, el **subjectum iuris**, en el hombre es la personalidad. La personalidad no es la persona, pero es el dato esencial determinante de ella; es el carácter jurídico de la persona como ser humano”. (J. LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de Derecho Civil*, cit., p. 98).

De acuerdo con la proposición establecida en la primera parte del artículo 1, el nacimiento suponía, entonces, el comienzo de la personalidad jurídica. Es a partir del nacimiento⁴⁹ –entiéndase un nacimiento con vida– cuando el ser humano adquiere personalidad y, como tal, goza de todos aquellos derechos que pudieran habersele otorgado antes de nacer, pues esto último se desprende de la segunda parte del artículo en mención, en donde se establecía: “*Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo*”.

Por tanto, el precepto en su conjunto quería decir, por un lado, que el concebido carecía de personalidad o capacidad jurídica y que sólo la adquiría con el nacimiento y, por otro, que su existencia era relevante jurídicamente y por ello el Derecho le atribuía efectos jurídicos importantes siempre que le beneficiaran⁵⁰; antes del nacimiento, “el que estaba por nacer” –según la terminología empleada en el Código bajo comentario– carecía de personalidad jurídica, la misma que adquiría con el nacimiento⁵¹. No obstante, pese a carecer de personalidad actual, el Derecho reputaba nacido al concebido para los efectos favorables, y para poder ser titular de éstos, el concebido debía nacer vivo.

⁴⁹ Como en el CC 1936 el codificador no especificaba desde cuándo se entendía producido el nacimiento, León Barandiarán –considerando que era necesario tener un definición exacta de este momento–, al respecto señaló: “El nacimiento, pues, en buena cuenta es el hecho de que venga a separarse al recién nacido del claustro materno siempre que aquél haya nacido con vida”. (IDEM, *Curso Elemental de Derecho Civil Peruano*, Gráfica Morsom S.A., Lima 1980, p. 22). La circunstancia en que se produce el nacimiento, referida por este autor, no podría ser otra que la del momento en que se realiza el corte del cordón umbilical, algo ya sostenido por la doctrina mayoritaria.

⁵⁰ Martínez de Aguirre, analizando el artículo 29 del CC España (que establece: “*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*”), que contiene similar regulación a la del CC 1936, afirma: “Esto quiere decir: i) por un lado, que el concebido carece de personalidad jurídica –la cual no se adquiere en plenitud hasta el nacimiento–; ii) por otro lado, que su existencia no es indiferente para el Derecho, que le atribuye consecuencias jurídicas importantes, en beneficio del propio concebido”. (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona física...*, cit., p. 346).

⁵¹ Asimismo, refiriéndose a la derogada redacción del artículo 30 del CC España (esto es, antes de la Reforma de 2011), Martínez de Aguirre señala que, en ese contexto, la personalidad del concebido era una personalidad restringida pero no total, por cuanto la misma estaba limitada a la titularidad actual de unos derechos naturales primarios, como la vida, la integridad física, el honor, etc., enfatizando por ello que la “personalidad que comienza con el nacimiento no puede afectar a los derechos naturales primarios, que corresponden a todo ser humano por el hecho de serlo [...].” (IDEM, *Comentarios de los artículos 29 al 34*, cit., p. 256). Este fundamento es válido para hacer referencia a lo regulado por el CC 1936, aunque la opinión haya sido emitida con relación a la anterior redacción del artículo 30 del CC España.

Para otros, la ficción de suponer a quien estaba simplemente concebido como ya nacido, representaba atribuirle una capacidad de goce sometida a una doble limitación. Desde esta particular posición, su capacidad, por un lado, se entendía limitada por la referencia legal a lo favorable y, por otro, condicionada a la circunstancia de que el *nascitrus* llegara a nacer vivo⁵². Sin embargo, esta postura, que en principio podría tener asidero, queda desvirtuada si se recurre a la proposición regulada en la primera parte de artículo 1, en la cual se establecía enfáticamente que era el hecho del nacimiento el que determinaba la personalidad jurídica del individuo. La idea de una limitada capacidad jurídica atribuida al concebido no tiene lógica si ésta depende propiamente del nacimiento; por eso mismo, sólo sería aceptable la posibilidad de retrotraer la personalidad al momento presumible de la concepción, una vez verificado el nacimiento con vida.

Sobre los efectos favorables⁵³ para el concebido, el artículo 1 no establecía si la connotación de tales efectos era patrimonial o personal, pero tampoco la restringía a uno solo de ellos, por lo que –desde tal punto de vista– parecía referirse a ambos. Lo que sí destacaba el citado artículo era que la atribución de los efectos favorables estaba supeditada al nacimiento con vida. Se trataba de una atribución ficta, ya que no existía propiamente titular de derechos si no hasta que se produjera el nacimiento. Al concebido –siempre que se le reputara nacido– podían atribuirsele determinados derechos, pero como éste no poseía personalidad jurídica si no hasta el nacimiento, el goce actual y pleno de sus derechos también quedaba supeditado a la aparición de tal evento⁵⁴. Desde tal idea, la proposición establecida en la primera parte del precepto analizado viene a quedar reafirmada con la ficción jurídica enunciada en la segunda parte del mismo.

⁵² Cf. J. LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de Derecho Civil*, cit., p. 100.

⁵³ Si bien en la doctrina nacional no se tiene un tratamiento específico de lo que se entendía por efectos favorables para el codificador de 1936, siguiendo a Martínez de Aguirre, sobre los efectos favorables se puede señalar que: “Esto no quiere decir que en cada situación que afecte a un concebido deban separarse los efectos favorables y los desfavorables, para atribuirle aquéllos y no éstos [...]. Una vez calificado, en abstracto y genéricamente, como favorable un derecho, o una atribución o situación, el concebido la adquiere con sus eventuales componentes desfavorables”. (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona física...*, cit., pp. 347-348).

⁵⁴ Cf. C. LASARTE, *Parte general y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid 2009, 15^a ed., p. 155.

Para el CC 1936, cuya regulación descansaba en el principio jurídico *nasciturus pro iam nato habetur*⁵⁵, el concebido no tenía personalidad jurídica si no hasta que se produjera su nacimiento; no obstante, la doctrina sostiene que, por la ficción consagrada en este Código, también se reconocía al ser humano nacido con vida la posibilidad de retrotraer, ficticiamente, la aparición de su personalidad al día presumido de su concepción, con la finalidad de permitirle adquirir derechos, aunque de ninguna manera obligaciones⁵⁶. Bajo este orden de ideas, cobra sentido que la doctrina subraye que antes del nacimiento el concebido no adquiría propiamente ningún derecho, sino sólo una expectativa en relación a la adquisición de éste⁵⁷. Es el uso de la ficción lo que permitía que esa personalidad pudiera retrotraerse hasta el momento mismo en que se presume se produjo la concepción, pero –como se dijo– esa posibilidad también se encontraba condicionada al nacimiento con vida del concebido.

La ficción jurídica enunciada ciertamente sometía la existencia del concebido a una especie de condición suspensiva⁵⁸, pues lo reputaba nacido para atribuirle una serie de derechos –generalmente patrimoniales–, que sólo podían adscribirse si nacía vivo; pero el hecho de que el concebido estuviera en el claustro materno, además de sujeto a una ficción, no significaba que tal no existiera, siendo precisamente por ello que el Derecho lo reputaba nacido para lo que pudiera favorecerle.

Conviene agregar que la postura ficta asumida por este Código, de reputar nacido al no nacido para lo que fuera favorable, ha sido criticada en la

⁵⁵ Este aforismo se traduce en el siguiente sentido: el concebido se tiene por nacido en cuanto a él le favorece. Cf. M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 245.

⁵⁶ Monge Talavera, interpretando a León Barandiarán, desarrolla esta idea. En la misma línea argumentativa, señala que el legislador de 1936 no se pronunció sobre la condición jurídica del concebido, esto es, si era persona o cosa. Cf. L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 78. Sobre la afirmación hecha por Monge Talavera, puede hacerse la siguiente precisión. Si tenemos en cuenta que el legislador de entonces recurrió a la ficción para brindar tratamiento jurídico al concebido, lo más lógico es que el estatus del concebido haya sido precisamente el de una especie de ficción jurídica; no siendo, por tanto, tan cierto que el CC 1936 no hubiera asumido una posición sobre la condición jurídica del concebido. Por su parte, Fernández Sessarego ha señalado que tratar al concebido como si fuera una ficción significaría estar ante una nada jurídica, porque –desde tal tesis– no queda claro si aquél es concebido o nacido, por lo que sería algo aún inexistente hasta el nacimiento. Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica del concebido*, en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (dir.), *La Constitución comentada, Análisis artículo por artículo*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2005, p. 43. La misma consideración puede encontrarse en, Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, cit., pp. 3-4.

⁵⁷ Cf. L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 78.

⁵⁸ Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., pp. 70-71; J. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, cit., p. 19.

doctrina por considerarse que con ella la situación del concebido se torna confusa, y hasta cierto punto contradictoria, ya que al concebido, a quien se considera nacido, paralelamente se le desconoce esta condición al requerirse su nacimiento para que pueda adquirir los derechos que tenía al reputársele nacido⁵⁹. Esta crítica se sustenta, sobre todo, en la opinión de Fernández Sessarego, para quien la ficción no hace más que reducir al concebido a una nada jurídica, a un ser espectral⁶⁰, porque con ella “el concebido es lo que **no es** –nacido– y cuando es, **ya no es** –concebido– desde que es persona natural”. Es decir, que es y no es al mismo tiempo⁶¹. Es por ello que para el citado autor el “ente que se reputa como nacido no es, de acuerdo con la teoría de la ficción, un ser humano”⁶².

La doctrina cuestiona la técnica de la ficción por considerar que ésta, más que afectar la personalidad del concebido, reduce su condición de ser humano a una “nada jurídica”. Sin embargo, apelando a la concepción de los romanos⁶³, cabe precisar que la finalidad de la ficción jurídica no era –ni es– la de despojar al concebido de su condición de ser humano sino despojarlo, en todo caso, de su condición de sujeto de derecho, para atribuir propiamente la personalidad al nacido. Es así que, con la ficción –tal como lo asumió el codificador peruano de 1936–, para ciertos efectos el concebido tenía existencia natural aun antes del nacimiento, pero sin que ello supusiera reconocerle personalidad⁶⁴.

Lo dicho permite conocer que, en la historia de la codificación civil peruana, el CC 1936 destaca por haber adoptado la teoría de la ficción para regular la situación del *nasciturus* en la vida jurídica, siendo los rasgos más sobresalientes de esta regulación, el condicionamiento del inicio de la personalidad al nacimiento y la necesidad de reputar nacido a quien aún no lo

⁵⁹ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica del concebido*, cit., p. 43.

⁶⁰ Cf. Ibídem. También, Cf. R. SÁNCHEZ BARRAGÁN, *El tratamiento jurídico del derecho a la vida...*, cit., p. 71.

⁶¹ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica del concebido*, cit., p. 43.

⁶² A lo dicho, agrega Fernández Sessarego: “Lo paradójico de esta posición, [...] es que, no obstante no considerarse al concebido como un ser humano, como un ‘sujeto de derecho’, en ciertas circunstancias se le protegía jurídicamente. [...]. En el Perú, durante la vigencia del Código Civil de 1936, texto legal que adhería a la teoría de la ficción, se penalizaba el aborto no obstante no considerar al concebido como ‘sujeto de derecho’”. (IDEM, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, cit., pp. 3-4).

⁶³ Cf. J. HUALDE SÁNCHEZ, *La personalidad*, cit., p. 112.

⁶⁴ Cf. Ibídem.

era –el concebido– para hacerlo partícipe de lo favorable, cuyos efectos se encontraban sujetos siempre, y en última instancia, al mencionado nacimiento. Era bajo esta forma que la legislación civil de la época otorgaba ciertos derechos al concebido y les brindaba protección, cuya referencia a los “efectos favorables” ha sido incluso conservada por el artículo 1 del Código Civil peruano vigente, cuando reconoce al concebido la condición de sujeto de derecho *“para todo cuanto le favorece”*.

3. El Código Civil de 1984 y el paso de la ficción a la subjetividad del concebido

Careciendo de antecedentes o modelos en el Derecho Civil comparado, el CC 1984 vigente es el primer cuerpo legal que, luego de enunciar que la vida humana comienza con la concepción, reconoce positivamente al concebido la calidad de sujeto de derecho, aunque condicionándola a los efectos favorables. Es en el párrafo segundo de su artículo primero que este Código establece: *“La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”*.

La doctrina civilista considera que el CC 1984 contiene un novedoso aporte al reconocer al concebido la calidad de sujeto de derecho⁶⁵, ya que, tanto en la historia de la codificación civil peruana como en la comparada, es el primer cuerpo legal en reconocerle normativamente tal categoría. Con este Código Civil se supera la innecesaria ficción contenida en los derogados Códigos Civiles de 1852 y 1936, y se descarta, por consiguiente, que el concebido tenga que esperar a su nacimiento para adquirir personalidad jurídica –nacimiento que, incluso, podía estar sometido a algunos requisitos, según vimos antes–.

Pero conseguir la actual regulación del estatus del concebido en la normatividad civil peruana no fue fácil. El proceso de codificación para la elaboración de este cuerpo legal duró diecinueve años, y desde su inicio en

⁶⁵ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 5.

1965⁶⁶, con convicción y persistencia, sus colaboradores se plantearon el firme propósito de conseguir que el Código de 1984 se apartara de la tradición, sobre todo de marcada tendencia a la ficción, y se inclinara por reconocer la calidad ontológica del concebido así como su innata subjetividad jurídica⁶⁷.

El codificador civil de 1984 recurre por ello a la noción “sujeto de derecho”, entendida como centro de imputación de derechos y deberes, por su valor jurídico formal, ya que de este modo se erradicaba la antigua discusión sobre si el concebido era o no persona para el Derecho, se confería un tratamiento especial al concebido sin necesidad de reputarlo nacido –esto es, persona natural o individual–, y porque el concepto de sujeto de derecho permitía comprender, bajo tal expresión, cuatro categorías jurídicas diferenciadas y específicas reconocidas por el CC 1984⁶⁸: el concebido, la persona natural, la persona jurídica y las organizaciones de personas no registradas⁶⁹.

Ahora bien, es cierto que este Código no cuenta con precedente legislativo que, al igual que él, trate al concebido como sujeto de derecho –pues la generalidad de los códigos civiles contemporáneos⁷⁰ no reconocen subjetividad al concebido sino que recurren a la ficción de reputarlo nacido para lo favorable–, pero se considera que, de alguna manera, estuvo influenciado

⁶⁶ IDEM, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, cit., pp. 7-8. En el mismo sentido, Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El derecho de las personas en el umbral del siglo XXI*, Ediciones Jurídicas, Lima 2002, pp. 90-91.

⁶⁷ Fernández Sessarego fue uno de los juristas que colaboró en la redacción del CC 1984, especialmente en lo correspondiente al Libro I, sobre el Derecho de las Personas. Este autor señala que para lograr un cambio en la regulación civil en relación al concebido, se tuvo que recurrir a “argumentos filosóficos y científicos a fin de evidenciar que las visiones sobre el concebido, que recogían los cuerpos legales vigentes en el mundo en ese momento histórico, no se ajustaban a la realidad al considerar que el concebido se reducía a la nada existencial siendo, en cambio, un ser humano dotado de vida, que no requería nacer para detentar esta calidad ontológica”. (IDEM, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, cit., p. 8).

⁶⁸ Sobre ello, anota Fernández Sessarego: “La distinción que propiciamos, como técnicamente conveniente, entre sujeto de derecho y persona –conceptos que han sido tradicionalmente considerados jurídicamente como equivalente– es de género a especie. El *sujeto de derecho* se define generalmente como el ‘titular de posiciones jurídicas’ [...]. El perfilar conceptualmente la categoría genérica de sujeto de derecho permite comprender, bajo tal expresión, a cuatro categorías específicas referidas por el Código civil peruano de 1984: el concebido, la persona natural o individual, la persona jurídica o colectiva y las organizaciones de personas que, actuando como su fueran personas jurídicas, no han cumplido con el requisito formal de su inscripción en un determinado registro [...].” (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 31).

⁶⁹ El concebido no es considerado “persona” para el ordenamiento civil peruano –aunque ontológicamente sí lo sea– sino el ser humano antes del nacimiento, quedando el concepto jurídico de persona reservado para el ser humano después del nacimiento.

⁷⁰ Como sucede, por ejemplo, con el CC España vigente.

tanto por el Código Civil de Argentina de 1869 (en adelante, CC Argentina) como por la doctrina y legislación civil italianas de 1942; siendo en este contexto, en el que el codificador de entonces encontró la solución técnica de utilizar la expresión sujeto de derecho en vez de la de persona, reservada únicamente para los seres humanos nacidos.

Un sector autorizado de la doctrina⁷¹ sostiene que el CC 1984 se inspiró en el Código Civil de Italia de 1942 (en adelante, CC Italia) para acoger la distinción técnico-conceptual entre sujeto de derecho y persona, puesto que antes de la promulgación de dicho Código Civil peruano, esa disociación entre los conceptos de sujeto de derecho y persona ya se hallaba introducida por el citado Código italiano, que al lado de las personas jurídicas, reguló la actividad de organizaciones de personas, como las asociaciones no reconocidas, para otorgarles subjetividad⁷². De este modo, el ordenamiento civil italiano incluyó dentro de la categoría genérica de sujeto de derecho tanto a la persona jurídica, como a las organizaciones de personas que no tuvieran tal calidad por no encontrarse reconocidas o inscritas⁷³.

Además del valioso aporte que el CC Italia legó al CC 1984, entre el contingente de ideas que impulsaron y fundaron la novedosa posición de este último Código, se reconoce también la preclara obra de Vélez Sarsfield, que a su vez inspiró el pensamiento del codificador argentino de 1869; siendo a través de sus artículos 63 y 70 que el CC Argentina, respectivamente, prescribió: “*Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*” y “*Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden*

⁷¹ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 37.

⁷² Cf. Ibídem.

⁷³ Si bien el CC Italia ya utilizaba en su normatividad civil el concepto jurídico de sujeto de derecho con el objeto de comprender dentro del mismo a diferentes categorías específicas de sujetos de derecho, no incluía dentro de tal al concebido. Al respecto, Fernández Sessarego señala que para Bianca, “según el ordenamiento jurídico italiano, son sujetos de derechos, en cuanto tienen capacidad jurídica, la persona física, la persona jurídica y aquellos entes que sin ser personas y carecer de capacidad general, pueden ser titulares de posiciones jurídicas, como sería el caso de las asociaciones no reconocidas [...]. Como se observa, en la relación de sujetos de derechos no se incluye al concebido, probablemente en razón de que el ordenamiento jurídico italiano no le reconoce esta calidad”. (Ibídem, pp. 35-36).

adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos [...] nacieran con vida [...]”⁷⁴.

El planteamiento del profesor argentino Vélez Sarsfield, acogido en la normatividad civil de su país en 1869, estuvo abocado a reconocer la calidad ontológica del concebido. Es bajo la influencia de este pensamiento, que el artículo 63 de tal Código regula que el ser humano concebido es “persona por nacer”; siendo por esta misma razón que el artículo 70 establece que desde la concepción comienza la existencia de las personas, reconociendo, por ende, que desde ese momento inicia la vida humana. Como puede verse, el CC Argentina “utiliza la misma categoría jurídica de *persona*⁷⁵ para referirse a lo que el Código civil peruano considera como sujeto de derecho formalmente autónomo y específico designado ‘el concebido’. Es decir, aquel que por no haber nacido aún no adquiere todavía la categoría formal y especial de *persona natural*”⁷⁶.

Pese a sus diferencias conceptuales, tanto el Código Civil de Vélez Sarsfield como el peruano de 1984 se asemejan en lo sustancial. “El Código Civil del Perú y el de Vélez Sarsfield coinciden en tanto que para ambos el concebido es un ser humano, el mismo cuya existencia tiene como principio la concepción”⁷⁷, separándose así de la ficción dominante en la legislación comparada para otorgar tratamiento jurídico al concebido, por cuanto aquélla desconocía en éste una personalidad actual y la supeditaba a un hecho futuro e incierto, como el nacimiento.

Es por ello que no puede dejar de reconocerse la influencia que –aunque indirecta– las legislaciones civiles argentina e italiana imprimieron en el CC 1984. Asimismo, no puede dejar de mencionarse que este Código peruano,

⁷⁴ Algunos extractos de la norma son omitidos para facilitar la comprensión de lo que se quiere decir.

⁷⁵ Fernández Sessarego dice que, aunque la categoría jurídica de *persona* con la que adscribe Sarsfield –y la normatividad civil argentina de 1869– al concebido resulta inadecuada para referirse al mismo –un sujeto de derecho especial y privilegiado a todo cuanto le favorece–, esto se encuentra justificado por cuanto “su certero vislumbre ontológico no tuvo, en ese momento, otro recurso técnico disponible que asimilarlo a la categoría especial de persona. [...] Vélez no tuvo a la mano otro recurso técnico, dentro de la doctrina o la legislación comparada de su tiempo, que aquel de *extender* al concebido el *status* de persona. Era la forma adecuada, dentro de la circunstancia que le tocó vivir, de reflejar normativamente la realidad biológica del concebido”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 45).

⁷⁶ Ibídem, p. 38.

⁷⁷ Ibídem, p. 42.

basándose en la distinción italiana de los conceptos “sujeto de derecho” y “persona”, es el primero en incorporar al concebido dentro de la primera categoría, adhiriéndose de este modo al principio de la subjetividad del concebido, bajo el cual éste es considerado un ser humano dotado de actual capacidad jurídica, aunque condicionada a lo favorable.

Cabe precisar además que, para el Código de 1984, el reconocimiento de la subjetividad del concebido ha supuesto la incorporación de todo un régimen especial para su tratamiento jurídico. En este marco, el concebido es considerado sujeto de derecho tras reconocerse que la vida humana comienza con la concepción⁷⁸; dicho estatus jurídico sólo le corresponde para todo cuanto le sea favorable; la atribución y el goce de sus derechos patrimoniales se encuentran supeditados a una condición⁷⁹: el nacimiento con vida; a diferencia de estos, el goce de sus derechos personales no se encuentra condicionado⁸⁰. Cada uno de estos aspectos, todos regulados por el artículo 1 del citado Código, serán analizados con detenimiento en el Capítulo 2.

4. La consideración del concebido en la Constitución de 1993 y su punto de referencia en el Código Civil de 1984

En el ordenamiento peruano, tanto el CC 1984 como la Constitución peruana de 1993 (en adelante, CP 1993) consideran al concebido como sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. Por un tema de orden cronológico –según se ve–, no puede afirmarse que el Código de 1984 se haya inspirado en la CP 1993 para regular la condición jurídica del concebido como sujeto de derecho para lo favorable, sino más bien todo lo contrario⁸¹. No obstante, en la doctrina es usual encontrar autores que afirman –sin detenerse en la data de

⁷⁸ El CC 1984 no define qué se entiende por concepción (esto es, desde cuándo se supone hay vida humana), pese a que ello es algo sumamente importante si se entiende que desde este momento inicia la vida humana y, por consiguiente, que desde ese momento ha de brindarse protección al concebido en cuanto es sujeto de derecho. Sobre el particular, volveremos más adelante.

⁷⁹ Con relación a este tema la doctrina no mantiene una posición unánime. Algunos la consideran suspensiva y, otros, resolutoria. Algo que será analizado en el Capítulo 2 de esta investigación.

⁸⁰ Esto se infiere de una interpretación *a contrario* del precepto regulado en la tercera frase del segundo párrafo del artículo primero bajo estudio. Sobre esto se hará mayores referencias en el Capítulo 2.

⁸¹ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, cit., p. 6.

ambas normas– que este Código adoptó el criterio de la subjetividad del concebido teniendo como base la CP 1993⁸².

Por su parte, aunque fue la Constitución peruana de 1979 (en adelante, CP 1979) la norma constitucional vigente durante la elaboración del proyecto final del Código en mención, aquélla tampoco es la fuente en la que se basó el codificador civil de 1984⁸³ para regular que *el concebido es sujeto de derecho*; lo que puede advertirse de una simple lectura de la parte final del numeral primero de su artículo 2, en donde la derogada Constitución establecía: “[...].*Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece*”.

Como puede verse, la CP 1979 acogía el recurso de la ficción para otorgar protección “al que estaba por nacer”, considerándolo nacido para lo favorable⁸⁴. Ahora bien, aunque el CC 1984, mediante su artículo 1, se aparta de dicha fórmula constitucional al considerarlo sujeto de derecho⁸⁵, conserva la expresión “para todo lo que le favorece”. La reserva de los efectos favorables para el concebido es lo único que el Código de 1984 ha mantenido de su antecedente constitucional pues, bajo el actual esquema de la regulación civil, ya no hay necesidad de considerar nacido al *nasciturus* para atribuirle efectos favorables⁸⁶ y, en esa medida, el Código Civil vigente difiere de la CP 1979.

⁸² Fernández Sessarego, en algún momento, señaló: “La tesis de la ficción ha sido superada en la Constitución de 1993 cuando en el inciso 1) de su artículo 2 se enuncia que el concebido es un ‘sujeto de derecho’ en todo lo que le favorece. Esta misma tesis es seguida y desarrollada en el artículo 1 del Código Civil peruano de 1984”. (IDEM, *Protección jurídica del concebido*, en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (dir.), *La Constitución comentada, Análisis artículo por artículo*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2005, p. 43). La última afirmación, como se dijo, no es cierta si tenemos en cuenta que la Constitución de 1993 es una norma posterior al vigente Código Civil peruano.

⁸³ Como se ha explicado en el tercer acápite de este Capítulo, las fuentes que –aunque de modo indirecto– inspiraron al codificador de 1984 para regular, en el Código de ese mismo año, que *el concebido es sujeto de derecho en todo aquello que pueda resultarle favorable*, son: i) el CC Italia –y también su doctrina–, que introduce de modo claro y directo la dicción de sujeto de derecho para tratar como centros de imputación jurídica también a las organizaciones de personas no reconocidas o inscritas, aunque no extendiera tal condición jurídica al concebido; y, ii) el CC Argentina, que –antes del CC 1984– se apartó de la teoría de la ficción para tratar jurídicamente al concebido como “persona por nacer”.

⁸⁴ Como puede verse, la CP 1979 –al igual que el CC 1936– acogía el recurso de la ficción para brindar protección a los derechos de “el que estaba por nacer”.

⁸⁵ La CP 1979 entró en vigencia en el año 1980, cuando se preparaba el proyecto final del CC 1984. Sin embargo, pese a ello, el CC 1984 se apartó de su predecesora, y vigente norma constitucional en aquella época, para regular una postura diferente con relación a la situación jurídica del concebido. Cf. E. RAMÍREZ CRUZ, *Fuentes del Derecho Civil peruano...*, cit., p. 82.

⁸⁶ En relación a lo dicho, Fernández Sessarego señala: “[...] los que siguen la teoría de la ficción protegen al concebido en función de lo va a ser, en cuanto esperanza de persona. En cambio, los códigos que establecen la subjetividad del concebido lo tutelan en virtud de lo que él significa, de modo actual e inmediato: un ser humano en trance de nacer”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 87).

El CC 1984, por ende, se presenta en la historia de la codificación peruana y comparada, como el primer cuerpo legislativo que –tras apartarse de la figura de la ficción, con la que usualmente suele otorgarse tratamiento jurídico al concebido– acoge el principio de la subjetividad para brindarle tutela, pero con la expresa indicación de que su capacidad jurídica se encuentra limitada a lo favorable; especificación última de la que se ha valido la doctrina para sostener que el concebido es un sujeto de derecho privilegiado⁸⁷.

Es así que la CP 1993, teniendo en cuenta el precedente legislativo trazado por el Código de 1984, declara que el concebido es un sujeto de derecho⁸⁸ para todo cuanto le favorece; siendo, precisamente, el numeral 1 de su artículo 2 el que, tras reconocer que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo y bienestar, expresa: “*El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece*”⁸⁹. La dicción “sujeto de derecho”, inicialmente utilizada en el ámbito civil, queda, de este modo, incorporada al texto constitucional vigente para otorgarle al concebido una protección más amplia y desde el más elemental de sus derechos: su derecho fundamental a la vida, que se constituye como el derecho básico o primario que posibilitará el goce de todos los demás⁹⁰.

A su vez, lo dicho permite afirmar también que la CP 1993, en lo que refiere a la situación del concebido, contiene una postura diferente a su predecesora, la CP 1979, pues ha previsto –reiterando un criterio reconocido por el Código de 1984– que el concebido es sujeto de derecho para todo aquello que puede resultarle favorable.

⁸⁷ Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 74.

⁸⁸ Sobre esto, Fernández Sessarego dice: “La Constitución de 1993, inspirada en el Código Civil de 1984, declara también que el concebido es ‘sujeto de derecho’”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, cit., p. 6). De esta manera, el citado autor rectifica su postura anterior, en la que afirmaba que era el CC 1984 el que había seguido la tesis de la subjetividad del concebido de la Constitución de 1993. Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica del concebido*, cit., p. 43.

⁸⁹ A la letra: “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

⁹⁰ Como señala Chanamé Orbe: “El derecho a la vida es el derecho más importante y el que abarca todo el resto de derechos ya que sin vida no podría haber derecho a la libertad, a la igualdad, etc. El derecho a la vida implica no sólo el derecho a nacer, a salir del vientre de la madre, sino también que la persona ya nacida desarrolle todas sus aptitudes en plenitud, contando con la máxima calidad de vida. La vida es el derecho originario por excelencia”. (R. CHANAMÉ ORBE, *Comentarios a la Constitución*, Jurista Editores, Lima 2009, 4^a ed., p. 108).

Por ende, la regulación constitucional de la calidad del concebido como sujeto de derecho para lo favorable ha supuesto la máxima consagración del precepto civil recogido por el artículo 1 del CC 1984, siendo su principal efecto que el *nasciturus* disfrute de un estatus especial para la garantía de sus derechos más esenciales. La Constitución de 1993 constituye, por tanto, un valioso aporte al constitucionalismo comparado⁹¹, al ser la primera Carta Magna que reconoce al concebido su cualidad de sujeto de derecho en tanto inherente a su naturaleza de ser humano⁹².

⁹¹ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica del concebido*, cit., p. 42. Se pronuncia en el mismo sentido Sánchez Barragán. Cf. R. SÁNCHEZ BARRAGÁN, *El tratamiento jurídico del derecho a la vida...*, cit., p. 68.

⁹² Para Fernández Sessarego: “El que se reconozca constitucionalmente que el concebido es ‘un sujeto de derecho’ significa que, en cuanto ser humano, el concebido tiene capacidad actual –y no futura– de ser titular de derechos y obligaciones. La Constitución, sin embargo, remarca que esta capacidad se extiende tan solo a lo que lo favorece. De este modo, se le confiere un trato privilegiado en tanto es un ser humano carente de la capacidad de ejercer, por sí mismo, los derechos que le son inherentes”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica del concebido*, cit., p. 42).

CAPÍTULO 2

LA SITUACIÓN DEL CONCEBIDO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984: ALCANCE Y CONTENIDO DE LA POSICIÓN RECONOCIDA EN EL ARTÍCULO 1

1. La “concepción” como criterio adoptado por el Código Civil para referirse al inicio de la vida humana

En lo que concierne al Derecho peruano, el legislador civil adopta una postura clara sobre el inicio de la vida humana. El segundo párrafo del artículo 1 del CC 1984, estructuralmente ubicado en la parte relativa al “Principio de la persona”⁹³, se apertura con el enunciado *“la vida humana comienza con la concepción”*⁹⁴; declaración importante para el Derecho peruano porque se constituye en el punto de partida para la protección jurídica de la vida humana, que, a decir del tenor literal del precepto, comienza con la concepción.

