



Enrique Tumialán Hinostrroza
abogado



Firmado digitalmente por:
TUMIALAN HINOSTROZA
Enrique Percy FIR 09388863 hard
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 12/04/2022 16:34:02-0500

Lima, 25 de marzo de 2022.

Señora

GLADYS ECHAZ DE NUÑEZ IZAGA

Congresista de la República

Presidenta de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos

Congreso de la República

Presente.-

Referencia: Of. P.O. N°741-2021-2022-CJYDDHH/CR

Asunto: Opinión jurídica respecto del Proyecto de Ley N°00785/2021-CR, Ley que reconoce derechos al concebido

De mi especial consideración,

Mediante la presente tenga a bien recibir un cordial saludo y a la vez remitirle mi opinión jurídica sobre el Proyecto de Ley N°00785/2021-CR, Ley que reconoce derechos al concebido.

Al respecto debo informar a la Comisión de Justicia, a través de su Presidencia, que en mi calidad de Magister en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica, elaboré la tesis llamada "La capacidad jurídica del concebido frente a las atribuciones de derechos patrimoniales", la misma que fue defendida y aprobada en el año 2010, siendo que los aspectos que he estudiado se encuentran vinculados al Proyecto de Ley bajo análisis, estudios que se han enriquecido estos años con mi labor de investigación.

En ese sentido, adjunto el informe respectivo, para su conocimiento y fines pertinentes, a fin de contribuir desde mi especialidad a tener un sistema jurídico que contribuya a hacer efectivo el artículo 1° de nuestra Constitución Política.

Hago propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi mayor consideración y estima personal.

Atentamente,

(firmado digitalmente)
Enrique Tumialán Hinostrroza
Abogado
Magister en Derecho Civil



Contenido

1. Teorías científicas sobre el inicio de la vida humana, con énfasis en la Teoría de la fecundación y la Teoría de la anidación	2
1.1. Teoría de la fecundación o concepción	4
1.2. Teoría de la anidación	7
2. Apreciación meta-biológica sobre las teorías antes señaladas.....	8
3. Teoría sobre el inicio de la vida humana reconocida por nuestro sistema constitucional	10
4. Inaplicabilidad del fallo Artavia Murillo y otros vs Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico peruano	10
5. Estatuto jurídico del concebido en el ordenamiento peruano	12
5.1. El Código Civil de 1984	12
5.1.1. Sobre el inicio de la vida humana	13
5.1.2. Introducción de la categoría de sujeto de derecho	13
5.2. Código de Niños y Adolescentes (Decreto Ley N°26102 de 1993 y después Ley N°27337 de 2000) y normatividad internacional existente	15
5.3. Análisis de la normatividad interna a la luz del contexto constitucional	16
6. Teoría del sujeto de derecho (origen y crítica)	17
7. Teoría de la persona	20
7.1. Sistematización del concepto jurídico de persona.....	21
7.2. Argumentación filosófica para el replanteamiento del concepto de persona (tal como es recogida en el Código Civil de 1984)	23
7.3. Argumentación jurídica para el replanteamiento del concepto de persona	26
8. El concebido - entre el sujeto de derecho y la persona	28
9. La capacidad jurídica del concebido	32
9.1. ¿Existe identidad entre persona y capacidad jurídica?.....	33
9.2. ¿Existe identidad entre el sujeto de derecho y capacidad jurídica?.....	33
9.3. Alcances de la capacidad jurídica del concebido	38
9.4. El concebido como titular de situaciones jurídico subjetivas.....	39
9.4.1. Derechos extrapatrimoniales.....	39
9.4.2. Derechos patrimoniales.....	40
10. Conclusiones sobre los temas tratados, en miras a establecer las bases de sustento para la posterior evaluación del Proyecto de Ley N°00785/2021-CR	43
11. Análisis del Proyecto de Ley N° 00785/2021-CR, Ley que reconoce derechos al concebido	45
12. CONCLUSIÓN	47



Enrique Tumialán Hinostrroza
abogado

Opinión Jurídica sobre el Proyecto de Ley N°00785/2021-CR, Ley que reconoce derechos al concebido

Analizado el proyecto de ley en referencia considero que el mismo se encuentra acorde a nuestro sistema jurídico actual, en atención a nuestro bloque de constitucionalidad, reflejando de manera concreta el paso al Estado Constitucional de Derecho, dejando la posición recogida en el artículo 1° del Código Civil de 1984 (sujeto de derecho antes que persona) que a la fecha no es el mejor desarrollo del principio recogido en el artículo 1° de la Constitución Política de 1993.

Para sustentar lo expuesto, dada la relevancia de la finalidad del Proyecto de Ley, en este informe voy a acudir a información científica y filosófica que acompañe a la reflexión jurídica. En esa medida, desarrollaré a continuación los temas involucrados en el Proyecto de Ley, para en la parte final realizar el análisis concreto del mismo.

1. Teorías científicas sobre el inicio de la vida humana, con énfasis en la Teoría de la fecundación y la Teoría de la anidación

La importancia de lo que se indica a continuación radica en tener como primera base de análisis la parte científica sobre el inicio del ser humano, para luego reconocer cómo se encuentra protegido en el ordenamiento jurídico peruano.

Cuando se habla del inicio de la vida humana, se está ante una interrogante que dentro del universo de científicos debe ser respondida por embriólogos (¹).

¹ Cfr. IRVING, Dianne. “When do human beings (normally) begin? "scientific" myths and scientific facts.” Consulta: 25 de marzo de 2022.
< <https://www.princeton.edu/~prolife/articles/wdhbb.html> >

En los diversos sistemas jurídicos - cuando se analiza el inicio de la vida humana - se suelen tomar de los estudios científicos las diversas fases de desarrollo del nonato: fecundación, anidación, formación de los rudimentos del sistema nervioso central; en doctrina jurídica se suelen citar las siguientes posiciones respecto al inicio de la vida humana (²):

- a) Teoría de la fecundación o concepción.
- b) Teoría de la anidación.
- c) Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central.

A diferencia de otros sistemas jurídicos, el Perú ha acogido expresamente la teoría de la fecundación o concepción, resultando importante conocer su exacta conceptualización científica.

Describiré las dos primeras teorías, que son las más frecuentemente de ser confundidas. Como presupuesto se debe considerar que todas estas teorías explican cómo se efectúa el desarrollo humano, el mismo que bajo una visión científica es un proceso único y continuo que se inicia con la fecundación (³).

En general, el nacimiento permite apreciar el paso de un periodo prenatal a otro postnatal, a su vez, el periodo prenatal se subdivide en periodo embrionario (las primeras ocho semanas después de la fecundación) y en fetal (que se extiende hasta el nacimiento) (⁴).

² Vid. MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela. *Bioderecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998, pp. 33-42; MARTÍNEZ, Stela Maris. “El impacto de las nuevas biotecnologías genéticas en las relaciones de familia”. En: *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. N° 21. Bioética y Derecho de Familia. Buenos Aires: LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2002, pp. 81-85; CÓRDOVA, Jorge Eduardo y Julio SÁNCHEZ TORRES. *Fecundación humana asistida. Aspectos jurídicos emergentes*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2000, pp. 29-31; VARSÍ ROSPLIOSI, Enrique. *Derecho y Manipulación Genética (Calificación jurídica de la clonación)*. Segunda edición actualizada. Lima: Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial, 1997, pp. 73-81; *Id.*, *Derecho Genético*. Cuarta edición. Lima: Editorial Grijley, 2001, pp. 87-110; MORALES GODÓ, Juan. “El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida”. En: *Revista DERECHO PUCP*. N° 58. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, pp. 414-418; BLASI, Gastón Federico. “¿Cuál es el estatus del embrión humano? Un estudio multidisciplinario”. En: CALDERÓN PUERTAS, Carlos Alberto, María Elisa ZAPATA JAÉN y Carlos AGURTO GONZÁLES (coordinadores). *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. Lima: MOTIVENSA Editora Jurídica, 2009, pp. 97-120. Bajo una sistematización distinta, pero en donde se engloban las teorías antes señaladas, se puede consultar: DEMIGUEL BERIAIN, Íñigo. *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2004.

³ Vid. O'RAHILLY, Ronan, y Fabiola MÜLLER. *Anatomía de Gardner*. Quinta edición. México: Interamericana. McGraw-Hill, 1989, p. 59.

⁴ *Ibid.*, p. 59.

Adicionalmente, en materia del inicio de la vida humana, la embriología y otras disciplinas (biología, genética) observan, explican y describen el origen, la formación y el proceso de desarrollo de la vida física de los individuos de la especie humana, lo que permite comprender los datos empíricos que van a constituir la base de todo debate interpretativo meta-biológico, siendo que para fines jurídicos la información científica debe ser complementada con una reflexión meta-biológica (que también expondré), cuyo fin será dar razones del por qué se debe respetar y tutelar al individuo humano ⁽⁵⁾, y con ello a partir de qué momento se le debe dar el tratamiento jurídico respectivo.

1.1. Teoría de la fecundación o concepción

La fecundación se refiere al proceso de unión del espermatozoide con el óvulo, en cambio la concepción es el resultado de esa unión, el concebido. Sin embargo, en el ámbito jurídico estos términos se suelen confundir, lo que se debería a que “la rapidez de la fecundación implica ya la concepción instantánea” ⁽⁶⁾; a diferencia del término fertilización ⁽⁷⁾ que a nivel científico sería el término más preciso para indicar la unión de los gametos masculino y femenino. De una apreciación global, los términos generalmente empleados de fecundación y concepción deben ser tratados como sinónimos ⁽⁸⁾, siendo poco probable que el legislador haya considerado la diferencia científica existente entre ambos términos ⁽⁹⁾. Por tanto, en este informe ambos términos también van a ser tratados como sinónimos a pesar de la diferencia conceptual.

⁵ Cfr. PALAZZANI, Laura. *Introduzione alla Biogiuridica*. Turín: G. Giappichelli Editore, 2002, pp. 106 y 109; BAUZON, Stéphane. *La persona biogiuridica*. Turín: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 65.

⁶ Videla Escalada, citado por VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético, op. cit.*, p. 91.

⁷ PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*. Turín: G. Giappichelli Editore, 1996, p. 41, cita 2.

⁸ En la doctrina jurídica peruana, Marcial Rubio Correa los toma como sinónimos, partiendo de un análisis meramente semántico. En: “Reproducción humana asistida y Derecho. Las reglas del amor en probetas de laboratorio”. *Biblioteca de Derecho Contemporáneo*. Volumen 2. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999, pp. 159 *et passim*. Desde argumentos científicos, Enrique Varsi Rospigliosi es de parecer contrario. En: *Derecho Genético, op. cit.*, pp. 91 y 94, señalando que la concepción es consecuencia de la fecundación.

⁹ Así se advierte del Diario de los Debates del Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional Pleno – 1993. Constitución de 1993. Tomo I y III. Congreso de la República. Julio 1998, pp. 58-64, 2173, 2178-2180, y de los trabajos publicados (que se citan en este informe) por el ponente del Libro I del Código Civil de 1984, Carlos Fernández Sessarego.

Entonces, desde la ciencia, “cuando el espermatozoide se encuentra con el óvulo, representa el punto inicial en la historia de la vida u *ontogenia* del individuo” ⁽¹⁰⁾:

“La fecundación es un proceso, y no un solo fenómeno, que comienza cuando la célula espermática entra inicialmente en contacto con la membrana plasmática del huevo y finaliza con la entremezcla de los cromosomas materno y paterno” ⁽¹¹⁾

En otras palabras, la fecundación es una secuencia compleja de sucesos moleculares combinados, que se inicia con el contacto entre un espermatozoide y un ovocito, y termina con la mezcla de los cromosomas maternos y paternos dando lugar a un embrión unicelular ⁽¹²⁾.

La fusión (conocida como singamia) del espermatozoide (con 23 cromosomas) y el ovocito (con 23 cromosomas) da como resultado un ser humano vivo, un cigoto humano de una célula, con 46 cromosomas – número de cromosomas característico de un individuo miembro de la especie humana. Este nuevo ser humano de una célula, produce inmediatamente específicas proteínas y enzimas humanas y dirige genéticamente su propio crecimiento y desarrollo, siendo ya un organismo viviente – un individuo miembro de la especie humana, genéticamente único, recién existente, diferente y diferenciable del cuerpo en el que se encuentra, habitándolo mientras completa su desarrollo prenatal.

Después de la fecundación, el embrión humano de una célula no se convierte en algo de otra clase, simplemente se divide y crece, desarrollándose a través de varias etapas, siendo un embrión por un período de 8 semanas, en esta etapa ha recibido nombres especiales: mórula (alrededor de 4 días), blástula (5-7 días), embrión bilaminar – de dos capas – (durante la segunda semana), y embrión trilaminar – de 3 capas – (durante la tercera semana) ⁽¹³⁾.

¹⁰ CARLSON, Bruce. *Embriología Básica de Patten*. Quinta edición. México: Interamericana. McGraw-Hill, 1990, p. 3.

¹¹ CARLSON, Bruce, *op. cit.*, p. 124.

¹² Vid. MOORE, Keith & T.V.N. PERSAUD. *Embriología Clínica. El desarrollo del ser humano*. Séptima edición. Madrid: Elsevier, 2004, p. 32.

¹³ Vid. IRVING, Dianne, *op. cit.* Indica SADLER, T.W., *Langman Embriología médica con orientación clínica*. Novena edición. Buenos Aires: Editorial Médica Panamericana, 2004, p. 52, producida la fecundación, la segmentación supone el inicio de una serie de divisiones mitóticas, aumentando el número de células, las que se llamarán blastómeras, las que después de tres divisiones entrarán en un

El embrión humano (antes de la implantación o anidación) no es un cúmulo de células, sino es un organismo embrionario humano en crecimiento, o en otros términos, es un nuevo individuo humano, resultante de la reacomodación cromosómica de ambos progenitores, del padre y de la madre, y por lo mismo no es una parte de los tejidos de la madre.

Descrita la teoría de la fecundación o concepción, partiendo de la base científica, se presentan dos posiciones sobre el inicio del ser humano (¹⁴) que no suelen ser diferenciadas en la doctrina jurídica: El momento de la penetración del espermatozoide en el óvulo, o, el momento de la singamia.

El período de tiempo entre uno y otro, mientras no sea manipulado, es muy corto, y definir el momento va a tener relevancia jurídica para efectos del reconocimiento del estatus respectivo y darle el tratamiento jurídico correspondiente, lo que a la fecha se torna en vital debido a las prácticas de experimentación; de asumirse la tesis de la penetración del espermatozoide, la singamia no constituiría nada nuevo, y sería solo una yuxtaposición de material genético ya existente y predeterminado; en cambio, de asumirse la tesis de la singamia se estaría posponiendo el inicio de la vida del ser humano respecto a su primer momento.

La posición que se debería asumir es la primera en atención a que estamos ante un proceso único y continuo, siendo que:

“Con el encuentro y la estrecha interrelación de los gametos humanos (masculino y femenino), se constituye la identidad biogenética del ser humano, radicalmente nueva, única e irrepetible: toda ulterior modificación genética, en el proceso continuo, es de tipo cuantitativo (esto es, de progresiva, gradual y coordinada complejidad)” (¹⁵)

proceso de compactación, las que compactadas en 16 células pasará a llamarse mórula, la que al ingresar a la cavidad uterina se le llamará blastocisto.

¹⁴ Vid. PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, op. cit., p. 44-53.

¹⁵ *Ibid.*, p. 53. De manera diferente, en la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 02005-2009-PA/TC) se ha asumido el momento de la singamia.

Es la fecundación la que da inicio al embarazo. “Citando a Carlson: El embarazo humano en situaciones normales comienza con la fusión de un óvulo y un espermatozoide” ⁽¹⁶⁾. También:

En la actualidad se dispone de pruebas relativamente sencillas para detectar el embarazo. La mayoría de ellas depende de la presencia de un *factor temprano de embarazo* (FTE) en el suero materno y *gonadotropina coriónica humana* (hCG), una hormona producida por el sincitiotrofoblasto ⁽¹⁷⁾ y excretada en la orina materna. Se puede detectar FTE entre 24 y 48 horas después de la fecundación y la producción de hCG es suficiente para dar una indicación positiva de embarazo a comienzos de la segunda semana de desarrollo. ⁽¹⁸⁾

La prueba de factor temprano de embarazo (FTE) resulta relevante para detectar que la fecundación ya se ha producido. Este dato científico por ejemplo fue obviado por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica numeral 187, cuando considera (sin base científica) que antes de la implantación es imposible detectar la unión del óvulo con el espermatozoide.

1.2. Teoría de la anidación

Esta fase se inicia entre el sexto al séptimo día posterior a la fecundación ⁽¹⁹⁾, momento en que el embrión humano está preparado para adherirse al revestimiento uterino (anidación o implantación); en ese momento el embrión se encuentra en la etapa de blastocisto ⁽²⁰⁾. Cuando el blastocisto hace contacto con los tejidos maternos, las células del trofoblasto (capa de células externas del blastocisto) proliferan de manera rápida y erosionan la mucosa uterina

¹⁶. Citado por IRVING, Dianne, *op. cit.*, cita 35.

¹⁷ Para entender qué es el sincitiotrofoblasto, la mórula (embrión de 16 células, a los 3 días de la fecundación) al ingresar al útero va a recibir el nombre de blastocisto, éste tiene una masa celular interna llamada embrioblasto, y una masa celular externa llamada trofoblasto; a su vez, el trofoblasto va a estar compuesto de 2 capas, una capa interna llamada citotrofoblasto, y una capa externa llamada sincitiotrofoblasto. El sincitiotrofoblasto son células que van a erosionar el revestimiento endometrial, para que se produzca la implantación, siendo la responsable de la producción de hormonas, entre ellas la gonadotropina coriónica humana (hCG).

¹⁸ MOORE, Keith & T.V.N. PERSAUD, *op. cit.*, p. 60.

¹⁹ Vid. CARLSON, Bruce, *op. cit.*, pp. 278-282; MOORE, Keith & T.V.N. PERSAUD, *op. cit.*, pp. 37-41.

²⁰ Conforme a MOORE, Keith & T.V.N. PERSAUD, *op. cit.*, p. 2, se llama blastocisto cuando la mórula ha penetrado en el útero desde la trompa de Falopio, en cuyo interior se forma una cavidad llena de líquido llamada blastocele; la referida modificación convierte a la mórula en blastocisto.

subyacente, produciéndose una herida en la mucosa uterina, siendo que a los 11 ó 12 días se habrá incrustado casi por completo en el endometrio, siendo que el epitelio uterino crece de nuevo sobre el embrión, sanando la herida producida por el blastocisto, produciéndose también un proceso de intercambio vascular del que el embrión dependerá durante el período restante de su vida intrauterina.

Entonces, la anidación o implantación se inicia entre los 6 a 7 días después de la fecundación y termina el día 14 posterior a la fecundación, momento en que se produce la formación del surco o línea primitiva.

2. Apreciación meta-biológica sobre las teorías antes señaladas

El ser humano no se reduce a una mera cuestión biológica (reduccionismo biológico), y dada la discusión en un ambiente pluralista, lo que es aceptado por la embriología no necesariamente llega a ser reconocido; por ello es que se requiere acudir a una reflexión meta-biológica que permita dar respuesta a interrogantes tales como ¿quién es el embrión humano?, ¿cuál es su naturaleza? ⁽²¹⁾, lo que va a permitir luego identificar adecuadamente las diversas posiciones jurídicas.

²¹ A continuación se van a presentar algunos argumentos sobre este aspecto, lo que resulta importante y pocas veces es adecuadamente identificado en los textos jurídicos, para un mayor detalle se puede consultar: PALAZZANI, Laura. *Introduzione alla Biogiuridica*, op.cit.; *Id.*, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, op. cit.; *Id.*, “Significados del concepto filosófico de persona y sus implicancias en el debate bioético y biojurídico actual sobre el estatuto del embrión humano”. En CARRASCO DE PAULA, Ignacio y otros. *Identidad y Estatuto del Embrión Humano*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2000, pp. 59-78; VIOLA, Francesco. *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*. Granada: Editorial Comares, 1998; AMATO, Salvatore. *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*. Turín: G. Giappichelli Editore, 2006; HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. *De la dignidad y de los Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Temis. Universidad de La Sabana, 2005; *Id.*, *La persona y sus derechos. Consideraciones bioético-jurídicas*. Bogotá: Editorial Temis, 2000; MEGÍAS QUIROS, José Justo (coordinador). *Manual de derechos humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI*. Primera edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006; SERRA, Angelo y Roberto COLOMBO. “Identidad y estatuto del embrión humano: La contribución de la biología”. En CARRASCO DE PAULA, Ignacio y otros. *Identidad y Estatuto del Embrión Humano*, op. cit., pp. 107-152; SPAEMANN, Robert. *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” o “alguien”*. Segunda edición. Pamplona: EUNSA, 2010; POSSENTI, Vittorio. *¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del ser humano*. En: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio y Pedro SERNA (Compiladores). *El derecho a la vida*. Pamplona: EUNSA, 1998, pp.111-145. A nivel de la doctrina nacional, resultan de notable importancia para el momento en que fueron redactados los trabajos de FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *La noción jurídica de persona*. Primera edición. Lima: San Marcos, 1962; *Id.*, *El derecho como libertad. Preliminares para una filosofía del derecho*. Segunda edición. Lima: Universidad de Lima, 1994. A la fecha las ideas del profesor Fernández Sessarego han sido mejoradas y profundizadas en el contexto humanista que el profesor defendía. Entre ellas se pueden citar: CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José. *Persona Humana y Derecho*. Un diálogo con la filosofía jurídica de Javier Hervada. Primera edición. México: Editorial Porrúa y Universidad Católica San Pablo, 2014; *Id.*, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano*. Primera edición. Lima: Palestra, 2012; SANTA MARÍA

Las posiciones más difundidas que critican a la teoría de la fecundación o concepción siguen una perspectiva antropológica funcionalista, posiciones que incurren en un error conceptual, pues desconocen que la presencia de una función (sensitiva, conocimiento, autoconciencia o volitiva) o la presencia de la condición para su ejercicio, no supone la existencia del sujeto (cuestión que resulta relevante, pues influenciará en la concepción de la persona y del sujeto de derecho, como se verá después).

Los que no siguen la teoría de la fecundación o concepción desconocen que es la existencia del sujeto, la que posibilita el ejercicio de ciertas funciones, y no al revés, es decir, no es el ejercicio de cierta función lo que hace al sujeto, siendo que el sujeto preexiste a las funciones mismas; además, estas teorías no fundamentan por qué ciertas acciones deben ser consideradas más importantes que otras, privilegiando unas por otras de manera arbitraria.

En el caso de la teoría de la anidación se busca justificarla en el aspecto relacional entre el embrión y la madre, lo que para esta teoría constituiría un elemento trascendente para marcar un punto de inicio; sin embargo, se olvidan que tal aspecto relacional es extrínseco al ser del embrión, no siendo un elemento constitutivo del mismo.

En cambio, en la teoría de la fecundación o concepción sí se marca una diferencia, pues frente a una perspectiva funcionalista, se reconoce una perspectiva ontológica, en donde la ausencia (entendida como no actuación) de las propiedades o funciones, no niega la existencia del referente ontológico sustancial, que permanece tal por naturaleza, en cuanto preexiste a sus cualidades; siendo que en el embrión ya están presentes las condiciones que constituyen el soporte necesario del proceso dinámico e ininterrumpido que permitirá la actuación de los caracteres constitutivos de la persona, en términos ontológicos (aspecto que retomaré más adelante, al tratar sobre la teoría de la persona).

D'ANGELO, Rafael. *Dignidad Humana y "Nuevos Derechos". Una confrontación en el derecho peruano*. Primera edición. Lima: Palestra, 2012; AA.VV. *La persona en el Derecho Peruano: Un análisis jurídico contemporáneo. Libro homenaje a Carlos FernándezSessarego*. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2010.

3. Teoría sobre el inicio de la vida humana reconocida por nuestro sistema constitucional

El Perú ha reconocido a la teoría de la fecundación o concepción como inicio de la vida humana, y a fin de no ser reiterativo, me remito a la STC N°02005-2009-PATC del 16 de octubre de 2009, en donde el Tribunal Constitucional primero analizando el aspecto científico (numeral 14) e identifica a la concepción como inicio del ser humano, luego lo concatena con el tratamiento del concebido en el ordenamiento jurídico peruano (numerales 15 a 21), para finalmente aplicar los principios de interpretación constitucional al respecto (numerales 25 a 34).

De esa manera el Tribunal Constitucional considera que a la luz tanto de la normatividad internacional como nacional, la vida es protegida desde la concepción (fundamento 19), tomando posición por el momento de la singamia, estableciendo que *“la concepción de un nuevo ser humano se produce 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 la vida de un nuevo ser”* (fundamento 38); estableciendo que *“la anidación o implantación, ..., forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio”*.

Reconocer a la teoría de la fecundación o concepción como inicio de la vida humana, asumiendo una posición jurídica no basada en una ficción, sino en atención a la información aportada por la ciencia, resulta coherente con la reflexión meta-biológica que he expuesto anteriormente.

Entonces, teniendo como base cuándo se inicia la vida humana, su tutela jurídica deberá dirigirse en esa dirección, a fin de proteger al ser humano desde su primer momento de vida.

4. Inaplicabilidad del fallo Artavia Murillo y otros vs Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico peruano

En este fallo la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el inicio del ser humano, habiendo indicado: *“189. [...] el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por*

la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana [...]

Con este pronunciamiento seguido contra Costa Rica se estaría dejando sin protección legal y constitucional al embrión humano aún no implantado, al considerar que no es persona ni sujeto de derecho; **sin embargo el ordenamiento jurídico peruano (Constitución y ley) protege al ser humano desde el momento de la concepción siendo éste el momento de la singamia** (ver STC Exp. N° 02005-2009-PATC).

¿Debería la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pasar por encima de lo previsto en nuestra Constitución Política y en general en nuestro ordenamiento jurídico? La respuesta es negativa, pues no siempre prevalecerá la norma internacional sobre la norma nacional, siendo que “en caso de incompatibilidad deberá abrazarse la norma que realice el valor justicia” ⁽²²⁾; de manera que no siempre se aplicará la Convención o una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por encima de la norma interna, siendo una exigencia “determinar si tal norma convencional está o no contradiciendo alguna exigencia de justicia al contradecir algún elemento esencial del bien humano debido o adecuado a la Persona, es decir, algún elemento que conforma el contenido constitucional del derecho fundamental” ⁽²³⁾, considerando en ese análisis el principio del interés superior del niño que forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad, el principio *pro homine*, entre otros.

Este aparente conflicto entre un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestro ordenamiento jurídico se resuelve a través de la aplicación de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo inciso b) artículo 29 se ha establecido que la interpretación de tal Convención no puede limitar el goce y ejercicio de derechos reconocidos por las leyes nacionales u otros Tratados Internacionales (como por ejemplo la Convención del Niño); a ello se añade el segundo párrafo del artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, norma que establece que de haber una

²² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos fundamentales y Procesos Constitucionales*. Segunda edición. Volumen II (Estudios sobre algunos derechos fundamentales). Puno: Zela Grupo Editorial, 2020, p.57.

²³ *Ibid.*, pp. 59-60

incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos.

En conclusión, siendo que en **nuestro ordenamiento jurídico se protege al ser humano de modo más favorable, desde el momento de la concepción entendida ésta desde la fecundación (singamia), y no desde la anidación o implantación**, por tanto, el fallo Artavia Murillo no podría ser aplicado vía control convencional, ni como criterio interpretativo en contra del concebido, ya en ese sentido existen pronunciamientos de nuestra justicia constitucional y diversos estudios doctrinales. ⁽²⁴⁾

5. Estatuto jurídico del concebido en el ordenamiento peruano

En esta parte de este informe analizaré el estatuto jurídico del concebido, a la luz primero del Código Civil de 1984, para luego confrontarlo con normas de igual jerarquía y con lo que establece nuestro bloque de constitucionalidad. Después presentaré la teoría del sujeto de derecho y la teoría de la persona, para luego exponer la necesidad que nuestro Código Civil pase a recoger la teoría de la persona a la luz de nuestra normatividad constitucional y de los propios principios que la inspiran.