Cuando se habla de la vida humana, implícitamente, se hace referencia a la existencia de la persona⁹⁵. Hablar de vida humana es hablar del ser humano⁹⁶ y del continuo proceso que implica su desarrollo⁹⁷. Para el Derecho

⁹³ Éste es el Título I, ubicado dentro de la Sección Primera sobre las Personas Naturales que, a su vez, se encuentra contenida en el Libro I denominado del Derecho de las Personas.

⁹⁴ Esta disposición, contenida en el CC 1984, encuentra su antecedente en el CC Argentina vigente (que data de 1869), pero se diferencia de él al no equiparar la concepción con gestación. La controvertida posición asumida por el legislador argentino puede apreciarse dando una lectura al artículo 70 de su respectivo Código Civil: *“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas [...]”*.

⁹⁵ Cf. L. SÁNCHEZ DÁVALOS, *Las dimensiones del derecho a la vida*, en J. SOSA SACIO (coord.), *Los Derechos Fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del derecho*, Gaceta Jurídica, Lima 2010, p. 37.

⁹⁶ Sánchez Dávalos sostiene con acierto: “La noción de vida a efectos de la ciencia del Derecho, [...], está indisolublemente ligada al ser humano. [...] La vida de los seres humanos tiene así, para el mundo jurídico, una suerte de doble función: es un principio y a la vez un derecho”. (ibidem, p. 34).

⁹⁷ Al respecto, Espinoza Espinoza señala: “El hombre es una continuidad, un proceso, que comienza con la concepción (independientemente de ser, o no, individualizado) y que termina con la cesación definitiva e irreversible de nuestra actividad cerebral”. (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 66).

Civil peruano la vida del ser humano inicia desde la concepción y, en la medida que “la vida es un bien, bien personal, bien común y don divino. [...], es un valor fundamental para el Derecho”⁹⁸. De allí la necesidad de preservar la vida humana desde la concepción, sea cual fuere el modo en que se manifieste, bien prenatal o independiente⁹⁹; siendo el reconocimiento de la subjetividad jurídica del ser humano a partir del momento inicial de su existencia, una de las mejores formas para preservarla¹⁰⁰. Esto explica que, tras enunciarse que la vida humana inicia con la concepción, el legislador haya expresado que el “concebido”¹⁰¹ es sujeto de derecho de todo cuanto le favorece¹⁰².

La “concepción” se convierte en un punto clave, porque es a partir de este momento –como reconoce el CC 1984– cuando comienza la vida humana y, por consiguiente, desde cuando corresponde proteger los derechos del ser humano; lo que se traduce, a su vez, en la necesidad de brindar primaria tutela al concebido¹⁰³ por representar él la etapa inicial de la vida¹⁰⁴. El concebido es

⁹⁸ J. MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2002, 4^a ed., p. 17.

⁹⁹ Entiéndase por ésta a la vida humana después del nacimiento.

¹⁰⁰ Aquí se considera que el reconocimiento de subjetividad jurídica al ser humano desde la concepción es una de las mejores formas para preservar la vida humana, porque no es la única forma de protegerla. Se hace esta afirmación porque aun con un sistema civil basado en ficciones, como lo fue con el CC 1936, la vida del concebido estuvo suficientemente protegida al penalizarse el delito de aborto. Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, cit., pp. 3-4. La ventaja que trae consigo reconocer al concebido como sujeto de derecho para lo favorable es claramente la de proteger su vida, pero no sólo por ser algo simplemente favorable para él –tras reputársele nacido, como sucedía con la ficción–, sino porque tiene la titularidad de tal derecho.

¹⁰¹ Para denominar al ser humano en concepción, el Código Civil expresamente utiliza el término “concebido”, que sólo será aplicable, técnico-jurídicamente, hasta su nacimiento con vida o muerte.

¹⁰² Que el concebido sea sujeto de derecho sólo para lo que le favorece, no afecta la protección de su derecho a la vida por parte del ordenamiento, sino todo lo contrario. En relación con este específico derecho, los “efectos favorables” reservados para el concebido generan dos consecuencias: i) que deba protegerse el derecho a la vida del concebido porque, en tanto inherente a su condición de ser humano, es algo favorable para él; y, ii) porque, al ser algo favorable, en virtud de su condición de sujeto de derecho, el concebido puede gozar de ese derecho. Este tema será tratado nuevamente en el Capítulo 3.

¹⁰³ Constitucionalmente también se brinda protección al concebido tras reconocérsele la condición de sujeto de derecho para todo lo favorable. Se entiende que al llamarlo concebido, el constituyente –aunque de modo *ex profeso* no diga nada– admite implícitamente que la vida del *nasciturus*, en tanto ser humano que es, inicia desde la concepción. Es elemental la relación terminológica existente, ya que –tanto en la CP 1993 como en el CC 1984– se le denomina concebido porque se entiende que es la concepción el momento determinante del inicio de la vida.

¹⁰⁴ Sánchez Dávalos dice: “[...] la vida es inescindible de la persona, [...] también lo es del concebido o *nasciturus*, ya que aquel no es ni representa una simple prolongación de la existencia natural del humano, sino su primera etapa inicial”. (L. SÁNCHEZ DÁVALOS, *Las dimensiones del derecho a la vida*, cit., p. 38).

manifestación de vida humana¹⁰⁵. Es el ser humano en la primera fase del desarrollo vital y posee existencia para el Derecho, que le brinda tutela en todo lo que le beneficia o favorece aun cuando, todavía, no ha nacido¹⁰⁶.

La intención del legislador de 1984, al declarar que la vida humana inicia desde la concepción, no fue otra que la de resaltar que desde aquel instante el ser humano merece protección jurídica. Era importante para el codificador que normativamente quedara establecida la posición adoptada sobre el inicio de la vida humana, pues ésta suponía el reconocimiento de un hecho biológico¹⁰⁷; siendo precisamente por la trascendencia de su reconocimiento que este Código Civil peruano, a través de su artículo primero, se limitó a enunciar que con la concepción iniciaba la vida humana¹⁰⁸. Es por ello que en la legislación peruana no existe norma alguna que defina en qué momento se produce la concepción¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Para Chanamé Orbe: “El concebido, genéticamente individualizado, es manifestación de vida, aun cuando todavía no ha sido alumbrado, posee existencia para el derecho en todo lo que lo beneficie o favorezca”. (R. CHANAME ORBE, *Comentarios a la Constitución*, cit., p. 109).

¹⁰⁶ Al respecto, Sánchez Dávalos dice: “[...] la vida como proceso natural, no se inicia en rigor con el nacimiento de la persona –aunque ciertamente a partir de allí se dé su principal manifestación– sino que se proyecta, a título de derecho, desde el significativo momento en que acontece la concepción”. (L. SÁNCHEZ DÁVALOS, *Las dimensiones del derecho a la vida*, cit., p. 37).

¹⁰⁷ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 9.

¹⁰⁸ Siguiendo la línea marcada por la primera y segunda frase del segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil, a nivel interno tenemos otras normas legales que –respectivamente– también hacen referencia a la concepción como momento inicial de la vida humana y al concebido como sujeto de derecho. En el Decreto Legislativo N° 346 – Ley de Política Nacional de Población, el Artículo IV inciso I del Título Preliminar establece: “La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: a la vida”, así como: “El concebido es sujeto de derecho desde la concepción”. La Ley N° 26842 – Ley General de Salud, en el Artículo III de su Título Preliminar establece: “El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”. Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes, regula en su artículo 1: “El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción”.

¹⁰⁹ A diferencia de lo que sucede con el Derecho Civil peruano, el CC Argentina establece una idea más precisa en su artículo 70: “*Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas [...]*” (que concuerda con el artículo 63 del mismo cuerpo legal: “*Son personas por nacer las que no habiendo nacido están el seno materno*”). Como puede apreciarse, para el Derecho Civil argentino “concepción” parece significar “la existencia de las personas en el seno materno”. En función de lo normado por este ordenamiento civil, para el cual la existencia de las personas comienza con la concepción en el seno materno, quedarían excluidos de protección jurídica los embriones que aún no se encuentren en él. Al respecto, Bossert sostiene: “[...] es fácil advertir que la redacción de ese texto data de una época en que no era concebible la formación de vida humana sino a partir del embarazo en el seno materno; por lo cual, la letra de estas normas no puede impedir que el intérprete considere que ese embrión es una criatura con los atributos de la condición humana y, por tanto, persona”. (G. BOSSERT, *Fecundación humana asistida*, en C. FERNÁNDEZ SESSAREGO *et alii*, *Derecho Civil de nuestro tiempo*, Gaceta Jurídica, Lima 1995, p. 113).

Ahora bien, aunque queda clara la posición de la legislación peruana sobre el momento en que inicia la vida del ser humano, ciertos desencuentros entre las disciplinas jurídicas civil y penal a propósito del momento en que debe brindarse protección al concebido¹¹⁰, las más recientes discusiones a nivel jurisprudencial sobre la distribución gratuita de la píldora del día siguiente¹¹¹, así como el cuestionamiento sobre el estatus jurídico que correspondería al concebido mediante técnicas artificiales de reproducción humana¹¹², han puesto a nuestro Derecho ante la necesidad de responder qué se entiende por concepción; problemática que, pese al silencio del legislador¹¹³, se encuentra delimitada por el propio ordenamiento jurídico, que impone definir el momento de la concepción mas no el momento del inicio de la vida¹¹⁴, pues sobre esto último ya tiene una respuesta: la concepción.

Por ello, a lo largo de este acápite pretende dilucidarse ¿En qué momento se produce la concepción y, en consecuencia, desde cuándo el ser humano es sujeto de derecho para la legislación civil peruana? La respuesta, sin lugar a

¹¹⁰ A nivel doctrinario, lo regulado por el Derecho Civil peruano sobre el comienzo de la vida humana encuentra como principales detractores a los estudiosos del Derecho Penal, para quienes sólo se puede proteger al concebido a partir del décimo cuarto día de existencia. Según esto, la protección jurídico penal del *nasciturus* estaría supeditada a la anidación del mismo en el útero. Cf. R. SALINAS SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 929. Esta problemática será abordada con detenimiento a lo largo de este acápite.

¹¹¹ En el Perú, esta temática fue tratada en el marco de un proceso constitucional de amparo –resuelto en la STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009– seguido por la ONG (Organización No Gubernamental) “Acción de Lucha Anticorrupción” contra el Ministerio de Salud, cuya pretensión era que este último se abstuviera de aplicar la política pública de distribución gratuita de la “Píldora del día siguiente” en los establecimientos de salud y hospitalarios, al no conocerse con certeza los efectos del citado fármaco (presumiblemente antianidatorios).

¹¹² Al no contarse con legislación sobre el tema en el ordenamiento peruano, a nivel doctrinario se abre el debate para determinar si lo regulado por el segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil resulta aplicable a los concebidos bajo técnicas de inseminación artificial y fecundación *in vitro*, así como a los embriones no implantados y congelados que quedan “sobrantes” a consecuencia de la realización de estas técnicas.

¹¹³ En el ámbito nacional, contamos con la Resolución Ministerial N° 729-2009-SA/DM, del 20 de junio de 2003, mediante la cual se aprueba el documento denominado “La Salud Integral; Compromiso de Todos – Modelo de Atención Integral de Salud”, que en su punto 1.1., diferenciando la atención de salud por cada etapa de vida, establece: “Programa de Atención Integral de Salud del Niño, que comprende **desde la fecundación** hasta los 9 años” y del “Niño por nacer, **desde la fecundación** hasta antes del nacimiento”. Cf. STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, ff. jj. 20-21. (La negrita en el texto es de la autora). Como puede verse en esta Resolución Ministerial –norma de alcance general aprobada por uno de los ministros de Estado–, el término “fecundación” es empleado para hacer referencia al momento a partir del cual la vida merece Atención Integral de Salud, aproximando de este modo el hecho de la fecundación a la concepción. No obstante, esta Resolución, que carece de fuerza legal, es por sí misma insuficiente para resolver la cuestión. Cf. Los incisos 4 y 5 del artículo 200 de la Constitución peruana vigente (de 1993), para ver la estructura jerárquica de las normas en el sistema jurídico peruano.

¹¹⁴ Cf. L. SÁNCHEZ DÁVALOS, *Las dimensiones del derecho a la vida*, cit., p. 47.

dudas, se encuentra impuesta por la realidad biológica, pues aunque puedan existir consideraciones jurídicas alejadas de ésta, lo cierto es que la ley no puede decidir cuándo empieza la vida. La tarea de determinar qué se entiende por concepción en el Derecho Civil peruano no implica optar arbitrariamente por una u otra de las teorías que postulan el momento de la concepción, sino que esto debe ser el reflejo de la realidad del ser humano.

Las posiciones¹¹⁵ esbozadas por la doctrina sobre la concepción, son diversas. En lo que compete al ámbito peruano, la teoría de la fecundación y la teoría de la anidación son las más difundidas. También se tiene a la teoría de la gestación o del embarazo que, aunque con menor difusión, es apoyada por una parte minoritaria del sector académico.

Para la teoría de la fecundación, la concepción se produce desde el instante en que el espermatozoide penetra en el óvulo, porque al quedar estos fusionados se genera una nueva célula denominada cigoto. Siendo desde ese instante, a decir de esta teoría, que puede hablarse de la concepción de un nuevo ser dotado de características únicas e irrepetibles¹¹⁶. Sin embargo, lo defendido por esta teoría ha sido segmentado por sus propios seguidores en dos sub posiciones. Unos consideran que la concepción empieza desde el inicio del proceso fecundatorio, porque una vez que el óvulo ha sido fecundado por el espermatozoide se da inicio a un proceso vital irreversible¹¹⁷. Para los otros, aunque la concepción se produce en la fecundación, ésta se desarrolla completamente cuando se fusionan los pronúcleos masculino y femenino –esto es, cuando los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos quedan conjugados–, a lo que se denomina singamia; por lo que sólo desde

¹¹⁵ A parte de las citadas en el cuerpo de la investigación, existe también la teoría que condiciona el comienzo de la vida humana al inicio de la actividad cerebral (que se produce, aproximadamente, a la sexta semana desde la fecundación). Para los que siguen esta teoría, resulta lógico que si la persona llega a su fin con el estado irreversible de las funciones cerebrales, lo propio es que la actividad cerebral sea también la que marque la pauta para el inicio de la vida humana. Para ver las referencias doctrinales a esta teoría, Cf. STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 14; G. BOSSERT, *Fecundación humana asistida*, cit., p. 118; G. BLASI, *¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario*, en C. CALDERÓN PUERTAS (coord.), *Persona, Derecho y Libertad, Nuevas perspectivas: Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa, Lima 2009, pp. 103-105.

¹¹⁶ Cf. L. SÁNCHEZ DÁVALOS, *Las dimensiones del derecho a la vida*, cit., p. 46.

¹¹⁷ Cf. STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 14, contenido en el punto i) dentro del acápite 4.2 de las Teoría sobre el inicio de la vida. El TC trata esta sub teoría basándose en la información brindada por la ciencia médica.

ese instante el cigoto goza de autonomía genética para presidir su propio desarrollo diferenciado de la madre y el padre¹¹⁸.

Lo que, en uno y otro caso, los seguidores de la teoría de la fecundación discuten es el tiempo exacto que dura la formación del cigoto¹¹⁹, mas no que la concepción se produzca con la fecundación, esto es, desde el instante mismo en que se fusionan el óvulo con el espermatozoide. La fecundación “es un proceso que dura algunas horas, y se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, y concluye luego de la interacción bioquímica con la formación del cigoto, que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino”¹²⁰. Aunque la formación del cigoto pueda durar algunas horas, “la concepción, la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, no produce ningún otro ser que no pertenezca a la naturaleza de ‘ser humano’”¹²¹.

Por su parte, para la teoría de la anidación sólo es posible afirmar el inicio del ser humano a partir de la anidación del óvulo fecundado –esto es, del cigoto– en la parte interior del útero materno¹²². Para ésta, únicamente puede hablarse de concepción cuando el óvulo fecundado obtiene las condiciones naturales que le permitan, con toda certeza, asegurar su desarrollo¹²³; lo que –según afirma la teoría en cuestión– “sólo puede darse en aquellos casos en los que el cigoto, una vez evolucionado en blastocito, queda alojado en la cavidad interna del útero [endometrio], situación que recién se produce a los siete días de la fecundación, demorando otros siete más, para quedar totalmente concluido”¹²⁴.

¹¹⁸ Cf. Ibídem. Bossert y Blasi siguen esta sub postura de la teoría de la fecundación. Cf. G. BOSSERT, *Fecundación humana asistida*, cit., pp. 115-116; G. BLASI, *¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano?...*, cit., pp. 99-100.

¹¹⁹ En la misma línea, Sánchez Dávalos señala: “Se discute en todo caso, [...], el tiempo que dura la formación de la cita nueva célula, pues aunque se acepta como referente de determinación la fusión antes descrita, esta no sería inmediata sino que necesitaría de varias horas luego de producida una relación sexual”. (L. SÁNCHEZ DÁVALOS, *Las dimensiones del derecho a la vida*, cit., pp. 46-47).

¹²⁰ STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 14, contenido en el punto i) dentro del acápite 4.2 de las Teoría sobre el inicio de la vida.

¹²¹ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 65.

¹²² Cf. STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 14, contenido en el punto ii) dentro del acápite 4.2 de las Teoría sobre el inicio de la vida. El TC trata la teoría de la anidación basándose en la información brindada por la ciencia médica.

¹²³ Cf. L. SÁNCHEZ DÁVALOS, *Las dimensiones del derecho a la vida*, cit., p. 47.

¹²⁴ Ibídem.

Frente a las posturas generadas, respectivamente, por ambas teorías, la doctrina civil defiende que la concepción no es otra que la fecundación misma¹²⁵. Para los juristas peruanos¹²⁶ que se desempeñan en esta disciplina jurídica las expresiones “concepción” y “fecundación” son indistintas, ya que aluden a una misma realidad: el instante en que inicia la vida humana; por lo cual, desde siempre “se han pronunciado a favor de ubicar la concepción en la etapa de la fecundación y específicamente a partir de la fusión de los pronúcleos y la formación de la nueva célula distinta a la que le dieron origen”¹²⁷.

La doctrina penal, por el contrario, prefiere adoptar la teoría de la anidación¹²⁸ para brindar protección jurídica a lo que denomina la “vida humana dependiente”¹²⁹ –sobre todo frente al delito¹³⁰ de aborto¹³¹–. Para el Derecho

¹²⁵ En este contexto, Fernández Sessarego señala: “[El concebido] constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 5). En la misma línea, Marcial Rubio dice: “Como fenómeno biológico, la concepción es la unión del espermatozoide y el óvulo”. (M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., p. 16).

¹²⁶ Entre los juristas peruanos que defienden esta postura se tiene a, Cf. M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., p. 16; C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 5; M. ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Luces y sombras del Código Civil*, tomo I, Librería Studium, Lima 1991, p. 41.

¹²⁷ STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 14.

¹²⁸ Cf. Ibídem, f. j. 23; R. SALINAS SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 929.

¹²⁹ Salinas Siccha señala que, en doctrina, por cuestión de sistemática vale diferenciar entre vida dependiente (la del embrión o feto) y vida independiente, que se refiere a la vida de la persona (desde el nacimiento hasta su muerte). Cf. R. SALINAS SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 929. A la vida dependiente, Muñoz Conde prefiere denominarla “vida humana no independizada”. Cf. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Sevilla 2002, 14^a ed., p. 1038.

¹³⁰ En el ordenamiento jurídico peruano el aborto es un delito. Se encuentra configurado como un tipo penal que reprime los atentados contra la vida humana dependiente, bajo cualquier modalidad: auto aborto, el aborto consentido, sin consentimiento, entre otros, y se encuentra regulado en los artículos 114 al 120 del Código Penal vigente de 1991. El artículo 114 sanciona el Autoabortion en el siguiente sentido: “La mujer que causa su aborto, o consiente que otro lo practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas”; el artículo 116 reprime el aborto sin consentimiento, como sigue: “El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años”; y, el artículo 117 establece la agravación de la pena por la calidad del sujeto: “El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido con la pena de los artículos 115 y 116 e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8”. En la nota a pie número 153 puede apreciarse el tenor de los otros artículos del Código Penal referidos al aborto.

¹³¹ Dada la posición asumida en la doctrina penal, el aborto es definido como “el aniquilamiento del producto de la gestación en el período comprendido entre la **anidación** hasta antes que comience el parto, ya sea provocando su expulsión violenta o por su destrucción en el mismo vientre de la gestante”. (R. SALINAS SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 929). La negrita en el texto es de la autora.

Penal es mejor tutelar la vida humana a partir de la anidación del cigoto en el útero –proceso biológico que concluye aproximadamente al décimo cuarto día de la fecundación–, porque sólo a partir de este momento el nuevo ser es biológicamente viable para desarrollarse naturalmente¹³². Pero ésta es sólo una consideración de la doctrina mas no de la legislación penal, la cual no hace referencia alguna al inicio de la vida humana. Resulta también conveniente señalar que la doctrina penal busca proteger la vida humana desde la anidación, no porque considere que desde ese instante aquélla inicie, sino porque –según sostiene– a partir de ese momento el cigoto tendría más posibilidades para seguir desarrollándose; con lo cual, en última instancia, termina afirmándose que hay vida humana antes de la anidación.

Por ello, más allá de lo que las normas o la doctrina puedan decir, lo cierto es –de acuerdo con la ciencia médica¹³³– que la concepción es un hecho biológico que se produce con la fecundación y no con la anidación¹³⁴, pues ésta es sólo una etapa dentro de todo el proceso vital que supone como necesaria la existencia previa de un cigoto –un óvulo fecundado por un espermatozoide– para ser implantado en el útero de la mujer. Es por ello que antes de producirse la anidación existe ya un ser humano, pues si éste no es tal desde la fecundación tampoco lo será después¹³⁵.

En esa medida, el CC 1984 denomina concebido al ser humano antes de nacer porque reconoce que la vida humana comienza con la concepción,

¹³² Cf. Ibídem.

¹³³ Cf. O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional...*, cit., p. 153.

¹³⁴ Al respecto, Díaz Muñoz señala: “Con los datos que nos alcanza la ciencia genética –en los que, como no podía ser de otro modo, el Derecho se sustenta–, desde el momento en que el óvulo es fecundado (fusión del óvulo con el espermatozoide) estamos ya frente a un nuevo ser humano (concebido o *nasciturus*), distinto al padre y a la madre, genéticamente diferente a cualquier otro individuo e irrepetible. Nunca llegará a ser humano si no lo es ya desde entonces”. (Ibídem).

¹³⁵ Cf. Ibídem. Sobre el tema, Fernández Sessarego afirma: “La ciencia considera que la vida humana del concebido no aparece en el instante de la implantación del embrión en el útero, acto comúnmente conocido como ‘anidación’, sino en el de la fusión de los núcleos de los gametos femenino y masculino. Si recién en la anidación apareciese un nuevo ser viviente no se explica qué clase de ser es aquel que, surgiendo en el momento de la concepción o fecundación, existe en el cuerpo de la madre hasta su implantación en el útero. ¿Será, acaso, una pepita de oro, una pepita de algodón, un árbol de algarrobo o un corderito?”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica del concebido*, cit., p. 44). El autor citado utiliza el mismo argumento, Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, cit., p. 12. Mantiene la misma posición Scala, autor citado O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional...*, cit., p. 155. Por su parte, de modo bastante ejemplificativo, Leal Esquivel dice: “implantarse en el útero es como anclar un barco: el barco existía antes de anclarse”. (A. LEAL ESQUIVEL, citado por O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional...*, cit., p. 155).

declarándolo, además, sujeto de derecho para todo cuanto le favorable. Bajo esta misma lógica, de admitirse como válida la regla por la que la implantación o anidación es el momento en que inicia la vida humana, el “concebido como sujeto de derecho” sufriría una metamorfosis conceptual y material, pues se hablaría del “implantado o anidado como sujeto de derecho”, condicionándose al ser humano a su anidación o implantación en el útero para poseer la calidad de sujeto de derecho y, por ende, gozar de tutela jurídica.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano (en adelante, TC) también ha fijado su posición al respecto en la STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, en la que se discute la posible afectación al derecho a la vida del concebido con la distribución gratuita de la píldora del día siguiente¹³⁶. En ésta el TC, aplicando los principios *pro homine*¹³⁷ y precautorio¹³⁸, establece que, como la vida humana debe protegerse desde la concepción, no corresponde distribuir la píldora del día siguiente al existir dudas razonables sobre sus

¹³⁶ Distribución que debía realizar el Ministerio de Salud (MINSA) como parte de una política pública de planificación familiar. Conviene señalar aquí que, antes de la STC en commento el TC había declarado fundada una acción de cumplimiento contra el MINSA por no haber aplicado resoluciones vigentes que le ordenaban repartir gratuitamente la “píldora del día siguiente”. Cf. STC Exp. N° 7435-2006-PC/TC, del 13 de noviembre de 2006. De acuerdo con el artículo 66 del Código Procesal Constitucional peruano, el proceso de cumplimiento sólo tiene por objeto: “1) Ordenar que el funcionario o la autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; y, 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento”; siendo por ello que, en este proceso (Exp. N° 7435-2006-PC/TC), el TC, tras verificar que el referido mandato presentaba los requisitos establecidos en la STC Exp. N° 0168-2005-PC/TC (“a) Ser un mandato vigente; b) Ser un mandato cierto y claro; es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal; c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; y, e) Ser incondicional, excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria”), dispuso que el MINSA debía cumplir el mandato vigente que le ordenaba la distribución del citado fármaco.

¹³⁷ El principio *pro homine* es un principio de interpretación de derechos humanos “conforme al cual debe preferirse aquello que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos humanos”. (O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional...*, cit., p. 149). Cf. M. RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2010, 2^a ed., pp. 248-249.

¹³⁸ El principio precautorio, en palabras del TC, si bien fue un principio “inicialmente creado para la protección del hábitat de animales y después en general para la protección de la ecología y el medio ambiente, ha pasado ya también a ser pauta o recurso para el análisis de actividades, procesos o productos que puedan afectar a la salud del ser humano. La salud humana es uno de los ejes fundamentales del recurso a este principio”. (STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 48). Se trata de un principio que opera “ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos”. (STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 50).

efectos¹³⁹, básicamente referidos a la forma en la que dicho fármaco afecta al endometrio y, por ende, al proceso de implantación del cigoto¹⁴⁰; precisando para ello que la concepción se da con la fecundación¹⁴¹, porque como bien señala: “[Es] con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio”¹⁴².

En el contexto normativo, el criterio establecido por el TC sobre el momento en que se produce la concepción, es de aplicación general para todo el Derecho. Todas las disciplinas jurídicas encargadas de tutelar la vida humana¹⁴³ deben protegerla desde la concepción, que se produce con la fecundación, porque con ésta se forma “un individuo único e irrepetible que cuenta con una nueva y exclusiva información genética que, si nada lo interrumpe y sin dejar de ser el mismo individuo, se desarrollará autónomamente como un ser humano, según el programa de ejecución inscrito en su propia genoma”¹⁴⁴. Así las cosas, cobra sentido que el CC 1984 haya reconocido que la vida humana comienza con la concepción y que, encontrando su fundamento en este hecho biológico, declarara que el ser humano es sujeto de derecho desde que es concebido.

Es por ello que la doctrina penal debe proteger la “vida humana dependiente” desde el momento de la concepción, es decir, desde el primerísimo instante en que la vida comienza, sin necesidad de condicionarla a

¹³⁹ Cabe señalar que para arribar a la citada conclusión, el TC, además del principio *pro homine* de interpretación de derechos humanos, invocó el principio precautorio por la existencia de dudas razonables acerca de los efectos que podría causar el consumo de la denominada “píldora del día siguiente”, también conocida como Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE). Cf. O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional...*, cit., pp. 158-160.

¹⁴⁰ Cf. STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 53.

¹⁴¹ Sobre este pronunciamiento del TC, Díaz Muñoz señala: “Como no podía ser de otra manera, la conclusión a la que, aplicando el principio *pro homine*, llega el TC, tiene el respaldo de la ciencia, que nadie ha sido capaz de refutar también científicamente: que la vida del ser humano se inicia con la fecundación del óvulo por el espermatozoide”. (O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional...*, cit., p. 149).

¹⁴² STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 38.

¹⁴³ Entre ellas, el Derecho Constitucional, Civil y Penal.

¹⁴⁴ O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional...*, cit., p. 151.

la anidación¹⁴⁵. De modo más concreto, las razones por las que el Derecho Penal debería defender la vida del concebido desde la fecundación son las siguientes: i) porque la ciencia médica actualmente permite conocer que es desde ese momento en que inicia la vida humana¹⁴⁶; ii) porque el TC ha establecido un criterio al respecto: la vida debe ser protegida desde la concepción¹⁴⁷; y, iii) porque al Derecho Penal no le compete regular cuándo inicia la vida humana, sino simplemente protegerla. No debe esperar al décimo cuarto día, en que se produce la anidación del cigoto en el útero, para brindar protección al ser humano, sino aplicar debidamente –frente al aborto u otros tipos penales que protegen al concebido– lo reconocido por el Código Civil sobre el inicio de la vida humana¹⁴⁸.

Cuando la discusión sobre el momento en que se produce la concepción parece haber quedado resuelta, un sector minoritario de la doctrina¹⁴⁹ sostiene que por concepción debe entenderse embarazo o gestación¹⁵⁰, ya que en varios artículos del CC 1984 se hace referencia al embarazo para atribuir

¹⁴⁵ Cf. Ibídem, 155; C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica del concebido*, cit., p. 44; C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, cit., p. 12.

¹⁴⁶ Cf. O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional...*, cit., p. 151.

¹⁴⁷ Cf. Ibídem, p. 153.

¹⁴⁸ Para la doctrina nacional los vacíos de la legislación penal justifican una interpretación supletoria de las normas civiles, por lo que si la norma penal no dice nada sobre el inicio de la vida y el Derecho Civil sí lo hace (“la vida humana comienza la concepción”), esto debería ser aplicado supletoriamente por el Derecho Penal. Cf. R. SÁNCHEZ BARRAGÁN, *El tratamiento jurídico del derecho a la vida...*, cit., p. 68. Asimismo, sobre la aplicación supletoria de la norma civil al ámbito penal, Rubio Correa señala: “El Código Civil peruano, al considerar que la vida humana comienza con la concepción, ha determinado al propio tiempo que el aborto en cualquier etapa del embarazo es privación de vida humana y, por consiguiente, del derecho a la vida. Podría parecer que el aborto es un asunto penal y no civil, pero hay que tener en cuenta el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que dice: ‘Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza’. Por consiguiente, el principio es que la regla de que la vida humana comienza con la concepción se aplica también al Derecho Penal. [...], no encontramos incompatibilidad de naturaleza entre la norma del Código Civil [...], y el Derecho Penal”. (M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., pp. 18-19).

¹⁴⁹ Cf. L. SÁNCHEZ DÁVALOS, *Las dimensiones del derecho a la vida*, cit., p. 20. En la misma línea, Cf. L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 77. Donato Busnelli también trata el tema a propósito de la situación de interinidad e incertidumbre en la que quedarían los embriones no implantados con lo resuelto por el Tribunal de Bologna –en la ordenanza del 26 de junio de 2000, según refiere el mismo autor–, y a los que sólo se les brindaría protección al inicio del embarazo. Cf. F. DONATO BUSNELLI, *Bioética y derecho privado*, Editora Jurídica Grijley, Lima 2003, p. 130.