Con lo expuesto pondré en evidencia que las dudas que tenía el jurista Carlos Fernández Sessarego para no acoger la categoría de persona para el concebido ya no tienen justificación ⁽²⁵⁾, y se debían a su conceptualización de las categorías jurídicas involucradas, conforme expondré más adelante.

5.1. El Código Civil de 1984

²⁴ Algunos de ellos: SILVA ABBOTT, Max. “El caso Artvia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico y posibles efectos regionales”. En: Revista Derecho Público Iberoamericano N°6, Chile, 2015, pp.13-61; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás y Juan Alonso TELLO MENDOZA. “El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de Artavia Murillo”. En: Revista Foro Jurídico N°14, Lima, 2015, pp.194-205; LAFFERRIERE, Jorge. “Los límites de Artavia Murillo en un interesante fallo en protección del embrión humano.” En: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/9044> (Consulta: 25 de marzo 2022)

²⁵ A pesar que la reconocía, así se puede ver en: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “¿Qué es persona para el Derecho?”. En: Revista DERECHO PUCP. N°54. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001, p. 328, cuando indica quiénes son personas, respondiendo que lo son todos los seres humanos.

Con el Código Civil de 1984 se produjeron cambios sustanciales, lo que fue saludado por la doctrina internacional en su época, al haberse superado la teoría de la ficción que recogía el Código Civil de 1936 (²⁶). A continuación se presenta un desarrollo (meramente descriptivo) de la posición asumida por el Código actual, siguiendo el pensamiento de su ponente Carlos Fernández Sessarego, para luego hacer una evaluación al respecto.

5.1.1. Sobre el inicio de la vida humana

La realidad del concebido ya se conocía desde mucho antes, sin embargo, al reconocerse a nivel legislativo la teoría de la fecundación o concepción implicó reconocer que el concebido es un ser humano desde el momento de la unión entre óvulo y espermatozoide, reconociendo así su realidad biológica y ontológica (²⁷).

5.1.2. Introducción de la categoría de sujeto de derecho

La categoría de sujeto de derecho es relativamente reciente en el Derecho (²⁸), habiéndose aplicado en primer lugar al ser humano individual, produciéndose luego una evolución en su conceptualización, pasando a ser un supraconcepto.

En el caso del Perú, este supraconcepto fue importado del Código Civil Italiano de 1942 e introducido al Código Civil de 1984, a fin de establecer una especial sistematización de entes a los que se les puede atribuir situaciones jurídico subjetivas, identificado al concebido, a la persona natural, a la persona jurídica y a la organización de personas no inscrita.

²⁶ Vid. BUSNELLI, Francesco. “L’inizio della vita umana”. En: *Rivista di Diritto Civile*. Año L. N°4. Julio-Agosto. Padua: CEDAM, 2004, p. 567; CATALANO, Pierangelo. “Observaciones sobre la ‘persona’ del concebido a la luz del derecho romano (de Juliano a Texeira de Freitas)”. En: AA.VV. *La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 154; CASTÁN VÁSQUEZ, José. “La recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justiniana sobre el comienzo de la existencia humana”. En: AA.VV. *La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Contribución para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas*, op.cit., p. 183.

²⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Tratamiento jurídico del concebido”. En AA.VV. *La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Contribución para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 188 et passim.

²⁸ Vid. GUZMAN BRITO, Alejandro. “Los orígenes de la noción de sujeto de derecho”. En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Universidad de Valparaíso. Escuela de Derecho. Valparaíso, 2002, No. 24, pp. 151-247. Consulta: 25 de marzo de 2022.

<http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/viewArticle/367>

Dada la novedad en aquel momento de esta sistematización, Carlos Fernández Sessarego afirmó que para efectos de la sistematización, distinguir entre sujeto de derecho y persona supone una distinción de tipo lingüística, indicando que a fin de cuenta con ambas expresiones se está aludiendo a lo mismo, la vida humana; que siempre que se habla del sujeto de derecho, se hace referencia finalmente al ser humano, considerado ya sea de manera individual o colectiva ⁽²⁹⁾.

Respecto al concebido, Carlos Fernández Sessarego refirió que considerarlo como un sujeto de derecho resultaba ser una solución formal necesaria, e indicó ⁽³⁰⁾ que ello resultaba conveniente, al acogerse una solución técnico-jurídica desprovista de una carga ideológica, siendo indiferente o neutral ante tendencias o ideologías sobre la calidad ontológica del ser humano concebido ⁽³¹⁾; a ello se añade el hecho que la sistematización introducida facilitaba resolver a nivel formal-normativo la atribución de la categoría de sujeto de derecho a diversas manifestaciones de la vida humana no conocidas en doctrina ni en la legislación bajo el concepto de persona, refiriéndose a las categorías del concebido y la organización de personas no inscritas ⁽³²⁾.

²⁹ Vid. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “¿Qué es persona para el Derecho?”. En: Revista DERECHO PUCP. N°54. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001, pp. 313-316; *Id.*, *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 40; *Id.*, “El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX. Del Código Civil de 1936 a la revisión en curso del Código Civil de 1984”. En: AA.VV. Bioética y Biojurídica. La Unidad de la Vida. Lima: UNIFE Ediciones Jurídicas, 2002, pp. 37-70; *Id.*, “Tratamiento jurídico del concebido”, *op. cit.*, pp. 210-211; *Id.*, *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Décima edición. Lima: Editorial Grijley, 2007, pp. 2-10.

³⁰ Citado en: “El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX. Del Código Civil de 1936 a la revisión en curso del Código Civil de 1984”, *op. cit.*, p. 43-44.

³¹ Aunque tal posición no es del todo neutral cuando trata sobre las teorías de la persona y del sujeto de derecho, pues también encierra una carga ideológica (no advertida por Fernández Sessarego, al asumir una posición reduccionista) debido al origen de la teoría del sujeto de derecho, pues esta teoría rompe la paridad ontológica entre hombre y persona (a pesar que en sus escritos reiteradamente refiere el aspecto ontológico del concebido, y que lo considera persona en el sentido filosófico). Algo que tampoco consideró Fernández Sessarego es que en el fondo se está ante el supuesto que no todos los seres humanos son personas en sentido jurídico, lo que evidencia una posición reduccionista, en donde se pospone el inicio de la persona respecto al inicio de la vida humana, siendo que el ser genética y biológicamente humano no es considerado persona desde el momento de la fecundación, sino que se convierte en persona en algún momento posterior a la fecundación. Las teorías que separan la persona del ser humano son las teorías que consideran que la vida humana no tiene un valor en sí, sino que tiene un valor de manera subordinada a la manifestación de ciertas cualidades, propiedades o funciones. Lo expuesto se manifiesta en los fenómenos actuales que no sólo son estudiados por el Derecho Civil, sino que también son tratados de manera interdisciplinaria por la bioética, en donde entre las principales teorías separacionistas se encuentran el utilitarismo y el neocontractualismo (Para un amplio detalle, *Cfr.* PALAZZANI, Laura. *Introducción a la Bioguridica*, *op. cit.*, pp. 20-25).

³² Vid. *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, *op. cit.*, p. 4.

Contradictoriamente, Carlos Fernández Sessarego señaló después que descarta una visión formalista-positivista en donde la consideración de ser persona sea una cuestión de política legislativa, y así refirió recoger una visión humanista-personalista ⁽³³⁾, en virtud a la cual solo el ser humano es persona. Con lo expuesto vendría al caso interrogarse ¿entonces, bajo esa visión, el concebido que es un ser humano, por qué no reconocerle también como persona en el Código Civil? La respuesta más adelante.

Hasta el momento estamos ante el concebido que es reconocido solo como sujeto de derechos. Sin embargo, con la normatividad posterior se van a presentar cambios, conforme se indica a continuación.

5.2. Código de Niños y Adolescentes (Decreto Ley N°26102 de 1993 y después Ley N°27337 de 2000) y normatividad internacional existente

Resulta relevante apreciar cuál era el estado de la normatividad en el momento en que entró en vigencia el primer Código de Niños y Adolescentes en el año 1993. Para ese año, el Código Civil de 1984 tenía establecido que el concebido es sujeto de derecho, diferenciándolo del concepto de persona.

A nivel internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 dictó la Convención sobre los Derechos del Niño (perteneciente al sistema universal de protección de los Derechos Humanos), suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990 y ratificada por Resolución Legislativa N°25278 (publicada el 4 de agosto de 1990), en cuyo artículo 1º se estableció que, para efectos de ella, es niño todo ser humano menor de 18 años de edad.

En el párrafo noveno del Preámbulo de tal Convención se indicó que el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, “tanto antes como después del nacimiento”; se añadió en su artículo 41 que nada de lo allí dispuesto afectará las disposiciones internas o de derecho internacional vigente de determinado Estado, en la medida en que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño.

³³ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Repensando el Código Civil peruano de 1984 en el umbral de un nuevo milenio”. En: Revista DERECHO PUCP. N° 53. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2000, pp. 373-422.

Por tanto, es posible sostener que la niñez (bajo los alcances de los Derechos Humanos) se inicia con la concepción ⁽³⁴⁾.

Es en este contexto que en el Perú se dictó el Código de Niños y Adolescentes por Decreto Ley N°26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, en vigencia desde el 27 de junio de 1993 (luego el citado Decreto Ley será derogado por Ley N°27337, publicada el 7 de agosto del 2000, manteniéndose el aspecto bajo análisis), en donde se estableció que es niño todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad. De esta manera se dejó establecido que en el sistema jurídico peruano a partir de la concepción se está ante un niño.

A nivel constitucional entró en vigencia la Constitución Política de 1993 (31 de diciembre de 1993), en donde se indicó que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

5.3. Análisis de la normatividad interna a la luz del contexto constitucional

Al analizar la normatividad interna vigente, el Código de Niños y Adolescentes ha establecido que el niño es todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad, donde el término “niño” no proviene del derecho interno sino del derecho supranacional sobre Derechos Humanos, siendo que en el Código Civil no se emplea ese término (por la antigüedad en su redacción y porque sus redactores hasta antes de 1984 no consideraron el aspecto de los Derechos Humanos, y de lo que ahora ha venido a llamarse la constitucionalización del derecho civil o el paso a un Estado Constitucional de Derecho).

Entonces, **establecido en nuestro sistema jurídico que el concebido tiene la categoría jurídica de niño, se llega a la conclusión que el concebido no solo es sujeto de derecho sino también es persona** ⁽³⁵⁾, lo cual no se encuentra en conflicto con lo previsto en la Constitución Política de 1993, pues ésta se limita a

³⁴ Cfr. GIACOBBE, Emanuela. *Il concepito come persona in senso giuridico*. Turín: G. Giappichelli Editore, 2003, pp. 105 y 109.

³⁵ Cfr. MORALES GODÓ, Juan, *op. cit.*, p. 430; PÉREZ VARGAS, Víctor. “El aporte personalista del Código Civil Peruano”. En: AA.VV. *Diez años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994, organizado por el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Tomo I. Lima: WG Editor E.I.R.L., 1995, p. 39-40.

reconocer que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (sin perjuicio que la propia situación del concebido puede ser interpretada de su artículo 1º).

Según lo descrito es posible advertir una contraposición entre el Código Civil de 1984 y el Código de Niños y Adolescentes, de donde se puede afirmar que se está ante un supuesto de derogación tácita por incompatibilidad entre la nueva disposición y la antigua ⁽³⁶⁾, debiendo apreciarse además la importancia del Código de Niños y Adolescentes, dado que en el artículo VII de su Título Preliminar se indica que su aplicación e interpretación debe atender a los principios y disposiciones constitucionales, al tener elementos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Además de lo expuesto, se puede realizar también un análisis de las normas constitucionales, tanto las directamente estatuidas como las adscriptas (de origen legal o jurisprudencial) de donde “es posible concluir que el concebido es persona.” ⁽³⁷⁾

6. Teoría del sujeto de derecho (origen y crítica)

Esta teoría ha sido acogida en el tenor del Código Civil Peruano de 1984, sin embargo en la doctrina civilista peruana no se analiza su origen, el contexto en que surgió, para qué surgió, su finalidad, que problemas buscaba solucionar. Es una teoría que ha sido asumida de manera acrítica, a pesar que el jurista que la propulsó consideraba que el Código Civil era de corte humanista y personalista, visión que considero es contradictoria a la teoría en referencia.

Lo que se expone a continuación es en miras a aproximarse a los elementos antes mencionados, con la finalidad de poner en evidencia la necesidad de abandonar tal teoría y acoger la teoría de la persona, ahora bajo un contexto constitucional y de tutela del ser humano (como expresión del artículo 1º de la Constitución Política).

³⁶ MORALES GODOL, Juan, *op. cit.*, p. 430.

³⁷ Me remito al respecto a la fundamentación que presenta Luis Castillo Córdova, en donde incluso evalúa también la situación del concebido frente a la salud de la madre. En: *Derechos fundamentales y Procesos Constitucionales*. Segunda edición. Volumen II (Estudios sobre algunos derechos fundamentales). Puno: Zela Grupo Editorial, 2020, pp. 44-55.

La teoría del sujeto de derecho, al igual que otras abstracciones, se debe a los estudios de diversos filósofos y juristas, que van desde Leibniz a Savigny. Leibniz (1646-1716) desarrolló una construcción del Derecho como un sistema de proposiciones, donde el derecho dependerá de las definiciones y demostraciones lógicas, buscando una sistematización y matematización que luego pasará a la pandectística alemana ⁽³⁸⁾. Uno de los aportes de Leibniz fue el de reducir a la persona (en cuya noción comprenderá al concebido) al concepto de *subiectum iuris*, pues antes *subiectum* comprendía también a las *res*, y con Leibniz el *subiectum* pasará a cumplir una función sistemática (conjuntamente con los conceptos de *objectum* y *causa*), sirviendo como punto ordenador de la materia, en donde en la relación *subiectum* – persona, Leibniz parte del concepto *subiectum* para de allí llegar a persona (debido a que dentro del *subiectum* también involucraba a otros elementos distintos de las personas), es decir, se trata del sujeto que es la persona, y no de la persona que es el sujeto (a diferencia de Christian Wolff – 1679 a 1754 -, discípulo de Leibniz, quien partía de la persona, al considerarla esencial). Luego de pasar por diversos personajes que han ido moldeando la figura, se llega a Savigny (1779-1861), quien va a concebir al sujeto como un sujeto de relaciones jurídicas, aplicándose al ser humano individual y a la persona jurídica ⁽³⁹⁾.

En el desarrollo histórico de la figura del sujeto de derecho se observa el camino que se ha recorrido, de una noción filosófica para luego pasar a analizar un problema jurídico, pasando a convertirse en un elemento de técnica dogmática, como un supraconcepto utilizado para imputar derechos y obligaciones a un sujeto (no identificable con la persona); entonces, a una persona se le podía imputar derechos y obligaciones en la medida en que era identificable como sujeto, lo que podía dar lugar a que los sujetos podrían ser entes distintos a las personas, en virtud a que el concepto de sujeto podía ser ampliado; así es como se llega a hablar también de derechos de los animales o de la naturaleza; así, la subjetividad pasa a ser algo que se “atribuye”.

³⁸ Cfr. BALLESTEROS, Jesús. *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la Filosofía Jurídica*. Tercera edición, reimpresión. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, pp. 52-53.

³⁹ Para un mayor detalle, se puede consultar a GUZMAN BRITO, Alejandro. “Los orígenes de la noción de sujeto de derecho”, *op. cit.*; ORESTANO, Riccardo. *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*. Boloña: Il Mulino, 1978, pp. 117-119.

Desde una visión analítica, se han podido identificar dos modelos jurídicos respecto al sujeto de derecho (⁴⁰), de los cuales viene al caso señalar el primero, por sus implicancias para el sistema jurídico peruano. Este modelo (que encuentra sus propulsores en Savigny y Gierke) ha encontrado su más completa expresión en Kelsen, en su doctrina pura y formal del derecho, bajo cuyo modelo el individuo “recibe” su juridicidad – es decir, es sujeto de derecho – del conjunto de deberes y derechos que le vienen atribuidos o imputados del ordenamiento jurídico al que pertenece. Bajo esta posición, el sujeto de derecho o sujeto jurídico es un concepto abstracto con un contenido que varía de ordenamiento en ordenamiento, independientemente de la consistencia antropológica común a cada individuo humano. Así, el sujeto se presenta como sujeto “al” derecho (positivo).

Como crítica a esta teoría, el concepto de sujeto de derecho introduce una separación entre hombre y persona, rompiendo con la paridad ontológica que existía, siendo que en la paridad ontológica no existe ficción, no es una construcción imperativa, y viene a ser la constatación de una realidad (⁴¹).

Entonces, atendiendo al origen de la teoría del sujeto de derecho, ésta está más cercana a la teoría de la ficción (otra teoría que existía sobre el concebido, recogida en los Códigos Civiles decimonónicos, pero ya abandona a la luz del constitucionalismo contemporáneo), teorías que manejan elementos homogéneos; así uno se puede interrogar cómo aplicar a una categoría abstracta (sujeto de derecho) una categoría real (ontológica) como el concebido, originando una superposición de conceptos abstractos frente a conceptos concretos y reales; esto ha dado lugar a que se habla de manera crítica de la “originalidad” del Código Civil de 1984 (⁴²).

⁴⁰ Vid., COTTA, Sergio. “Soggetto di diritto”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XLII. Milán: Giuffrè Editore, 1990, pp. 1216-1218.

⁴¹ Cfr. CATALANO, Pierangelo. “Observaciones sobre la ‘persona’ del concebido a la luz del derecho romano (de Juliano a Texeira de Freitas)”. *op. cit.*, pp. 147.

⁴² CATALANO, Pierangelo. “Los concebidos entre el derecho romano y el derecho latinoamericano (a propósito del art. 1 del Código Civil Peruano de 1984)”. En: AA.VV. *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima, del 9 al 11 agosto 1985*. Lima: Editorial Cultural Cuzco S.A., 1986, p. 234; *Id.* “Observaciones sobre la ‘persona’ del concebido a la luz del derecho romano (de Juliano a Texeira de Freitas)”. En: AA.VV. *La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas*, *op. cit.*, p. 154.

Por ello, ante la realidad del concebido, a la luz del Estado Constitucional de Derecho y demás elementos antes indicados, viene al caso buscar un replanteamiento de la noción de sujeto de derecho, a la luz del realismo jurídico clásico (⁴³), en donde siguiendo un camino diverso, no se parte del sujeto para llegar a la persona, en otras palabras, no se parte del sujeto que se proyecta sobre la persona, sino se debe partir de la persona que es sujeto, protagonista del orden social y jurídico. De allí se puede concluir que, ser sujeto de derecho no tienen un origen positivo sino natural (a diferencia de lo que dice la teoría del sujeto de derecho que es una expresión del estatal legalismo), siendo que todo hombre es sujeto de derecho (⁴⁴).

7. Teoría de la persona

Sobre el concepto de persona en sentido jurídico, primordialmente ha sido materia de estudio por el Derecho Civil, pero a la fecha ya no es un tema privativo de éste, habiendo pasado a ser considerado (según los actuales textos de Derecho Humanos) como la base y centro del ordenamiento jurídico (⁴⁵), como la cumbre del ordenamiento jurídico (⁴⁶), constituyendo un *prius* respecto del Derecho y la

⁴³ Se está haciendo referencia al realismo jurídico clásico, como concepción que abarca la totalidad del fenómeno jurídico, en sus dimensiones natural y positiva, bajo cuya concepción la persona es un *prius* ante el derecho. Para un amplio detalle se puede consultar: HERVADA, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. Undécima edición. Pamplona: EUNSA, 2011; *Id.*, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Cuarta edición. Pamplona: EUNSA, 2008; *Id.*, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Segunda edición. Pamplona: EUNSA, 2008; *Id.*, *Historia de la ciencia del Derecho Natural*. Pamplona: EUNSA, 1987; RIVAS, Pedro (editor). *Natura, Ius, Ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*. Lima: ARA Editores, 2005; HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. “Las causas del derecho. Estudio desde una consideración realista”. En: *Dikaion. Revista de Actualidad Jurídica*. Volumen 2. Bogotá: Universidad de La Sabana, 1988, pp. 20-45; SCHOUPPE, Jean-Pierre. “La concepción realista del Derecho”. En: *Personay Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de los derechos humanos*. N°11. Pamplona: Universidad de Navarra, 1984, pp. 555-633, entre otros.

⁴⁴ Para un detallado desarrollo sobre el tema, *Vid.* HERVADA, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural, op. cit.*, pp. 115-125; *Id.*, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho, op. cit.*, pp. 463-469. Así también se afirma que, “la calidad de hombre se presenta como condición imprescindible para que el ordenamiento pueda asignar la calificación de sujeto de derecho. Pero la pertenencia al género humano constituye requisito necesario, y al mismo tiempo suficiente para los fines de conferirle subjetividad” (STANZIONE, Pasquale. “Persona física, I) Diritto Civile”. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Volumen XXIII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, p. 3).

⁴⁵ *Cfr.* HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. *La persona y sus derechos. Consideraciones bioético – jurídicas, op. cit.*, pp. 14-15.

⁴⁶ STANZIONE, Pasquale. “Persona física, I) Diritto Civile”. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani, op. cit.*, p.1.

sociedad ⁽⁴⁷⁾; entonces, para proceder a su análisis es necesario establecer como cuestión inicial que, al hacerse referencia a una persona se está haciendo alusión a una realidad humana que preexiste al derecho positivo y a causa de la cual el Derecho está constituido ⁽⁴⁸⁾, siendo el fin último del ordenamiento ⁽⁴⁹⁾.

7.1. Sistematización del concepto jurídico de persona

A fin de sistematizar la conceptualización jurídica que ha recibido la persona en los diferentes ordenamientos jurídicos, en distintas épocas, no necesariamente bajo los supuestos indicados en el párrafo anterior, se pueden identificar dos corrientes de pensamiento: ⁽⁵⁰⁾

a) **La persona como ser por el Derecho.**- Bajo esta corriente el ordenamiento le otorga dimensión jurídica, siendo posible agrupar otras sub corrientes:

a.1) La persona como el hombre considerado en su estado.- Se es persona porque se tiene determinado estado o condición social.

a.2) La persona como el sujeto titular de derechos subjetivos.- Aquí se van a agrupar otras sub teorías en base a las diversas posiciones que existen sobre el derecho subjetivo, tales como la teoría del sujeto – voluntad, la teoría del sujeto-interés, sujeto-centro de intereses.

a.3) La persona como el ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.- Esta es la teoría de mayor preponderancia en el Derecho Civil clásico. Aquí el concepto jurídico de persona se estructura a partir de la noción de capacidad.

Bajo esta noción es posible agrupar sub vertientes:

⁴⁷ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Obras Completas. Tomo 1. Conceptos Jurídicos Elementales. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1987, p. 525.

⁴⁸ Vid. OPPO, Giorgio. “Declino del soggetto e ascesa della persona”. En: *Rivista di Diritto Civile*. Año XLVIII. N° 6. Noviembre - Diciembre. Padua: CEDAM, 2002, p. 829.

⁴⁹ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*. Tomo I. Primera edición. Nueva reimpresión. Milán: Giuffrè Editore, 1990, p. 139.

⁵⁰ Para el desarrollo amplio y completo de la sistematización antes indicada: HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. *De la dignidad y de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 15-42; De Castro y Bravo, Federico. Derecho Civil de España. Madrid: Civitas, 1984, pp.23-31 (corresponde al Tomo II de la obra, editado en facsímil de los 2 tomos de la obra del año 1952, editado en un solo tomo por Civitas); CORRAL TALCIANI, Hernán. “El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria”. *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. Santiago, 1990, Volumen 17, No. 2, pp. 301-321. Consulta: 25 de marzo de 2022.

<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649701>>

a.3.1) La capacidad bajo una noción formal.- Es la norma positiva la que determina quién tiene capacidad jurídica, y por ende, quién es persona.

a.3.2) La capacidad bajo una noción real.- El hombre tiene capacidad jurídica porque es capaz naturalmente.

a.3.3) La capacidad bajo una noción mixta.

- b) **La persona como ser ante el Derecho**.- Bajo esta corriente el ordenamiento le reconoce dimensión jurídica, corriente que surge ante la insuficiencia de definir jurídicamente a la persona bajo los conceptos técnicos-jurídicos tales como estado, derecho subjetivo y capacidad. Así se advierte la necesidad de estudiar el concepto de persona, teniendo como base su concepción filosófica u ontológica, siendo que este elemento será desarrollado más adelante.

Dado que el desarrollo de cada una de las posiciones, ya ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina (⁵¹), me remito a la misma.

Si se analiza la doctrina civilista nacional, para Juan Espinoza (⁵²) persona es el hombre individualmente considerado, o la agrupación organizada de hombres, en busca de un fin valioso, y que es representada a través de una categoría jurídica: centro de imputación de derechos y deberes, siendo solo al hombre a quien se le puede atribuir esta categoría jurídica; para Carlos Fernández Sessarego “la persona es un ser humano viviente, que valora para proyectar su vida, situado en una relación jurídica con los demás, la que es regulada por normas jurídicas que le atribuyen una determinada situación jurídica subjetiva, es decir, un plexo de derechos y deberes” (⁵³), con la precisión que “la expresión persona, en sentido estrictamente jurídico, se reserva para aludir al ser humano después de nacido” (⁵⁴).

Conforme se puede observar de la visión de los autores peruanos citados, no se les puede identificar entre una y otra corriente, al tomar de una y de otra,

⁵¹ Según la referencia indicada en la cita anterior.

⁵² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, op. cit., p. 166 y 167.

⁵³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “¿Qué es persona para el Derecho?”, op. cit., p. 313.

⁵⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, op. cit., p. 31.

ello debido a que parten de una construcción abstracta (sujeto de derecho) en vez de partir de la persona que es un *prius* para el Derecho.

7.2. Argumentación filosófica para el replanteamiento del concepto de persona (tal como es recogida en el Código Civil de 1984)

Según lo desarrollado respecto a la teoría de la persona, al igual como se realizó en el caso del sujeto de derecho, viene al caso poner en evidencia la necesidad de replantear la noción de persona en sentido jurídico, a la luz de la concepción del realismo jurídico clásico⁽⁵⁵⁾, siendo que al hacer referencia a la persona, no resulta posible construir una teoría exclusivamente jurídica, ya que la persona no empieza o es con el Derecho⁽⁵⁶⁾, en donde éste dota de significación a lo que existe con validez anterior como realidad (ontológica) y exigencia (ética)⁽⁵⁷⁾.

Para replantear el tema de la persona en sentido jurídico, se requiere acercarse al aspecto ontológico o filosófico, el mismo que muchas veces y por un largo período de tiempo fue dejado de lado, debido al influjo de la visión positivista preponderante durante el siglo XIX y gran parte del XX, en donde en buena cuenta se separó el concepto filosófico del concepto jurídico de persona⁽⁵⁸⁾; en cambio, bajo una posición realista se puede postular que entre la concepción ontológica de persona y la concepción jurídica no existe una oposición, pues si bien ambos conceptos son distintos, los mismos se encuentran vinculados, en donde el concepto filosófico es superior al concepto jurídico⁽⁵⁹⁾, lo que es conocido como la tesis de la vinculación o subordinación del concepto jurídico de persona, al concepto ontológico, dado que la concepción jurídica está contenida en la ontológica, en donde el concepto jurídico se construye abstrayendo del concepto

⁵⁵ Vid. *Supra* cita 43; englobadas también dentro del neoiusnaturalismo, se tomarán en cuenta los trabajos realizados por Laura Palazzani.

⁵⁶ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Obras Completas. Tomo 1. Conceptos Jurídicos Elementales. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1987, p. 525.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Cfr. HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriamen: *De la dignidad y de los Derechos Humanos, op. cit.*, p. 7.