¹⁵⁰ Monge Talavera, siguiendo la definición de concepción que expone la Real Academia de la Lengua Española, se refiere a lo regulado por el Código Civil peruano con la siguiente afirmación: “[...] el principio consagrado en el Código según el cual ‘la vida humana comienza con la concepción’, debe entenderse como referido al inicio de la gestación (que marca la concepción)”. (L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 77).

efectos jurídicos a determinadas situaciones, mas no a la concepción¹⁵¹. Para los partidarios de esta tesis sólo el diagnóstico médico de un embarazo otorga seguridad jurídica, siendo por ello que “en el ámbito de nuestro Derecho Penal se tipifica como delito de aborto¹⁵² no al atentado contra un embrión fecundado, sino a la supresión del feto que anida en el vientre de la gestante o embarazada, como se deduce con toda nitidez de los artículos 115, 118, 119 y 120 del Código Penal”¹⁵³.

Entre todas las tesis que han sido esgrimidas para dar respuesta al momento en que se produce la concepción, esta última parece la menos convincente. El hecho de que el embrión fecundado necesite estar anidado en el útero para la continuidad de su normal desarrollo, no significa que recién a partir de ese instante exista vida humana, ni que concepción equivalga a embarazo. La “implantación del embrión en el útero o anidación no es el inicio de la vida sino una fase del proceso continuo de la vida”¹⁵⁴. Por ello, el TC, reconociendo que la anidación forma parte del desarrollo del proceso vital mas no constituye su inicio, ha establecido en su jurisprudencia que “aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se

¹⁵¹ A lo anterior, Monge Talavera agrega: “El derecho constata esa realidad biológica, a través de un diagnóstico médico, y determina a partir de ella numerosos efectos jurídicos (artículos 2, 363 inciso 2, 386, 402 incisos 3 y 5, 404, 805)”. (Ibídem).

¹⁵² Sostiene Salinas Siccha: “Biológica y jurídicamente, este delito pone en peligro o lesiona la vida humana en formación más no la vida de la persona natural. [...] se comete cuando de manera intencional se provoca la interrupción del embarazo, causando la muerte del embrión o feto en el seno de la madre o logrando su expulsión prematura”. (R. SALINAS SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 929).

¹⁵³ L. SÁNCHEZ DÁVALOS, *Las dimensiones del derecho a la vida*, cit., p. 48. Los artículos citados en el texto aparecen regulados en el Código Penal peruano –Decreto Legislativo N° 635 de 1991– y textualmente establecen lo siguiente: “artículo 115.- Aborto consentido: El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años”; “artículo 118.- Aborto preterintencional: El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas”; “artículo 119.- Aborto Terapéutico: No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”; y, “artículo 120.- Aborto sentimental y eugenésico: El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o 2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”.

¹⁵⁴ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica del concebido*, cit., p. 45.

trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente, pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido”¹⁵⁵.

El antiguo aforismo romano que definía al concebido como *qui in utero est*¹⁵⁶ –que incluso aún algunas normas civiles y penales peruanas tienen en cuenta para generar ciertos efectos jurídicos¹⁵⁷– deja de ser regla absoluta al haber quedado superada, además de lo dicho en el párrafo anterior, con el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, en específico con la fecundación *in vitro*¹⁵⁸, que ha permitido confirmar que la vida humana empieza con la concepción o fecundación al haber logrado generarse, artificialmente, vida humana fuera del seno materno¹⁵⁹.

Esta última precisión permite enlazar la materia tratada con la necesidad de determinar el estatus jurídico del embrión fecundado mediante el empleo de las técnicas de reproducción asistida, así como evaluar la posible –y por qué no decir adecuada– aplicación de las normas civiles pertinentes a los casos de concepción o fecundación artificial¹⁶⁰. Se intenta resolver la problemática en base a las siguientes interrogantes: ¿Cuál es la entidad y el estatus jurídico que ostentaría el embrión *in vitro*? ¿Será antes de la implantación un sujeto de

¹⁵⁵ STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 38.

¹⁵⁶ Este aforismo se traduce en la expresión: “el que está en el útero”. Cf. M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., p. 19.

¹⁵⁷ A modo de muestra, tenemos: En el Código Civil, el artículo 2, que regula la acción de reconocimiento del embarazo o parto, establece en su párrafo primero: “La mujer puede solicitar judicialmente el **reconocimiento de su embarazo** o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento”. En el Código Penal, el artículo 118 sanciona el aborto preterintencional estableciendo: “El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o **constándole el embarazo**, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas”. La negrita en el texto de ambas normas es de la autora.

¹⁵⁸ Sobre esta idea, Fernández Sessarego sostiene: “La independencia genética del concebido en relación con la madre se ha puesto de manifiesto en tiempos recientes a través de experiencias biomédicas que han logrado generar vida humana fuera del seno materno, por medios artificiales. Nos referimos a la conocida fecundación *in vitro*”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 65).

¹⁵⁹ Cf. IDEM, *Derecho de las personas*, Cultural Cuzco, Lima 1990, p. 31.

¹⁶⁰ A este tipo de fecundación también se le denomina “extracorpórea”. Bossert distingue la fecundación en *in vitro* y natural para referirse al caso de los concebidos mediante técnicas de fertilización artificial y a los concebidos vía normal relación sexual, respectivamente. Cf. G. BOSSERT, *Fecundación humana asistida*, cit., p. 116.

derecho, requiere de la implantación para serlo o, simplemente, sea de una u otra manera, la protección civil no le alcanzará?¹⁶¹

Para una mejor precisión de los conceptos, es conveniente abordar este tema siguiendo la distinción de los embriones en *in vivo* e *in vitro*¹⁶². Los primeros son aquellos “que se encuentran dentro del útero materno y en las condiciones oportunas para su evolución, cuya tendencia o destino natural es desarrollarse convirtiéndose en fetos y en individuos neonatos (tras el nacimiento)”¹⁶³. Los segundos, por su parte, son aquellos que “no se encuentran en situación de desarrollarse sin más, si no es tras una variada gama de actuaciones médicas y actividades científicas que les sitúen en las condiciones precisas para potenciar su evolución”¹⁶⁴.

Sobre la base de la diferenciación antes expuesta, hay quienes¹⁶⁵ consideran que los embriones fecundados naturalmente y los fecundados de modo artificial no pueden ser objeto del mismo tratamiento y protección, ya que los primeros tendrían un estatus de mayor protección que los segundos, que, sin dejar de estar protegidos, son considerados algo más cercano a un conglomerado de células que a un ser humano¹⁶⁶.

Para otros autores¹⁶⁷, entre el concebido mediante técnicas de reproducción asistida y quien lo ha sido por métodos naturales no median diferencias que justifiquen un tratamiento distinto, pues el resultado de la concepción –sea cual sea el método que se utilice– siempre será un embrión

¹⁶¹ Siguiendo a D'Agostino cabe precisar que la posibilidad de crear *in vitro* embriones humanos, de congelarlos y someterlos a intervenciones manipuladoras (aunque pueda ser o no con fines científicos, terapéuticos o eugenésicos), la posibilidad de implantarlos en el útero femenino con fines procreadores, son prácticas que involucran siempre la vida humana que va a nacer. Cf. F. D'AGOSTINO, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., p. 224. Por ello, en la medida que estas prácticas ponen en juego la tutela de la vida humana embrionaria, es que se hace necesario determinar si, desde la perspectiva de la normatividad civil peruana, el embrión *in vitro* es tan sujeto de derecho como el embrión fecundado naturalmente. De ser así, correspondería plena tutela jurídica también al primero.

¹⁶² Esta distinción es resaltada por Junquera de Estéfani para justificar que los embriones *in vitro* si bien merecen protección al igual que los embriones *in vivo*, estos últimos tendrían un estatus de mayor tutela que los primeros. Cf. R. JUNQUERA DE ESTÉFANI, *Respuestas jurídicas ante la congelación de gametos y embriones*, en R. JUNQUERA DE ESTÉFANI (dir.), *Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Comares, Granada 2008, pp. 247-248.

¹⁶³ Ibídem, p. 248.

¹⁶⁴ Ibídem.

¹⁶⁵ Cf. Ibídem.

¹⁶⁶ Cf. Ibídem. Junquera de Estéfani agrega: “A nuestro entender puede ser una distinción correcta a tomar en consideración a la hora de valorar las actuaciones que se realicen sobre los embriones”. (Ibídem).

¹⁶⁷ Cf. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona física...*, cit., p. 354.

humano¹⁶⁸. Pese a ello, se considera que los embriones *in vitro* deben quedar fuera del sistema protector de los efectos patrimoniales en tanto no sean implantados, pues lo contrario sólo generaría gravísimas consecuencias, como la de prolongar indefinidamente la interrupción de dichos efectos al no haber certeza del plazo para su anidación¹⁶⁹; ya que lo más habitual de esta técnica no es implantar inmediatamente en el útero al embrión fecundado, sino fecundar varios óvulos y congelar los no implantados para ulteriores implantes, en donde los embriones congelados pueden pasar años en esa situación¹⁷⁰.

Para otra parte de la doctrina¹⁷¹, el embrión *in vitro* no es sujeto de derecho al no ser propiamente vida humana¹⁷², ya que –según afirma– de acuerdo con la normatividad peruana sólo habría concepción una vez producida la transferencia de aquél al útero y, únicamente, de este momento merece protección¹⁷³. Pero ésta es simplemente una interpretación doctrinal, ya que el sometimiento de la concepción al embarazo no se encuentra en la

¹⁶⁸ Cf. Ibídem.

¹⁶⁹ A propósito de la posible aplicación del artículo 29 del CC España (que establece: “*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*”) a los casos de embriones fecundados *in vitro*, Martínez de Aguirre considera que extender los alcances de este precepto –de específico corte patrimonial– a todos los embriones congelados tendría graves consecuencias, como “por ejemplo, la de prolongar la situación de interinidad, impuesta por la existencia de un concebido, no ya durante los nueve o diez meses en que razonablemente pudo pensar el legislador en relación con el art. 29 Cc., sino durante los que el embrión puede seguir congelado conforme a la LTRHA. Estas consideraciones justifican que los embriones congelados queden fuera del sistema protector del art. 29 Cc., [...], en tanto no sean implantados”. (Ibídem). Las siglas LTRHA se refieren a la Ley N° 14/2006, de Técnicas Reproducción Humana Asistida, vigente sobre la materia en el ordenamiento español.

¹⁷⁰ Cf. Ibídem.

¹⁷¹ Cf. L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 77. Para ver algunas referencias sobre esta postura, Cf. G. BOSSERT, *Fecundación humana asistida*, cit., pp. 119-120; S. CIFUENTES, *El inicio de la vida humana (El embrión – Principio jurídico de existencia de la persona)*, en C. FERNÁNDEZ SESSAREGO et alii, *Derecho Civil de nuestro tiempo*, Gaceta Jurídica, Lima 1995, pp. 55-56.

¹⁷² Para Monge Talavera, defensora de esta postura: “[...] el embrión creado *in vitro* no es un sujeto de derecho [porque] la fecundación de células sexuales en un laboratorio es un acto biológico, el cual, en el estado de la legislación, no genera ningún efecto jurídico. Dicho de otro modo no hay concepción antes de la transferencia del embrión *in útero*. Y si, de acuerdo al artículo primero ‘*la vida humana comienza con la concepción*’, es posible afirmar que jurídicamente el embrión obtenido *in vitro* no es tratado como vida humana”. (L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 77).

¹⁷³ Cf. Ibídem. Por ello, Monge Talavera, refiriéndose específicamente al artículo primero del Código Civil peruano, afirma: “No se puede, en nombre del embrión *in vitro*, reivindicar un supuesto derecho de acceder a la vida. No existe obligación a cargo de la mujer de asumir la gestación. Desde nuestra legislación el huevo humano *in vitro* no es titular de derechos. Solamente una vez producido el hecho de la concepción en el seno materno, la vida merece una protección específica, por más efímera que sea. Es a partir de ese momento que podemos hablar de existencia y eventuales derechos del ser humano. De ninguna manera antes”. (Ibídem, pp. 77-78).

literalidad del artículo primero del Código Civil y, además, porque –como ya se dijo– la concepción se produce con la fecundación; siendo así como lo entiende el orden civil peruano.

Por su parte, un importante sector de opinión¹⁷⁴ –amparado en el planteamiento actual del Derecho peruano, que admite el inicio de la vida con la concepción, sin distingo alguno en el modo de la fecundación– considera que los embriones concebidos extrauterinamente son tan sujeto de derecho como los fecundados de modo natural¹⁷⁵, rechazando que los primeros deban quedar desprotegidos a falta de regulación sobre la materia en el ámbito jurídico peruano. Defiende que, para el Código Civil vigente del Perú, el embrión fecundado de modo extracorpóreo es una vida humana que merece todos sus derechos¹⁷⁶.

Pese a no existir, aún, una posición de consenso en la materia, queda claro que no puede excluirse a los embriones *in vitro*, o fecundados artificialmente, del ámbito de aplicación de lo normado por el segundo párrafo del artículo 1 del CC 1984. La falta de regulación en el Derecho peruano sobre el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, así como la falta de precisión sobre el específico estatus de los embriones fecundados mediante estas técnicas¹⁷⁷, no puede justificar que la situación de éstos quede sometida

¹⁷⁴ Entre los autores que la defienden, Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., pp. 126-128; C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., pp. 63-66; A. TORRES VÁSQUEZ, *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, IDEMSA, Lima 2002, 6^a ed., p. 39; M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., p. 19; O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional...*, cit., p. 154.

¹⁷⁵ Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 127.

¹⁷⁶ RUBIO CORREA dice: “Desde hace algunos años, la expresión «el que está en el útero» es ya insuficiente porque ahora puede haber fertilización humana artificial de múltiples formas, que incluyen hasta la fertilización en probeta. Aún en este último caso, ese embrión será una vida humana que merece todos sus derechos para el Código Civil del Perú”. (M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., p. 19).

¹⁷⁷ En Argentina, en donde sólo se considera personas a los embriones existentes en el seno materno y, en esa medida, se les brinda protección jurídica. En España, en donde al amparo del artículo 1.2 de la LTRHA se admite la distinción entre preembrión (el embrión desde la fecundación hasta los catorce días) y embrión (desde los 14 días de fecundado hasta el nacimiento), para justificar en los primeros la realización de actividades de investigación, experimentación, diagnóstico prenatal, o selección preimplantacional, cuando la realidad biológica demuestra que desde ese momento hay una vida humana y como tal puede recibir tutela. En este último caso, la regulación se funda en el marco jurídico que actualmente envuelve al concebido: A la luz del Código Civil (artículos 29 y 30) su tutela se encuentra sometida al nacimiento y, de acuerdo a lo determinado jurisprudencialmente (Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional español – STC 53/1985), no es titular del derecho fundamental a la vida, pero sí un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de su Constitución. Discrepando del actual tratamiento que brinda la LTRHA al preembrión, Martínez

a la interinidad y la incertidumbre. Esto hace posible que los alcances del citado precepto puedan extenderse a los casos de fecundación o concepción artificial, con lo cual los embriones *in vitro* tendrían –al igual que los embriones fecundados naturalmente– la calidad de sujeto de derecho.

Los juristas de todos los tiempos, atendiendo a la particularidad con la que cada ordenamiento dispensa tratamiento al concebido¹⁷⁸, seguirán debatiendo la cuestión de si el embrión preimplantatorio debe ser considerado o no sujeto de derecho, dotado de capacidad jurídica propia. Concretamente para el Derecho Civil peruano¹⁷⁹, el concebido es un ser humano desde la concepción, por lo cual le reconoce la condición jurídica de sujeto de derecho desde ese preciso instante, sin hacer reparo alguno en la forma en la que fuera fecundado, ni condicionando la adquisición de la personalidad a su anidación o implantación en el seno materno.

Por ello, cuando la legislación civil enuncia que la “*vida humana comienza con la concepción*” quiere declarar que desde la fecundación existe un ser humano digno de respeto y protección¹⁸⁰; con lo cual se pone de manifiesto un vínculo indisociable entre el ser humano y la personalidad que le es propia desde que es concebido, sea cual fuere el modo en que hubiese sido

de Aguirre señala: “Lo que ocurre es que en este caso la edad fijada (14 días) es puramente arbitraria, puesto que no indica un cambio sustancial (de naturaleza) que justifique la consideración o no como ser humano del embrión, y permita experimentar o investigar con él, o destruirlo. Lo que hay, es, antes y después de esos 14 días, un ser humano en desarrollo. Y lo relevante de esa edad es que antes de cumplirla, el llamado preembrión (ser humano de menos de 14 días) puede ser sujeto a manipulación, donación, experimentación, investigación o selección y destrucción”. (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona física...*, cit., pp. 356-357).

¹⁷⁸ Como se explicara en la nota a pie número 109, el artículo 70 del CC Argentina asume una posición similar a la del Derecho Civil peruano en cuanto enuncia que la vida humana (en sus términos, “la existencia de las personas”) comienza con la concepción, pero la misma tiene un sentido más restringido en tanto que se refiere, en específico, “a los concebidos en el seno materno”. La especial posición asumida por el CC Argentina ha generado que, de modo liminar, se excluya a los embriones que no se encuentren en el seno materno de la protección que brinda su sistema, quedando desprotegidos los embriones *in vitro* que aún no han sido implantados. Cf. G. BOSSERT, *Fecundación humana asistida*, cit., pp. 113, 120; S. CIFUENTES, *El inicio de la vida humana...*, cit., pp. 55-60.

¹⁷⁹ Cabe recordar que para el Derecho Constitucional peruano el concebido es también sujeto de derecho para todo lo favorable.

¹⁸⁰ Por la trascendencia del tema, para Rubio Correa existen dos modos de entender la concepción: como fenómeno biológico y como fenómeno jurídico. Desde el primero, la concepción es la unión del óvulo con el espermatozoide, esto es, marca el inicio de la vida humana y, como fenómeno jurídico, la concepción tiene consecuencias jurídicas porque con ella nace la vida humana y el concebido adquiere derechos. Cf. M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., pp. 16-17.

fecundado¹⁸¹ –naturalmente o *in vitro*–. Por lo que resulta plenamente aplicable a los concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil peruano vigente¹⁸², que protege la vida humana desde la concepción sin hacer distinciones de ninguna índole.

2. El concebido como sujeto de derecho y “persona humana” según el artículo 1 del CC 1984: consideraciones de la doctrina

Tras enunciar que la vida humana comienza con la concepción, el Código Civil peruano vigente reconoce al concebido la condición de sujeto de derecho, aunque sólo para lo favorable. Este Código destaca entre sus contemporáneos porque asume una categoría jurídica diferente para referirse al concebido¹⁸³: la de “sujeto de derecho”¹⁸⁴; expresión que, para la doctrina nacional, constituye una “novedad técnica”¹⁸⁵, porque aun cuando no ha sido la legislación peruana la que introdujo el término¹⁸⁶, sí es la que por primera vez lo utiliza para referirse al concebido como centro de imputación jurídica¹⁸⁷.

¹⁸¹ Al respecto, Espinoza Espinoza dice: “Desde el momento en que se produce la unión del espermatozoide con el óvulo, surge un ser genéticamente individualizado, a partir de ese instante existe vida humana y, como tal, merece protección y respeto. [...]. Considero que el embrión concebido extrauterinamente es tan ‘sujeto de derecho’ como aquel que es producto del norma acto sexual y que se encuentra regulado en el artículo 1 del Código Civil peruano”. (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 127).

¹⁸² Sobre este punto, Espinoza Espinoza dice que el concebido por fecundación artificial es un sujeto de derecho con las siguientes características: i) Le es aplicable el artículo 1 del Código Civil peruano; ii) no es objeto de investigación; iii) si se suprime su desarrollo se incurre en delito de aborto; señalando además que desde el momento de la unión del espermatozoide con el óvulo surge este sujeto de derecho denominado “concebido extracorpóreo” a quien corresponde aplicarle sin restricciones el artículo 1 del Código. Cf. Ibídem, pp. 127-128.

¹⁸³ Fernández Sessarego señala: “La generalidad de los códigos civiles contemporáneos, [...], no reconocen subjetividad al concebido, reputándolo nacido para el solo efecto de reservar, bajo una especie de ‘condición suspensiva’, los derechos que le acuerda el ordenamiento positivo a la espera de su nacimiento”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 79).

¹⁸⁴ En palabras de Fernández Sessarego, el sujeto de derecho “es el ente al cual se imputan situaciones jurídicas subjetivas”. (IDEM, *Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un retirado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI*, en G. A. BORDA et alii, *Doctrina contemporánea*, Normas Legales, Lima 2003, p. 4).

¹⁸⁵ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 38.

¹⁸⁶ En esta instancia cabe recordar que fue la legislación civil italiana de 1942 la que introdujo la dicción “sujeto de derecho” para extender su protección a la organización de personas no inscritas, mas no al concebido; siendo, por tanto, el CC 1984 el que utiliza por primera vez la expresión para referirse al concebido, así como a todos los demás entes jurídicos a los que alcanza protección. Cf. Ibídem, cit., p. 37.

¹⁸⁷ Antes del CC 1984, tanto en el Perú como en otros ordenamientos, sólo se brindaba tutela al concebido bajo la figura de la ficción.

Pero la situación jurídica que actualmente ostenta el concebido en el Derecho Civil peruano no es producto de un simple cambio de concepción a nivel legislativo, ni mucho menos de la preferencia del legislador. Es el resultado de un largo proceso de codificación que, desde su inicio en el año 1965, estuvo acompañado de diversas propuestas por parte de quienes integraban la Sub Comisión¹⁸⁸ encargada de plantear el contenido y la redacción del primer Libro del CC 1984¹⁸⁹; propuestas sustentadas sobre todo en el ideal de reconocer jurídicamente al concebido como sujeto de derecho, pues antes –del Código de 1984– sólo se consideraba centro de referencia jurídica a la persona, la que no comprendía a los seres humanos antes del nacimiento¹⁹⁰.

Con anterioridad al CC 1984 era común que sólo se considerara centro de imputación jurídica a la persona, término que quedaba reservado para la persona “natural” y para la “jurídica”¹⁹¹ –concepción que llevó a confundir los conceptos “sujeto de derecho” y “persona” hasta el punto de ser considerados nociones equivalentes o indistintas¹⁹²–. Por ello, en el marco de la elaboración del citado Código, se genera todo un debate doctrinal abocado a la búsqueda de una categoría única que tuviera la suficiente capacidad conceptual para englobar a todos los entes¹⁹³ dignos de tutela jurídica, entre los que se incluye a las personas natural y jurídica.

¹⁸⁸ Era una Sub Comisión encargada de proponer qué debía introducirse en el Libro Primero del CC 1984 y estuvo integrada por Fernández Sessarego, entre otros. Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., pp. 8-9; C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El derecho de las personas en el umbral del siglo XXI*, Ediciones Jurídicas, Lima 2002, pp. 97-98; C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho...*, cit., p. 24.

¹⁸⁹ Se trata del Libro primero del CC 1984, referido al Derecho de las Personas.

¹⁹⁰ Al respecto, cabe recordar que el derogado CC 1936 consideraba nacido al concebido para ciertos efectos y, en esta medida, le brindaba protección, mas no porque lo considerara sujeto de derecho.

¹⁹¹ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho...*, cit., p. 4. Sobre este punto señala Fernández Sessarego: “En verdad, existió a menudo latente entre los juristas la inquietud por hallar una noción única de personas, que comprendiera tanto a las persona llamada ‘natural’ como aquella denominada ‘jurídica’”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 28).

¹⁹² Ya que –como se dijo– era con el término “persona” con el que se hacía referencia a los centros de imputación jurídica, y había quedado reservado sólo para la persona natural y la persona colectiva o jurídica.

¹⁹³ Pero siempre referidos a la vida humana.

Es en ese contexto que la Sub Comisión encargada de proponer el contenido del Libro Primero del Código Civil, advierte a la Comisión Revisora¹⁹⁴ que la noción “sujeto de derecho” no se reduce tan sólo a las personas “naturales o físicas” y a las “jurídicas”, sino que, en el entorno jurídico nacional, dos entes más también tienen aquella calidad¹⁹⁵: el concebido, porque es un ser humano por nacer, y la organización de persona no inscrita, porque actúa en el mundo jurídico como si fuera una persona jurídica; planteándose de este modo la necesidad de incorporar a estos últimos como sujetos de derecho.

El concepto jurídico de persona resultaba finalmente aplicable a las personas naturales y a las jurídicas¹⁹⁶, pero técnicamente insuficiente para comprender a otros entes que, al igual que ellas, también tenían o podían tener la calidad de sujetos de derecho. Esto a su vez permitía entender que era el ámbito restringido del término “persona” el que había llevado a los anteriores Códigos Civiles peruanos a emplear la ficción como herramienta jurídica¹⁹⁷ para brindar protección al concebido; figura jurídica que, reputándolo nacido, le atribuía efectos favorables, pero los mismos sólo se concretaban a su nacimiento con vida.

Por tales consideraciones, el legislador civil de 1984 decide apartarse de la arraigada tradición marcada por el uso de la ficción jurídica¹⁹⁸, e inspirado por la legislación italiana de 1942¹⁹⁹ emplea el concepto “sujeto de derecho”, comprendiendo bajo esta expresión a cuatro categorías concretas de sujetos²⁰⁰: el concebido, la persona individual –también llamada “natural” por la

¹⁹⁴ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho...*, cit., p. 24.

¹⁹⁵ Cf. Ibídem.

¹⁹⁶ Cf. M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., p. 20.

¹⁹⁷ Posición asumida legislativamente por los derogados Códigos Civiles peruanos de 1852 y 1936.

¹⁹⁸ Al respecto, dice Fernández Sessarego: “[...] para el Código Civil peruano de 1984, el concebido dejó de ser lo que no era: una mera ‘ficción’ para convertirse en vida palpitable, un ser humano por nacer”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho...*, cit., p. 25).

¹⁹⁹ Cfr. IDEM, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., pp. 37-38. Si bien el Código Civil peruano vigente se basa en la legislación italiana para utilizar la expresión sujeto de derecho, cabe precisar que ésta no extendió tal condición al concebido.

²⁰⁰ De acuerdo con la posición doctrinaria adoptada por el CC 1984, las categorías jurídicas de “sujeto de derecho” y “persona” –tradicionalmente consideradas equivalentes– no se identifican. La distinción que el legislador establece entre sujeto de derecho y persona es solamente de carácter lingüístico, y permite comprender bajo la primera expresión no sólo a la persona –natural o jurídica–, sino a otras formas de manifestación de la vida humana. Lo que las coloca en una relación de género a especie. Cf. Ibídem.

doctrina–, la persona jurídica²⁰¹ o colectiva y las organizaciones de personas no inscritas²⁰², que sin ser personas jurídicas actúan como ellas²⁰³; con la particularidad de que el concebido, según el Código de 1984, sólo es sujeto de derecho de todo cuanto le favorece²⁰⁴.

La categoría de sujeto de derecho reconocida al concebido facilita su tratamiento normativo debido a la especial situación en la que se encuentra²⁰⁵, pues se trata de un ser humano que aún no ha nacido y existe la posibilidad de que no suceda; en otros casos, la posibilidad estaría referida a que no sea implantado –con lo que también se hace presente la necesidad de cautelar los posibles intereses de terceros–. Esta calidad de sujeto de derecho es asimismo la más acorde con la realidad ontológica del concebido²⁰⁶, porque todo ser humano, por el solo hecho de serlo, es titular de unos deberes y obligaciones fundamentales derivadas de su intrínseca dignidad humana²⁰⁷.

Ahora bien, el artículo 1 del CC 1984 no sólo destaca, entre otras cosas, por reconocer al concebido como sujeto de derecho para “todo cuanto le favorece”, sino también por regular que *la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento*; disposición que ha servido para que algún sector

²⁰¹ En el ordenamiento peruano reciben la categoría de “persona jurídica” sólo aquellas organizaciones de personas que han cumplido con el requisito de su inscripción en los Registros Públicos. Esto de conformidad con la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887) que en su artículo 6 expresa: “La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción”. El requisito formal de la inscripción, como puede verse, le confiere personalidad jurídica a la sociedad y un ámbito de protección mayor al que pudieran tener aquellas organizaciones no inscritas.

²⁰² Como se puede advertir de su denominación, son organizaciones de personas “no inscritas” aquellas que pese a tener naturaleza de persona colectiva, no pueden recibir el nombre de “persona jurídica” porque no han cumplido con la formalidad requerida por la Ley General de Sociedades, esto es, con su inscripción en los Registros Públicos.

²⁰³ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 31.

²⁰⁴ Asunto que será analizado en otro apartado de este Capítulo 2.

²⁰⁵ Sobre el tema, Fernández Sessarego dice: “El codificador peruano consideró que la especial situación en que se encuentra el concebido, en cuanto significa un tramo de la existencia del ser humano, no podría asimilarse, en lo que concierne a su tratamiento por el ordenamiento positivo, con el ser humano después de nacido, es decir, con la persona natural. El concebido, por esta especial situación en que se halla, no puede ser asimilado, a nivel formal, con ninguna otra categoría de sujeto de derecho. Su realidad biológica exige que el ordenamiento [...] le dispense un tratamiento especial [...]”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 43).

²⁰⁶ Cf. Ibídem, p. 32.

²⁰⁷ Como dice Martínez de Aguirre: “Todo hombre, por el hecho de serlo, es además titular de unos derechos y deberes fundamentales, derivados de su dignidad humana, frente a los demás seres humanos con que se relaciona. [...], lo que conduce a la afirmación de que el ser humano –todo ser humano– es por naturaleza *sujeto de derechos* (subjetivos)”. (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona y el derecho de la persona*, en P. DE PABLO CONTRERAS (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. I, Editorial COLEX, Madrid 2008, 3^a ed., p. 325).

de la doctrina sostenga que el concebido no es considerado persona humana por el Derecho Civil peruano²⁰⁸ y, en esa misma medida, que tampoco sería sujeto de derecho, si tiene que esperar a su nacimiento para ser persona humana; cuestionamiento que intentará dilucidarse, a continuación, teniendo en cuentas las consideraciones de la doctrina.

Para algunos²⁰⁹, el primer párrafo del artículo 1 consagra el principio clásico sobre adquisición de la personalidad, según el cual la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, por lo que, dentro del ordenamiento jurídico nacional, el nacimiento constituiría el elemento determinante para la atribución del estatus de persona humana²¹⁰ y, por consiguiente, de la personalidad. De este modo, la noción de “persona humana” exigiría no sólo la existencia de vida humana sino además el nacimiento, por lo que sólo desde este momento se adquiría la personalidad y no antes. Pero, esta postura defiende únicamente la existencia de personalidad desde el nacimiento –*ergo*, se la despoja al concebido– porque omite lo establecido por el segundo párrafo del mismo artículo, en donde dice que “[...]. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. [...]”.

Por su parte, con base en la doctrina, la jurisprudencia nacional²¹¹ establece que para el legislador –en principio– es sujeto de derecho el nacido vivo, porque sólo la persona nacida puede ejercer a plenitud el goce de sus derechos civiles, habiendo sólo derechos limitados antes de tal evento. Según lo esbozado a nivel jurisprudencial, la persona y el concebido son igualmente sujetos de derecho, con la diferencia de que este último –en comparación con la persona– tiene personalidad limitada. Bajo esta línea argumentativa, sólo al producirse su nacimiento con vida el concebido adquiría plena personalidad.

²⁰⁸ Cf. L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 82.

²⁰⁹ Cf. Ibídem.

²¹⁰ Esta postura es principalmente defendida por Monge Talavera, quien sostiene: “El primer párrafo del artículo primero consagra el principio clásico según el cual *la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento*. El nacimiento es considerado como el elemento determinante para la adquisición de la personalidad. [...]. Observemos entonces que, dentro del ordenamiento jurídico nacional, la noción de persona exige no solamente la existencia de vida humana sino además el nacimiento. **Vida, humanidad y nacimiento** fundan la noción de persona y aparecen por ende como las condiciones necesarias para la atribución del estatus de persona humana”. (Ibídem).

²¹¹ Cf. Casación N° 1486-2007-Cajamarca, Corte Suprema, compilada por F. MESINAS MONTERO, *Jurisprudencia civil y procesal civil...*, cit., p. 35.