⁵⁹ La posición contraria, que considera que ambos conceptos (ontológico y jurídico) son distintos e inconfundibles, y que no tienen nada en común, es conocida como la tesis de la desvinculación o separación (ligada al concepto antiguo de persona como estatus), y se encuentra absolutamente superada a la luz de la comprensión del ser del hombre y su dignidad, superada con la caída de la sociedad estamental o desigual, y con la superación de la visión positivista, la que en buena cuenta recogía una visión residualmente estamental de la sociedad (al poner el origen de todo derecho en la concesión del ordenamiento jurídico, negando la juridicidad natural del hombre).

filosófico las notas que corresponden a la persona en el orden de lo jurídico (⁶⁰), siendo que:

“No se trata de que toda persona en sentido ontológico sea persona en sentido jurídico por una coincidencia de hecho, sino de que si todo ser humano – toda persona en sentido ontológico – es persona en sentido jurídico, lo es porque ser persona en sentido ontológico implica por definición ser persona en sentido jurídico” (⁶¹)

“Si la persona es un ser que es dueño de su propio ser, y de su entorno en cuanto capaz de apropiación y titular de derechos naturales, ser persona implica de suyo el fenómeno jurídico como hecho natural y la dimensión de ser sujeto de derecho. La condición ontológica de persona incluye la subjetividad jurídica, de modo que el concepto jurídico de persona no puede ser otra cosa que el concepto mismo de persona en sentido ontológico, reducido a los términos de la ciencia jurídica. Dicho en otros términos, el concepto jurídico de persona no es más que aquel concepto que manifiesta lo jurídico de la persona o ser humano.” (⁶²)

La importancia del análisis filosófico, a propósito del concepto de persona, no ha sido adecuadamente apreciado, ello se advierte de la revisión de la doctrina peruana en sede de derecho de las personas (a excepción en el caso peruano, de los estudios de Carlos Fernández Sessarego), desconociéndose que *“el fenómeno jurídico no es explicable sin la persona, entendida en su sentido ontológico; la juridicidad es una dimensión propia del ser de la persona humana, de la que sólo ella es capaz y sólo de ella es predicable. La persona humana – y sólo ella – posee la estructura ontológica necesaria para que existan la norma, el derecho y, en consecuencia, las relaciones jurídicas o de justicia.”* (⁶³).

En ese sentido, a nivel filosófico, en la relación existente entre ser humano y persona, se presentan dos tendencias: 1) Una separacionista (o reduccionista), y, 2) Otra de identificación (o unitaria) que justifica la identidad intrínseca entre

⁶⁰ Para un amplio desarrollo sobre este elemento, se puede consultar bajo la visión del personalismo ontológico, PALAZZANI, Laura. *Introduzione alla Biogiuridica, op. cit.*, p. 88, y bajo la visión del realismo jurídico clásico, HERVADA, Javier. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho, op. cit.*, pp. 463-469.

⁶¹ HERVADA, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural, op. cit.*, p. 122.

⁶² *Ibid.*, p. 122

⁶³ HERVADA, Javier. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho, op. cit.*, pp. 424-425.

persona, ser humano y vida humana ⁽⁶⁴⁾; y, atendiendo a los aspectos científicos expuestos al inicio de este informe (dado que la elaboración de un concepto no puede prescindir de la realidad a la cual se refiere), la posición filosófica acorde a una adecuada tutela y protección del ser humano (en el ámbito del artículo 1° de la Constitución Política) se encuentra dentro de la tendencia unitaria que justifica la identidad intrínseca entre persona y ser humano, siendo que tal posición se encuentra en la definición clásica de persona planteada por Boecio (476-525) como “*rationalis naturae individua substantia*” (sustancia individual de naturaleza racional), y enriquecida por Tomás de Aquino (1225-1274) ⁽⁶⁵⁾ como “*individuo subsistens in rationali naturae*”; es decir, la persona es la sustancia (subsistente) individual de naturaleza racional, en donde la sustancia es el sustrato primario y fundamental del ser, siendo la racionalidad lo que la distingue, y la naturaleza racional equivale a espiritual ⁽⁶⁶⁾. En este ámbito, el término naturaleza establece lo que la persona es desde su origen, y el término racional lo que por el solo hecho de pertenecer a la especie humana; y, lo racional indica, de manera amplia, la razón, el pensamiento, el lenguaje, la comunicación, la relación, la interioridad, la intencionalidad, la libertad ⁽⁶⁷⁾.

⁶⁴ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. “De nuevo sobre el concepto de persona. El reto ante el debate bioético y biojurídico actual”. En: *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de los derechos humanos*. N° 41. Pamplona: Universidad de Navarra, 1999, pp. 322.

⁶⁵ Para un amplio detalle: PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, op. cit., pp. 228-248; *Id.*, “Significados del concepto filosófico de persona y sus implicaciones en el debate bioético y biojurídico actual sobre el estatuto del embrión humano”. En: CARRASCO DE PAULA, Ignacio y otros. *Identidad y Estatuto del Embrión Humano*, op. cit., pp. 59-78; HERVADA, Javier. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 433-447; HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. *De la dignidad y de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 84-87; *Id.*, “De nuevo sobre el concepto de persona. El reto ante el debate bioético y biojurídico actual”, op. cit.

⁶⁶ *Vid.* HERVADA, Javier. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 437-440; PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, op. cit., p. 236. Lo espiritual también es referido por Carlos Fernández Sessarego, así señala que “... el ser humano no se reduzca a pura naturaleza – exclusivamente a la materia – sino que es, simultáneamente, un ser espiritual” (En: “¿Qué es persona para el Derecho?”. En: *Revista DERECHO PUCP*. N° 54, op. cit., p. 304), también señala que “la noción filosófica de persona enriquece la simple noción de individuo en el sentido que éste no se agota en su dimensión puramente biológica, material, sino que está dotado de un espíritu libre que lo convierte en un ser de apetencia de trascendencia” (En: “El histórico problema de la capacidad jurídica”. En: AA.VV. *Diez Años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas*, op. cit., Nota 38, p. 107).

⁶⁷ Por ello es posible afirmar que, el hombre es capaz de dominar su propio ser, es dueño de sí, no se mueve exclusivamente por fuerzas o instintos biológicos, siendo responsable de sus actos personales, porque por la razón y la voluntad decide libremente; y, siendo que el hombre no es pura materia (en virtud de su alma espiritual), no es una mera parte del universo, pues en lo espiritual no puede ser parte de otro ser o conjunto, pues el espíritu es simple, no tiene partes ni puede constituirse en parte (*Vid.* HERVADA, Javier. *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, op. cit., pp. 79-81.

Entonces, la persona tiene una composición corporeo-espiritual (siendo lo espiritual lo que le proporciona conocimiento racional o intelectual, y en virtud a lo cual, la persona es un ser que domina su propio ser), formando así una entidad individual, siendo dos dimensiones inseparables del ser humano. Por tanto:

El ser humano “es” persona en virtud de su naturaleza racional, no “llega” a ser persona a fuerza del efectivo ejercicio de ciertas funciones, del cumplimiento verificado empíricamente de ciertas acciones. En otras palabras, aquello que es realmente para el reconocimiento del ser persona es la pertenencia, por naturaleza, a la especie humana racional, independientemente de la manifestación exterior en acto de ciertas características, operaciones o comportamientos. El ser persona pertenece al orden ontológico, por tanto la persona es o no es: la posesión de un estatuto sustancial personal [...] es un evento instantáneo y una condición radical: no se es más o menos persona, no se es “pre-persona” o “post-persona” o “sub-persona”. (68)

En consecuencia, el cigoto, el embrión, el feto, y el neonato ya son personas, y, aunque no manifiesten en acto todas y en máximo grado las propiedades y funciones, sí se encuentran presentes las condiciones que constituyen el soporte necesario del proceso dinámico e ininterrumpido que permitirá la formación de órganos y de tejidos para su actuación; por ello no se puede hablar de persona potencial, sino de persona actual con potencialidad (69).

7.3. Argumentación jurídica para el replanteamiento del concepto de persona

Buscar un replanteamiento de la noción jurídica de persona, implica observar que las diversas posiciones que se han planteado sobre la persona, en base a su estatus o condición social, como el titular de derechos subjetivos, como el capaz de adquirir derechos y obligaciones, buscan fijar su atención en un determinado elemento, para luego darle la calidad de constitutivo de la persona, de la persona misma, confundiendo la cualidad con el soporte de esa cualidad, debiendo

⁶⁸ PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra bioetica e diritto, op. cit.*, p. 239.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 242.

entonces entenderse que, “la persona no es nada de lo que el hombre tiene, sino lo que el hombre es” (70).

En ese sentido, para referirnos a la teoría sobre la persona de mayor aceptación en el ámbito del Derecho Civil, que duda cabe que la capacidad resulta siendo un atributo o una cualidad propia de la persona, pero no puede confundirse tal cualidad con la persona misma, dado que se tiene capacidad porque se es persona, mas no se es persona porque se tiene capacidad; entonces, si la capacidad pasa a ser legislada no como un atributo sino como un elemento constitutivo de la persona, ello determinará que el hombre no sea reconocido por el Derecho en cuanto tal, sino en la medida en que tenga tal o cual cualidad o atributo (71).

Un claro ejemplo de lo que se expone sucede con el Código Civil Italiano de 1942, en donde no existe una referencia normativa expresa sobre el concepto de persona; sin embargo, en el primer párrafo de su artículo 1º, ubicado en el Título I (relativo a las personas físicas), se indica que “la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento”, con lo que de manera implícita se estaría subordinando el comienzo de la persona a la adquisición de la capacidad, la que es ligada con el nacimiento; no es de extrañar por ello que, entre un gran sector de la doctrina italiana siguiendo la dogmática de su Código, se ponga más atención a la capacidad que a la persona misma, e incluso se hable de identidad entre una y otra (72). Sólo a manera de referencia (independientemente de la relación de la capacidad respecto de la persona), a diferencia del caso italiano, por ejemplo en el artículo 1º del Código Civil de Quebec de 1991, se indica que “todo ser humano tiene personalidad jurídica y tiene el pleno disfrute de sus derechos civiles” (73).

⁷⁰ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. “De nuevo sobre el concepto de persona. El reto ante el debate bioético y biojurídico actual”, *op. cit.*, p. 332.

⁷¹ *Cfr.* HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam: *De la dignidad y de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 36; CORRAL TALCIANI, Hernán. “El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria”, *op. cit.*, p. 317; PETRUCCI, Maria Grazia. “Quale status per il nascituro?”. En: *Rassegna di Diritto Civile*. N°2. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, pp. 463-464.

⁷² *Cfr.* CORRAL TALCIANI, Hernán. “El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria”, *op. cit.*, p. 310.

⁷³ Artículo 1º.- “Every human being possesses juridical personality and has the full enjoyment of civil rights.”

Por tanto, tomando en cuenta lo expuesto, bajo una visión que descarte una noción formal-legalista e instrumental de la persona, acogiendo una visión ontológica y jurídica (en atención a la argumentación que además se presenta a continuación) que permita aprehender la realidad humana, se puede sostener que **el carácter de persona es inseparable al del ser humano** ⁽⁷⁴⁾, **siendo que todo ser humano es persona**; entonces, el Derecho (ya no sólo el Derecho Civil) debe recoger y proteger esta entidad independiente que él no crea, que le viene dada, que ya existe en la realidad, dotándola de significación jurídica.

Bajo esa concepción, siendo el ordenamiento jurídico un sistema de relaciones jurídicas, se concibe a la persona en su sentido relacional, en su ser-en-relación, la persona entonces en sentido jurídico viene a ser el sujeto de la relación jurídica, en donde el ser persona no es una concesión de la ley o de la sociedad, en donde todo hombre es jurídicamente persona, independientemente de cualquier estado y condición ⁽⁷⁵⁾.

8. El concebido - entre el sujeto de derecho y la persona

Luego de haber analizado lo relativo al sujeto de derecho y a la persona, de cómo se encuentran planteados en la doctrina predominante, de cómo se encuentran regulados en nuestro Código Civil, y de cuál es el resultado de aplicar el realismo jurídico clásico, a lo que se suma nuestro bloque de constitucionalidad y el fenómeno de la constitucionalización del derecho civil, viene al caso confrontar todo ello frente al concebido.

Interrogarse si se está solo ante un sujeto de derecho o además, se está también ante una persona en sentido jurídico, parecería ser una cuestión meramente formal-normativa, una cuestión simplemente de técnica jurídica, dado que a fin de cuentas se está ante un ser humano ⁽⁷⁶⁾, ello tomando las palabras de Carlos Fernández Sessarego.

⁷⁴ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam en: *De la dignidad y de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 38, citando a Federico de Castro y Bravo, José Antonio Doral García y Karl Larenz.

⁷⁵ Cfr. HERVADA, Javier. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 468 y 469.

⁷⁶ Vid. Bibliografía citada en las notas 29 y 30.

Según la doctrina civilista nacional ⁽⁷⁷⁾, la diferencia entre la persona y el concebido se sitúan en:

- a) El concebido es vida humana que surge con la concepción, y dura hasta el nacimiento; en cambio, la persona humana surge con el nacimiento y dura hasta la muerte.
- b) El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece; en cambio, la persona humana lo es para lo favorable y desfavorable.
- c) El concebido no puede ejercer por sí mismo sus derechos y deberes; en cambio, la persona humana que ha cumplido 18 años, tiene absoluta capacidad para hacerlo.
- d) La atribución de derechos patrimoniales a favor del concebido está sujeta a condición suspensiva (nacimiento con vida); en cambio, tal atribución para la persona humana no está sometida a condición legal alguna.

Como se aprecia de las diferencias antes anotadas son meramente de orden formal-normativo; de manera que, si a nivel biológico y ontológico se está ante un mismo ser, ¿por qué darle un tratamiento diverso a nivel jurídico? ⁽⁷⁸⁾, ¿por qué introducir la categoría abstracta de sujeto de derecho y anteponerla al de persona? Considero que allí reside el temor (injustificado) que tuvo Carlos Fernández Sessarego para introducir la teoría de la persona en el Código Civil de 1984, a pesar que el mismo reconocía a tal Código como humanista y personalista.

⁷⁷ Vid. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, op. cit., p. 170.

⁷⁸ No hay duda que el nacimiento es un acontecimiento importante en la vida del ser humano, pero ello no implica un cambio sustancial, ni convierte en algo distinto a lo que era antes del parto; en ese sentido, el argumento que al no nacido le corresponde una protección menor que al niño nacido (porque aún debe convertirse en persona, lo que ocurriría con el parto) resulta ser ambiguo, lo que revela que la categoría de persona debe ser tratada con suma prudencia; así, si el calificativo de persona se le niega al no nacido, con argumentos análogos podría negarse también a los discapacitados mentales, a los enfermos comatosos sin esperanza, e incluso llegar a extremos como los que sostiene Hugo Tristram Engelhardt Jr., de negarle la calidad de persona a los niños ya nacidos, por su incapacidad de participar en los que él denomina la comunidad moral, considerando a los niños como pertenecientes a la especie humana, pero no los considera personas (Vid., D'AGOSTINO, Francesco. *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*. Madrid: EIUNSA, 2003, pp. 208-209).