Para un importante sector doctrinal²¹², que se muestra contrario a las posturas antes expuestas, el CC 1984 habría introducido una fórmula contradictoria al decir, por un lado, que se es sujeto de derecho desde el nacimiento y, por otro, que lo es también el concebido, esto es, el que aún no ha nacido²¹³. Para esta parte de la doctrina, la distinción entre concebido y persona humana es incluso errónea²¹⁴, porque persona humana es todo ser humano desde el momento de la concepción hasta la muerte; por lo cual consideran que para evitar inexactitudes mejor hubiera sido decir²¹⁵: «el ser humano es sujeto de derecho desde su concepción»²¹⁶.

Otros autores²¹⁷, también seguidores de la postura anterior, dicen que lo más recomendable sería eliminar del artículo 1 aquel párrafo que se refiere a la persona humana como sujeto de derecho desde el nacimiento por ser sistemáticamente impertinente, señalando que no es lógico que el tratamiento del concebido, en cuanto persona por nacer –hablando en términos ontológicos–, se ubique después de la regulación de la persona nacida, es decir, de la persona natural²¹⁸ –como la llama la doctrina–. Pero, cabe precisar aquí que esta propuesta de eliminación²¹⁹ no sólo debería estar fundada en la impertinencia sistemática del tratamiento normativo de un sujeto de derecho u otro, sino realmente en que de la lectura inmediata del primer párrafo del artículo 1 se concluye que antes del nacimiento el ser humano no sería sujeto

²¹² Cf. W. TUESTA SILVA, *Código Civil comentado*, Grijley, Lima 2001, 2^a ed., p. 29; A. TORRES VÁSQUEZ, *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia*, cit., p. 40.

²¹³ Tuesta Silva dice: “Pese a lo acertado de regular el concepto de sujeto de derecho, encontramos algunas discrepancias en el art. 1°. En efecto, pensamos que existe una contradicción al decir que «*la persona humana* es sujeto de derecho desde su nacimiento»; eso no es del todo exacto. Mejor hubiera sido decir: «*el ser humano* es sujeto de derecho desde su concepción». Pues así se estaría incluyendo también al concebido; de esta manera se evita algunas inexactitudes”. (W. TUESTA SILVA, *Código Civil comentado*, cit., p. 29).

²¹⁴ Cf. A. TORRES VÁSQUEZ, *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia*..., cit., p. 40.

²¹⁵ Cf. W. TUESTA SILVA, *Código Civil comentado*, cit., p. 29.

²¹⁶ Al respecto cabe señalar que el Código de los Niños y los Adolescentes (Ley N° 27337) no recurre a la distinción entre concebido y persona humana que hace el Código Civil peruano en su artículo 1, sino que considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta los 12 años. De esta manera, la Ley 27337 brinda protección al niño (desde la concepción hasta los 12 años, según se encuentra expresamente establecido en el Artículo I de su Título Preliminar) porque es sujeto de derecho, reconociéndole su capacidad jurídica para ser titular no sólo de los derechos que le corresponden como ser humano, sino de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo, esto es, en tanto sea concebido.

²¹⁷ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos*..., cit., pp. 10-12.

²¹⁸ Cf. Ibídem, pp. 10, 12-15.

²¹⁹ Cf. Ibídem, pp. 10, 12. De alguna manera, Tuesta Silva también propone la eliminación del párrafo primero del artículo 1 del CC 1984. Cf. W. TUESTA SILVA, *Código Civil comentado*, cit., p. 29.

de derecho²²⁰, así como –de otra interpretación– que tampoco sería persona humana en tanto no se produzca su nacimiento.

Por otro lado, según aparece en *Derecho de las Personas: Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*²²¹, la Comisión Revisora del CC 1984 aceptó incorporar al concebido como sujeto de derecho en el artículo 1 meses antes de la promulgación del Código, cuando la numeración de su articulado ya se encontraba cerrada y dicho artículo redactado en la forma que se conoce²²²; por lo que, según sostienen algunos²²³, puede haber sido la premura con la que se introdujo la subjetividad del concebido la que no permitió modificar que quien es sujeto de derecho después del nacimiento es la persona natural²²⁴, y no la persona humana, como se alude de manera genérica²²⁵.

Entonces, ¿El concebido, es o no persona humana, es o no sujeto de derecho para el Derecho Civil peruano vigente? Entre todo lo expuesto la respuesta sale a la luz en forma evidente: 1) el concebido sí es “persona humana” porque en sentido ontológico todo ser humano lo es²²⁶ y, como bien

²²⁰ Algo que normalmente sucede cuando se desconoce que en el segundo párrafo del artículo primero del CC 1984 también se ha reconocido subjetividad jurídica al concebido.

²²¹ De Fernández Sessarego, quien fuera uno de los sub comisionados encargados de proponer el contenido del Libro I de este CC 1984.

²²² Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El derecho de las personas en el umbral del siglo XXI*, cit., p. 98; C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 13.

²²³ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 13.

²²⁴ Término con el que la doctrina jurídica se refiere al nacido como sujeto de derecho. Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 43.

²²⁵ En una jurisprudencia peruana se estableció lo siguiente: “En suma, queda claro que nuestro ordenamiento jurídico concede la **calidad de sujeto de derecho a la persona desde su concepción**, y no desde su nacimiento, aunque supedita el goce de los derechos patrimoniales a que nazca con vida. En tal sentido, [...] bastaba el solo hecho de su concepción para que sea catalogada como sujeto de derecho. **Su posterior nacimiento únicamente significó que, a partir de dicho momento, podía hacer efectivo el derecho a recibir una indemnización**”. (Casación N° 1486-2007-Cajamarca, Corte Suprema, compilada por F. MESINAS MONTERO, *Jurisprudencia civil y procesal civil...*, cit., p. 36). En otra sentencia se decidió que “**El solo nacimiento de la persona le otorga titularidad sobre los derechos que le corresponden conforme lo estipula el artículo primero del Código Civil** sin que sea requisito para gozar de ellos la inscripción del nacimiento, [...].” (Casación N° 450-2003-Chincha, Corte Suprema, compendiada por M. MURO ROJO (dir.), *El Código Civil en su Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima 2007, p. 33). En ambos textos la negrita es de la autora.

²²⁶ Martínez de Aguirre dice: “En el lenguaje común, persona es sinónimo de ser humano. Entonces, cabe afirmar que la persona (el ser humano) es, por su propia naturaleza, sujeto de derechos y del Derecho. Se produce de este modo una identificación inicial entre ser humano, persona y sujeto de derecho”. (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona y el derecho de la persona*, cit., p. 327). El autor citado se inspira en los planteamientos de Hervada. Cf. J. HERVADA, *Introducción Crítica al Derecho natural*, cit., p. 136.

dice el Código civil peruano vigente, el ser humano existe desde la concepción; y, 2) es por esa condición de ser humano que el concebido es sujeto de derecho²²⁷, aunque esta calidad sólo le corresponda para todo cuanto le favorezca. Así, cuando el primer párrafo del artículo 1 del Código de 1984 dice que la *persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento*, lo que condiciona al nacimiento no es la cualidad de persona humana sino la subjetividad jurídica que ésta adquirirá en su condición de persona nacida, por lo que, en esencia, del precepto aparece que se es persona humana antes y después del nacimiento²²⁸.

Dicha disposición, por tanto, no despoja al concebido de su condición de persona humana, así como tampoco le resta subjetividad jurídica, si se tiene en cuenta que el propio Código Civil reconoce también al concebido como sujeto de derecho. Sólo una lectura segmentada del citado artículo 1 permitiría a los operadores jurídicos decir que el concebido no es sujeto de derecho; de ahí la necesidad de interpretar el artículo en su conjunto.

De otro lado, para la doctrina el artículo primero del CC 1984 clasifica a los sujetos de derecho²²⁹, por lo que la expresión “persona humana” aludiría únicamente al ser humano nacido, mas no al concebido. Pero, en esta clasificación el término “persona humana” debe ser tratado simplemente como un tecnicismo jurídico que facilita la distinción de los sujetos de derecho frente al ordenamiento peruano, mas no como una entidad que niega que el concebido también lo sea²³⁰; siendo, incluso, por las inexactitudes conceptuales generadas por el artículo 1, que la doctrina²³¹ prefiere utilizar la

²²⁷ Cf. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona y el derecho de la persona*, cit., p. 327.

²²⁸ Sobre el tema, Espinoza Espinoza sostiene: “En la primera parte del artículo 1 se sostiene que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, lo cual no es cierto, puesto que la persona (entendida como una categoría ontológica y no jurídica) es sujeto de derecho desde antes de nacimiento, vale decir, desde la concepción”. (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 75).

²²⁹ Cf. Ibídem, pp. 43-44.

²³⁰ Pues como dice Fernández Sessarego: “La aparente contradicción que pudiera existir entre lo enunciado en el primer párrafo del citado artículo primero con lo afirmado en el segundo, se debe interpretar en el sentido que, al referirse aquél a la ‘persona humana’, se menciona el inicio de la vida humana extrauterina, es decir, aquella ulterior etapa de la vida del ser humano a partir del nacimiento”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, cit., pp. 8-9).

²³¹ Cf. IDEM, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 8; J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., pp. 43-44.

expresión “persona natural”²³² para referirse a la persona nacida como sujeto de derecho, mas no el de “persona humana” empleado por este Código Civil. Con lo cual queda superada la aparente contradicción entre lo regulado por el primer y segundo párrafo del artículo 1.

De lo tratado también se puede resaltar que, en el Derecho Civil peruano al concebido se le reconoce la condición de sujeto de derecho como atributo propio a su calidad de ser humano, mas no por ser una atribución del ordenamiento. Sin embargo, es frecuente encontrar opiniones que refieran que la condición de sujeto de derecho le ha sido atribuida por el legislador al concebido, e incluso otras que utilicen las expresiones “atribuir” y “reconocer” como si fueran sinónimas²³³. Pero lo cierto es que estos términos no son iguales, ya que existen entre ellos diferencias semánticas relevantes para el entorno jurídico que exigen aclarar si ¿el artículo 1 del Código Civil en comento reconoce (describe) o atribuye (prescribe) la condición de sujeto de derecho al concebido?²³⁴

Como se ha dicho, en términos jurídicos atribuir y reconocer no es lo mismo. En ese sentido, decir que el artículo 1 atribuye la condición de sujeto de derecho al concebido significaría que antes de tal atribución el concebido no tiene esa calidad, sino a partir de que queda prescrita o establecida por la norma. En contraposición a eso, si lo que se sostiene es que el citado artículo reconoce al concebido la calidad de sujeto de derecho, esto supondrá que tal

²³² A diferencia de lo ocurriría con la ficción, en el panorama actual de nuestra normatividad civil el concebido no tiene la necesidad de ser “reputado” como persona natural para ser considerado centro de referencia jurídica.

²³³ Para Monge Talavera, el principio sobre el que se funda el ordenamiento es el reconocimiento de la condición de sujeto de derecho al ser humano. Sin embargo, la misma autora luego refiere que la potestad del Estado de atribuir (o negar) la calidad de sujeto de derecho, se pone de manifiesto cuando el legislador engloba dentro del término sujeto de derecho no sólo a la persona natural y a la jurídica, sino al concebido y a la organización de personas no inscrita. Cf. L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 76. Por su parte, Fernández Sessarego dice que el artículo 1 del CC 1984 contiene un novedoso aporte al otorgar al concebido la calidad de sujeto de derecho, ya que para ello se sustenta en la realidad que demuestra que existe vida humana desde la concepción. Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 5.

²³⁴ La misma cuestión se plantea Martínez de Aguirre cuando analiza el artículo 29 del CC España, refiriendo: “A partir de la citada revisión del art. 29 Cc., podemos preguntarnos si el precepto citado, al decir lo que dice, prescribe o describe; es decir, si se limita a constatar algo que no depende en sus aspectos más radicales de lo que establezca el derecho, algo que el Derecho tiene como recibido, sobre lo que carece de verdadero poder decisorio (*describe*), o si, por el contrario, lo que hace es atribuir al nacido algo de lo que él carece (la personalidad, entendida por ahora como cualidad de persona ante el Derecho), y de lo que no goza hasta (y en la medida) que el Derecho se lo atribuya (*prescribe*)”. (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Comentarios de los artículos 29 al 34*, cit., p. 240).

estatus le corresponde por ser anterior a la norma, en tanto derivado de su condición de ser humano²³⁵.

En el ordenamiento peruano, según se ha dicho, la subjetividad jurídica del concebido fue reconocida por el legislador tras declarar la existencia de vida humana desde la concepción o fecundación²³⁶, descartándose con esto que la condición de sujeto de derecho de la que goza el concebido se trate de una atribución de la norma. Además, esta caracterización de sujeto de derecho le pertenecería al concebido aun cuando la norma no se la reconociera, porque, ontológicamente, es algo que deriva de su propia naturaleza y de su innata dignidad, sea atribuida o no por el Derecho²³⁷.

Ahora bien, en el orden civil peruano concretamente el concebido goza de la condición de sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, estatus que –según ha delimitado conceptualmente la doctrina– le correspondería al ser humano desde su concepción hasta el nacimiento²³⁸; debiendo precisarse que este último hecho biológico es de mucha importancia para el Derecho porque con él el concebido, sin dejar de ser sujeto de derecho, deja de ser “concebido” para ser jurídicamente considerado “persona natural”²³⁹ –ser humano desde el nacimiento hasta el momento de su muerte–.

²³⁵ Esta explicación sobre la trascendencia jurídica que supone el uso de un término u otro, es desarrollada a partir de lo dicho por el profesor Martínez de Aguirre acerca de lo que significa que el Derecho “prescriba o describa”, como puede verse en la nota al pie anterior.

²³⁶ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 5.

²³⁷ Sobre el reconocimiento de la condición de sujeto de derecho por parte del Derecho al ser humano, Martínez de Aguirre puntualiza: “No se trata, pues, de que el ser humano deba ser reconocido como sujeto de derechos, sino que es sujeto de derechos, aunque su condición de tal pueda serle eventual e injustamente negada, en todo o en parte, por un ordenamiento positivo concreto”. (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona y el derecho de la persona*, cit., p. 326). En el mismo sentido, Diez-Picazo y Gullón señalan: “La personalidad no es una mera cualidad que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de una manera arbitraria, es una exigencia de la naturaleza y de la dignidad del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer”. (L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, cit., p. 125).

²³⁸ Aunque el Código Civil peruano no establece que ha de entenderse por nacimiento, la doctrina mayoritaria apunta que éste se entenderá producido con el entero desprendimiento del seno materno, el que se concreta con la rotura o corte del cordón umbilical. Para tal efecto resulta apropiada la definición de nacimiento esbozada por Rubio Correo: “El nacimiento es el proceso biológico por el que el feto se separa del cuerpo materno adquiriendo vida corporalmente independiente”. (M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., pp. 21-22). Esta definición es muy adecuada para hacer referencia al nacimiento en la medida que por su amplitud permite tener como válidas las expresiones “nació vivo” y “nació muerto”, que en el lenguaje común podrían parecer redundante y contradictoria, respectivamente.

²³⁹ Como se dijo antes, el concepto “persona natural” es el que viene siendo empleado por la doctrina civil para hacer referencia al nacido como sujeto de derecho, ya que el utilizado por la

Por tanto, se puede finalizar esta reflexión jurídica señalando que para el Derecho Civil peruano el concebido no sólo es sujeto de derecho para lo favorable, sino también persona humana, toda vez que cuando se dispone que *la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento*, se admite simultáneamente que se es persona humana antes y después del nacimiento, así como que la persona humana, sujeto derecho después del nacimiento, no es otra que la persona individual o natural. Con esta distinción la cuestión queda clara: el concebido es sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece”, mas no “persona natural”, en el sentido más técnico y restringido que da a esta expresión la doctrina peruana.

3. El concebido como sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece”: sobre el alcance de su capacidad jurídica

De acuerdo con el artículo 1 del CC 1984, “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”²⁴⁰. Como puede verse, la norma no se limita a reconocer que el concebido es sujeto de derecho, sino que además precisa que tal condición sólo le corresponde “para todo cuanto le favorece”. En ese estado, la condición jurídica de sujeto de derecho reconocida al concebido supone para él –como para todo sujeto de derecho– el goce de una capacidad frente al Derecho, pero, en su caso, ésta se encuentra afectada por los “efectos favorables”, los que bien podrían suponerle, de acuerdo con la doctrina, un estado de privilegio²⁴¹ o, en contrapartida, una restricción o limitación a su capacidad jurídica²⁴². Lo que será abordado en este acápite.

El concebido es sujeto de derechos por su propia condición de ser humano. Antes de que el ordenamiento le reconozca tal calidad jurídica, es ya titular de unos derechos fundamentales primarios, como el derecho a la vida, a

legislación civil –“persona humana”– ha generado muchas discusiones doctrinales, sobre todo por la restricción de su significado ontológico.

²⁴⁰ Esta expresión no sólo se encuentra en el CC 1984 sino también consagrada en la parte final del primer numeral del artículo 2 de la CP 1993 que, a la letra, regula: “Toda persona tiene derecho: 1. [...]. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

²⁴¹ Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., pp. 74-75, 82. De igual parecer es Fernández Sessarego, quien sostiene: “La segunda frase del artículo primero, [...], declara que el concebido, en cuanto ser humano, es ‘sujeto de derecho’. Se añade que es para todo lo que le favorece, concediéndole, de esta manera, una situación de privilegio”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho contemporáneo*, cit., p. 6).

²⁴² Cf. R. SÁNCHEZ BARRAGÁN, *El tratamiento jurídico del derecho a la vida...*, cit., p. 65.

la integridad física, entre otros; titularidad²⁴³ que le corresponde por el solo hecho de ser hombre y que lo posibilita para ser sujeto de derechos, lo que a su vez le da la potencialidad para ser titular de cualesquiera otros derechos y obligaciones²⁴⁴ –comúnmente denominada personalidad jurídica²⁴⁵–. Por ello, desde el punto de vista jurídico, hablar del concebido como sujeto de derecho es referirse a él como centro de imputación de relaciones jurídicas, en función de lo cual puede plantearse precisamente el tema de su capacidad de derecho frente al ordenamiento jurídico.

De modo general, la capacidad debe ser entendida en una doble dimensión: capacidad jurídica o de goce y capacidad de ejercicio o de obrar²⁴⁶. La primera es la aptitud genérica o *in abstracto* para ser titular de derechos y deberes²⁴⁷, desde cuya perspectiva el sujeto de derechos siempre se caracteriza por tener capacidad jurídica, que es la pura potencialidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, pero no supone atribución efectiva de ningún derecho ni obligación²⁴⁸. La segunda es la aptitud concreta de ejercitar los derechos y obligaciones de los que una persona es titular²⁴⁹, pero no puede hacerse efectiva con la sola capacidad jurídica ni con la titularidad de derechos y obligaciones. Esta última capacidad –la de obrar– se encuentra vinculada con la llamada capacidad natural de conocer y querer, que es la aptitud natural con la que alguien puede atender por sí mismo del cuidado de su persona y bienes²⁵⁰; la misma que, según la normatividad peruana, se adquiere con la

²⁴³ La titularidad supone que alguien es sujeto, activo o pasivo, de un concreto derecho o de una obligación determinada. Cf. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona y el derecho de la persona*, cit., p. 330.

²⁴⁴ Para el desarrollo de estas ideas se sigue la postura de Martínez de Aguirre, quien de acuerdo con Hervada, señala: “[...] ‘si tenemos en cuenta que existen derechos naturales, es evidente que ser persona tiene su origen en la naturaleza, porque el hombre es, por naturaleza, no ya capaz de derechos y obligaciones, sino titular de derechos y deberes’ [...]”. Desde este punto de vista, el hombre es sujeto de derechos (subjetivos), por su propia naturaleza: es titular de los derechos fundamentales y por tanto, ineludiblemente, sujeto de derechos. [...]. En efecto, lo que vengo sosteniendo, tras los pasos de Hervada, es que el ser humano, por el solo hecho de serlo, es titular actual de esos derechos fundamentales primarios (a la vida y la integridad física), y que, por tanto, es esa misma medida, debe ser considerado, ineludiblemente, como sujeto de derechos”. (IDEM, *Comentarios de los artículos 29 al 34*, cit., p. 248).

²⁴⁵ A los efectos de este análisis, cabe precisar que personalidad jurídica es lo mismo que capacidad de goce, capacidad de derecho y capacidad jurídica.

²⁴⁶ También denominada capacidad de hecho.

²⁴⁷ Cf. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona y el derecho de la persona*, cit., p. 330.

²⁴⁸ Cf. Ibídem, pp. 330-331.

²⁴⁹ Cf. Ibídem, pp. 330-332.

²⁵⁰ Cf. Ibídem, pp. 332-333.

mayoría de edad²⁵¹ o en algunos supuestos específicos, expresamente regulados por el CC 1984²⁵².

En relación con estos conceptos es necesario precisar que el reconocimiento normativo del concebido como sujeto de derecho presupone para él una titularidad actual y efectiva de aquellos derechos inherentes a su condición de ser humano, que siempre serán no patrimoniales, como el derecho a la vida. Por ello, el concebido, en tanto sujeto de derechos, disfruta de una capacidad de goce que, para la normatividad peruana, siempre debe ser interpretada en función de los denominados “efectos favorables”. De otra parte, aunque el concebido tenga capacidad de goce, por la situación en la que se encuentra no puede disponer en forma directa de los derechos y obligaciones de los que es o puede ser titular, careciendo por ello de capacidad de obrar²⁵³; incluso, por estas razones, la legislación civil trata al concebido como un incapaz absoluto de ejercicio²⁵⁴, lo que supone que el concebido necesita representación para poder ejercer sus derechos e intereses, que en principio –según se desprende a contrario del artículo 598 del Código Civil²⁵⁵– debe ser ejercida por sus padres²⁵⁶.

En este orden de ideas, es la capacidad jurídica del concebido la que requiere mayor atención, porque la referencia legislativa a su condición de sujeto de derecho para “todo cuanto le favorece” exige deslindar el alcance de su subjetividad jurídica en relación con los derechos y deberes de los que puede ser titular. Sobre este tema predomina la idea de que “los efectos

²⁵¹ Según se encuentra establecido por el artículo 42 del CC 1984.

²⁵² El artículo 46 regula las excepciones a los casos de incapacidad absoluta para obrar.

²⁵³ El CC 1984 en su artículo 42 establece: “Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los arts. 43º y 44º”.

²⁵⁴ En lo que respecta a la capacidad de ejercicio, los artículos 43 y 44 del Código Civil establecen, respectivamente, los supuestos de incapacidad absoluta e incapacidad relativa de ejercicio o de obrar. La condición del concebido se subsume en el primer supuesto del artículo 43, que a la letra dice: “Son absolutamente incapaces: 1. Los menores de diecisésis años [...].”

²⁵⁵ El artículo 598 del CC 1984 dice: “A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público, los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad. Esta curatela incumbe a la persona designada por el padre para la tutela del hijo o la curatela de sus bienes, y en su defecto, a la persona nombrada por el juez, a no ser que la madre hubiera sido declarada incapaz, caso en el que su curador lo será también de los bienes del concebido”.

²⁵⁶ Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 82.

favorables” posicionan al concebido como sujeto de derecho privilegiado²⁵⁷, al reservarle sólo los efectos favorables de cada situación, mas no los desfavorables. No obstante, una opinión contraria llevaría a pensar que “los efectos favorables” más que privilegiarlo, representan una restricción o limitación a su capacidad jurídica²⁵⁸. Entonces surge una interrogante: ¿Qué se entiende por efectos favorables?

El concepto de los “efectos favorables”, en el que puede condensarse la expresión normativa “para todo cuanto le favorece” que recoge nuestro Código Civil, ha generado opiniones diversas sobre su significado. La más común es aquella para la que “los efectos favorables” suponen sólo la adquisición de algo beneficioso para el concebido, esto es, de derechos que, en principio, no impliquen contraprestación, como sucede en el caso de la sucesión, la donación y la representación²⁵⁹. Desde este punto de vista, la expresión “efectos favorables” aparece estrechamente vinculada a los derechos patrimoniales, y especialmente a aquellos que no generan, en estricto, un deber o carga para el adquirente, que, en el contexto de lo tratado, sí sería un “efecto desfavorable” para el concebido²⁶⁰. En este esquema, los derechos personales o extrapatrimoniales no plantean mayor inconveniente porque siempre serán favorables al *nasciturus*²⁶¹.

Si bien, en el sentido más común y semántico de la expresión, los efectos favorables parecen aludir sólo a los derechos que alguien puede adquirir y, los efectos desfavorables, a las obligaciones y cargas que estos derechos pueden eventualmente traer consigo, cabe precisar que en la práctica las relaciones

²⁵⁷ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho contemporáneo*, cit., p. 6. Espinoza Espinoza sigue la misma línea de este autor. Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., pp. 74, 82.

²⁵⁸ Cf. R. SÁNCHEZ BARRAGÁN, *El tratamiento jurídico del derecho a la vida...*, cit., p. 65.

²⁵⁹ Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 88.

²⁶⁰ Al respecto, García Amigo señala: “En principio, sólo los derechos, facultades e intereses legítimos, son favorables a su titular; no lo serán, en cambio, los deberes, obligaciones, cargas y ‘sujeciones’. Pero ocurre que en la práctica las relaciones jurídicas son de carácter complejo, suponiendo para cada titular de los mismos derechos y deberes o cargas recíprocamente condicionadas o sinalgámaticamente vinculadas. En estos supuestos, habrá que sopesar el conjunto de la relación para determinar el favor o desfavor de la situación jurídica que se crea para el *nasciturus*”. (M. GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil. I Parte General*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1979, p. 326).

²⁶¹ Cf. R. SÁNCHEZ BARRAGÁN, *El tratamiento jurídico del derecho a la vida...*, cit., p. 65; F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1...*, cit., p. 176; O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional...*, cit., p. 152.

jurídicas son un entramado de situaciones complejas que, en la mayoría de casos, suponen para cada titular los mismos derechos y deberes de modo recíproco o sinalagmático. En ese sentido, la necesidad de delimitar conceptualmente lo que se entiende por efectos favorables aparece concretamente relacionada con el tema de la capacidad jurídica del concebido para contraer obligaciones a través de sus representantes²⁶²; por lo que cabría analizar bien si existe la posibilidad de separar unos efectos de otros bajo el lema de lo favorable.

En un sentido, la expresión “para todo cuanto le favorece” parecería indicar que el concebido carece en general de capacidad para obligarse²⁶³, quedando su capacidad restringida a la sola adquisición de derechos, como en el caso de una sucesión o donación. Sin embargo, no puede olvidarse que incluso el goce de los derechos patrimoniales devenidos de una sucesión –como el disfrute del patrimonio adquirido a título hereditario– supone correlativamente para el concebido el deber de cumplir, mediante sus representantes, con algunas obligaciones²⁶⁴ que dimanan de la ley, como son las de carácter tributario²⁶⁵. Por esta razón, el término “efectos favorables” no puede significar que en cada situación que afecte al concebido haya que separar la parte favorable²⁶⁶ de la desfavorable²⁶⁷, para atribuirle aquélla y no ésta²⁶⁸, sobre todo cuando se trata de obligaciones impuestas por la ley.

²⁶² Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 7.

²⁶³ Cf. Ibídem.

²⁶⁴ Fernández Sessarego considera que el concebido no carece de capacidad para obligarse. Sostiene que el hecho mismo de gozar de derechos patrimoniales, como el disfrute de un patrimonio adquirido a título hereditario, supone necesariamente que el titular del derecho, es decir el concebido, esté real y efectivamente obligado a cumplir mediante sus representantes con algunas obligaciones que dimanan de la ley, como por ejemplo aquellas que carácter tributario. Cf. Ibídem, pp. 7-8. Ninamanco Córdova es de la misma opinión. Cf. F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1...*, cit., p. 176.

²⁶⁵ El patrimonio del concebido no está exento del pago de impuestos, entre los cuales puede mencionarse al impuesto predial. En el Perú, este impuesto es un tributo que afecta al valor de los predios urbanos y rústicos, sea quien fuere su titular.

²⁶⁶ Sobre el tema, Martínez de Aguirre precisa: “una herencia se considera efecto favorable, aunque en ella se incluyan las deudas del causante. También una donación merece la consideración de efecto favorable, aunque esté sujeta a una carga”. (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona física...*, cit., p. 348).

²⁶⁷ Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 80.

²⁶⁸ Martínez de Aguirre, teniendo en cuenta la regulación del CC España sobre los efectos para los que se considera nacido al concebido: los efectos favorables, precisa: “Esto no quiere decir que en cada situación que afecte a un concebido deban separarse los efectos favorables de los desfavorables, para atribuirle aquéllos y no éstos: el juicio acerca del carácter favorable o no de

En otro sentido, aun aceptándose lo anterior, el problema podría verse agudizado por la posibilidad de que los representantes constriñan al concebido a obligaciones que no necesariamente resulten conexas a la adquisición de un derecho, como sería el caso de la celebración de contratos²⁶⁹, por ejemplo de compraventa para la adquisición de inmuebles²⁷⁰. Al respecto cabe precisar que, de acuerdo al artículo 1 del Código Civil, en principio no habría impedimento alguno para que los representantes del concebido pudieran celebrar contratos²⁷¹, u otros actos jurídicos de los que también podrían derivarse obligaciones, siempre que con ello se favorezca al concebido y, estrictamente al concebido, no a terceros; lo que sólo podrá concretarse cuando los efectos desfavorables a adquirir sean un agregado –de preferencia mínimo– a la atribución del efecto favorable, pues de lo contrario –si del acto jurídico a celebrar sólo se adquirieran efectos desfavorables o, más efectos desfavorables que favorables–, aquéllos quedarían excluidos de toda circunstancia²⁷².

Por su condición jurídica de “sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”, el concebido estaría posibilitado para adquirir no sólo derechos sino también obligaciones, siempre que estas últimas aparezcan como efecto correlativo de la adquisición de un derecho o, dicho de otro modo, como contraprestación necesaria para gozar de los efectos favorables de un determinado acto jurídico. Por tanto, la expresión “para todo cuanto le favorece” debe ser entendida en el sentido más amplio, pues no se restringe a

una situación es general, y de orden abstracto. Una vez calificado, en abstracto y genéricamente, como favorable un derecho, o una atribución o situación, el concebido la adquiere con sus eventuales componentes desfavorables”. (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona física...*, cit., pp. 347-348).

²⁶⁹ Comentando el artículo 29 del CC España, Martínez de Aguirre señala: “[en principio] no se incluye entre los efectos favorables la posibilidad de celebrar un contrato oneroso, por muy beneficioso (en términos normalmente patrimoniales) que pueda ser, en cuanto supone la asunción de obligaciones por parte del concebido. [...]. A lo que entiendo, se trata de impedir que el concebido pueda verse perjudicado por el hecho de no haber nacido todavía –existiendo, como existe, en el seno de la madre–, con la pérdida de derechos –o, en general, de ‘efectos favorables’– que le serían atribuidos, sin contar con su voluntad o actuación, en caso de haber nacido ya [...].” (IDEM, *Comentarios de los artículos 29 al 34*, cit., pp. 267, 268).

²⁷⁰ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 7.

²⁷¹ Este tema será tratado con detenimiento en el Capítulo 3 en lo concerniente a la “posibilidad de contratar del concebido”.

²⁷² Al respecto, Espinoza Espinoza dice: “El término ‘efectos favorables’ excluye los efectos que sean por sí solos perjudiciales. Además, debe entenderse que el carácter favorable ha de pertenecer al concebido y no a terceras personas”. (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 81).

la adquisición de derechos²⁷³ por parte del concebido, sino que además puede suponer la asunción de obligaciones o cargas correlativas a los beneficios que pudiera recibir con motivo de la actuación de sus representantes en todas las facetas del tráfico jurídico.