Su temor es puntual, y lo tomo de sus propias palabras: “*Si se asimila, sin más, la situación del concebido a la de persona, no existiría razón formal y técnica alguna para darle un tratamiento positivo diverso*” (79).

En ese contexto, no habiendo discusión respecto a que el concebido goza plenamente de sus derechos extrapatrimoniales sin condicionamiento alguno, el temor descrito en el párrafo anterior se encontraría referido a los derechos patrimoniales, pues darle el tratamiento de persona supondría una capacidad plena, por tanto, con capacidad para celebrar contratos, contraer obligaciones, transferir bienes, y demás actos propios del tráfico económico (claro está, a través de sus representantes legales); lo que incluso no parece ser una posición insostenible dado que el concebido tiene el estatus de niño conforme al Código de Niños y Adolescentes, en concordancia con las normas de Derechos Humanos, es decir, tiene la calidad de persona. Dado ese estatus, su actuación para efectos patrimoniales sería la misma que la de cualquier niño ya nacido, a través de la actuación de sus representantes legales, y de la intervención de los jueces para cautelar el interés superior del niño, conforme se encuentra previsto en el Código de Niños y Adolescentes.

Sin embargo, considero que la solución para despejar todo temor va por otro lado (80), para ello el primer elemento a tomar en cuenta es que, el ser humano es sujeto de derecho (protagonista del orden social y jurídico) no por disposición de la ley positiva, sino que lo es de manera natural, en cuanto a la denominada juridicidad natural del hombre (81) - por su manifestación de socialidad, como ser-en-relación; apreciándose la juridicidad como un rasgo típico de la persona humana (la persona como fuente esencial de juridicidad), constituyendo la base del sistema jurídico, en donde el fenómeno jurídico existe debido al constitutivo ontológico de la persona, siendo que fuera de la persona humana es imposible la existencia de la realidad jurídica. Bajo ese presupuesto se entiende que, la existencia del Derecho no es un hecho cultural sino natural, pues sería cultural (es

⁷⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Persona por nacer en el Código de Vélez Sársfield”. En: AA.VV. *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Bicentenario de su nacimiento (1800-2000)*. Tomo I. Córdoba: Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, p. 377.

⁸⁰ A continuación se van a señalar las ideas propias del realismo jurídico clásico, bajo la posición desarrollada por el jurista español Javier Hervada, para un mayor detalle se puede consultar la bibliografía señalada en la cita 43.

⁸¹ Cfr. HERVADA, Javier. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 471-475.

decir creado) si el estado natural del hombre fuese ajurídico, es decir, que nada jurídico hubiese naturalmente en el hombre, lo cual resulta impensable, pues ello implicaría que por naturaleza las relaciones de hombre a hombre no conocerían lo recto, lo justo, ni tendrían ninguna exigibilidad, es decir, supondría la anomia absoluta.

En ese sentido, cuando se hace referencia al sistema jurídico, se está haciendo referencia a un único sistema, el mismo que en parte es natural y en parte positivo (esto debe ser tomado en cuenta, para no confundir la doctrina clásica del derecho natural, con la concepción racionalista del derecho natural, en donde lo positivo y lo natural era vistos como sistemas paralelos); si bien el derecho es en su mayor parte una construcción cultural del hombre en sociedad (derecho positivo), ese hecho cultural del derecho es imposible sin un núcleo jurídico natural (derecho natural). Entonces, en la base y fundamento de todo sistema jurídico existe un núcleo jurídico que no procede de la invención, del poder o de la decisión humanos, sino que es inherente al hombre (en donde se presentan limitaciones a la regulación positiva, conforme indico más adelante). Lo natural y lo positivo terminan siendo inseparables, pues si no existe el derecho natural no existe el derecho positivo, y si existe el derecho positivo, necesariamente existe el derecho natural, formando así una unidad inescindible.

Entonces, cuando se hace referencia al derecho natural, se alude al conjunto de reglas de derecho que proceden de la razón natural, dando lugar a normas jurídicas naturales, las mismas que son prescripciones de la razón natural que enuncian un deber de justicia, siendo que estas reglas se refieren a los actos humanos, cuya característica esencial es el de ser actos libres; por su parte, el derecho positivo viene a ser el conjunto de reglas positivas que proceden de la voluntad humana, siendo que la regla tiene su origen en la decisión humana.

Una vez expuesto lo relativo al sistema jurídico, el temor advertido en Carlos Fernández Sessarego para no proponer la teoría de la persona para nuestro Código Civil de 1984 se ve resuelto cuando se aprecia que, la persona como sujeto de derecho, supone un conjunto de derechos y deberes, dentro de los cuales se encuentran factores jurídicos naturales (que provienen del derecho natural) y factores jurídicos positivos (que provienen del derecho positivo). Toda

esta gama de derechos y deberes (entre naturales y positivos) pueden ser regulados por el derecho positivo, sin embargo, tal regulación se encuentra sometida a ciertas limitaciones: no se puede negar de raíz la calidad de sujeto de derecho (en el sentido antes enunciado) al ser humano cualquiera sea su condición (nacido o no nacido), y, las limitaciones propias de la regulación no se pueden extender a los derechos naturales (al ser intangibles) ⁽⁸²⁾, bajo la regla que la ley civil no puede destruir los derechos naturales.

Bajo ese esquema por ejemplo, la norma positiva podría establecer limitaciones sobre el ejercicio de los derechos patrimoniales, indicar requisitos y demás, atendiendo a elementos como el tráfico jurídico, la seguridad jurídica del sistema, o para coadyuvar a la protección de los derechos humanos, como el derecho a la vida del concebido. Así, a manera de referencia, podría establecer limitaciones de orden sucesorio (por ejemplo, que nazca con vida), o establecer ciertos requisitos para la eficacia en atención a determinados efectos de orden positivo (propiedad de bienes, etc.), requisitos que no se refieren o no tocan la naturaleza humana misma.

Entonces, reconocerle al concebido la calidad de persona, no implica que deba tener el mismo tratamiento positivo que el nacido (preciso, en cuanto a los derechos patrimoniales), en base a lo expuesto anteriormente, y conforme expondré más adelante.

9. La capacidad jurídica del concebido

Corresponde ahora analizar lo relativo a la capacidad jurídica del concebido. Lo que expondré a continuación tiene como propósito primero analizar las categorías que se usan al respecto, para evidenciar (además de lo anterior) que una particular conceptualización llevó al jurista Carlos Fernández Sessarego a no proponer el estatus de persona para el concebido, y, segundo, para analizar la parte final del vigente artículo 1° del Código Civil (“La atribución de derechos

⁸² Vid. HERVADA, Javier. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 519; siendo que se habla de intangibilidad en la medida en que la lesión de tales derechos significará lesionar el estatuto ontológico mismo de la persona (DÍAZ DE TERÁN, M^a Cruz. “La similitud con los derechos naturales”. En: MEGÍAS QUIRÓS, José Justo (coordinador). *Manual de derechos humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, op. cit., p. 44).

patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”) para el posterior análisis del Proyecto de Ley en referencia.

9.1. ¿Existe identidad entre persona y capacidad jurídica?

No se puede establecer una identidad conceptual entre persona y capacidad jurídica, al no poderse confundir una cualidad con la persona misma, pues si se tiene capacidad jurídica es porque se es persona, pero no se es persona porque se tiene capacidad (⁸³).

La tesis de la identidad antes señalada llegó a ser recogida por el artículo 1º del Código Civil Italiano de 1942 (⁸⁴), lo que implicaría que:

No es el hombre en cuanto tal a ser reconocido por el Derecho, sino es el derecho el que se atribuye la tarea de distinguir entre los hombres quién es merecedor de tutela en cuanto sujeto de derecho y quién no lo es, ya que se encuentra privado de tal cualidad. (⁸⁵)

Tal supuesto normativo fue calificado como expresión del estatal-legalismo que a la fecha ha sido superado por la aplicación de los principios de orden constitucional (⁸⁶).

9.2. ¿Existe identidad entre el sujeto de derecho y capacidad jurídica?

⁸³ Se afirma que, en el lenguaje técnico jurídico, la palabra “capacidad” puede tener diversas significaciones: a) posibilidad de tener; b) aptitud para tener y para adquirir derechos; c) posibilidad de ser objeto de obligaciones o deberes jurídicos; y, d) el presupuesto de los derechos y obligaciones. Entonces, el concepto “capacidad”, en sentido jurídico, designa al ser que tiene el ámbito para contener bienes, así como a quien tiene la aptitud para adquirirlos (HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. *De la dignidad y de los Derechos Humanos, op. cit.*, p. 27).

⁸⁴ “Artículo 1º.- Capacidad jurídica.

La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento.

Los derechos que la ley reconozca favor del concebido están subordinados al evento del nacimiento.”

⁸⁵ PETRUCCI, Maria Grazia. “Quale status per il nascituro?”, *op. cit.*, pp. 463- 464.

⁸⁶ Vid. BUSNELLI, Francesco Donato. *Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario*. Lima: Editorial Grijley, 2003, pp. 119-132; UBERTAZZI, Benedetta. “La ley reguladora de la subjetividad del nasciturus”. En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXI, Fascículo III. Julio – Setiembre. Madrid: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado, 2005, p. 1362 *et passim*; CATALANO, Pierangelo. “Observaciones sobre la ‘persona’ del concebido a la luz del derecho romano (de Juliano a Texeira de Freitas)”. En: AA.VV. *La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas, op. cit.*, p. 152, quien indica que de los principios de orden constitucional (Constitución, Declaración universal de los derechos del hombre, Declaración de los derechos del niño) se llega a la irrelevancia sobre el plano del derecho constitucional del concepto normativístico o civilístico de persona.

Según un sector de la doctrina ⁽⁸⁷⁾, la capacidad jurídica es entendida como la aptitud de un sujeto para ser titular de derechos o deberes o, más genéricamente, de situaciones jurídicas subjetivas; mientras que el sujeto de derecho es entendido como el titular de posiciones jurídicas, siendo considerado un centro de imputaciones jurídicas ⁽⁸⁸⁾.

En otros términos, siguiendo a Bianca, la capacidad jurídica es entendida como “la idoneidad del sujeto a ser titular de posiciones jurídicas”, y el sujeto es “el titular de posiciones jurídicas”, en donde “la titularidad indica simplemente la imputación jurídica de una posición jurídica a un sujeto”, siendo que la noción de sujeto “se limita al dato formal de la titularidad de las posiciones jurídicas”; entonces, la subjetividad presume la capacidad jurídica, advirtiéndose que la subjetividad indica la cualidad del sujeto como centro de imputaciones jurídicas, mientras la capacidad indica la aptitud a recibir imputaciones jurídicas ⁽⁸⁹⁾.

Bajo tales concepciones hay una posición doctrinal que considera la identidad entre capacidad jurídica y sujeto de derecho ⁽⁹⁰⁾; siguiendo ese supuesto, un sector de la doctrina nacional plantea prescindir del uso de la categoría de capacidad jurídica y optar por la subjetividad (sujeto de derecho) ⁽⁹¹⁾.

Sin embargo, en atención a las definiciones antes anotadas (respecto a los conceptos abstractos de capacidad jurídica y sujeto de derecho), la capacidad

⁸⁷ BRECCIA, Umberto, Lina BIGLIAZZI GERI, Ugo NATOLI y Francesco Donato BUSNELLI. *Derecho Civil*. Tomo 1. Volumen 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 129.

⁸⁸ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*. Tomo I, *op. cit.*, p. 137.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 137, 138, 193.

⁹⁰ STANZIONE, Pasquale. “Persona física, I) Diritto Civile”. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani, op. cit.*; BRECCIA, Umberto, Lina BIGLIAZZI GERI, Ugo NATOLI y Francesco BUSNELLI. *Derecho Civil*. Tomo 1. Volumen 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 129; FALZEA, Angelo. “Capacità (teoria generale)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo VI. Milán: Giuffrè Editore, 1960, p. 14; PELLIZI, Giovanni. “Soggettività Giuridica”. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Volumen XXIX. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993, p. 1; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas, op. cit.*, p. 595.

⁹¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El histórico problema de la capacidad jurídica”. En: AA.VV. *Diez Años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas, op. cit.*, p. 118 *et passim*; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas, op. cit.*, p. 598; *Id.*, *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Lima: Editorial Grijley, 1998, pp. 21-24. Al momento de fundamentar por qué se debe prescindir del concepto de capacidad jurídica, Espinoza considera que “el concepto de capacidad de goce... es idéntico que el de subjetividad jurídica..., el sujeto de derecho... es titular del complejo de derechos y deberes que se le imputan. Por el hecho de ser humano, se es sujeto de derecho y, como tal, destinatario de tales derechos y deberes, de los cuales éste goza. De esta manera el concepto de capacidad de goce... es innecesario” (En: *Derecho de las personas, op. cit.*, p. 593).

jurídica es una mera posibilidad o potencialidad, aptitud o idoneidad, para ser titular de derechos o deberes; en cambio, el sujeto de derecho implica una relación efectiva o actual de titularidad de posiciones jurídicas (⁹²). Entonces, la titularidad (sujeto de derecho) tiene como antecedente la aptitud (capacidad jurídica), pero la aptitud no supone necesariamente y en todos los casos la titularidad.

Para apreciar la diferencia entre una y otra, se debe hacer la distinción de la situación existente en el supuesto de los derechos extrapatrimoniales, y por otro lado, en el de los derechos patrimoniales. No hay duda que en el caso del concebido, como sujeto de derecho (ante todo, persona en sentido jurídico, conforme a la posición que sostengo), por el solo hecho de su naturaleza humana tiene la aptitud y es titular de derechos extrapatrimoniales (derechos fundamentales o derechos de la personalidad) tales como el derecho a la vida, a la integridad, a la salud, etc.; se puede apreciar no tanto la coincidencia conceptual o identidad, sino la inseparabilidad en el tiempo de la aptitud y de la titularidad.

En cambio, no sucede lo mismo con los derechos patrimoniales, en donde la separación entre aptitud y titularidad es evidente, pues el tener la aptitud no lo hace a uno inmediatamente titular de un derecho. Una manera de advertir tal distinción es acudiendo a la categoría “título del derecho”, desarrollado en el ámbito del realismo jurídico clásico (⁹³). Cuando se habla del “título del derecho” se busca establecer el origen de un derecho concreto, el título es lo que determina la atribución de la cosa (genéricamente hablando) a un sujeto determinado, siendo que los títulos pueden resumirse en: la naturaleza humana, la ley, la costumbre, los pactos o contratos. En los supuestos de los derechos extrapatrimoniales el título se encuentra en la propia naturaleza humana, y en los derechos patrimoniales, el título puede estar en las otras fuentes antes indicadas.

Por tanto, en sede de derechos patrimoniales no es posible señalar como una regla general que la aptitud (capacidad jurídica) y la titularidad (sujeto de derecho)

⁹² Vid. VILLANACCI, Gerardo. *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 99-103.

⁹³ Cfr. HERVADA, Javier. *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, op. cit., pp. 74-81. Al elemento título, se acompaña también el elemento medida, que viene a ser el límite del derecho concreto; elementos que son empleados para determinar exactamente qué es lo que le corresponde al titular de un derecho. El elemento medida será relevante luego para determinar los alcances de la capacidad jurídica especial o limitada del concebido.

son dos momentos que no pueden ser separados, para de allí concluir en la identidad entre capacidad jurídica y sujeto de derecho.

Lo que sí se puede afirmar es que, los sujetos de derecho (con la salvedad del concebido por el tema de los “efectos favorables”, lo que ha dado lugar a que la doctrina considere que tal previsión legal determine una capacidad jurídica limitada, privilegiada o restringida para el concebido, más adelante ampliaré este tema, ver página 39 de este informe) gozan de una capacidad jurídica general, la que puede ir acompañada de “singulares incapacidades especiales, las cuales impiden al sujeto la titularidad de determinadas relaciones jurídicas” ⁽⁹⁴⁾, en donde la incapacidad jurídica es definida como “la no idoneidad del sujeto a ser destinatario de efectos jurídicos”, y, la incapacidad jurídica especial “designa una relación negativa entre el sujeto y algunas situaciones efectivas, caracterizadas por la ausencia de cualidades inherentes a la persona y relevantes respecto a algunos sectores normativos” ⁽⁹⁵⁾, algunos ejemplos de incapacidades especiales previstas en el Código Civil, son señalados más adelante.

Entonces, al apreciar la diferencia entre los conceptos de sujeto de derecho y capacidad jurídica, se debe aceptar la diferencia y distinción entre capacidad de derecho (o de goce) y capacidad de hecho (o de ejercicio, o de obrar); por tanto, de presentarse algún tipo de restricción o limitación concreta a la capacidad de goce, ello se presenta en determinadas cuestiones y por excepción, siendo que la capacidad de goce “es de carácter relativo, pues no es posible gozar de todos los derechos que brinda, regula y reconoce el ordenamiento jurídico” ⁽⁹⁶⁾; enfatizando que tal restricción no implica una violación o transgresión a la naturaleza humana misma, dado que la capacidad no es un elemento constitutivo del ser humano.

En conclusión, la no identidad entre los conceptos de sujeto de derecho y capacidad jurídica se evidencia de la distinción entre lo patrimonial y extrapatrimonial (según lo indicado y de acuerdo a los argumentos adicionales que

⁹⁴ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*. Tomo I, *op. cit.*, p. 193. Si bien Bianca hacer referencia a las incapacidades especiales, a propósito de la persona física, tal razonamiento también resulta aplicable al concebido conforme se va a desarrollar.

⁹⁵ ARENA, Giacomo. “Incapacità (dir.priv)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XX. Milán: Giuffrè Editore, 1970, pp. 909 y 910.

⁹⁶ *Vid.* CIFUENTES, Santos. “Capacidades de goce y ejercicio: Causales, extensión y límites de la incapacidad”. En: AA.VV. *Diez Años. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas, op. cit.*, p. 140-144.

se presentan en los numerales siguientes), y de las limitaciones y restricciones que tiene el ordenamiento jurídico en el establecimiento de la regulación (conforme ha sido indicado en el numeral 8 de este informe).

Por tanto, la capacidad:

Admite grados, relatividades, inexistencias parciales. Puede haber en ella un más o un menos. La capacidad o aptitud jurídica, se agranda y se achica según la norma; se extiende o se restringe por el ordenamiento jurídico; muestra límites, ausencia o presencia acorde con las reglas. ⁽⁹⁷⁾

Sin embargo, la cita antes señalada debe ser entendida no sólo haciendo la distinción entre los derechos extrapatrimoniales y los patrimoniales, sino también en atención a que la capacidad jurídica de la persona, que es sujeto de derecho, es la regla general, siendo que las restricciones o limitaciones son excepcionales.

Ejemplos de la restricción a la capacidad jurídica (incapacidades jurídicas especiales) se encuentra en los supuestos de hecho recogidos en los artículos 242, segundo párrafo del 954, 1366, 1367 del Código Civil, los cuales no pueden ser ejercidos ni por sí mismos ni a través de terceros vía representación (en contra de aquellos que ven en estos supuestos limitaciones no a la capacidad de goce, sino a la capacidad de ejercicio) ⁽⁹⁸⁾.

Apreciando los supuestos que nuestro ordenamiento recoge sobre restricciones a la capacidad jurídica, es decir, restricciones a la aptitud para ser titular de derechos o deberes, algunos consideran que el supuesto del artículo 71 de la

⁹⁷ CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, pp. 142. Esto fue también advertido por BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*. Volumen I. Buenos Aires: EJE, 1967, pp. 190-193, quien afirma que “se puede ser como persona, más o menos capaz: no se puede ser más o menos persona. Persona se es o no se es: totalmente, radicalmente” (p. 191). Lo anotado respecto a la capacidad, se aprecia también en LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la Persona*. Tercera edición. Madrid: Tecnos Editorial, 1996, p.25 (quien hace referencia a la existencia de normas concretas y aisladas que la restringen); en CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo I. Sexta edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943, p. 141. En la doctrina nacional, respecto a las excepciones a la capacidad de goce: RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Primera edición. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XII. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 149, quien afirma: “La regla general consiste en que la persona tiene capacidad de goce de todos los derechos. Sin embargo, como suele suceder, a esta regla hay excepciones en el sentido de que no todas las personas pueden gozar de todos los derechos en todas las circunstancias. La negación de capacidad de goce tiene que ser expresa en la ley.”

⁹⁸ Al respecto, Marcial Rubio Correa indica otros supuestos previstos en el Código Civil, y señala que los ejemplos pueden multiplicarse (En: *El ser humano como persona natural, op.cit.*, pp. 149-150).

Constitución Política, no recogería un supuesto de restricción a la capacidad jurídica, sino de la capacidad de ejercicio, en atención a que se señala “el derecho así adquirido” se perderá en beneficio del Estado; si bien la referida norma podría plantear algún margen de duda, su propio tenor permite establecer una interpretación distinta, al hacer referencia a que los extranjeros “no pueden adquirir ni poseer”; de manera que, no se puede perder aquello que no se pudo adquirir.

9.3. Alcances de la capacidad jurídica del concebido

De inicio se debe indicar que el concebido tiene capacidad jurídica, y a fin de analizar el artículo 1º del Código Civil vigente, cuando establece que “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”, su aptitud se desenvuelve en ese contexto, y para la interpretación se debe tener en cuenta dos elementos, lo relativo a: 1º) los factores jurídicos naturales y positivos, y, 2º) el título y la medida del derecho.

Respecto al primer elemento, se debe atender a la diferencia que se presenta entre los elementos que componen el sistema jurídico - factores jurídicos naturales y factores jurídicos positivos ⁽⁹⁹⁾; así, entre los factores jurídicos naturales se encuentran aquellos elementos (derechos, poderes, facultades, etc.) que son atribuidos o asignados al hombre, no por pacto o consenso entre los hombres, sino en virtud de lo natural al hombre ⁽¹⁰⁰⁾, entre los cuales se puede ubicar al derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la integridad, entre otros; y respecto a los factores jurídicos positivos, éstos son atribuidos o imputados por obra de la voluntad humana, pudiendo viabilizarse a través de un contrato, de una ley, de la costumbre, atendiendo a que las relaciones humanas comportan un ininterrumpido cambio y tránsito de bienes, dando lugar a su continua redistribución ⁽¹⁰¹⁾; la diferencia entre ambos elementos será desarrollado a continuación, cuando se atiende a la diferencia entre los derechos extrapatrimoniales y los derechos patrimoniales.

⁹⁹ Vid. página 31 in fine y página 32 de este informe.

¹⁰⁰ Cfr. HERVADA, Javier. *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, op. cit., p. 93.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 84-85.

Cuando en el artículo 1º del Código Civil se señala que el concebido es sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece”, supone apreciar un supuesto de hecho abierto y amplio (que no tiene por qué restringirse a las adquisiciones gratuitas), pero privilegiado; a ello se añade que en caso se vulnere tal limitación, la consecuencia será la nulidad del acto jurídico, por violación de una norma imperativa (¹⁰²).

Respecto al segundo elemento, sobre el “título y la medida del derecho” (¹⁰³), lo relativo al título ya fue expuesto anteriormente (ver página 35 de este informe), y, en cuanto a la “medida del derecho”, ésta atiende a que “no existen ningún derecho ilimitado ni todos los derechos son iguales” (¹⁰⁴); entonces, la “medida del derecho” comprende: a) su delimitación; y, b) los requisitos, presupuestos y condiciones tanto para la satisfacción del derecho como para su uso y ejercicio (¹⁰⁵). Es a través de la delimitación a realizarse respecto al elemento de la “medida del derecho” que se podrá determinar el “para todo cuanto le favorece”, previsto en el segundo párrafo del artículo 1º del Código Civil.

Sin perjuicio de lo expuesto, en doctrina se analiza que en atención al estatuto jurídico del concebido, este supuesto de “para todo cuanto le favorece” debería ser derogado en una ley de enmiendas (¹⁰⁶), sobre este aspecto luego señalaré algo adicional.

9.4. El concebido como titular de situaciones jurídico subjetivas

9.4.1. Derechos extrapatrimoniales

Siendo el concebido una persona – conforme se ha sustentado – y como tal sujeto de derecho, dentro de los derechos extrapatrimoniales se encuentran a los denominados “factores jurídicos naturales”, cuya posibilidad de regulación por parte del derecho positivo se encuentra sometida a concretas limitaciones (dada la

¹⁰² Cfr. ROPPO, Vincenzo. “Il Contrato”. En: IUDICA, Giovanni y Paolo ZATTI (al cuidado de). *Trattato di Diritto Privato*. Milán: Giuffrè Editore, 2001, p. 767.

¹⁰³ Cfr. HERVADA, Javier. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 204-207; *Id.*, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, op. cit., pp. 74-77.

¹⁰⁴ HERVADA, Javier. *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, op. cit., p. 76.

¹⁰⁵ HERVADA, Javier. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 206-207.

¹⁰⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *El concebido en el derecho contemporáneo*. pp.6-7. Consulta: 25 de marzo de 2022. Versión electrónica en:

https://www.academia.edu/10329869/EL_CONCEBIDO_EN_EL_DERECHO_CONTEMPOR%C3%81NEO

naturaleza de tales derechos – derechos naturales); el concebido goza de manera efectiva de tales derechos, sin condicionamiento alguno, pensemos de manera concreta en el derecho a la vida, el derecho a la salud, entre otros; sobre este aspecto no hay discusión alguna, siendo que tal posición se encuentra plenamente aceptada por la doctrina nacional (¹⁰⁷).

9.4.2. Derechos patrimoniales

Analizando el artículo 1º del Código Civil, en cuanto a la capacidad jurídica en sede de derechos patrimoniales, se pueden realizar tres anotaciones: a) atendiendo a la dinámica propia de las relaciones jurídicas, frente a lo que ha sido previsto por la norma bajo análisis; b) atendiendo a la misma secuencia de la observación realizada en el numeral anterior, respecto a los elementos del sistema jurídico - factores jurídicos naturales y factores jurídicos positivos; y, c) atendiendo a aclarar si el citado artículo 1º recoge un supuesto de restricción a la capacidad jurídica del concebido (atendiendo a que se está aceptando la plena distinción entre los dos tipos de capacidad).

- a) En cuanto a lo primero, se observa que en la dinámica jurídica, los derechos subjetivos no suelen encontrarse de manera aislada, sino que suelen ir acompañados de cargas, deberes, obligaciones, derechos potestativos, facultades, etc., piénsese por ejemplo en la adquisición gratuita de un derecho real que suponga el cumplimiento de obligaciones tributarias o administrativas. Por tanto, si bien el artículo 1º se limita a señalar “derechos patrimoniales”, como parte de la dinámica de las relaciones jurídicas, los demás elementos que pueden ir acompañando al derecho subjetivo, también deben considerarse comprendidos, siempre y cuando se desarrollen dentro del ámbito del “para todo cuanto le favorezca”.
- b) Respecto a lo segundo, al estar frente a derechos de orden patrimonial, éstos como factores jurídicos positivos, son susceptibles de ser normados por el derecho positivo, en donde su concreta regulación puede atender a las necesidades del tráfico jurídico, a la seguridad jurídica, al fortalecimiento de la defensa de los derechos humanos, entre otros factores.

¹⁰⁷ En esencia, nos referimos a los trabajos de Carlos Fernández Sessarego y de Juan Espinoza Espinoza

- c) Respecto a lo tercero, el artículo en mención recoge un límite a la capacidad jurídica del concebido, en cuanto a la mención a que “es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”. En ese contexto, si bien lo indicaré más adelante, esta previsión es eliminada en el Proyecto de Ley N° N°00785/2021-CR. Cabe recordar que el supuesto que se está eliminando es considerado un rezago de los Códigos decimonónicos cuando se recogía la teoría de la ficción, y su propio ponente recomendó su derogación en una enmienda, en atención a la capacidad jurídica que tiene el concebido. ⁽¹⁰⁸⁾

En el citado artículo 1º se indica en la parte final que: “La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”, tal condicionamiento no se refiere a la capacidad jurídica, es decir, no es una limitación adicional a la capacidad jurídica, sino es un elemento que atiende a la eficacia funcional del acto jurídico celebrado, es decir, no atiende a su estructura misma; por tanto, atendiendo a factores tales como el tráfico jurídico y otros ya mencionados anteriormente, también será posible establecer limitaciones a la eficacia funcional de los actos jurídicos que se celebren.