Ahora bien, toda situación que pudiera implicar para el concebido la asunción de efectos no estrictamente favorables, impone a sus representantes el deber de evaluar, conveniente y ponderativamente, cuáles serían los efectos favorables a adquirir frente a aquéllos que no propiamente podrían serlo, a fin de proteger los intereses de su representado. Por ello, cuando los representantes no pudieran determinar mediante su propio juicio el alcance de los efectos que traería consigo su actuación, lo más recomendable sería acudir a un juez²⁷⁴ para que sea éste quien con prudencia decida si se debe o no obligar al concebido frente a aquello que parece podría redundar en su beneficio²⁷⁵. En ese mismo sentido, también cobra importancia la posibilidad de que los actos jurídicos celebrados por el representante del concebido pudieran ser cuestionados una vez producido su nacimiento; lo que será analizado con detalle en el Capítulo 3.

²⁷³ Sobre esto, Sánchez Barragán refiriéndose al concebido dice: “El ser capaz para todo cuanto le favorece debe ser interpretado en el sentido más amplio. Al concebido favorecen derechos como el de la vida, el ser reconocido para efectos de la filiación, donación, entre otros. No pueden vulnerarse tales derechos; por el contrario, debe ampararse al concebido en su sentido más genérico”. (R. SÁNCHEZ BARRAGÁN, *El tratamiento jurídico del derecho a la vida...*, cit., p. 65). Ninamancco Córdova sostiene lo mismo. Cf. F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1...*, cit., p. 176.

²⁷⁴ Dado que éste es un asunto que no supone litigio sino propiamente la dilucidación de los efectos favorables que podría recibir el concebido como consecuencia de la actuación de sus representantes, de conformidad con el numeral 12) del artículo 749 del Código Procesal Civil peruano (que dice: “Se tramitan en proceso no contencioso los siguientes asuntos: 12. Las solicitudes que a pedido del interesado y por decisión del Juez carezcan de contención”) correspondería tramitar esta causa a través de un “proceso no contencioso”, en el que además debería estar presente el Ministerio Público como contraparte para defender los intereses del concebido; esto último como resultado de la aplicación del artículo 787 del citado Código Procesal (que dice: “El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo sólo en los casos en que no haya Consejo de Familia constituido con anterioridad”). Sobre esto último Cf. artículos 619 al 559 del CC 1984) que se refiere al proceso de “Autorización para disponer derechos de incapaces” –asunto también tratado en la vía no contenciosa y de similar naturaleza al que aquí presentamos–. Esto es proyectado a partir de una interpretación sistemática de las normas del Código Procesal Civil peruano.

²⁷⁵ Para Fernández Sessarego, tal como ocurre con el menor incapaz, “corresponde al Juez decidir cuándo, por razones de extrema necesidad, se deba obligar excepcionalmente al concebido siempre que ello redunde nítidamente en su beneficio. En esta hipótesis, el juez debe evaluar los daños y perjuicios que podría acarrearse al concebido de no adoptar, con celeridad y prontitud, una medida que, obligando al concebido, esté enderezada ‘a favorecerlo’”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 7).

Tras haberse interpretado el concepto jurídico de los “efectos favorables”, corresponde ahora determinar cuál habría sido el fundamento teleológico que llevó al legislador a reconocer al concebido la condición de sujeto de derecho sólo para todo cuanto le favorece. Al respecto existen posiciones varias, pero dos son las más comunes:

- 1) la que sostiene que con la expresión “para todo cuanto le favorece” se coloca al concebido en una situación de privilegio frente al Derecho²⁷⁶; y,
- 2) aquella que señala que con la citada expresión quiso limitarse o restringirse la capacidad jurídica del concebido²⁷⁷ para obligarse.

Una tercera posición, pese a sostener que la noción de los “efectos favorables” le concede al concebido una situación privilegio, postula que esa especial condición –en tanto vestigio de la teoría de la ficción– debería desaparecer en una futura enmienda del artículo 1, ya que el concebido como sujeto de derecho adquiere derechos y asume deberes como cualquier otro sin distinción alguna²⁷⁸. Otros consideran que al concebido se le confiere un trato privilegiado porque es un ser humano carente de capacidad de ejercer, por sí mismo, los derechos que le son inherentes²⁷⁹. Sobre esto último cabe señalar que la carencia de capacidad de ejercicio no es fundamento suficiente para conceder una situación privilegiada al concebido, toda vez que bajo ese mismo sustento cabría extender también tal situación a los menores incapaces²⁸⁰, que tampoco tienen capacidad de ejercicio.

²⁷⁶ Para ver el fundamento de la postura, Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 88.

²⁷⁷ Cf. R. SÁNCHEZ BARRAGÁN, *El tratamiento jurídico del derecho a la vida...*, cit., p. 65.

²⁷⁸ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho contemporáneo*, cit., pp. 6-7.

²⁷⁹ Esta posición es sostenida por Fernández Sessarego, quien dice: “[...] en cuanto ser humano, el concebido tiene la capacidad actual –y no futura– de ser titular de derechos y obligaciones. La Constitución, sin embargo, remarca que esta capacidad se extiende tan solo a lo que lo favorece. De este modo, se le confiere un trato privilegiado en tanto es un ser humano carente de la capacidad de ejercer, por sí mismo, los derechos que le son inherentes”, (IDEM, *Protección jurídica del concebido*, cit., p. 42). No obstante, en el año 2012 este autor señaló que en una futura enmienda debería eliminarse la expresión “para todo cuanto le favorece” por tratarse de un rezago de la teoría a de la ficción y porque el concebido, en tanto sujeto de derecho, puede adquirir derechos y deudas como cualquier otro sujeto de derechos, sin que sea necesario restringir su campo de actuación. Cf. Ibídem.

²⁸⁰ De acuerdo con el artículo 43 inciso 1 del CC 1984, todos los menores de 16 años, salvo excepciones expresadas en el artículo 46 del mismo cuerpo legal, carecen –en sentido absoluto– de capacidad de ejercicio. Sobre las excepciones a los casos de incapacidad absoluta para obrar, este último artículo, a la letra, establece: “La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la

Como puede verse, son diversas las razones expuestas por la doctrina para explicar por qué el legislador habría reservado al concebido su condición de sujeto de derecho sólo a los “efectos favorables”. Frente a tales razones, cabe precisar que encontrar una respuesta para lo aquí planteado exige volver nuevamente al tema de la capacidad jurídica del concebido para contraer obligaciones a través de sus representantes, pues sólo en este contexto podrá deslindarse si con la noción de los “efectos favorables” ha querido privilegiarse o limitarse la capacidad del concebido.

Desde una postura ecléctica –que condensa las dos opiniones más difundidas– puede sostenerse que la expresión “para todo cuanto le favorece” se traduce para el concebido en una limitación-privilegio²⁸¹, porque: 1) con los “efectos favorables” se limita la capacidad jurídica del *nasciturus* para evitar que sus representantes²⁸² –que no actúan por sí mismos– lo obliguen frente a situaciones que no supongan beneficio alguno para él; y, 2) se trata de una limitación que, al propio tiempo, coloca al concebido en una situación de privilegio frente al Derecho, excluyéndolo de aquellos efectos que de por sí no le sean favorables. En esta medida, el concebido es un “sujeto de derecho privilegiado” porque su “capacidad jurídica limitada para obligarse” le permite sustraerse de aquellas obligaciones que no le favorezcan y que, pese a ello, sus representantes pueden haber asumido en su nombre; esta es, por tanto, una limitación que reviste de privilegio al concebido o *nasciturus*.

Desde el punto de vista de los “efectos favorables”, entiéndase por tanto que el concebido tiene plena capacidad jurídica –y titularidad– respecto sus derechos personales o no patrimoniales²⁸³, pues éstos siempre constituirán algo estrictamente beneficioso o favorable para él; no, sin embargo, respecto de los derechos patrimoniales, con relación a los cuales gozará de una

terminación de este. Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: 1. Reconocer a sus hijos. 2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos”.

²⁸¹ Monge Talavera parece sostener lo mismo que venimos exponiendo, cuando dice: “El concebido se beneficia de un régimen jurídico privilegiado, protector. Es él, el único sujeto de derecho al cual la ley le atribuye solo lo que le favorece. Lo que equivale a decir que goza de una capacidad limitada”. (L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 78).

²⁸² Encargados de tutelar de su persona y administrar sus bienes antes de que nazca y, posiblemente, hasta después de su nacimiento, en caso de no designarse nuevos representantes.

²⁸³ Cf. R. SÁNCHEZ BARRAGÁN, *El tratamiento jurídico del derecho a la vida...*, cit., p. 65.

capacidad jurídica limitada, toda vez que sólo podrá adquirirlos cuando sean lo suficientemente beneficiosos como para justificar las obligaciones que eventualmente pudieran acompañarlos. Este es el alcance de la capacidad jurídica del concebido a partir del contenido conceptual de los “efectos favorables” aquí definido.

4. La atribución de derechos patrimoniales al concebido “a condición de que nazca vivo”: ¿una condición suspensiva o resolutoria?

Por su condición de sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, el concebido goza de una capacidad genérica para adquirir derechos personales como patrimoniales, pero –según establece el mismo Código Civil– la atribución de estos últimos al concebido está condicionada a que nazca vivo²⁸⁴. Esta condición legal ha sido analizada por la doctrina que, hasta la fecha, no asume una posición unánime²⁸⁵ con relación a considerarla suspensiva²⁸⁶ o resolutoria²⁸⁷. Incluso ha llegado a considerarse que el propio texto de la norma permitiría interpretar la condición en los dos sentidos²⁸⁸, algo que deberá ser aclarado si se tiene en cuenta que la forma en que se desencadenen los efectos civiles del concebido dependerá del tipo de condición de que se trate.

²⁸⁴ Sobre este específico tema, el artículo 1 del CC 1984 establece: “[...] El concebido es sujeto de derechos para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales [al concebido] está condicionada a que nazca vivo”. Los corchetes internos corresponden a la autora.

²⁸⁵ Pues como bien señala Ninamanco Córdova: “el artículo 1 del Código Civil indica que la atribución de derechos patrimoniales al concebido se encuentra condicionada a que éste nazca vivo, sin indicar si la condición es suspensiva o resolutoria”. (F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1...*, cit., p. 171).

²⁸⁶ Sostienen que se trata de una condición suspensiva, Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 75; L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 79; M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., p. 18; E. BERNALES BALLESTEROS, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, RAO, Lima 1999, 5^a ed., p. 118.

²⁸⁷ Esta postura es principalmente defendida por Fernández Sessarego. Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., pp. 11-12, 15-16. Siguen la misma línea de pensamiento, Cf. F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1...*, cit., pp. 179, 180; E. VARSI ROSPIGLIOSI, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes...*, cit., p. 576; TORRES VÁSQUEZ, *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia*, cit., p. 41.

²⁸⁸ Con relación a la condición legal establecida por el artículo 1 del citado Código, Ninamanco Córdova señala que: “Una primera idea que se debe tomar en cuenta [...] es que el texto de la norma, que finalmente es el límite de toda interpretación, permite interpretar tanto a favor de la subordinación suspensiva, como a favor de la condición resolutoria. El artículo 1 es, pues, vago en este aspecto. Por lo tanto, ninguna de las dos posiciones puede ser acusada de falsa”. (F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1...*, cit., pp. 176, 177).

Antes de estudiar la naturaleza específica de la “condición legal” contemplada por el artículo 1 del CC de 1984, cabe hacer referencia a los aspectos generales de la figura jurídica bajo análisis. En el ordenamiento civil peruano, de acuerdo con la terminología empleada por este Código Civil en el Libro III²⁸⁹, la condición es una modalidad del acto jurídico²⁹⁰, esto es, un tipo de modalidad negocial²⁹¹. Las modalidades del negocio jurídico son elementos que tienen un carácter accesorio o accidental dentro de la estructura del acto, que no afecta su validez sino su eficacia²⁹². Se caracteriza así por ser un acontecimiento futuro e incierto²⁹³ del cual van a depender los efectos del negocio jurídico.

Existe una variedad de clasificaciones²⁹⁴ en lo que respecta a la condición como categoría modal del acto jurídico. La más difundida es, sin duda, aquella en función de cuál se producen o cesan los efectos del acto. Se trata de la distinción de las condiciones en suspensivas y resolutorias, en torno a las cuales gira incluso todo el tratamiento legislativo de la condición en el Código Civil peruano²⁹⁵. Así, la condición es suspensiva cuando se debe esperar su realización para que el acto produzca sus efectos y, es resolutoria, cuando los efectos del acto cesan al realizarse la condición²⁹⁶.

²⁸⁹ El Libro III del Código Civil peruano se refiere al Acto Jurídico, el mismo que es tratado, en general, como negocio jurídico, sin hacerse distinciones de ningún tipo.

²⁹⁰ Dentro del Libro III del Código, el Título V se encuentra dedicado a las “Modalidades del acto jurídico”, y la condición es tratada, precisamente, como una de estas modalidades, del artículo 171 al 177.

²⁹¹ Cf. F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1...*, cit., p. 172.

²⁹² Cf. Ibídem.

²⁹³ Son requisitos o caracteres de la condición la incertidumbre y la futuridad. La incertidumbre es el requisito fundamental de la condición, por el cual el hecho del que se hace depender la eficacia del acto debe ser incierto, esto es, de realización insegura. Sobre esto, Torres Vásquez señala: “La incertidumbre es la que determina el *estado de pendencia*, pues no sabe si la condición se cumplirá o no se cumplirá de modo tal que es incierta la existencia o la extinción de las consecuencias del acto”. (A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto Jurídico*, IDEMSA, Lima 2008, 3^a ed., p. 505). Por su parte, la futuridad es la característica de la condición, por la cual el hecho puesto en la condición consiste en un evento futuro, esto es, que al momento en que se celebra el acto todavía no ha sucedido. Cf. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto Jurídico*, cit., p. 508.

²⁹⁴ No sólo se clasifican en suspensivas y resolutorias, también se habla de condiciones expresas y tácitas, afirmativas y negativas, potestativas y casuales, propias e impropias, y mixtas. Cf. F. VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2011, 8^a ed., pp. 367-375.

²⁹⁵ El artículo 171 del CC 1984, refiriéndose a la invalidación del acto por condiciones impropias, a la letra establece: “La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto. La condición resolutoria ilícita y la física y jurídicamente imposible se consideran no puestas”. Esta es la referencia directa a la clasificación de las condiciones adoptada por el CC 1984.

²⁹⁶ Cf. F. VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico*, cit., p. 374.

Cabe mencionar que la condición como modalidad del acto jurídico, también conocida como condición voluntaria o *conditio facti*²⁹⁷, no es la que contempla el artículo primero del Código Civil para referirse a la atribución de los derechos patrimoniales al concebido. La allí establecida es una condición legal o *conditio iuris*²⁹⁸, que no es una condición *facti* –porque las partes voluntariamente no la fijan– aunque el efecto que produzca sea el mismo²⁹⁹. La condición legal es aquella preestablecida por el ordenamiento jurídico, independientemente de la voluntad de las partes, como dato necesario para la eficacia del acto³⁰⁰.

Una condición legal supone la existencia de una norma que subordina, de modo suspensivo o resolutorio, la eficacia de un negocio jurídico, al margen de lo que indiquen las partes contratantes. Es así que, en estos casos “la vigencia del negocio jurídico se vincula al cumplimiento de la condición legal desde afuera, no en virtud de una disposición establecida por las partes”³⁰¹. En este sentido, lo más semejante entre las condiciones legales y las voluntarias es que las primeras también pueden ser de naturaleza suspensiva o resolutoria, no pudiendo ser negada esta circunstancia por el hecho de que la condición legal no sea propiamente una modalidad del acto jurídico³⁰².

Siendo ello así, no cabe duda que la condición establecida en el artículo 1 del Código Civil es una condición legal, puesto que expresamente subordina la titularidad de los derechos patrimoniales del concebido a que éste nazca vivo³⁰³. El problema se genera, entonces, por la falta de precisión de la

²⁹⁷ Cf. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto Jurídico*, cit., p. 512; F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1...*, cit., p. 174.

²⁹⁸ Como bien sostiene Vidal Ramírez: “la *conditio iuris* y la *conditio facti* no son especies de un mismo género y así lo considera la doctrina, puesto que la una es el resultado de un requisito de eficacia establecido por la ley y, la otra, por la voluntad de las partes”. (F. VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico*, cit., p. 365). Otra diferencia, entre una y otra, es que la *conditio iuris* es siempre expresa y, la *conditio facti*, puede ser expresa o tácita. Cf. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto Jurídico*, cit., p. 513.

²⁹⁹ Al respecto, Torres Vásquez señala: “Aquí se habla de condición en sentido impropio, pues no tienen la calidad de modalidad del acto jurídico en sentido técnico jurídico, porque no es establecida arbitrariamente por el sujeto sino que es impuesta por la ley, no como un elemento accesorio sino como un dato inseparable del acto para que produzca sus efectos”. (A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto Jurídico*, cit., p. 512).

³⁰⁰ Cf. Ibídem.

³⁰¹ F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1...*, cit., p. 174.

³⁰² Cf. Ibídem, p. 175.

³⁰³ Como dice Ninamanccó Córdova: “el artículo 1 es claro al señalar que se trata de una condición: la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo. Como puede verse, hay un sometimiento a un hecho futuro e incierto y, según el tenor de la norma, lo

naturaleza de la condición legal, pues la norma antes mencionada no establece si tal opera de modo suspensivo o de modo resolutorio³⁰⁴. Lo que ha motivado que, durante años, en la doctrina se tienda a defender una y otra posición, sin existir aún consenso en la materia.

La posición más difundida³⁰⁵ es aquella que sostiene que dicha subordinación, para la adquisición de derechos patrimoniales por parte del concebido, es de tipo suspensivo³⁰⁶, pues para que tal produzca sus efectos debe operar la verificación del acto, esto es, el nacimiento con vida³⁰⁷. El carácter suspensivo de la condición legal es defendido³⁰⁸, sin mayores referencias, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 1, 598 y 866 del CC 1984³⁰⁹, estos dos últimos referidos, respectivamente, a la curatela

que se está sometiendo o subordinando sería la eficacia (adquisición de derechos por parte del concebido), por lo tanto se estaría indefectiblemente ante una condición (legal)". (Ibíd, p. 178).

³⁰⁴ A diferencia del CC 1984, el CC Argentina, en su artículo 70, prescribe textualmente que las personas "antes de nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido". Asimismo, en el mencionado artículo agrega que los derechos adquiridos por el concebido durante su existencia "quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida". De esto se desprende que, si el concebido nace con vida, los derechos que realmente adquirió son irrevocables y, se extinguen, si muere. La legislación argentina no precisa si se trata de derechos personales o patrimoniales, por lo que se entiende que está refiriéndose a ambos.

³⁰⁵ Sus máximos representantes en la doctrina nacional son Espinoza Espinoza y Monge Talavera. Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 75; L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 79.

³⁰⁶ Rubio Correa y Bernales Ballesteros también sostienen la tesis del carácter suspensivo de la condición legal. Para el primero, "los derechos no patrimoniales pertenecen al concebido desde la concepción y no pueden serle negados. Los derechos patrimoniales le serán atribuidos a condición de que nazca vivo. Es decir, que concebido un niño y teniendo eventualmente la posibilidad de adquirir un derecho patrimonial, la resolución final del destino de ese derecho se suspende hasta la época del nacimiento del concebido". (M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., p. 18). Para el segundo, "La norma es razonable en la medida que el goce de derechos patrimoniales sólo puede ser ejercitado a partir del nacimiento, cuando puede utilizar directamente y no a través de su madre, los bienes que produce la sociedad". (E. BERNALES BALLESTEROS, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, cit., p. 118).

³⁰⁷ Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 75. Monge Talavera para reforzar la postura, expresa: "[...] los derechos patrimoniales no se concretizan antes del nacimiento. El artículo primero supedita la atribución de derechos patrimoniales a la condición del nacimiento con vida". (L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., pp. 78-79).

³⁰⁸ Espinoza Espinoza sostiene: "Fernández Sessarego piensa que este numeral debería prescribir que el acto produce sus efectos desde que existe el concebido; pero éstos cesan al verificarse que éste no ha nacido vivo, lo cual es característica propia de la condición resolutoria. Como veremos [...], si interpretamos sistemáticamente el art. 1 c.c. con los artículos 805.1, 856 y 598 c.c. forzosamente se llegará a una conclusión contraria". (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 75).

³⁰⁹ El artículo 598 del CC 1984, sobre "Curatela de bienes del hijo póstumo", establece: "A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público los bienes que **han de corresponder** al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre

de los bienes que han de corresponder al hijo póstumo y a la suspensión de la partición de la masa hereditaria por la existencia de heredero concebido.

Oponiéndose a la tesis mayoritaria, un menor sector de la doctrina³¹⁰ sostiene que los derechos de índole patrimonial del concebido –entre los que especialmente se encuentran los derechos sucesorios y los devenidos de una donación– sólo podrían estar sometidos a una condición legal resolutoria y no suspensiva³¹¹, pues de lo contrario –si fuese suspensiva– se generaría una contradicción jurídica y lógica, ya que el concebido no puede ser “sujeto de derecho” sin capacidad actual para adquirir derechos patrimoniales³¹².

Asimismo, los que defienden el carácter resolutorio de la condición legal sostienen que el punto débil de la tesis mayoritaria es haber interpretado el artículo 1 del Código en función de normas que regulan aspectos particulares del derecho de familia y del derecho de sucesiones³¹³. En ese sentido, se considera que lo más conveniente para determinar la naturaleza específica de la condición legal sería interpretar los otros artículos del Código Civil en función del primero, que es una norma de orden público y de carácter imperativo³¹⁴. Sin embargo, con esta alternativa de solución no se conseguiría más que volver al principio de la cuestión, ya que –como se dijo– la norma antes mencionada no establece, expresamente, si tal condición opera de modo suspensivo o de modo resolutorio.

destituida de la patria potestad. [...]. (La negrita en el texto es de la autora). Por su parte, el artículo 856 de este Código, sobre la suspensión de la partición por heredero concebido, establece: “La partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento. En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos”.

³¹⁰ Especialmente representado por Fernández Sessarego.

³¹¹ Al respecto, Fernández Sessarego precisa: “Siendo el concebido un ‘sujeto de derecho’, la condición a la que se alude [...] no puede ser otra que la resolutoria, ya que, desde la singamia, el concebido es titular de derechos. Ello, por consiguiente, supone que éstos no se hallan en suspenso, a la espera de su nacimiento, como erróneamente pretende la teoría de la ficción”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho contemporáneo*, cit., p. 7).

³¹² Cf. IDEM, *Protección jurídica del concebido*, cit., p. 43.

³¹³ Cf. F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1...*, cit., p. 179.

³¹⁴ Al respecto, Varsi Rospigliosi señala: “En el segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil vigente encontramos el fundamento para la comprensión de lo prescrito en el artículo 856 bajo comentario. Por ello, todo análisis referido a los derechos del concebido debe efectuarse en concordancia con lo dispuesto en este numeral en razón de que se trata –como ha dicho (MONGE)– de una norma de orden público y de carácter imperativo. De ahí que sea lógico que todos los artículos que en el Código civil tratan al concebido deben ser analizados a la luz del artículo 1 que le sirve de fundamento”. (E. Varsi Rospigliosi, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes...*, cit., p. 576).

La jurisprudencia, por su parte, se inclina por la tesis de la doctrina mayoritaria al establecer que se trata de una condición suspensiva para la efectividad de derechos patrimoniales, que no supone que tales derechos no existan para el concebido, sino que antes de que se produzca el hecho del nacimiento con vida aquél simplemente no tendría capacidad para recibir, *verbi gratia*, donaciones, legados o indemnizaciones; pero una vez nacido, tendría derecho a recibirlos³¹⁵. Según esta posición asumida jurisprudencialmente, ninguna situación patrimonial ingresaría a la esfera jurídica del concebido si no hasta que se verifique la condición de su nacimiento.

De lo sintéticamente anotado *supra*, se puede advertir que la discusión doctrinal sobre la naturaleza de la condición legal establecida por el artículo 1, surge porque un menor sector de opinión considera que una condición de carácter suspensivo eliminaría el estatus del concebido como sujeto de derecho y que sólo una condición resolutoria estaría acorde con esta calidad³¹⁶. Es en función de esto que aparecen entonces dos claras posturas sobre la condición legal establecida por el artículo 1 del CC 1984:

1) si la condición a la que se refiere el artículo 1 del Código tuviere carácter suspensivo, los derechos patrimoniales que podría adquirir el concebido no le serían atribuidos sino que quedarían en suspenso hasta su

³¹⁵ En la Casación N° 1486-2007 la Corte Suprema de Cajamarca cita a Monge Talavera, de quien asume su postura para considerar que: “la expresión para todo cuanto le favorece es invocada tradicionalmente para reservar al concebido derechos patrimoniales, como por ejemplo derechos sucesorios, donaciones, legados o indemnizaciones; sin embargo, los derechos patrimoniales no se concretizan antes del nacimiento: el artículo 1 supedita la atribución de derechos patrimoniales a la condición del nacimiento con vida”. (Casación N° 1486-2007-Cajamarca, Corte Suprema, compilada por F. MESINAS MONTERO, *Jurisprudencia civil y procesal civil...*, cit., pp. 35).

³¹⁶ Representado a ese menor sector de la doctrina, Varsi Rospigliosi dice: “[...] siendo el concebido ‘sujeto de derecho’, los derechos patrimoniales de que goza están sujetos a condición resolutoria por lo que goza de sus derechos de manera actual durante su existencia y este goce se confirma si nace con vida y se convierte en ‘persona natural’. Sin embargo, los derechos dejan de existir si él muere. De lo contrario no sería un ‘sujeto de derecho’. Si no fuere así, es decir, si la condición a que se refiere el artículo 1 tuviere el carácter de suspensiva, no se entendería cómo podría existir un ‘sujeto de derecho’ carente de derechos, sin capacidad de goce. [...]”. (E. Varsi Rospigliosi, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes...*, cit., p. 576). Fernández Sessarego también se pronuncia al respecto, señalando: “[...] es contradictorio afirmar, como erróneamente se ha venido sostenido por cierto sector de la doctrina anclada en el pasado, que el concebido sea un ‘sujeto de derecho’ y, al mismo tiempo, se pretenda equivocadamente diferir el goce de sus derechos hasta que nazca con vida. No existen derechos ‘en suspenso’ ni ‘sujeto de derecho’ sin derechos. Ellos son actuales si el concebido es [...] un ‘sujeto de derecho’ tal como lo reconoce el artículo bajo comentario”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 12). También Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, cit., p. 7.

nacimiento con vida, lo que, según sostienen sus detractores, afectaría la condición jurídica reconocida al concebido; y,

2) si la condición fuera de tipo resolutorio, esto significaría que el concebido, en tanto sujeto jurídico, goza de sus derechos de manera actual y efectiva durante su existencia, y este goce se confirma si nace con vida y se convierte en “persona natural”; derechos que dejarían de existir si él muere, retornando a su primigenio titular o a sus herederos, si éste fallece antes³¹⁷.

Frente a esa presunta posibilidad de que la condición jurídica del concebido pudiera verse mermada si la condición legal fuera suspensiva, no ha faltado quien se pregunte si mejor hubiera sido no someter los derechos patrimoniales del concebido a ninguna condición³¹⁸. Ante lo cual corresponde precisar que la condición establecida en el artículo primero del Código Civil –sea o no suspensiva– no pone bajo subordinación al concebido mismo, sino a la eficacia de los derechos patrimoniales que podría adquirir³¹⁹. La condición legal en comento no busca, por tanto, subordinar el estatus del concebido, sino los efectos de sus derechos patrimoniales³²⁰, dejándose a salvo de cualquier condicionamiento a sus derechos personales, que sí le corresponden desde el momento mismo de su concepción por esa condición de ser humano que le es propia y que lo inviste, precisamente, como sujeto de derecho³²¹. Por tanto, una condición legal suspensiva no negaría al concebido su estatus jurídico como sujeto de derecho.

³¹⁷ Cf. E. Varsi Rospiugliosi, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes...*, cit., p. 576.

³¹⁸ A propósito del análisis de la naturaleza jurídica de la condición legal establecida por el artículo 1 del Código Civil, Espinoza Espinoza dice: “Si la gran discusión teórica es que se protege más al concebido con una condición resolutoria ¿no sería más justo no someterlo –a nivel de derechos patrimoniales– a ninguna condición?”. (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 76).

³¹⁹ Sobre la condición legal establecida en el artículo 1 del Código Civil peruano, señala Cifuentes: “Vale decir que no se pone bajo condición al concebido mismo, sino a los derechos patrimoniales que hubiera adquirido. Además, al decir que el concebido es ‘sujeto de derecho’ para lo que le favorece, le da condición de persona existente, dado que es capaz de adquirir derechos, y a él en actualidad se le puede imputar derechos y obligaciones”. (S. CIFUENTES, *El inicio de la vida humana...*, cit., p. 52).

³²⁰ Para Martínez de Aguirre: “[...] la ley positiva puede regular la personalidad en su conjunto, atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico, y, así, puede negar al nacido inviable derechos sucesorios, establecer plazos para el comienzo del disfrute de los derechos [...], etc. Ahora bien, esta potestad de regulación tiene dos límites claros: primero, no puede la ley positiva negar de raíz la personalidad a un ser humano [...], cualquiera que sea su condición [nacido o no nacido, viable o inviable, de una u otra raza, etc.], y, segundo, la limitación de la personalidad no puede extenderse a los derechos naturales [...].” (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Comentarios de los artículos 29 al 34*, cit., p. 252).

³²¹ Cf. Ibídem, p. 248.

En esta instancia corresponde, por ende, deslindar cómo debería ser interpretada la condición legal del citado artículo 1: ¿Como una condición suspensiva o como una condición resolutoria? Para responder a la pregunta ha de recurrirse, principalmente, a los precedentes históricos. El problema de la atribución de derechos patrimoniales al concebido tuvo su origen en el Derecho Romano, especialmente en lo relativo a los derechos sucesorios, en donde los efectos del fenómeno jurídico quedaban suspendidos hasta que se produjera el nacimiento con vida o la muerte de quien o quienes iban a ser titulares del derecho³²²; no había, pues, atribución sino la paralización del fenómeno sucesorio hasta el nacimiento o la muerte del concebido. El empleo de este mecanismo jurídico tenía un doble objetivo: i) la protección de las personas que tenían en la herencia un derecho de tal naturaleza que podía desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo; y, ii) la protección del mismo póstumo³²³.

Una condición suspensiva aplicada a la atribución de los derechos patrimoniales al concebido tiene, en ese orden, un sentido práctico fundamentado en la especial situación en la que éste se encuentra frente a terceros, cuyos intereses son, además de los del concebido, los que se busca proteger³²⁴; razón por la que resultaría inoficiosa –y atentatoria para la seguridad jurídica de los terceros–, por ejemplo, la partición de los bienes hereditarios cuando uno de los va a ser heredero aún se encuentra concebido, pues existe la posibilidad de que no se produzca su nacimiento con vida. De esta última circunstancia depende el destino final de las situaciones jurídicas, por lo que la incertidumbre acerca de si se producirá o no justifica la paralización de las mencionadas situaciones jurídicas.

Inclusive, aun sin expresar literalmente el artículo 1 del CC 1984 que la condición allí contenida es suspensiva, ésta si podría concluirse si se realiza una detenida lectura del precepto: “La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”. Por ende, y a partir de una interpretación histórica, la condición legal –a la que ha venido haciendo referencia– debe

³²² Cf. Ibídem, pp. 269-270.

³²³ Cf. Ibídem.