9.4.2.1. Respecto a la eficacia de las atribuciones de derechos patrimoniales (último párrafo del artículo 1º del Código Civil)

Antes del desarrollo del tema, viene al caso efectuar un breve análisis respecto a lo que se debe entender por atribución patrimonial, siendo que la expresión empleada en el artículo 1º del Código Civil es única en todo su articulado, ya que en el resto del Código el término atribución es empleado básicamente para referirse al ejercicio de las facultades de determinados sujetos de derecho ⁽¹⁰⁹⁾.

9.4.2.2. La noción de atribución patrimonial en la doctrina

Cuando se habla de atribución patrimonial ⁽¹¹⁰⁾, ésta debe ser apreciada bajo un aspecto relacional; así, por un lado, se está haciendo referencia a un determinado tipo de resultado de una actividad jurídica, que consiste en producir a favor de un sujeto, una ventaja, un enriquecimiento, un incremento de la esfera patrimonial, lo cual puede asumir diversas configuraciones: puede ser la adquisición de un

¹⁰⁸ Vid., FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *El concebido en el derecho contemporáneo, op.cit*, p. 7.

¹⁰⁹ Vid., artículos 55, 244, 263, 465, 505, 626, 638, 647, 653, 655, 792 del Código Civil.

¹¹⁰ Cfr. NICOLÒ, Rosario. “Attribuzione patrimoniale”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo IV. Milán: Giuffrè Editore, 1959, pp. 283-284.

derecho con contenido patrimonial, puede ser la liberalización de una obligación o de una responsabilidad, puede ser la remoción de una limitación, o conseguir la disponibilidad material (posesión) de un bien, entre otras.

Por otro lado, tal noción se debe complementar con el resultado recíproco que produce, a saber, la disminución o la pérdida de un elemento activo del patrimonio, a través de la pérdida de un derecho, la asunción de una obligación, la prestación de una garantía, la pérdida de una situación posesoria, la prestación de una actividad, entre otras.

9.4.2.3. La atribución patrimonial en el Código Civil

De lo expuesto se puede apreciar que, una atribución patrimonial se desarrolla al interior de una relación jurídica, por tanto podría estar referida a derechos con contenido patrimonial, pero no se limita solo a ellos; por ello, el supuesto de hecho contenido en el artículo 1º del Código Civil (“la atribución de derechos patrimoniales está condicionada ...”) ciertamente restringe el ámbito de una atribución patrimonial, dado que ésta no sólo comprende a los derechos subjetivos; sin embargo, es posible considerar que las demás figuras susceptibles de poder desarrollarse en el ámbito de una relación jurídica con contenido patrimonial también pueden actuarse.

9.4.2.4. Sobre la condición que prevé el artículo 1º del Código Civil

Lo que prevé la norma es conocido en doctrina como *conditio iuris*, siendo la norma jurídica la que subordina la eficacia de la atribución patrimonial a una exigencia legal, necesaria para la eficacia del acto jurídico. ⁽¹¹¹⁾

Tal condición legal consistente en el nacimiento con vida no afecta el estatus jurídico del concebido, pues respecto de sus derechos extrapatrimoniales (derechos fundamentales o derechos de la personalidad) es titular de los mismos desde su concepción y factible su ejercicio y protección (derecho a la salud, etc). Son solo los derechos patrimoniales los que se someten a la condición legal, sin negar con ello el estatus jurídico del concebido.

¹¹¹ Vid. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. *La situación jurídica del concebido en el derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica*. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2014, pp.113-114.

La *conditio iuris* podría ser suspensiva o resolutoria (¹¹²), siendo que en nuestro ordenamiento jurídico la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han interpretado que se está ante una condición legal suspensiva, consistente en el nacimiento con vida.

Un sector minoritario de la doctrina interpreta que la norma habría recogido un efecto resolutorio (¹¹³), pero para ello parten de elementos erróneos: 1) Equiparar la situación de sujeto de derecho a la capacidad jurídica; 2) Confundir el estatus jurídico del concebido con la eficacia de las atribuciones patrimoniales.

Además, se critica también a la doctrina minoritaria, pues de una interpretación sistemática de los artículos 1, 805 inciso 1, 856 y 598 del Código Civil, la conclusión sería contraria, en cuanto a sostener una condición resolutoria (¹¹⁴). Por tanto, la posición del efecto resolutorio no estaría acorde con nuestro sistema jurídico.

Sin perjuicio de lo expuesto, si bien el Código Civil optó por establecer una condición legal a la eficacia de las atribuciones de derechos patrimoniales, el tema del condicionamiento, como alternativa, podría ser reevaluado por el legislador y traer a colación elementos tales como la seguridad y el tráfico jurídico, o incluso para coadyuvar a la defensa del derecho a la vida del concebido.

10. Conclusiones sobre los temas tratados, en miras a establecer las bases de sustento para la posterior evaluación del Proyecto de Ley N°00785/2021-CR

El sistema jurídico peruano (a nivel constitucional) ha acogido la teoría de la fecundación o concepción (singamia) sobre el inicio de la vida del ser humano,

¹¹² Vid. BIANCA, C. Massimo. *Derecho Civil*. Tomo 3. El Contrato. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 582.

¹¹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “*El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX. Del Código Civil de 1936 a la revisión en curso del Código Civil de 1984*”, *op. cit.*, p. 52; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El heredero concebido. Suspensión de la partición de sus bienes (un análisis creativo del artículo 856 del Código Civil Peruano)”. En: CALDERÓN PUERTAS, Carlos Alberto, María Elisa ZAPATA JAÉN y Carlos AGURTO GONZÁLES (coordinadores). *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas*, *op. cit.*, pp. 575-587.

¹¹⁴ Vid., ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, *op. cit.*, p. 75.

lo que resulta coherente a la luz de los datos proporcionados por la embriología, y conforme con una reflexión meta-biológica.

Apreciando la normatividad internacional en sede de Derechos Humanos (Convención de los Derechos del Niño), el concebido tiene la calidad de niño (Código de Niños y Adolescentes), lo que se reconduce a la calidad de persona en sentido jurídico.

A nivel de Tratados de Derechos Humanos que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, todo ser humano es considerado persona, en cambio a nivel de nuestro Código Civil se asume una definición formal-legalista de persona.

En su origen, la introducción de la teoría del sujeto de derecho rompió con la paridad ontológica entre el hombre y la persona, siendo que tal teoría debe ser replanteada atendiendo a que el ser humano es un *prius* ante el Derecho, y a fin de dar pleno desarrollo al artículo 1° de nuestra Constitución Política.

El ponente de la vigente redacción del artículo 1° del Código Civil de 1984 (Carlos Fernández Sessarego) consideró también que el concebido es una persona, pero por un temor conceptual (debido a los conceptos que manejaba sobre capacidad jurídica y subjetividad jurídica, lo que a la fecha ya no tiene sustento) introdujo una categoría abstracta tomada del Código Civil Italiano de 1942 (sujeto de derecho) para darle una solución formal-legalista, pero que a la fecha no está acorde con el Código de Niños y Adolescentes (cuya primera versión data del año 2000) y en general al bloque de constitucionalidad. Con ello se mantuvo un concepto jurídico diferente de persona, dando lugar a un concepto constitucional versus un concepto derivado del pandectismo-civilista (en general en Códigos que rompieron con la paridad ontológica)

Dejando esquemas abstractos y formalistas, nuestro Código Civil está llamado a recoger la teoría de la persona y dejar la teoría del sujeto de derecho (dándole a ésta su auténtica dimensión), con lo cual se pondrá en concordancia con la normatividad constitucional y de derechos humanos, a fin

de llevar a pleno desarrollo lo consagrado en el artículo 1° de nuestra Constitución Política.

El ordenamiento constitucional peruano tiene un reconocido avance en materia de protección del concebido, incluso superior al de otros países, por ello a nuestro sistema jurídico no le resulta aplicable la sentencia Artavia Murillo y otros vs Costa Rica dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud a que el Perú protege de mejor manera al concebido (desde el momento de la singamia) y siendo que esta sentencia le resta protección al ser humano en estado embrionario.

Por ello, en el contexto del artículo 1° de nuestra Constitución Política considero necesario sincerar al Código Civil, para en el contexto de los derechos humanos y atendiendo a su espíritu humanista y personalista se reconozca que el concebido es persona en sentido jurídico.

11. Análisis del Proyecto de Ley N° 00785/2021-CR, Ley que reconoce derechos al concebido

A la luz de los contenidos valorativos de nuestra Constitución Política, dado que “los fundamentos axiológicos de la Constitución – cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1°)-, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad” (STC N°2005-2009-PA/TC, numeral 30) y con el sustento de los presupuestos de análisis indicados a lo largo de este informe, procedo a presentar de manera directa mi opinión jurídica sobre el Proyecto en referencia.

El Proyecto de Ley tiene 6 artículos, procederé a analizar cada uno de ellos:

Sobre el artículo 1.- La finalidad que se busca se encuentra conforme al mandato constitucional consagrado en el artículo 1° de nuestra Constitución Política, en miras al adecuado reconocimiento jurídico del concebido, reconociéndolo como persona en atención a nuestro bloque de constitucionalidad. Conforme sustenté anteriormente, el concebido es persona y porque es persona es sujeto de derecho.

Con ello este proyecto de ley hace efectivo los actos propios de un Estado Constitucional de Derecho.

Sobre el artículo 2.- La condición jurídica que se indica o el estatuto jurídico que se le reconoce así al concebido está de acuerdo al desarrollo constitucional peruano, en donde este artículo procede a describir lo propio de su condición jurídica, en cuanto a su identidad y personalidad.

Sobre el artículo 3.- La modificación que se propone al artículo 1° del Código Civil se engloba dentro de la posición que he expuesto. Esta modificación lograría que nuestro Código Civil sea auténticamente humanista y personalista como lo calificaba el jurista Carlos Fernández Sessarego, para quien además las personas solo podían ser los seres humanos sin excepción.

Sin embargo, se debe observar que en el proyecto de modificación se omite la parte final contenida en el vigente artículo 1°, en cuanto a la eficacia de las atribuciones patrimoniales.

Incluso, la doctrina mayoritaria y la propia jurisprudencia han interpretado que se trata de una condición legal suspensiva, siendo este el momento para que pueda ser aclarado, dado que ello en nada afecta la protección y tutela del concebido.

Entonces, a fin de mantener la concordancia del Código Civil, así como las normas contenidas en otras partes del mismo referidas al concebido (artículos 598 y 856) y por una cuestión de seguridad del tráfico jurídico, como ya está previsto en la norma vigente, sugeriría que a la propuesta de modificación se le añada en la parte final:

“La atribución de derechos patrimoniales del concebido está condicionada suspensivamente a que nazca vivo”

Sobre el artículo 4.- El proyecto hace referencia a una serie de derechos fundamentales del concebido, que se indican de manera enunciativa pues no se podría hacer un catálogo numerus clausus en base a la situación especial que tiene el concebido.

Los derechos fundamentales que se indican por cierto pueden ser extraídos del bloque de constitucionalidad y de normas de desarrollo constitucional como el Código de Niños y Adolescentes, pero resulta importante su referencia en una norma cuya finalidad es el “reconocer” derechos, y con ello la norma cumpla también una función pedagógica.

Por otro lado, el hecho que estemos ante un concebido implica que el ejercicio de sus derechos fundamentales tiene un desarrollo especial por su propio estado, al que evidentemente los criterios que nuestro Tribunal Constitucional ha ido desarrollado sobre derechos tales como la identidad y el libre desarrollo, deberán ser aplicados por los operadores *mutatis mutandis*, pero considero que no sería viable prejuzgar tal o cual derecho fundamental en atención a la particular situación del concebido, derechos que por cierto ya los tiene por su condición de ser humano y como tal persona.

Sobre el artículo 5.- Este artículo prevé los derechos de la madre gestante. Se entiende que la finalidad del proyecto de ley debe tomar también el aspecto de la madre gestante, siendo importante la precisión que se hace. Se entiende también que para cumplir la finalidad que busca el proyecto de ley, no se puede ampliar la regulación sobre la madre gestante, dado que ello tiene su propio espacio en otras leyes y normas de inferior jerarquía del sector salud.

Sobre el artículo 6.- La importante novedad de este artículo es considerar que en el acto médico se está ante dos pacientes: la madre y el concebido. Este artículo complementa la Ley General de Salud en cuanto al consentimiento informado y quiénes pueden prestarlo.

Cabe señalar sobre lo que se indica en este artículo, que en el acto médico se deberá atender a lo que conoce como el principio del doble efecto. En ese sentido, la previsión del proyecto es la correcta, no es el espacio ni la finalidad de este Proyecto de Ley legislar sobre aspectos que ya están previstos en otras normas.

12. CONCLUSIÓN

En atención a la información que he expuesto a lo largo de este informe y luego de haber revisado el Proyecto de Ley N°00785/2021-CR, Ley que reconoce derechos

al concebido, considero que es de notable importancia su aprobación, a la luz de reconocerle al concebido de manera explícita el estatuto jurídico de persona, que le corresponde a la luz de nuestro bloque de constitucionalidad.

De manera concreta, en el caso de la propuesta de modificación del artículo 1° del Código Civil, considero que con ello se sincerará la norma civil a la luz del Estado Constitucional de Derecho, siendo mi opinión que tal modificación legislativa pueda ser realizada, con la sugerencia antes expuesta.

(firmado digitalmente)
Enrique Tumialán Hinostroza ⁽¹¹⁵⁾
Abogado
Registro C.A.L N°24434

115

- Licenciado en Derecho por la Universidad de Lima
- Magister en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú
- Como abogado investigador participó con el Instituto Solidaridad y Derechos Humanos en un amicus curiae ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*
- Fue miembro de la plana docente en las Maestrías en Bioética y Biojurídica, y en Persona, Matrimonio y Familia de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (USAT)
- Contribuye regularmente como revisor para la Revista *Apuntes de Bioética* del Instituto de Bioética de la USAT
- Abogado en ejercicio.