³²⁴ Sobre esto, Espinoza Espinoza dice: “[...] por la especial naturaleza del concebido, cual es aquella de un ser humano en formación, los derechos patrimoniales quedan condicionados, por cuanto el legislador ha tenido en cuenta no sólo al concebido, sino a los intereses de otros sujetos de derechos”. (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 77).

ser aplicada como una “condición suspensiva”, en virtud de la cual la atribución de los derechos patrimoniales al concebido quedará en pendencia –con efectos retroactivos– hasta su nacimiento con vida, en que propiamente se concretará tal atribución³²⁵. En caso de morir el concebido, la atribución de tales derechos simplemente no podría concretarse para él, como luego se verá.

Como puede verse, la atribución de los derechos patrimoniales al concebido debe entenderse sometida a la condición suspensiva de su nacimiento con vida. Ahora bien, aunque la legislación peruana no establezca cuándo debe entenderse producido el “nacimiento con vida”³²⁶, la doctrina apunta que éste se entenderá concretado con el entero desprendimiento del seno materno, que sólo se alcanza con la rotura o corte del cordón umbilical³²⁷.

Por todo lo dicho, cabe precisar que el carácter suspensivo de la *conditio* establecida por el artículo 1 del CC 1984 guarda total coherencia con los “efectos favorables” reservados al concebido en tanto sujeto de derecho³²⁸, toda vez que si bien éste tiene capacidad jurídica para obligarse mediante sus representantes, las obligaciones –ni lo derechos patrimoniales que las acompañan– no le serán atribuidas si no hasta su nacimiento con vida, en los términos expresados en el párrafo antecedente. Asimismo, esta condición suspensiva no afecta el estatus del concebido como sujeto de derecho, por cuanto sólo suspende los efectos de la atribución de los derechos patrimoniales mas no de sus derechos extrapatrimoniales o personales, si necesarios para la comprensión de su subjetividad jurídica.

³²⁵ Así las cosas, el concebido no sería titular de los derechos patrimoniales que pudieran haberle sido destinados, ya que la concreta atribución se producirá a su nacimiento con vida; asunto que será tratado con detenimiento en el Capítulo 3.

³²⁶ Al respecto resulta apropiada la definición de nacimiento esbozada por Rubio Correo: “El nacimiento es el proceso biológico por el que el feto se separa del cuerpo materno adquiriendo vida corporalmente independiente”. (M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., pp. 21-22). Se trata de una definición amplia que –como se dijo en otro momento– permite tener como válidas las expresiones “nació vivo” y “nació muerto”, que en el lenguaje común podrían parecer redundante y contradictoria, respectivamente.

³²⁷ Cf. J. HUALDE SÁNCHEZ, *La personalidad*, cit., p. 116; A. CARRASCO PERERA *et alii*, *Derecho civil*, cit., p. 64; J. L. LA CRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte general*, cit., p. 10.

³²⁸ Cf. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Comentarios de los artículos 29 al 34*, cit., p. 268.

5. Extinción de la calidad jurídica de concebido

El concebido es aquel sujeto de derecho digno de protección desde el momento de la concepción, es decir, desde el instante de la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Su existencia, dentro del ordenamiento jurídico, tiene un inicio pero también tiene un término, el mismo que puede darse en circunstancias muy específicas. Éstas pueden agruparse como modalidades excluyentes³²⁹ o por su carácter formal³³⁰, pero sea cual fuere el modo de clasificarlas siempre se referirán al fin de la existencia del concebido como sujeto de derecho.

La presencia del concebido en el ordenamiento, en cuanto sujeto de derecho, puede terminarse, excluyentemente, en cualquiera de los siguientes casos³³¹:

1) En caso de nacimiento con vida.

Bajo esta primera modalidad, la situación del concebido varía formalmente a la de “persona natural o individual” –según la doctrina– o “persona humana” –en los términos de la legislación civil peruana–. Simplemente se produce el tránsito de un momento de la vida del ser humano a otro, por lo que en ambos casos se es sujeto de derecho, con la salvedad de que el nacido no es considerado “sujeto de derecho privilegiado”, como sí el concebido.

2) En caso de muerte del ser humano en formación.

Dentro de esta modalidad se admiten otras dos hipótesis, cuales son:

a) Muerte antes del nacimiento, denominada con el nombre de aborto y que puede ser de dos tipos: espontáneo o intencional³³².

b) En el momento mismo del nacimiento, cuando el ser humano fallece antes de desprenderse del cordón umbilical³³³.

³²⁹ Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., pp. 82-83.

³³⁰ Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 101.

³³¹ El orden en que se exponen las modalidades sobre la extinción de la calidad jurídica de concebido, ha sido tomada de J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., pp. 82-83.

³³² Este último, también denominado provocado, se encuentra tipificado como delito en el Perú, de conformidad con los artículos 114 al 120 del Código Penal, los mismos que han sido expuestos en notas a pie anteriores.

³³³ Cabe recordar que si bien nuestra legislación no hace precisión sobre el momento en que debe entenderse producido el nacimiento, la doctrina mayoritaria ha precisado que éste se

Cabe precisar, además, que sea cual fuere la circunstancia que motive la extinción de la calidad jurídica de concebido, ésta siempre generará consecuencias jurídicas, sobre todo en lo concerniente a la atribución de derechos patrimoniales al concebido, como puede verse en los siguientes supuestos:

a) Si el concebido nace vivo, no sólo se produce el paso de su condición formal de concebido a la de persona natural, sino también el cumplimiento de una condición suspensiva en lo que atañe a la atribución de sus derechos patrimoniales. Al suscitarse el nacimiento con vida se concretaría la atribución de estos derechos al concebido, y en caso de haber más destinatarios –como por ejemplo, en una sucesión–, también en relación con ellos. De este modo, el nacido se convierte en titular de aquellos derechos patrimoniales que le fueron destinados cuando era aún un concebido.

b) Si el concebido naciera muerto, muriese antes del nacimiento o durante el mismo (antes de desprenderse el cordón umbilical), la condición legal suspensiva no se cumpliría y, por ello, no se le atribuiría ningún derecho patrimonial³³⁴. Si hubiese otros interesados, –respecto de quienes también se hubiera suspendido la atribución por la expectativa del nacimiento con vida del concebido–, los efectos del negocio jurídico se reanudan respecto de ellos para que les sea otorgado algún derecho patrimonial, si eso es lo que corresponde; en caso de no haberlos, los derechos patrimoniales retornarían a sus primigenios titulares o se procedería de acuerdo a ley³³⁵.

Con relación a los derechos personales o no patrimoniales del concebido, el nacimiento con vida no funge como condición legal suspensiva, lo que significa que el nacido –con vida– simplemente continuará siendo titular de aquellos derechos que ya eran suyos desde que fue concebido. Si éste nace

produce con el entero desprendimiento del seno materno, esto es, con el corte del cordón umbilical. Cf. M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., pp. 21-22.

³³⁴ Así lo expone también Espinoza Espinoza tras sostener que la condición legal del artículo 1 es suspensiva: “el Código Civil peruano, en caso de que el concebido naciera muerto o muriera antes de su nacimiento, no le concede ningún derecho patrimonial”. (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 83).

³³⁵ Al respecto, el artículo 830 del CC 1984 vigente, referido a la Sucesión del Estado y de la Beneficencia Pública, establece: “A falta de sucesores testamentarios o legales el juez o notario que conoce del proceso o trámite de sucesión intestada, adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria, a la Sociedad de Beneficencia o a falta de ésta, a la Junta de Participación Social del lugar del último domicilio del causante en el país o a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana si estuvo domiciliado en el extranjero. [...]”.

muerto, sus derechos personales se extinguen porque cesa también su existencia formal como sujeto de derecho.

CAPÍTULO 3

LOS EFECTOS CIVILES PARA EL CONCEBIDO Y SU PROTECCIÓN A PARTIR DE LA REGULACIÓN CIVIL VIGENTE

1. Los derechos personales: efectos favorables y actuales para el concebido

Por su propia condición de sujeto de derecho, reconocida en el orden civil peruano, el concebido es titular actual de aquellos derechos que le son inherentes aun cuando no los pueda ejercer por sí mismo, sino a través de sus representantes legales³³⁶. En esa medida, no tendrá que esperar a su nacimiento para gozar de sus derechos personales o extrapatrimoniales³³⁷, entre los que principalmente destaca el derecho a la vida.

Asimismo cabe referir que, a la luz del artículo primero del CC 1884, los derechos personales del concebido no sólo serían actuales, sino también “incondicionados”. Esto se deja entrever cuando dicho artículo establece que “*La atribución de derechos patrimoniales [al concebido] está condicionada a que nazca vivo*”, ya que de este modo, aun sin hacerlo expresamente, excluye a los derechos extrapatrimoniales de la condición legal suspensiva allí impuesta. En ese sentido, la atribución de los derechos personales al concebido no depende, de ninguna otra circunstancia, más que de la concepción³³⁸, porque –según reconoce el mismo artículo– desde ese

³³⁶ Tal como señala Fernández Sessarego: “el hecho que el concebido no pueda ejercer por sí mismo los derechos que le son inherentes no significa, de ningún modo, que no goce o posea tales derechos propios de todo ser humano viviente sin exclusión alguna. [...]. Es obvio que si el concebido es un ‘sujeto de derecho’, los derechos que le son inherentes los posee simplemente por el hecho de constituirse como ser humano. Goza, por ello, de manera plena y **actual** de todos sus derechos personales, como su derecho a la vida [...].” (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 11).

³³⁷ Cf. Ibídem, p. 12.

³³⁸ Esto es así porque de acuerdo con el citado artículo 1 del Código Civil, *la vida humana comienza con la concepción y el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece*. Para Rubio Correa la titularidad actual del concebido con relación a sus derechos personales,

momento el ser humano es sujeto de derecho actual con relación a aquellos efectos carentes de significación económica.

En lo que concierne a los “efectos favorables”, los derechos extrapatrimoniales siempre supondrán algo beneficioso para el concebido³³⁹ y, en consecuencia, será necesaria su tutela jurídica por parte del ordenamiento. Al concebido favorecen derechos como el de la vida e integridad física, el de ser reconocido para efectos de la filiación, así como otros de que goza por esa especial situación³⁴⁰, los que merecen por parte del sistema jurídico la más irrestricta y efectiva protección.

2. Casos más importantes de actuación de derechos personales en aplicación del artículo 1 del CC 1984

Habiéndose precisado que respecto de sus derechos extrapatrimoniales el concebido ostenta una titularidad actual, efectiva y no sujeta a la condición suspensiva del artículo 1 del Código Civil, seguidamente se analizará el contenido de algunos de estos derechos y la forma en que se encuentran protegidos desde la normatividad jurídica civil peruana.

2.1. Sobre el derecho a la vida

Según aparece en nuestro Derecho Civil –a su vez respaldado por el Derecho constitucional³⁴¹–, el concebido cuenta con una tutela normativa

es clara, por eso se pronuncia diciendo: “los derechos no patrimoniales pertenecen al concebido desde la concepción y no pueden serle negados”. (M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., p. 18).

³³⁹ Sobre esto, Sánchez Barragán dice: “El ser capaz para todo cuanto le favorece debe ser interpretado en el sentido más amplio. Al concebido favorecen derechos como el de la vida, el ser reconocido para efectos de la filiación, donación, entre otros. No pueden vulnerarse tales derechos; por el contrario, debe ampararse al concebido en su sentido más genérico”. (R. SÁNCHEZ BARRAGÁN, *El tratamiento jurídico del derecho a la vida...*, cit., p. 65). Esta misma opinión es sostenida por Ninamanco Córdova y Díaz Muñoz. Cf. F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1...*, cit., p. 176; O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional...*, cit., p. 152.

³⁴⁰ Cf. F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1...*, cit., p. 176.

³⁴¹ Como puede verse en el artículo 2 numeral 1 de la CP 1993 (cuyo tenor dice: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, [...]. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”), el derecho a la vida del concebido constituye un derecho fundamental. Sobre el carácter fundamental de los derechos del hombre, el TC peruano ha expresado: “En esencia, se supone que son derechos fundamentales “(...) aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado no otorgue con arreglo a las leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía

propia en lo que a su derecho a la vida concierne. El Código Civil peruano en su artículo 1 establece que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho para todo lo que le favorece, amparando por tanto su derecho a la vida desde ese preciso instante. Incluso, de modo más puntual, el artículo 5 del mismo cuerpo legal regula que el derecho a la vida –entre otros³⁴²– es derecho de la persona humana³⁴³.

La protección civil –y constitucional– del derecho a la vida debe ser dispensada desde la concepción, porque el Código de la materia reconoce que con ésta se inicia la vida humana. Es este hecho el que sirvió de sustento al legislador para brindar plena protección jurídica a la vida humana por parte del Estado, y siendo el concebido un nuevo ser humano, es titular del derecho a la vida y su protección jurídica comienza desde la concepción o fecundación³⁴⁴. En este sentido, la tutela de este derecho no sólo corresponde a favor de aquellos concebidos que se encuentren en el útero –como consecuencia de una fecundación natural o artificial–, sino también de aquellos que aún no hayan sido implantados.

Con respecto a su alcance y contenido, el derecho a la vida resulta ser el de mayor connotación y se instituye como presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, “ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de la vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos”³⁴⁵. En razón de tal fundamento, “el derecho a la vida implica directamente el derecho a no ser impedido de llegar a la vida durante las diversas y largas etapas que preceden al nacimiento, es decir, al logro de una vida autónoma y completamente

mesurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado”. (STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC, f. j. 72, compilado por D. GARCÍA BELAÚNDE, *Diccionario de Jurisprudencia constitucional*, Grijley, Lima 2009, p. 170).

³⁴² A la letra, el artículo 5 del CC 1984, refiriéndose a los derechos de la persona, establece: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6”. El citado artículo 6 se refiere a los actos de disposición del propio cuerpo, que son regulados por la ley de la materia (Ley N° 28189 – Ley General de Donación y Trasplante de Órganos).

³⁴³ Si bien esta referencia nos vuelve a la mente la tradicional discusión sobre si el concebido es o no persona humana, cabe recordar que esta designación técnico jurídica reservada a las personas naturales (seres humanos nacidos y hasta la muerte) no lo despoja de su condición ontológica de persona humana en tanto ser humano.

³⁴⁴ Cf. O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional...*, cit., p. 155.

³⁴⁵ STC N° 2945-2003-AA, ff. jj. 26-27, compilados por C. LANDA ARROYO, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Palestra Editores, Lima 2010, p. 67.

desprendida del claustro materno”³⁴⁶, siendo así el derecho a la vida el más esencial de todos los derechos del concebido.

Para alguna opinión particular, tanto en sentido cronológico como axiológico, el principal derecho de todos los que competen al concebido sería “el derecho a nacer”³⁴⁷, ya que éste engloba y funda todos los derechos constitutivos de la persona³⁴⁸. Frente a esto cabe precisar que, aun cuando en principio “el derecho a la vida” y “el derecho a nacer” parecerían indicar lo mismo, en la praxis eso no así, ya que existen embriones fecundados *in vitro* que no se encuentran implantados, y que –en tanto eso no suceda– no tendrían si quiera la expectativa de nacer. Si el “el derecho a nacer” fuera el derecho fundante de todos los demás derechos de la persona, aquellos embriones que –por circunstancias varias– no han podido aún ser implantados en algún útero y que, por tanto, de momento no podrían nacer, quedarían despojados de la titularidad de tal derecho –y de los que de allí se derivarían–.

Por lo antes dicho, es más apropiado decir que el principal derecho del concebido es su “derecho a la vida”, ya que los embriones *in vitro* no implantados, si bien no tienen inmediatamente la posibilidad de nacer, sí tienen derecho a que su vida sea respetada aun en el estado en que se encuentra, lo que su vez entraña el deber de evitar prácticas dirigidas a su destrucción. Por tanto, no debe confundirse “el derecho a nacer” con “el derecho a la vida”, pues, en todo caso, el derecho a la vida implica el derecho a nacer³⁴⁹, mas no son lo mismo³⁵⁰.

³⁴⁶ J. PORTELA R., *La justicia y el derecho natural*, Universidad Católica San Pablo, Arequipa 2006, 2^a ed., pp. 158-159. Portela señala que el derecho a la vida del feto o concebido es uno de los derechos naturales más concretos que surgen del derecho natural primario a la vida.

³⁴⁷ Este término es empleado por F. D’AGOSTINO, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., p. 221.

³⁴⁸ Textualmente, sobre los derechos del feto, D’Agostino refiere lo siguiente: “El derecho a nacer es el principal de todos los derechos, no sólo –como podría parecer a simple vista– en sentido cronológico, sino sobre todo en sentido *axiológico*; el derecho a nacer engloba y funda todos los derechos constitutivos de la persona: el derecho a que se nos respete la identidad propia, a no ser instrumentalizados por ninguna razón, a ser considerados portadores de una específica dignidad distinta de la de cualquier otro ser humano; en conclusión, el derecho a ser reconocido *como persona*”. (Ibídem).

³⁴⁹ Y no sólo este derecho, sino también todos aquellos derechos de los que se puede gozar como consecuencia de tener vida humana.

³⁵⁰ Pues como bien señala Chanamé Orbe: “El derecho a la vida implica no sólo el derecho a nacer, a salir del vientre de la madre, sino también que la persona ya nacida desarrolle todas sus aptitudes en plenitud, contando con la máxima calidad de vida. La vida es el derecho originario por excelencia [...]”. (R. CHANAME ORBE, *Comentarios a la Constitución*, cit., p. 108).

Así las cosas, decir que el concebido tiene derecho a la vida implica reconocer, al mismo tiempo, que tal atributo le corresponde de modo autónomo, independiente, al derecho a la vida que posee la mujer que pueda estarlo gestando. Esta individualidad genética del concebido, que se ve claramente materializada en el entorno jurídico al defenderse su propio derecho a la vida, se puso de manifiesto a partir de los avances médicos con los que, por medios artificiales, pudo generarse vida humana fuera del seno materno; lo que ha permitido tener certeza de que el *nascitrus* no es una parte del organismo de la mujer, asimilable a un hígado o a un apéndice³⁵¹. El concebido tiene derecho a la vida antes de encontrarse en la cavidad uterina –para el caso de los embriones *in vitro* no implantados–, durante el propio embarazo y aún en el parto³⁵².

Al derecho a la vida del concebido acompaña, correlativamente, el deber de evitar el aborto³⁵³ en cualquiera de sus manifestaciones³⁵⁴. Al considerar que la vida humana comienza con la concepción, el Código Civil peruano admite que desde ese momento la vida del concebido merece protección frente al aborto³⁵⁵. Al Derecho Penal le corresponde defender la vida del concebido desde el instante mismo de la concepción³⁵⁶, por lo cual configuraría delito de aborto no sólo el atentado contra el producto de la gestación³⁵⁷ –como

³⁵¹ Fernández Sessarego se refiere a la fecundación *in vitro* como el hecho que ha permitido confirmar que la vida humana comienza con la fecundación, porque considera que: “generar vida humana fuera del seno materno, por medios artificiales permite estar seguros que el *nascituro* no es una parte del organismo de la mujer, ‘asimilable al hígado o al apéndice dela madre’, como erradamente sostuvo algún autor en tiempo pasado”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., p. 30).

³⁵² Incluso después del nacimiento, quien fuera concebido, seguirá teniendo derecho a la vida, pero esto no lo indicamos en el orden de ideas expuesto porque, sencillamente –en sentido técnico jurídico–, una vez nacido, el concebido ya no es concebido, es persona natural.

³⁵³ Al respecto, Monge Talavera sostiene una opinión diferente: “la vida del concebido está incuestionablemente protegida por la ley. Pero, como ningún texto consagra explícitamente este derecho –el Código Penal (arts. 114 a 120) se limita a condenar el aborto en tanto delito contra la vida humana– entendemos que más que un derecho a la vida, lo que el ordenamiento jurídico prevé es una obligación, a cargo de la sociedad en su conjunto, de respetar la vida humana naciente”. (L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 81). Para la autora existiría el deber u obligación a cargo de la sociedad de respetar la vida del concebido sin que éste propiamente tenga un derecho a la vida. Esta proposición rompe la natural y consecuente relación de derecho-deber, ya que la obligación o deber surge necesariamente como correlato de la existencia de un derecho. En ese sentido lo correcto es: porque el concebido tiene derecho a la vida es que la sociedad en su conjunto tiene el deber de respetarla.

³⁵⁴ Cf. J. PORTELA R., *La justicia y el derecho natural*, cit., p. 159.

³⁵⁵ Cf. M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., p. 18.

³⁵⁶ Cf. Ibídem, pp. 18-19.

³⁵⁷ Cf. R. SALINAS SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 929

comúnmente es definido–, sino cualquier atentado contra la vida del concebido, sea que se encuentre anidado en algún útero o aún no implantado³⁵⁸, porque por esta última circunstancia no deja de ser vida humana³⁵⁹.

2.2. Sobre la integridad física

El artículo 5 del CC 1984, al propio tiempo de declarar que el derecho a la vida es derecho de la persona humana, regula que la integridad física también lo es³⁶⁰. El concebido es sujeto de derecho para lo favorable y, por tanto, le corresponde que su integridad física también sea protegida. Pero este derecho del concebido no sólo cuenta con protección desde la normativa civil, sino que también es tutelado por la normativa constitucional, lo que puede verse del numeral primero del artículo 2 de la CP 1993, en donde se declara que la integridad física es un derecho fundamental del concebido en virtud de que éste es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece³⁶¹.

El derecho a la integridad en su dimensión física³⁶² garantiza a las personas conservar la estructura orgánica del ser humano y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo. Siendo así, la afectación a la integridad física del ser humano se produce, en definitiva, cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales y enfermedades corpóreas³⁶³.

³⁵⁸ Como señala Díaz Muñoz: “con el embrión fecundado *in vitro* estamos frente a un ser humano. Por ello, [...] la eliminación de un embrión fecundado *in vitro* es un atentado al derecho a la vida del concebido”. (O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional...*, cit., p. 154).

³⁵⁹ Sobre el tema, Fernández Sessarego dice: “Problema arduo y difícil de resolver [...] es el vinculado al derecho a la vida que podría corresponder a un concebido logrado en probeta, es decir mediante un procedimiento artificial de laboratorio, mientras tal embrión no ha sido aún implantado en útero de mujer alguna. La dramática interrogante se centra en saber si es posible eliminar dicho embrión sin atentar contra la vida humana que dicho embrión significa. La respuesta coherente es negativa”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, cit., p. 32).

³⁶⁰ En la nota a pie número 345 aparece el citado artículo redactado en forma textual.

³⁶¹ El artículo 2 numeral 1, *ad literae*, dice: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

³⁶² Se hace esta aclaración porque, de acuerdo con la regulación constitucional vigente, el derecho a la integridad también tiene una dimensión moral y psíquica. Cf. STC N° 4903-2005-HC, f. j. 9, compilado por C. LANDA ARROYO, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia...*, cit., p. 68.

³⁶³ Cf. Ibídem.

Dado que el concebido es titular del derecho a la integridad física, son indemnizables los daños que puedan ser ocasionados a su persona³⁶⁴. El artículo 1985³⁶⁵ del Código Civil prescribe que las personas deben ser indemnizadas por los daños que les sean causados, por lo que concordado este artículo con lo dispuesto en el artículo primero del Código Civil, se hace extensible al concebido la posibilidad de indemnizarle los daños que se le puedan generar a su integridad personal³⁶⁶.

Como se ve, la tutela a la integridad física del concebido se encuentra relacionada a los daños que puedan ocasionársele, así como a la posibilidad de recibir una indemnización por dichos daños y perjuicios. Si bien la integridad física es un derecho extrapatrimonial del concebido –y en principio fundamental–, los efectos de su protección en el ámbito civil son propiamente pecuniarios, en la medida que los daños que puedan generarse a dicha integridad deberán ser indemnizados económicamente. Por ello, el tema de la indemnización será analizado con detenimiento en el marco de los derechos patrimoniales.

Por otro lado, cabe precisar que el concebido recibe protección a su integridad física no sólo por el ordenamiento civil. El Derecho Penal también le brinda protección. Como consecuencia del reconocimiento del concebido como sujeto de derecho, mediante el artículo 1 de la Ley N° 27716³⁶⁷ se modificó el Código Penal para introducir el artículo 124-A° que tipifica el delito de lesiones al concebido³⁶⁸, estableciéndose con él que toda conducta dirigida a causar

³⁶⁴ Sobre el tema, Fernández Sessarego dice: “en el numeral 1985° [del Código civil] se hace referencia a una protección específica del ser humano al prescribirse que son indemnizables los daños ocasionados a la persona. En concordancia con lo dispuesto en el artículo primero del Código Civil, se hace extensible al concebido, en cuanto ser humano y ‘sujeto de derecho’, el deber de indemnizar los daños que se le puedan originar”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho contemporáneo*, cit., p. 13).

³⁶⁵ El artículo 1985 del CC 1984, refiriéndose al contenido de la indemnización, establece: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

³⁶⁶ La interpretación conjunta de ambos artículos no sólo motiva la posibilidad de indemnizar al concebido por los daños que puedan ocasionarse a su integridad física, sino también a su integridad moral. Si fuera el caso, esto a su vez podría comprender el lucro cesante y el daño emergente.

³⁶⁷ La Ley N° 27716, de mayo de 2002, mediante su artículo 1 incorporó el Artículo 124-A al Código Penal peruano tipificando el delito de lesiones al concebido, derogando a su vez expresamente todas las normas legales que pudieran oponerse a esta ley.

³⁶⁸ A la letra, el Artículo 124-A: “El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres”.

daño en su cuerpo o en su salud será reprimida con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de tres³⁶⁹.

La concreta tutela de la integridad física del concebido en la vía penal se enfrenta a similar problema que el de la protección de la vida humana dependiente. Se discute desde cuándo correspondería amparar al concebido frente al delito de lesiones, esto es, si desde la concepción, desde la implantación o a partir del nacimiento³⁷⁰. Dado nuestro panorama jurídico actual, la respuesta siempre será la misma: al Derecho Penal corresponde aplicar la norma civil referida al principio de la vida humana; por tanto, la protección al concebido frente al delito de lesiones debe ser dispensada desde la concepción.

2.3. Sobre la filiación del *nasciturus*

Con relación al concebido, el Código Civil peruano vigente regula temas filiatorios en los artículos 365 y 405. Para los casos de filiación matrimonial, el artículo 365 prescribe que no puede contestarse la paternidad del hijo por nacer³⁷¹. El artículo 405, en cambio, se refiere a la filiación extramatrimonial y regula que, antes del nacimiento del hijo, puede demandarse la declaración judicial de su reconocimiento³⁷².

Como puede verse, el Derecho Civil peruano admite la posibilidad de que el reconocimiento de la filiación del concebido pueda ejercitarse antes de su

³⁶⁹ Fernández Sessarego considera que si bien la mencionada ley representa un avance en la legislación protectora del concebido, la pena establecida en dicho tipo penal debería ser mayor. Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho contemporáneo*, cit., pp. 13-14.

³⁷⁰ Según Monge Talavera: “La incorporación en el Código Penal del artículo 124-A° que sanciona el delito de lesiones en el concebido tutela su integridad física. Sin embargo, la pertinencia y la aplicabilidad del dispositivo puede ser cuestionada. [...] la norma busca sancionar aquellos actos que mediante la administración de medicamentos inadecuados en las farmacias, tales como anticonceptivos producen como consecuencias secundarias graves daños en la salud del feto’. Tal es el caso de una deformidad. [...]. Sin embargo, la identificación cierta de la causa de la deformación se realiza después del nacimiento mediante estudios clínicos radiográficos y del cariotipo. [...]. De lo cual se deduce que es únicamente a partir del nacimiento, una vez que se ha establecido el origen de la deformidad, que se podrá sancionar la comisión del delito de lesiones. Y en este caso, corresponderá invocar no el artículo 124-A, sino propiamente el artículo 124 del Código Penal que prevé la modalidad culposa del delito de lesiones a la persona”. (L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 80).

³⁷¹ Sobre la prohibición de negar al hijo por nacer, este artículo prescribe: “No se puede contestar la paternidad del hijo por nacer”.

³⁷² Sobre la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, este artículo prescribe que: “La acción puede ejercitarse antes del nacimiento del hijo”.

nacimiento, algo que es plenamente acorde con su condición de sujeto de derecho para lo favorable. Por la naturaleza de la relación paterno-filial, el concebido tendrá la categoría de hijo desde el momento mismo de la concepción, pero el adjetivo de matrimonial o extramatrimonial dependerá del modo en que realice su reconocimiento; en ese caso, si ésta se ejercita en el marco del artículo 405, será hijo extramatrimonial³⁷³. Por su parte, los concebidos dentro de una relación matrimonial se presumirán, por tal circunstancia, hijos matrimoniales³⁷⁴.

Así también, la normatividad civil prescribe que para los casos de filiación matrimonial no puede contestarse la paternidad del hijo por nacer, operando en este estado la presunción de paternidad. Por los efectos favorables reservados al concebido, no resulta beneficioso para él que –desde antes de nacer– pueda negarse su filiación por parte del esposo de la madre que, en principio, por presunción es su padre. En todo caso, la acción contestatoria de paternidad podría ejercitarse a partir de su nacimiento³⁷⁵, puesto que la persona natural sí

³⁷³ Espinoza Espinoza sostiene que, en efecto, la categoría de hijo se adquiere desde la concepción, pero que la condición de matrimonial o extramatrimonial se obtiene a partir del nacimiento. Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 89. Sobre el particular cabe decir que, si las cosas fueran así, carecería de sentido lo regulado por el artículo 405 del Código Civil, que prescribe la posibilidad de demandar la declaración judicial de paternidad extramatrimonial respecto del concebido; este artículo no se refiere al nacido. En tal sentido, si alguien demanda la declaración de paternidad de conformidad con el citado artículo y dicha acción es amparada por el juez, se entiende que el concebido será declarado hijo extramatrimonial. Es propicio aprovechar el tema para indicar que el estatus de hijo matrimonial o no matrimonial no disminuye los derechos de éste en relación con el sujeto que ejercitó el reconocimiento, tal como lo establece el tercer párrafo del artículo 6 de la CP 1993 (que establece: “Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”).

³⁷⁴ Aunque de conformidad con el artículo 361 del Código Civil, la presunción de paternidad (en donde se tiene por padre del hijo al marido de la mujer) funciona respecto de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, una interpretación de esta norma bajo el influjo del artículo 1 del mismo Código permite sostener que, siendo el *nasciturus* sujeto de derecho, la presunción de paternidad le alcanzará también si tal ha sido concebido dentro de una relación matrimonial. Ahora bien, bajo la lógica del antes mencionado artículo 361, podría darse el caso de que un concebido, en principio hijo extramatrimonial –por no haber sido concebido en el marco de un matrimonio–, al nacer adquiriera la condición de hijo matrimonial porque, antes de su nacimiento, su madre contrajo nupcias.

³⁷⁵ La negación de la paternidad podrá ejercitarse con base en alguno de los supuestos establecidos por el artículo 363 del Código Civil. Este artículo regula: “El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: 1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio. 2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo. 3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo. 4. Cuando adolezca de impotencia absoluta. 5.

tiene aptitud para ser centro de imputación de cualquier efecto civil, favorable y no favorable³⁷⁶.

Una interpretación sistemática de los artículos 1, 365 y 405 del Código Civil, permite advertir la coherencia de lo regulado por estos últimos con los “efectos favorables” exigidos para el concebido por el citado artículo primero. Resulta favorable al concebido que pueda demandarse la declaración judicial de su filiación extramatrimonial y, no favorable, la contestación de su paternidad. De ahí que se prohíba la negación de la paternidad del concebido para los casos de filiación matrimonial³⁷⁷; acción que –como se dijo– podrá ser interpuesta a partir del nacimiento del mismo.

El concebido es sujeto de derecho para lo favorable, por tanto nada impide que su filiación –aunque fuera extramatrimonial³⁷⁸– pueda ser declarada judicialmente antes del nacimiento³⁷⁹, ya que esto es algo favorable y, por ende, acorde con el estatus jurídico que el ordenamiento le reconoce. En el mismo orden de ideas, proscribir cualquier posibilidad de que su paternidad, o

Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimara las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

³⁷⁶ El concebido es sólo centro de imputación de todo cuanto le favorece, mientras que la persona natural o individual es centro de referencia normativo sin más limitaciones que aquellas expresamente dispuestas por la ley. Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 4.

³⁷⁷ Sobre el tema que aquí se expone, Espinoza Espinoza señala: “[al concebido] se le reconoce como sujeto derecho en la ‘situación favorable’ de la declaración de filiación extramatrimonial y no ante la ‘situación no favorable’ de la contestación de paternidad”. (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 88).

³⁷⁸ La filiación matrimonial del concebido no necesita declaración judicial, ya que para estos casos bastará con invocar la presunción de paternidad regulada por el artículo 361 del Código Civil.

³⁷⁹ Monge Talavera niega la posibilidad de reconocer la filiación de un *nasciturus*, porque según sostiene: “En tanto no se produzca el nacimiento con vida, el concebido no tiene filiación alguna. En el Registro del Estado Civil se inscriben nacimientos (Ley N° 26497, artículos 44 y ss.), esa partida determina la identidad del individuo. La filiación aparece en el momento del nacimiento, en función de la actitud de los padres. Podríamos, sin embargo, interrogarnos sobre las consecuencias o el significado de un reconocimiento prenatal. [...] ese reconocimiento equivale a una ‘confesión y comporta consecuencias únicamente en el terreno de la prueba. Una vez producido el hecho del nacimiento, esa confesión servirá para probar el vínculo de filiación entre el niño y su progenitor. Si el reconocimiento prenatal crease un vínculo de filiación, la acción de contestación de paternidad sería posible durante la gestación. Ahora bien, conforme al artículo 365, *no se puede contestar la paternidad del hijo por nacer*”. (L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, cit., p. 80). La interpretación realizada por la autora no guarda coherencia con el tenor de lo prescrito por los artículos 365 y 405 del Código Civil, ya que ni el primero establece la posibilidad de que se pueda contestar la paternidad durante la gestación, ni el segundo señala que haya que esperarse al nacimiento con vida para recién poder demandar la declaración judicial de filiación extramatrimonial, la que bien puede hacerse antes del nacimiento del hijo.

presunta filiación matrimonial, pudiera ser negada antes de su nacimiento, es igualmente acorde con su condición de sujeto de derecho para todo cuanto le favorece; por lo cual dicha situación queda prohíba por ser, precisamente, no favorable al concebido.

2.4. Sobre la representación del concebido

En el ordenamiento peruano el concebido es un sujeto de derechos “incapaz absoluto de ejercicio”³⁸⁰, por ello es razonable que se establezca un mecanismo representativo, que permita la actuación de los derechos que se le reconocen. En tanto sujeto de derechos, el concebido es titular actual de derechos personales –y tiene capacidad para adquirir derechos patrimoniales–, pero como no puede ejercerlos por sí mismo, necesita de alguien para que pueda efectivizarlos.

Sobre la representación a favor del concebido el CC 1984 no cuenta con una norma expresa, pero aquélla aparece implícitamente contenida en su artículo 598, el mismo que hace referencia a la curatela de los bienes del hijo póstumo³⁸¹. De dicho artículo, aunque no en forma directa, se desprende que la representación legal del concebido se desarrollará bajo el siguiente orden de prelación³⁸²:

1° Si el concebido tiene padre y madre, sus representantes legales son ambos padres.

2° Si el concebido no tiene padre, o éste ha sido suspendido de la patria potestad³⁸³, su representante legal será su madre.

³⁸⁰ Porque, como vimos en el capítulo 2, para el Derecho Civil peruano el concebido es incapaz absoluto de ejercicio, ya que su situación se subsume en el primer supuesto del artículo 43 del Código Civil, que a la letra dice: “Son absolutamente incapaces: 1. Los menores de diecisésis años [...].”

³⁸¹ A la letra, el artículo 598: “A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad. Esta curatela incumbe a la persona designada por el padre para la tutela del hijo o la curatela de sus bienes, y en su defecto, a la persona nombrada por el juez, a no ser que la madre hubiera sido declarada incapaz, caso en el que su curador lo será también de los bienes del concebido”.

³⁸² Para la descripción ordenada de los sujetos en quienes podría recaer la representación legal del concebido, se ha seguido a Espinoza Espinoza. Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 82.

³⁸³ De acuerdo con el artículo 466 del Código Civil: “La patria potestad se suspende: 1) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil. 2) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre. 3) Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla. 4) En el caso del artículo 340”. Este último

3º En relación con el caso anterior, si el concebido pese a tener madre, ésta también se encuentra suspendida de la patria potestad, su representante legal será un curador designado por el juez³⁸⁴.

4º De acuerdo con lo dispuesto por el primer inciso del artículo 606 del Código al que venimos haciendo referencia, se nombrará curador especial cuando los intereses del concebido entren en conflicto o peligro con los de sus padres que ejercen la patria potestad. Este último caso es excluyente –y no sucesivo por descarte– con el precisado en el punto 3º.

Aunque del artículo 598 puedan derivarse las modalidades de representación al concebido que existen en nuestro sistema, la mencionada norma es insuficiente para delimitar el real ámbito de actuación que tendrían sus representantes legales³⁸⁵. Para esto habrá que recurrir a la noción de los efectos favorables que establece el artículo primero del Código civil. En función de lo establecido por este artículo, la representación operará para la realización de todas aquellas actuaciones que genéricamente puedan favorecer al concebido, sin más limitación que lo que pudiera ser estrictamente perjudicial para él³⁸⁶. De ahí que la representación no pueda limitarse únicamente a una curatela de bienes, como parecería deducirse del artículo 598, ni quedar restringida sólo al caso en que el concebido tuviese que adquirir bienes por donación o por herencia. La actuación del representante deberá ser genérica y con el siguiente parámetro: defender los derechos personales del concebido, cautelar sus intereses patrimoniales y contraer obligaciones en su nombre, siempre que generen un beneficio para éste.

El Código Civil, por otra parte, tampoco hace referencia a los supuestos por los cuales podría extinguirse la representación legal del concebido. No obstante, estos pueden inferirse analógicamente del artículo 617 del mencionado cuerpo de leyes, que expresa: “La curatela de los bienes del

artículo se refiere a los efectos que genera la separación convencional de los padres para los hijos.

³⁸⁴ De acuerdo con el artículo 565 del Código Civil: “La figura de la curatela se instituye para: 1.- Los incapaces mayores de edad. 2.- La administración de bienes. 3.- Asuntos determinados”. Es por el supuesto establecido en el segundo numeral de esta norma que se hace posible el establecimiento de curatela a favor del concebido.

³⁸⁵ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, cit., p. 98.

³⁸⁶ Esto es algo que vimos, en su momento, al tratar el alcance conceptual de los “efectos favorables”

concebido cesa por su nacimiento o por su muerte". Siendo la curatela una de las formas de representación³⁸⁷ del concebido, debe entenderse que la representación legal, en general, cesará por su nacimiento o por su muerte³⁸⁸.

2.5. Otros supuestos. Sobre el derecho a alimentos y la adquisición de la nacionalidad peruana

Otros supuestos pasibles de análisis con relación a los derechos personales del concebido son los concernientes al goce del derecho alimentario y la adquisición de la nacionalidad peruana. El primero ha sido muy cuestionado por una supuesta confusión o falta de deslinde respecto de quién sería el sujeto directamente favorecido con tal derecho, si la madre o el *nasciturus* albergado en su útero³⁸⁹. El segundo, por su parte, se encuentra expresamente vinculado al nacimiento³⁹⁰, pero sin que exista prohibición en el ordenamiento para que el concebido también pueda adquirirlo antes de tal evento, sobre todo si se tiene en cuenta su estatus jurídico.

Sobre el derecho a alimentos

La referencia al derecho alimentario del concebido se encuentra en el artículo 856 del CC 1984. Este artículo propiamente alude a la suspensión de la partición por la existencia de heredero concebido –tema que trataremos en su momento al analizar los derechos patrimoniales—, pero también enuncia que “En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos”.

³⁸⁷ En el ordenamiento peruano, de acuerdo a lo establecido por el artículo 45 del Código Civil (que establece: “Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, la tutela y la curatela”), la curatela constituye una de las formas de representación legal de las personas incapaces. Por su parte, es el artículo 598 (antes descrito) el que, en específico, establece la curatela para los bienes del concebido, a quien la citada norma propiamente denomina “al que está por nacer” (dicción que también empleaba el derogado CC 1852 para referirse al concebido).

³⁸⁸ Así lo expresa Espinoza Espinoza: “El artículo 617 del mencionado cuerpo de leyes expresa que: ‘La curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte’. A *simili*, la representación del concebido se extingue por estos mismos motivos”. (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 82).

³⁸⁹ Cf. Ibídem, pp. 86-87.

³⁹⁰ Lo que se desprende del artículo 52 de la CP 1993: “Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad.

Son asimismo peruanos los que adquieran la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú”.

Como el artículo 856 no hace referencia directa al concebido para el goce de los alimentos sino a su madre, la doctrina se encuentra dividida al sostener quién sería el beneficiario de tal derecho. Para algunos³⁹¹, dicho artículo protege indirectamente el derecho que tiene el concebido a los alimentos, al asegurar su suministro a la madre, quien es la beneficiaria directa³⁹². Para otros³⁹³, es el concebido el beneficiario principal de tal derecho, porque no hay nada que pueda beneficiarlo más directamente que el bienestar de su gestante³⁹⁴.

Deslindar al beneficiario del derecho a alimentos exige interpretar la parte final del artículo 856 de conformidad con el artículo 1 del mismo Código Civil. De lo regulado por ambos artículos aparece que los beneficiarios del derecho de alimentos son dos: el concebido y su madre³⁹⁵. Ahora bien, calificar el tipo de beneficiario que sería cada uno de ellos, sí exige analizar dos situaciones bastante específicas:

1) Por la situación en la que se encuentra el concebido, éste sólo podrá disfrutar materialmente de los alimentos si su madre antes se beneficia con ellos. Desde este punto de vista, la madre sería la beneficiaria directa y, el concebido, el beneficiario indirecto.

2) Lo que posibilita a la madre a solicitar los alimentos para su beneficio³⁹⁶, es su condición de mujer embarazada, porque se entiende que de este modo también se beneficia el concebido. En este sentido, el concebido sería el beneficiario principal y, la madre, la beneficiaria instrumental.

Por tanto, a la luz de los artículos 1 y 856 del Código Civil, son dos los beneficiarios del derecho de alimentos: el concebido, como beneficiario principal e indirecto y, su madre, como beneficiaria directa e instrumental³⁹⁷.

³⁹¹ Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., pp. 86-87.

³⁹² Al respecto, Espinoza Espinoza dice: "Analizando bien esta parte del art. 856 c.c., en verdad, nos encontramos frente a dos beneficiarios del derecho de alimentos: la madre (beneficiaria directa) y el concebido (beneficiario directo)". (Ibíd, p. 87).

³⁹³ Cf. E. Varsi Rospigliosi, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes...*, cit., p. 584.

³⁹⁴ Varsi Rospigliosi sostiene: "No hay nada que beneficie más directamente al concebido que el bienestar de su gestante lo que conlleva a que la misma tenga la facultad de valerse de los bienes materia de la herencia de aquél siempre que lo requiera, es decir si necesitase ser asistida, vale decir que requiera alimentos". (Ibídem).

³⁹⁵ Cf. Ibíd, pp. 584-585.

³⁹⁶ Para que la madre –en específico, la gestante– pueda disfrutar de los alimentos, deberá acreditar que el concebido es hijo de aquél a quien se los solicita. Cf. Ibíd, p. 584.

³⁹⁷ Cf. Ibíd, pp. 584-585.

Otro tema que, con relación al derecho de alimentos, también discute la doctrina es el concerniente a su naturaleza jurídica. Se suele sostener, por un lado, que el derecho de alimentos se encuentra entre los derechos fundamentales de la persona y, por otro, que se trataría más bien de un derecho patrimonial³⁹⁸. Lo cierto es que el fundamento del derecho que aquí nos interesa reside en la necesidad de suministrar al alimentista de todo aquello que mínimamente pueda asegurar su subsistencia. Por ello, el derecho de alimentos no tiene naturaleza patrimonial, aunque la prestación que nace de la obligación alimentaria si pueda ser valorizable patrimonialmente³⁹⁹.

De acuerdo con el artículo 472 del CC 1984 “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia”. De la propia noción de los alimentos que recoge nuestro Código, por tanto, podemos también afirmar que aunque la forma de prestarse los alimentos pueda ser dineraria⁴⁰⁰, eso no hace patrimonial a tal derecho del concebido. Los alimentos no son un derecho patrimonial sino personal del concebido –y en general, de todo ser humano–.

Sobre la nacionalidad del concebido

La nacionalidad es también un derecho personal y, aunque el Código Civil no se refiere a ella, cuenta con tratamiento a nivel constitucional. Concretamente se trata de un derecho fundamental, de acuerdo con el artículo 2 inciso 21⁴⁰¹ de la CP 1993 vigente. Además, según el primer párrafo del artículo 52 de esta Constitución “Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad”⁴⁰². Como puede verse, esta norma regula dos modos o supuestos

³⁹⁸ Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 86.

³⁹⁹ Cfr. Ibídem, 87.

⁴⁰⁰ El artículo 484 del Código Civil se refiere a las diversas formas para prestar alimentos y establece: “El obligado puede pedir que se le permita dar los alimentos en forma diferente del pago de una pensión, cuando motivos especiales justifiquen esta medida”; por lo cual, los alimentos también pueden prestarse en especies.

⁴⁰¹ A la letra: “Toda persona tiene derecho: 21. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. [...]. Asimismo, el artículo 53 de la Constitución señala: “[...]. La nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana”.

⁴⁰² Este artículo en su segundo párrafo establece: “Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú”. En lo que concierne al concebido, estos dos supuestos adicionales para adquirir la nacionalidad

para adquirir la nacionalidad peruana por nacimiento: 1°) Cuando se nace en territorio peruano⁴⁰³; y, 2°) Cuando se nace en el extranjero siendo hijo de madre o padre peruanos, siempre que el nacimiento se inscriba en el registro correspondiente⁴⁰⁴. Para este último caso, la inscripción del nacimiento cuenta con un plazo que caduca cuando el nacido haya cumplido la mayoría de edad.

Antes de entrar a materia, es necesario destacar que el artículo 52 se refiere expresamente a los nacidos para la atribución de la nacionalidad peruana; sin embargo, no podemos olvidar que también el concebido es sujeto de derecho y, como tal, tiene actual capacidad de goce de todos sus derechos personales. Es por ello que el concebido igualmente puede adquirir la nacionalidad peruana, más aún si se tiene en cuenta que su condición jurídica como sujeto de derecho –regulada por el Código Civil y la normativa constitucional– se encuentra reservada para todo lo que pueda serle favorable.

Por tanto, el ordenamiento peruano no excluye del ámbito de aplicación del artículo 1 del Código Civil la hipótesis de adquisición de la nacionalidad peruana por parte del concebido. Por esto, el concebido cuya madre –peruana o extranjera– resida⁴⁰⁵ en el Perú, tiene la nacionalidad peruana. Luego, si nace en el Perú, consolidará esa nacionalidad peruana⁴⁰⁶; si no, surgirán dos nuevos presupuestos de hecho: a) Que adquiera la nacionalidad correspondiente al país donde hubiere nacido, salvo excepcionalidades que pueda prever la normativa de aquél⁴⁰⁷; o, b) Que, siendo hijo de padre o madre

peruana no le pueden ser aplicados, ya que se necesita que sea el propio interesado –que se entiende no es peruano– el que solicite dicha nacionalidad tras acreditar su residencia en el Perú. Para conocer más sobre estas formas de adquirir la nacionalidad peruana, Cf. STC Exp. N° 010-2002-AI/TC, ff. jj. 213-214, 216.

⁴⁰³ De acuerdo con el primer supuesto del artículo 52 de la Constitución, para adquirir la nacionalidad peruana no se requiere que el nacido tenga que ser hijo de padre o madre peruanos, sino que nazca en territorio peruano. Con ello entendemos, entonces, que el hijo de extranjeros que nazca en el Perú igualmente podrá adquirir la nacionalidad peruana, salvo que la normativa del país extranjero regule cuestiones específicas en función de la nacionalidad de los padres. En otros ordenamientos, por su parte, podría admitirse la posibilidad de adquirir la doble nacionalidad.

⁴⁰⁴ Este segundo modo no es excluyente de alguna otra nacionalidad que pudiera haber adquirido el nacido en el extranjero, por lo que es un supuesto perfecto para adquirir doble nacionalidad.

⁴⁰⁵ Por residencia ha de entenderse el domicilio habitual y continuo de la madre o padre del concebido, sean peruanos o extranjeros.

⁴⁰⁶ Cabe recordar que, de acuerdo con el artículo 52 de la Constitución, para adquirir la nacionalidad peruana basta con el solo nacimiento dentro de territorio peruano. La citada norma no hace distinciones en función de la nacionalidad de su padre o madre.

⁴⁰⁷ En este caso podrían presentarse dos supuestos más: 1) que el concebido que nace en el país extranjero sea hijo de padre y madre peruanos; y, 2) que el concebido nazca en el país

peruanos, adquiera la nacionalidad peruana tras inscribirse su nacimiento –producido en el extranjero– en el registro correspondiente⁴⁰⁸. A b) nos referimos brevemente en el párrafo siguiente.

El segundo modo para adquirir la nacionalidad peruana, de acuerdo con el artículo 52, se trata más bien de un supuesto condicionado y excepcional. Según éste, cuando se ha nacido en el extranjero, no basta con ser hijo de madre o padre peruanos para adquirir la nacionalidad peruana, sino que además dicho nacimiento en el exterior deberá ser inscrito –en tanto el nacido sea menor de edad– en el registro correspondiente. Es por ello que este caso no puede ser directamente aplicado al concebido, ya que adquirir la nacionalidad peruana dependerá de un hecho adicional ligado a la inscripción del nacimiento en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), ya sea en territorio peruano o en el consulado de este país ubicado en el extranjero.

3. Los derechos patrimoniales: efectos sometidos a condición suspensiva

El concebido, en virtud de su estatus de sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, es también capaz de derechos patrimoniales, aun cuando estos pudieran venir eventualmente acompañados de efectos no precisamente favorables para él. Con estos últimos nos referimos a las obligaciones, que han de ser siempre accesorias a la adquisición del derecho patrimonial o, dicho de

extranjero de donde también son nacionales sus padres. En este segundo caso la nacionalidad sólo podrá ser determinada de acuerdo con la normativa del país extranjero de que se trate en cada caso. A nosotros nos compete el primer supuesto. Al respecto, cabe precisar que aun cuando la normativa del país extranjero remitiera la determinación del supuesto de adquisición de la nacionalidad a la norma de conflicto peruana, ésta volvería a remitir la solución del problema a las normas del lugar donde nació el concebido. Esto sucederá así porque el primer párrafo del artículo 2068 del Código Civil peruano, refiriéndose a las relaciones de Derecho Internacional Privado, establece que: “El principio y fin de la persona natural se rige por la ley de su domicilio”. Ahora bien, aunque dicha norma se refiera a la persona natural, por una interpretación sistemática de ésta con el artículo 1, su ámbito de aplicación queda extendido al concebido, quien es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

⁴⁰⁸ En el Perú, la forma originaria para adquirir la nacionalidad es con el solo nacimiento en el territorio de la República; de ahí que se hable de los “peruanos de nacimiento”. Sin embargo, el artículo 52 de la Constitución también prevé la posibilidad de que el hijo, de padre o madre peruanos, nacido en el extranjero pueda ser inscrito como peruano, lo que supone –en principio– que el concebido que naciere en el extranjero no adquirirá inmediatamente la nacionalidad peruana, sino que para ello se requiere la inscripción de su nacimiento en el Registro de identificación del Consulado peruano o, en todo caso, en las Oficinas de la RENIEC (Registro Nacional de Identificación y Estado Civil), cuando sus padres retornen al territorio peruano.

otro modo, contraprestación necesaria para el goce de los efectos favorables de un determinado acto jurídico, pues de lo contrario quedarían excluidas⁴⁰⁹.

Pero los derechos patrimoniales que pudieran corresponder al concebido, con sus eventuales componentes no favorables, no serán atribuidos si no hasta que se produzca su nacimiento con vida, ya que así lo establece el artículo 1 del CC 1984: “La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”. Como señaláramos en su momento, ésta es una condición legal suspensiva, pues para que opere la atribución de tales derechos deberá verificarse antes el nacimiento con vida del concebido⁴¹⁰.

Por el carácter suspensivo de la *conditio iuris* establecida en el citado artículo, tanto la adquisición de los derechos patrimoniales, como de sus correlativas obligaciones, será suspendida hasta que tenga lugar su nacimiento⁴¹¹. La paralización de los efectos patrimoniales que afectan al concebido tiene como finalidad salvaguardar sus intereses y los de las demás personas que podrían verse afectadas con dicha atribución⁴¹².

4. Supuestos relevantes sobre la atribución de derechos patrimoniales al concebido en aplicación del artículo 1 del CC 1984

De acuerdo con los antecedentes históricos, desde el Derecho Romano la protección de los efectos favorables del concebido tuvo una connotación básicamente patrimonial⁴¹³, sobre todo en materia de sucesiones y

⁴⁰⁹ De conformidad con lo anotado en el Capítulo 2, cabe recordar que si los efectos que podría adquirir el concebido –como consecuencia de la actuación de sus representantes legales– fueran sólo perjudiciales o desfavorables para él, quedarían simplemente excluidos de toda circunstancia; ya que así lo exige su condición de sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece”. Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 81.

⁴¹⁰ Cf. M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, cit., p. 18; E. BERNALES BALLESTEROS, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, cit., p. 118.

⁴¹¹ Este plazo es pensado sólo para los casos de concebidos *in utero* y como máximo será de trescientos días, pues en la hipótesis del concebido *ex utero*, la espera podría tornarse indeterminada, lo que perjudicaría los intereses de otras personas en caso de que la atribución de sus derechos tuviera que ser suspendida por la presencia del concebido. Frente a este último caso, lo más razonable sería empezar a computar el plazo de suspensión de los efectos patrimoniales desde su implantación en el útero de alguna mujer, para que –de este modo– sea la gestación la que indique el momento a partir del cual deberá regir el plazo de suspensión de la atribución de sus derechos patrimoniales, en caso le hubiere sido destinado alguno. Varsi Rospigliosi sigue una postura similar. Cf. E. Varsi ROSPIGLIOSI, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes...*, cit., p. 586.

⁴¹² Cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 77.

⁴¹³ Pero no es la única, pues, como hemos visto antes, la protección civil también alcanza a los efectos extrapatrimoniales del concebido.

donaciones⁴¹⁴; pero, actualmente no se restringe sólo al póstumo, sino que se extiende a cualquier concebido. Por ello, a continuación se expondrá –con relación a unos supuestos concretos– cuáles son las medidas previstas en la legislación civil peruana para la protección de los intereses patrimoniales del concebido.

4.1. Sobre la posibilidad de recibir herencia

El concebido, en virtud de su condición como sujeto de derecho, posee capacidad sucesoria. No obstante, como es propio de un sistema de protección basado en el mecanismo de suspensión de los efectos patrimoniales, la adquisición de los derechos que podrían corresponderle al concebido con motivo de una herencia –sea testamentaria o *ab intestato*– quedará subordinada a su nacimiento con vida. Esta posibilidad de heredar que tiene el concebido es uno de los casos de orden patrimonial que se encuentra expresamente recogido por el Código Civil peruano. Los artículos 805, inciso 1, 856, 598 y 617 del CC 1984. contienen una regulación detallada de las consecuencias que tiene en el ámbito sucesorio la presencia de un concebido con eventuales derechos sobre una herencia.

Para los casos de sucesión testamentaria, el artículo 805 inciso 1 dice que el testamento caduca, en cuanto a la institución de heredero, “Si el testador deja herederos forzosos que [...] estén concebidos al momento de su muerte, a condición de que nazcan vivos”. En este concreto caso, la caducidad –o ineficacia– del testamento se basa en la preterición del concebido que, siendo heredero forzoso, no hubiese sido considerado en el testamento, ya sea porque el *de cuius* –al momento de su muerte– desconocía que se encontraba concebido, o simplemente porque, pese a tener conocimiento de su existencia, decidió preterirlo de sus correspondientes derechos sucesorios⁴¹⁵.

El mecanismo regulado por el citado artículo 805 busca suspender los efectos del testamento para tutelar los intereses del concebido con relación a la

⁴¹⁴ Cf. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Comentarios de los artículos 29 al 34*, cit., pp. 259-265.

⁴¹⁵ Lo recogido por el primer inciso del artículo 805 del Código Civil consagra la figura del hijo póstumo (*posthumus*) –aquel cuyo padre muere estando simplemente concebido– teniendo éste el derecho a recibir la porción hereditaria que le correspondería si hubiese nacido antes de la muerte de su padre. Cf. E. VARSI ROSPIGLIOSI, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes...*, cit., p. 584.

herencia. Entretanto, la atribución de los derechos que corresponderían al concebido y a sus coherederos, quedará en un estado de pendencia hasta que tenga lugar el nacimiento con vida⁴¹⁶, momento en el que la caducidad se hará finalmente efectiva a efectos de considerar al concebido dentro de la declaratoria de herederos.

De otro lado, refiriéndose a los derechos del “heredero concebido” –en aquellos casos en los que se hubiese reconocido esta condición al concebido por testamento o por declaratoria de herederos–, el artículo 856 establece que “La partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento”. De acuerdo con el supuesto previsto por esta norma, cuando en una sucesión hubieren derechos destinados al concebido, la partición de los bienes hereditarios será suspendida hasta que se produzca el nacimiento con vida. La suspensión de la partición se fundamenta en la incertidumbre sobre el posible número de participantes en la partición del patrimonio sucesoral, así como en la posibilidad de que el concebido no nazca con vida; buscándose, de este modo, evitar una nueva división cuando haya quedado resuelta aquella situación de incertidumbre⁴¹⁷, para así proteger los intereses de los coherederos y del propio concebido.

Una vez que los efectos del testamento han quedado suspendidos por la presencia de un hijo póstumo, o que la partición ha sido suspendida por comprender los derechos de un concebido, cobra importancia lo regulado por artículo 598, el mismo que prevé la necesidad de determinar quién velará de los bienes que han de corresponderle al concebido en virtud de su calidad de heredero. A la letra, dicho artículo establece: “[...] los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad”⁴¹⁸.

El artículo 598 antes citado, prescribe que los bienes que han de corresponder al concebido –a quien expresamente denomina “al que está por

⁴¹⁶ En este concreto caso, la suspensión de los efectos del testamento se fundamenta en la defensa de los intereses del concebido y de sus coherederos.

⁴¹⁷ Cf. E. Varsi Rospiugliosi, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes...*, cit., pp. 582-583.

⁴¹⁸ El citado artículo continúa diciendo: “Esta curatela incumbe a la persona designada por el padre para la tutela del hijo o la curatela de bienes, y en su defecto, a la persona nombrada por el juez, a no ser que la madre hubiera sido declarada incapaz, caso en el que su curador lo será también de los bienes del concebido”.

nacer” – serán encargados a un curador⁴¹⁹ si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad, presentándose así la ya conocida figura del *curator ventris*. Por su parte, en concordancia con esto, el artículo 617 establece que la curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte⁴²⁰.

De lo hasta aquí expuesto, puede verse que los artículos 805, inciso 1, y 856 guardan correspondencia con la condición legal suspensiva impuesta por el artículo 1 del mismo Código Civil para la atribución de los derechos patrimoniales al concebido, según la cual “no hay, pues, atribución de la herencia al concebido, sino paralización del fenómeno sucesorio hasta que por el nacimiento o el aborto, quede claro quién o quiénes van a ser herederos”⁴²¹.

Puede llamar especialmente la atención el hecho de que el legislador haya utilizado, por un lado, el mecanismo de la suspensión de los efectos sucesorios del concebido y que, por otro, lo denominara “heredero”, si se tiene en cuenta que, en principio, dicha calidad quedaría también subordinada al evento del nacimiento, con el cual ya podría determinarse con claridad quiénes serían herederos. La doctrina cuestiona la calidad de “heredero” que los artículos 805, inciso 1, y 856 antes citados le atribuyen al concebido en forma expresa, toda vez que si el concebido no hereda mientras no nazca, lo contrario, ser heredero y no nacer, lo convertiría en causante, dejando su patrimonio a sus sucesores⁴²².

Por su parte, el Tribunal Registral peruano a través de la Resolución N° 725-SUNARP-TR-L, de fecha 14 de noviembre de 2003, estableció que “esta

⁴¹⁹ Como antes se dijo, de acuerdo con el artículo 45 del CC 1984, un curador es aquél que ejerce la representación legal de las personas incapaces, ya sea para velar de su integridad o de sus bienes.

⁴²⁰ A partir de una interpretación sistemática de todos los artículos del Código Civil peruano que se refieren a los efectos que genera la situación del concebido en el ámbito sucesorio, cabe entender que el artículo 617° del CC 1984 en realidad quiso decir: “la curatela de los bienes que han de corresponder al concebido”. Asimismo cabe señalar que aun cuando no se realice esta interpretación, el artículo antes citado no quebraría la coherencia del ordenamiento civil, ya que sólo regula las formas de cese de la curatela de bienes; lo que es acorde con el mecanismo de suspensión de los efectos patrimoniales del concebido empleado por el CC 1984.

⁴²¹ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Comentarios de los artículos 29 al 34*, cit., p. 270. El autor citado brinda este comentario a propósito del análisis del artículo 29 del CC España.

⁴²² Cf. E. Varsi Rospiugliosi, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes...*, cit., p. 581.

norma⁴²³ resulta clara para la aplicación a los herederos concebidos instituidos por testamento, en la medida que el testador puede nombrar como heredero a un concebido, quien podrá aceptar o renunciar a la herencia a través de su representante una vez que haya nacido⁴²⁴. Sin embargo, como la norma no hace distingo, se desprende que en principio los concebidos también pueden ser declarados (herederos) antes de su nacimiento en un proceso de sucesión intestada, porque sólo en esa circunstancia procedería la suspensión de la partición”.

En el ámbito sucesorio la atribución de los derechos hereditarios al concebido se encuentra condicionada a que éste nazca vivo, *ergo*, si nace vivo entonces hereda. Pero que la atribución efectiva de los bienes hereditarios tenga que realizarse cuando nazca vivo, no impide que antes de ello el concebido pueda ser llamado “heredero”, toda vez que “lo que se encuentra bajo la condición suspensiva del nacimiento no es su estatus de heredero, sino la atribución de los derechos patrimoniales que deriva de este estatus”⁴²⁵. Además, como bien dijo el Tribunal Registral, para que proceda la suspensión de la partición de los bienes hereditarios se necesita que el concebido haya sido previamente declarado “heredero”, ya sea por testamento o por declaratoria de herederos –judicial o notarial–.

4.2. Sobre la posibilidad de recibir donaciones

La legislación civil peruana no prevé la posibilidad de que el concebido reciba donaciones⁴²⁶. No obstante, la donación al concebido es doctrinalmente admitida por sus semejanzas con el fenómeno sucesorio, ya que en ambos

⁴²³ El Tribunal Registral se refiere al artículo 856 del CC 1984, en donde el legislador utiliza la terminología “heredero concebido”

⁴²⁴ Una vez producido el nacimiento con vida del concebido, su representante o representantes legales aceptarán o renunciarán a la herencia (en su nombre) aplicando las reglas generales establecidas para tal efecto por los artículos 672 al 680 del Código Civil, contenidos en el Libro IV referido al Derecho de Sucesiones.

⁴²⁵ J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 85.

⁴²⁶ El CC España sí prevé una regulación específica para las donaciones a favor de concebido, pero no por su condición de sujeto de derecho, sino en virtud de los efectos favorables que le son reservados por aplicación del mecanismo de la ficción jurídica. Así, de acuerdo con su artículo 627, las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por la persona que legítimamente lo representaría, si se hubiera verificado ya su nacimiento.

casos se transfiere gratuitamente⁴²⁷ la propiedad de un bien a un determinado sujeto, con la única diferencia de que la sucesión es *mortis causa* y, la donación, *inter vivos*⁴²⁸.

La donación que pueda hacerse en favor de un concebido, exige interpretar las reglas generales destinadas a la donación en función de artículo 1 del CC 1984. En ese sentido, la donación en favor de un concebido deberá respetar las formalidades prescritas por este Código Civil para los casos de donación de bienes muebles⁴²⁹ y bienes inmuebles⁴³⁰. De acuerdo con el artículo 1629 de este Código, no podría darse al concebido por vía de donación más de lo que puede disponerse por testamento; con esto se hace referencia al tercio de libre disponibilidad sobre el total de los bienes del donante⁴³¹. Si el donante superara esta medida impuesta por la ley, la donación sería inválida en todo lo que excede del tercio de libre disposición⁴³², según el artículo 1629; salvo que el donatario fuera heredero forzoso del donante, en cuyo caso –además del tercio de libre disposición– podría dársele en anticipo de

⁴²⁷ La gratuitud del acto viene determinada por la ausencia de un precio a cambio de la entrega de los bienes, lo que no excluye la posibilidad de imponer cargas en el caso de la donación, ni las obligaciones legales en el caso de la sucesión.

⁴²⁸ A estos efectos cabe precisar que, en el Código Civil peruano el legislador ha previsto la posibilidad de realizar donaciones *mortis causa*. A través de su artículo 1622 establece: “La donación que ha de producir sus efectos por muerte del donante, se rige por las reglas establecidas para la sucesión hereditaria”. Al respecto, Palacio Pimentel, citando a Cabanellas, dice que la donación puede distinguirse, entre otras, en *inter vivos* y *mortis causa*. La primera es aquella que se realiza en vida del donante y, la segunda, aquella que sólo surte efectos después de producida la muerte del donante, quien puede revocarla *ad libitum* hasta antes que se produzca su fallecimiento. Cf. G. PALACIO PIMENTEL, *Manual de Derecho Civil*, tomo II, Huallaga, Lima 2004, 4^a ed., p. 566.

⁴²⁹ Con relación a la donación de bienes muebles, el artículo 1623 del CC 1984 establece que ésta “[...] puede hacerse verbalmente, cuando su valor no exceda del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento en que se celebre el contrato”. Por su parte, el artículo 1624 del mismo Código regula que “Si el valor de los bienes muebles excede el límite fijado en el artículo 1623, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad. En el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donen”.

⁴³⁰ Para el caso de donación de bienes inmuebles, el CC 1984 establece, a través de su artículo 1625, que ésta “[...] debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad”.

⁴³¹ El artículo 725 del Código se refiere al “Tercio de libre disponibilidad”, estableciendo: “El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes”.

⁴³² A la letra, el artículo 1629: “Nadie puede dar por vía de donación, más de lo que puede disponer por testamento. La donación es inválida en todo lo que excede de esta medida. El exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del causante”.

herencia⁴³³ la parte de la sucesión que le hubiera correspondido a la muerte de su causante. Asimismo, bajo una aplicación analógica del artículo 726 de este Código, el donante podría disponer hasta de la mitad de sus bienes, si sólo tuviere padres u otros ascendientes⁴³⁴.

Con respecto a la posibilidad de revocación de la donación, el artículo 1637 establece que el donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder⁴³⁵ y de desheredación⁴³⁶, pero como el concebido aún no ha nacido, es imposible que pueda incurrir en dichos supuestos; además, cualquier intención de aplicarlos a su situación sería estrictamente desfavorable, lo que justificaría su exclusión. Por su parte, el artículo 1639 regula que la facultad de revocar la donación caduca a los seis meses desde que sobrevino alguna de las causas del artículo 1637; sin

⁴³³ El artículo 831 del Código Civil establece que: “Las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título, hayan recibido del causante sus herederos forzosos, se consideraran como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél”.

⁴³⁴ El artículo 726, por su parte, establece la posibilidad de disponer de la mitad de los bienes: “El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes”. Por otra parte, el artículo 727 regula que: “El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes”.

⁴³⁵ De acuerdo con el artículo 667 del CC 1984, pueden ser excluidos de la sucesión por indignidad, como herederos o legatarios: “1.- Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena. 2.- Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior. 3.- Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad. 4.- Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado. 5.- Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado”. Asimismo, el artículo 668 del referido Código prevé que: “La exclusión por indignidad del heredero o legatario debe ser declarada por sentencia, en juicio que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. La acción prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de la herencia o del legado”. Por su parte, el artículo 669, refiriéndose a la desheredación por indignidad, establece: “El causante puede desheredar por indignidad a su heredero forzoso conforme a las normas de la desheredación [...]”.

⁴³⁶ Según establece el artículo 742 del CC 1984: “Por la desheredación el testador puede privar de la legítima al heredero forzoso que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas en la ley”; a lo cual el artículo 743 añade la obligación de expresar causal de desheredación: “La causal de desheredación debe ser expresada claramente en el testamento. La desheredación dispuesta sin expresión de causa, o por causa no señalada en la ley, o sujeta a condición, no es válida. La fundada en causa falsa es anulable”. De otro lado, las causales de desheredación de descendientes, de acuerdo al artículo 744, son: “1.- Haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge, si este es también ascendiente del ofensor. 2.- Haberle negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente encontrándose este gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo. 3.- Haberle privado de su libertad injustificadamente. 4.- Llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral”.

embargo, en concordancia con lo antes expuesto, la donación en favor de un concebido no podría caducar porque a éste simplemente no le serían aplicables las causales de desheredación e indignidad, debido a su contenido desfavorable. Bajo esta misma lógica, tampoco podría hablarse de la posibilidad de revocar la donación fechada en favor de un concebido.

Las donaciones hechas al concebido y no nacido podrán ser aceptadas o rechazadas por el representante legal de aquél, una vez verificado su nacimiento con vida. Como el Código Civil no prevé cuáles serían las formas para aceptar o renunciar a la donación, deberán aplicarse analógicamente las establecidas para el caso de la sucesión⁴³⁷.

De acuerdo con este marco normativo, los efectos de la donación han de suspenderse hasta que el concebido nazca vivo, pero la transferencia de los bienes donados en su favor sólo podrá operar cuando sus representantes legales la acepten, antes no. Así, si producido el nacimiento su representante legal acepta la donación, los bienes que han de corresponderle como producto de dicha liberalidad le serán atribuidos irrevocablemente; si tal evento no se produce, los bienes donados se revertirán en favor del donante.

4.3. Sobre la posibilidad de contratar

Aunque el orden civil peruano no admite expresamente esta posibilidad, el artículo 1 del CC 1984 tampoco excluye que el concebido pueda contratar a través de sus representantes, siempre que con dicho acto se procure un beneficio para él, ya que por su condición jurídica de “sujeto de derecho para todo cuanto le favorece” está posibilitado para adquirir no sólo derechos sino

⁴³⁷ En los artículos 672, 673 y 675, el CC 1984 establece las disposiciones generales para la aceptación y la renuncia a la herencia. El artículo 672, sobre las formas de aceptar la herencia, expresa que “La aceptación expresa puede constar en instrumento público o privado. Hay aceptación tácita si el heredero entra en posesión de la herencia o practica otros actos que demuestren de manera indubitable su voluntad de aceptar”. Por su parte, el artículo 673 establece la presunción de aceptación de herencia: “La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa”. Por otro lado, mediante su artículo 675 establece la formalidad para la renuncia a la herencia: “La renuncia debe ser hecha en escritura pública o en acta otorgada ante el juez al que corresponda conocer de la sucesión, bajo sanción de nulidad. El acta será obligatoriamente protocolizada”.

también obligaciones, siempre que estas últimas aparezcan como efecto correlativo de la adquisición de un derecho⁴³⁸.

Toda situación que implique para los representantes legales la posibilidad de celebrar contratos –o cualesquiera acto jurídico en general– en favor del concebido y, por ende, obligarlo como consecuencia de la adquisición de un derecho patrimonial, les impone el deber de evaluar adecuadamente los efectos favorables frente a aquellos que no propiamente pudieran serlo a fin de proteger los intereses de su representado. En ese sentido, si el representante contrata lo hará porque esto supone un beneficio para el concebido, nunca en interés de tercero⁴³⁹, siendo que el acto celebrado sólo desplegará efectos jurídicos una vez que el concebido haya nacido vivo, no antes⁴⁴⁰.

En aquellos casos en que los representantes no pudieran determinar, con su propio juicio, cuáles serían los efectos de la contratación que pretende realizarse para el concebido, sería necesario que acudan a un juez para que sea éste quien decida con prudencia si se debe o no obligar al concebido frente a aquello que parece redundará en su beneficio⁴⁴¹, y dado que éste es un asunto que no supone litigio sino propiamente la dilucidación de los efectos que podría adquirir el concebido como consecuencia de la actuación de sus representantes, de conformidad con el numeral 12) del artículo 749 del Código Procesal Civil peruano⁴⁴² correspondería tramitar esta causa a través de un “proceso no contencioso”, en el que además debería estar presente el Ministerio Público como contraparte para defender los intereses del concebido⁴⁴³.

⁴³⁸ Cf. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona física...*, cit., pp. 347-348.

⁴³⁹ Sobre el tema, Espinoza Espinoza dice: “El término ‘efectos favorables’ excluye los efectos que sean por sí solos perjudiciales. Además, debe entenderse que el carácter favorable ha de pertenecer al concebido y no a terceras personas”. (J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 81).

⁴⁴⁰ A modo de ejemplo, en el caso de una compraventa, el intercambio bien-precio se suspendería hasta el nacimiento con vida del concebido, afectando tanto a éste como a la otra parte que también contrató. Si el concebido no nace vivo, los efectos del contrato se extinguirán para ambos.

⁴⁴¹ Cf. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos...*, cit., p. 7.

⁴⁴² A la letra, dice: “Se traman en proceso no contencioso los siguientes asuntos: 12. Las solicitudes que a pedido del interesado y por decisión del Juez carezcan de contención”.

⁴⁴³ La presencia del Ministerio Público se postula como resultado de la aplicación del artículo 787 del citado Código Procesal, que establece: “El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo sólo en los casos en que no haya Consejo de Familia constituido con anterioridad”. El Subcapítulo se refiere a los procesos de “Autorización para disponer derechos de incapaces”.

En virtud de lo expuesto, cabría también analizar la posibilidad de que los actos jurídicos pudieran ser cuestionados una vez producido el nacimiento del concebido⁴⁴⁴, ya que en ese momento podrían evaluarse con más objetividad los efectos reales de la contratación para él. Ahora bien, aunque el CC 1984 no dice nada al respecto, lo más razonable sería que no pudieran ser impugnados aquellos actos jurídicos cuyos efectos hubiesen quedado determinados por resolución judicial firme (consentida o ejecutoriada), pues de lo contrario se atentaría contra la cosa juzgada; sin embargo, esto no sería aplicable para aquellos casos en los que los efectos hubieran sido evaluados por el solo representante. En este último supuesto se podrían cuestionar los actos jurídicos, pero sólo deberían estar facultados para ello el nuevo representante legal⁴⁴⁵ –del ahora nacido, si lo hubiera– o quien tuviese legítimo interés para hacerlo; asimismo, la acción legal a interponerse en la vía judicial dependería del tipo de acto jurídico que pretenda cuestionarse⁴⁴⁶.

Lo más delicado en este caso sería determinar el plazo que propiamente tendría el representante, o quien tuviere legítimo interés, para cuestionar el acto jurídico. Al respecto queda claro que el plazo debería computarse desde el nacimiento con vida del concebido, porque es desde este momento en que los efectos del acto se le atribuyen, lo que permite a su vez evaluar en concreto si fueron favorables o no para el concebido. Pero, ¿hasta cuándo podría demandarse? El término del plazo para cuestionar los efectos del acto tendría que ser lo más breve posible, por ejemplo tres meses, porque un tiempo mayor supondría más incertidumbre e inseguridad jurídica para la contraparte –si se

⁴⁴⁴ De acuerdo con esta hipótesis, el acto jurídico celebrado por los representantes del concebido en favor de éste, sólo podría ser cuestionado una vez producido su nacimiento con vida, ya que es este evento el que permitirá al concebido adquirir los derechos patrimoniales provenientes del acto jurídico celebrado, así como conocer los efectos reales –favorables o no– de dicho acto para el concebido.

⁴⁴⁵ Con esto quiere plantearse que sólo el nuevo representante del concebido –si llegara a tenerlo– podría estar facultado para cuestionar los actos jurídicos celebrados por su anterior representante legal, pues si se permitiera esta posibilidad al mismo representante que celebró el acto jurídico, se generaría una situación de inseguridad para la contraparte. Además, no resultaría lógico que el mismo representante que celebró el acto por considerarlo favorable para el concebido, luego lo cuestionara por considerarlo desfavorable para él; y, en última instancia, esto siempre configuraría un estado de inseguridad para el otro sujeto que también participó en la celebración del acto jurídico. Ahora bien, ¿Y si el concebido no tuviera un nuevo representante, quién podría accionar? Lo más razonable sería que accionaran los sujetos que tuviesen un legítimo interés, por considerar que los efectos del acto podrían alcanzarles.

⁴⁴⁶ Así, por ejemplo, podría solicitarse la nulidad de una compraventa por simulación absoluta de acuerdo con lo regulado en el numeral 5) del artículo 219 del Código Civil peruano vigente (que dice: “*El acto jurídico es nulo: 5. Cuando adolezca de simulación absoluta*”).

tiene en cuenta que desde el nacimiento el acto jurídico ya empezó a surtir efectos; además, un plazo muy amplio podría terminar desincentivando la contratación –o celebración de cualquier otro acto jurídico– con un concebido; cuando lo que se busca precisamente es lo contrario.

4.4. Otros derechos patrimoniales. Sobre la posibilidad de ser indemnizado por daños físicos

Al tratarse los derechos personales del concebido pudo verse que su integridad física es un derecho que no sólo cuenta con protección civil sino también penal. En virtud de los artículos 1 y 1985 del CC 1984, el concebido tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos durante el período de gestación⁴⁴⁷. Este derecho a ser indemnizado por los daños a su persona se ve asimismo reforzado por la existencia de un específico delito de lesiones al concebido, tipificado por el artículo 124-A° del Código Penal peruano para reprimir toda aquella conducta dirigida a causarle daño en su cuerpo o en su salud.

La tutela a la integridad física del concebido se encuentra relacionada con los daños que puedan ocasionársele, pero también con la posibilidad de recibir una indemnización por dichos daños y perjuicios. Los actuales avances de la medicina y la tecnología hacen posible detectar cualesquiera lesiones y malformaciones que pudiera padecer el concebido como producto del actuar doloso o culposo de algún sujeto en su contra, sin que sea necesario esperar a su nacimiento para poder determinar cualitativa y cuantitativamente la magnitud de las lesiones.

Así pues, en tanto titular actual de sus derechos personales, el concebido tiene derecho a ser indemnizado económico por las lesiones que

⁴⁴⁷ El artículo 1985 del CC 1984, refiriéndose al contenido de la indemnización, establece: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”. Sobre el tema, Fernández Sessarego dice: “en el numeral 1985° [del Código civil] se hace referencia a una protección específica del ser humano al prescribirse que son indemnizables los daños ocasionados a la persona. En concordancia con lo dispuesto en el artículo primero del Código Civil, se hace extensible al concebido, en cuanto ser humano y ‘sujeto de derecho’, el deber de indemnizar los daños que se le puedan originar”. (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho contemporáneo*, cit., p. 13).

pudieran habersele ocasionado⁴⁴⁸, pero en virtud de la aplicación de la regla reservada por el Código civil peruano para la atribución de sus derechos patrimoniales, los efectos de esta indemnización –efectos de contenido patrimonial– serán suspendidos hasta que tenga lugar su nacimiento con vida.

⁴⁴⁸ El monto indemnizatorio por los daños físicos que le hubiesen sido ocasionados podría venir determinado en una sentencia judicial, pero la concreta atribución del mismo se haría efectiva cuando nazca vivo.

CONCLUSIONES

PRIMERA: En lo que concierne al tratamiento jurídico de la situación del concebido, el CC 1852 sobresale por su fidelidad a la tradición romanista, pues recurre a la ficción de reputarlo nacido para otorgarle lo que podía resultarle favorable, exigiendo la concurrencia de una serie de circunstancias para que su nacimiento pudiera generar efectos civiles. En concreto, el nacimiento con vida debía producirse cuando menos al sexto mes desde su concepción, el nacido debía poseer figura humana y vivir cuando mínimo veinticuatro horas contadas desde el nacimiento.

SEGUNDA: El CC 1936 mantuvo la técnica de la ficción como mecanismo para la tutela del concebido, toda vez que el inicio de la personalidad se encontraba condicionado al nacimiento. Había la necesidad de reputar nacido “al que estaba por nacer” para hacerlo partícipe de lo favorable, cuyos efectos se encontraban sujetos, en última instancia, al mencionado nacimiento.

TERCERA: El CC 1984, mediante su artículo 1, se aparta de la técnica de la ficción jurídica y considera al concebido como un sujeto de derecho para todo lo que le favorece. De este modo se consolida como el primer cuerpo normativo que reconoce subjetividad al concebido, pues no existe precedente legislativo alguno que haya efectuado tal regulación. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse la influencia indirecta que imprimieron en el Código Civil peruano de 1984 los Códigos Civiles de Argentina (1869) e Italia (1942); del primero adoptó su tendencia al reconocimiento ontológico del concebido y, del segundo, la distinción técnico-conceptual entre sujeto de derecho y persona, que –sin embargo, en la legislación italiana– no favorecía al concebido.

CUARTA: Cuando el legislador civil de 1984, inspirado por la legislación italiana de 1942, emplea el concepto “sujeto de derecho”, comprende bajo esta expresión cuatro categorías concretas de sujetos: el concebido, la persona natural, la persona jurídica y las organizaciones de personas no inscritas; con la particularidad de que el concebido, según el Código de 1984, sólo es sujeto de derecho de todo cuanto le favorece.

QUINTA: Cuando el CC 1984 declara que la vida humana comienza con la concepción, no hace otra cosa sino reconocer un hecho biológico desde el cual principia la vida del ser humano; de ahí que no haya estimado necesario definir normativamente qué debía entenderse por concepción. No obstante, cabe precisar que cuando la legislación civil enuncia que la “*vida humana comienza con la concepción*” quiere declarar que desde la fecundación existe un ser humano digno de respeto y protección, con lo cual se pone de manifiesto un vínculo indisociable entre el ser humano y la personalidad que le es propia desde que es concebido, sea cual fuere el modo en que hubiese sido fecundado –naturalmente o *in vitro*–.

SEXTA: De acuerdo con la ciencia médica la concepción es un hecho biológico que se produce con la fecundación y no con la anidación, pues ésta es sólo una etapa dentro de todo el proceso vital que supone como necesaria la existencia previa un cigoto –un óvulo fecundado por un espermatozoide– para ser implantado en el útero de la mujer. Por ello, antes de producirse la anidación existe ya un ser humano, pues si éste no es tal desde la fecundación tampoco lo será después. En esa medida, el CC 1984 denomina concebido al ser humano antes de nacer porque reconoce que la vida humana comienza con la concepción, declarándolo además sujeto de derecho para todo cuanto le favorable.

SÉTIMA: El comienzo de la vida humana no es un dato legal, sino primariamente un dato biológico. La vida humana debe ser protegida desde que biológicamente existe, y el artículo primero del Código Civil dispone que la vida humana comienza con la concepción porque reconoce que éste es el momento desde el que existe vida humana digna de protección. Así, si esta

regla que es expresión de la exigencia natural del hombre, fuera arbitrariamente desconocida para admitirse como válido que la implantación o anidación es el momento en que inicia la vida humana, el “concebido como sujeto de derecho” sufriría una metamorfosis conceptual y material, pues se hablaría del “implantado o anidado como sujeto de derecho”, condicionándose el reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho, y la tutela jurídica del ser humano, a su anidación o implantación en el útero.

OCTAVA: El artículo 1 del CC 1984 protege la vida humana desde la concepción sin hacer distinciones de ninguna índole. Toda vez que los embriones *in vitro*, o fecundados artificialmente, son vida humana, no pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de lo normado por el citado artículo. La falta de regulación en el Derecho peruano sobre el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, así como la falta de precisión sobre el específico estatus de los embriones fecundados mediante estas técnicas, no justifica que la situación de éstos pudiera quedar sometida a la interinidad y la incertidumbre. Esto hace posible que el alcance del citado precepto pueda extenderse a los casos de fecundación o concepción *in vitro*, con lo cual los embriones *in vitro* tendrían –al igual que los embriones fecundados naturalmente– la calidad de sujeto de derecho.

NOVENA: Para el Derecho Civil peruano el concebido no sólo sería sujeto de derecho para lo favorable, sino también persona humana, toda vez que cuando se dispone en el artículo 1 que *la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento*, se admite simultáneamente que se es persona humana antes y después del nacimiento, así como que la persona humana sujeto derecho después del nacimiento no es otra que la persona individual o natural, y con esta distinción la cuestión queda clara: el concebido es sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece” mas no, en la terminología jurídica peruana, “persona natural”. Dicha disposición no despoja al concebido de su condición de persona humana, así como tampoco le resta subjetividad jurídica si se tiene en cuenta que el propio Código Civil reconoce también al concebido como sujeto de derecho. Sólo una lectura segmentada del citado artículo 1

permitiría concluir que el concebido no es sujeto de derecho; de ahí la necesidad de interpretar el artículo en su conjunto.

DÉCIMA: El artículo 1 del CC 1984 formula una regla de protección que se extiende en favor de todo concebido y respecto a cualesquiera efectos que le sean favorables. Esta última expresión, reservada sólo al concebido en tanto sujeto de derecho, debe ser interpretada en su sentido más amplio, para entender así que el concebido es un sujeto no sólo capaz de derechos sino también de obligaciones, siempre que estas últimas aparezcan como efecto correlativo de la adquisición de un derecho o, dicho de otro modo, como contraprestación necesaria para gozar de los efectos favorables de un determinado acto jurídico.

DÉCIMO PRIMERA: En aplicación de los criterios hermenéuticos histórico y teleológico, la condición legal establecida en el artículo 1 del CC 1984 para la atribución de derechos patrimoniales al concebido, debe ser interpretada como una condición de tipo suspensivo. Este es el mecanismo adecuado para proteger los intereses del propio concebido y de otros sujetos, ante la posibilidad de que el nacimiento con vida no se produzca, pues de esta última circunstancia depende el destino final de las situaciones jurídicas, por ello la incertidumbre sobre dicho nacimiento justifica la paralización de las mencionadas situaciones jurídicas.

DÉCIMO SEGUNDA: Una condición suspensiva, así entendida, no merma la condición jurídica del concebido en tanto sujeto de derecho, ya que con ella no queda en suspenso el reconocimiento de la subjetividad jurídica del concebido, sino únicamente la eficacia de los derechos patrimoniales que podría adquirir. La condición legal en comento no busca subordinar el estatus del concebido, sino la atribución de sus derechos patrimoniales, dejándose a salvo de cualquier condicionamiento a sus derechos personales, que sí le corresponden desde el momento mismo de su concepción por esa condición de ser humano que le es propia y que lo inviste, precisamente, como sujeto de derecho.

DÉCIMO TERCERA: La protección que le dispensa al concebido el artículo 1 del CC 1984 en cuanto a sus efectos favorables, es susceptible de ser contemplada desde una doble perspectiva: la personal y la patrimonial. Los derechos personales del concebido se constituyen en efectos favorables y actuales para él por ser inherentes a su condición de ser humano; en esa medida, no tendrá que esperar a su nacimiento para gozar de sus derechos personales o extrapatrimoniales, entre los que destacan el derecho a la vida, a la integridad física, a la nacionalidad, a los alimentos, a ser representado, a que se declare su filiación, y otros que se desprendan de su inherente dignidad. Por su parte, los derechos patrimoniales que puedan ser favorables al concebido siempre estarán sujetos a una condición suspensiva: el nacimiento con vida. Los casos más comunes de atribución de derechos patrimoniales al concebido son la sucesión y la donación, pero no son los únicos; también se admite la posibilidad de recibir indemnizaciones y de contratar –este último caso, sólo en doctrina–, siendo su único límite que constituyan algo favorable para el concebido.

BIBLIOGRAFÍA

1. M. ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Luces y sombras del Código Civil*, tomo I, Librería Studium, Lima 1991.
2. R. BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Derecho Civil*, Bercal, Madrid 1996.
3. G. BLASI, *¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario*, en C. CALDERÓN PUERTAS (coord.), *Persona, Derecho y Libertad, Nuevas perspectivas: Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa, Lima 2009, pp. 95-120.
4. G. BOSSERT, *Fecundación humana asistida*, en C. FERNÁNDEZ SESSAREGO *et alii*, *Derecho Civil de nuestro tiempo*, Gaceta Jurídica, Lima 1995, pp. 89-122.
5. E. BERNALES BALLESTEROS, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, RAO, Lima 1999, 5^a ed.
6. A. CARRASCO PERERA *et alii*, *Derecho civil*, Tecnos, Madrid 2004, 2^a ed.
7. S. CIFUENTES, *El inicio de la vida humana (El embrión – Principio jurídico de existencia de la persona)*, en C. FERNÁNDEZ SESSAREGO *et alii*, *Derecho Civil de nuestro tiempo*, Gaceta Jurídica, Lima 1995, pp. 37-61.
8. R. CHANAMÉ ORBE, *Comentarios a la Constitución*, Jurista Editores, Lima 2009, 4^a ed.
9. F. D'AGOSTINO, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid 2003; traducido por Guylaine Pelletier y Jimena Licitra.
10. O. DÍAZ MUÑOZ, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia 02005-2009-PA/TC sobre la píldora del día siguiente*, en «Revista de Derechos Humanos», vol. 1 (2010), pp. 147-170.
11. L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I/1, Tecnos, Madrid 1995, 2^a ed.
12. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, Rodhas, Lima 2008, 5^a ed.

13. G. ETO CRUZ, *Introducción al Derecho Civil Constitucional*, Normas Legales, Trujillo 2000.
14. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas*, Cultural Cuzco, Lima 1990.
15. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima 1990.
16. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El derecho de las personas (En el umbral del siglo XXI)*, Ediciones Jurídicas, Lima 2002.
17. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un retirado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI*, en G. A. BORDA *et alii*, *Doctrina contemporánea*, Normas Legales, Lima 2003, pp. 3-26.
18. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica del concebido*, en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (dir.), *La Constitución comentada, Análisis artículo por artículo*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2005, pp. 42-45.
19. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, Grijley, Lima 2007, 10^a ed.
20. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano*, Motivensa, Lima 2009.
21. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El Concebido en el Derecho Contemporáneo*, [ubicado el 21.VI.2012], disponible en <http://www.usat.edu.pe/usat/files/2011/01/Discurso-Sessarego.pdf>
22. M. GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil. I Parte General*, Editoriales de Derechos Reunidas, Madrid 1979.
23. D. GARCÍA BELAÚNDE, *Diccionario de Jurisprudencia constitucional*, Grijley, Lima 2009.
24. M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, Dykinson, Madrid 1998.
25. J. HERVADA, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, UDEP, Piura 1999.
26. J. HUALDE SÁNCHEZ, *La personalidad*, en LL. PUIG I FERRIOL *et alii*, *Manual de Derecho civil I*, Marcial Pons, Madrid 1995, pp. 107-122.
27. R. JUNQUERA DE ESTÉFANI, *Respuestas jurídicas ante la congelación de gametos y embriones*, en R. JUNQUERA DE ESTÉFANI (dir.), *Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Comares, Granada 2008, pp. 241-267.

28. J. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte general*, vol. I, *Personas*, Dykinson, Madrid 2004, 4^a ed.
29. C. LANDA ARROYO, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Palestra Editores, Lima 2010.
30. C. LASARTE, *Parte general y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid 2009, 15^a ed.
31. J. LEÓN BARANDIARÁN, *Curso Elemental de Derecho Civil Peruano*, Gráfica Morsom S.A., Lima 1980.
32. J. LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, WG Editor, Lima 1991.
33. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Comentarios de los artículos 29 al 34*, en J. RAMS ALBESA (coord.), *Comentarios al Código Civil II*, vol. 1, José María Bosch, Barcelona 2000, pp. 237-306.
34. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona y el derecho de la persona*, en P. DE PABLO CONTRERAS (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. I, Editorial COLEX, Madrid 2008, 3^a ed, pp. 325-336.
35. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona física: comienzo y fin de la personalidad*, en P. DE PABLO CONTRERAS (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. I, COLEX, Madrid 2008, 3^a ed., pp. 337-357.
36. F. MESINAS MONTERO, *Jurisprudencia civil y procesal civil de carácter constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima 2010.
37. L. MONGE TALAVERA, *Principio de la persona y de la vida humana*, en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (dir.), *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Lima 2007, 2^a ed., pp. 75-91.
38. J. MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, Rubinzel-Culzoni Editores, Buenos Aires 2002, 4^a ed.
39. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Sevilla 2002, 14^a ed.
40. M. MURO ROJO (dir.), *El Código Civil en su Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima 2007.
41. F. NINAMANCCO CÓRDOVA, *Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1 del Código Civil peruano*, en C. CALDERÓN PUERTAS (coord.), *Observatorio de Derecho Civil, vol. IV: La persona*, Motivensa, Lima 2010, pp. 171-181.
42. G. PALACIO PIMENTEL, *Manual de Derecho Civil*, tomo II, Huallaga, Lima 2004, 4^a ed.

43. J. PORTELA R., *La justicia y el derecho natural*, Universidad Católica San Pablo, Arequipa 2006, 2^a ed.
44. C. RAMOS NÚÑEZ, *Historia del Derecho peruano, Siglos XIX y XX*, tomo II, Fondo Editorial, Lima 2001.
45. E. RAMÍREZ CRUZ, *Fuentes del Derecho Civil peruano. Teoría General del Derecho Civil*, Rodhas, Lima 2003.
46. M. RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1995, 2^a ed.
47. M. RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2010, 2^a ed.
48. R. SALINAS SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, IDEMSA, Lima 2004.
49. R. SÁNCHEZ BARRAGÁN, *El tratamiento jurídico del derecho a la vida en relación al concebido desde el pensamiento de Carlos Fernández Sessarego*, en R. APARICIO ALDANA *et alii*, *La Persona en el Derecho Peruano: un análisis jurídico contemporáneo, Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo 2010, pp. 47-78.
50. L. SÁNCHEZ DÁVALOS, *Las dimensiones del derecho a la vida*, en J. SOSA SACIO (coord.), *Los Derechos Fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del derecho*, Gaceta Jurídica, Lima 2010, pp. 33-55.
51. A. TORRES VÁSQUEZ, *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, IDEMSA, Lima 2002, 6^a ed.
52. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto Jurídico*, IDEMSA, Lima 2008, 3^a ed.
53. W. TUESTA SILVA, *Código Civil comentado*, Grijley, Lima 2001, 2^a ed.
54. E. VARSI ROSPIGLIOSI, *El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes (Análisis creativo del artículo 856 del Código Civil peruano)*, en C. CALDERÓN PUERTAS (coord.), *Persona, Derecho y Libertad: Nuevas perspectivas*, Motivensa, Lima 2009, pp. 573-587.
55. F. VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2011, 8^a ed.