
Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil del Perú

Carlos Cárdenas Quirós

Abogado. Profesor de derecho civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

1 Introducción.

El 25 de julio de 1978 se produjo el nacimiento de Louise Joy Brown en el Oldham Hospital, ubicado cerca de Manchester, Inglaterra, convirtiéndose en la primera bebé probeta del mundo. Su madre, una inglesa de 32 años, tenía obstruidas las trompas de Falopio. Los médicos le extrajeron un óvulo maduro que en condiciones adecuadas fue fecundado *in vitro* con espermatozoides de su esposo. Con posterioridad, el embrión fue implantado en el útero de Lesley Brown donde se desarrolló normalmente hasta el momento del alumbramiento.

Con el nacimiento de Louise Joy Brown se produjo una gran conmoción en la humanidad, similar a la que casi veinte años después, en febrero de 1997, suscitó la clonación de la oveja Dolly, y que dio lugar a que otras parejas que se encontraban en la misma situación que los Brown quisieran someterse a este procedimiento. Las fecundaciones *in vitro* han continuado

realizándose desde 1978, asegurándose haberse efectuado más de 200,000 con éxito hasta la fecha, encontrándose el jurista frente a una realidad ante la cual no puede mostrarse indiferente y que, sin duda, debe ser objeto de un tratamiento jurídico adecuado.

2 Problemas jurídicos derivados de la fecundación extracorpórea

La fecundación extracorpórea origina, como bien ha señalado Fernández Sessarego, “una ardua problemática ética, social y jurídica. La casuística que se puede presentar en esta materia da lugar a hechos que, de no estar sujetos a control jurídico, son susceptibles de causar grave impacto y tremenda perturbación en la vida de relación social. El prodigioso desarrollo de la genética hace factible, entre otras tantas posibilidades, obtener embriones sobre la base de donantes desconocidos; la fecundación de uno o más óvulos; la selección eugenésica para obtener un cierto “tipo

étnico”; la voluntaria determinación del sexo. El caso más frecuente que se presenta en determinados países es el de la fecundación homóloga, es decir, la consecución en laboratorio de un embrión por decisión y con la sola intervención de los cónyuges en caso de incapacidad de la mujer. El embrión así logrado puede implantarse en el útero de la propia cónyuge o, de existir impedimento, en el de otra mujer que se presta a su gestación⁽¹⁾.”

La fecundación extracorpórea se presenta cuando la fecundación se realiza fuera del cuerpo de la mujer, es decir, sin la realización de la cópula.

“Parece indudable que existe un legítimo derecho a que, con fines terapéuticos, se fecunde *in vitro*, es decir, en el laboratorio, un óvulo extraído de una mujer, con semen del marido, para que pueda conseguir un embarazo. Este caso se presenta cuando la paciente tiene obstruidas las trompas y el óvulo no puede circular libremente hasta la matriz. Se hace necesaria la intervención de un profesional para extraer el óvulo y, una vez fecundado, implantarlo en el útero, a fin de que pueda anidar en él. Esta situación parece que no presenta ningún problema, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista científico. Los fines que la provocan no rozan la falta de ética profesional que establece la deontología médica, ya que se trata de suplir o corregir una deficiencia de la naturaleza⁽²⁾.”

Sin desconocer la autoridad de la opinión contraria de la Iglesia sobre el particular, no encuentro, como tampoco en el caso de la inseminación artificial homóloga, objeción ética alguna para la fecundación extracorpórea homóloga, siempre y cuando el procedimiento empleado para que se produzca no lleve a la

destrucción de algunos embriones, pues en caso contrario la fecundación extrauterina importaría una violación flagrante del derecho a la vida de seres humanos (ver: notas 8 y 13).

Situación distinta es la que se plantea con la fecundación heteróloga, pues en este supuesto se hace uso de componentes genéticos extraños al marido, a la mujer o a ambos. Convengo con el criterio de que ningún ser humano tiene derecho, desde un punto de vista ético, a disponer de sus componentes genéticos.

Los hijos deben ser el resultado de la intervención personal de la pareja. De admitirse una situación como la que se analiza, se daría el caso de un hijo que, genéticamente, lo sería de un tercero, distinto al marido o a la mujer, según el caso, o de terceros. En tales situaciones, no podría excluirse que se presentara la hipótesis de que la dadora del óvulo fecundado reclamara la maternidad del hijo concebido con aquél; o que el dador del semen reclamara la paternidad del hijo concebido; o que ambos lo hicieran⁽³⁾.

Participo enteramente de lo que se sostiene en la Instrucción vaticana sobre problemas de bioética respecto de la fecundación extracorpórea heteróloga: “La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Constituye además una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y a la maternidad: priva objetivamente a la fecundidad conyugal de su unidad y de su integridad, opera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestación y la responsabilidad educativa. Esta alteración de las relaciones personales en el seno de la familia tiene repercusiones en la sociedad civil: lo que amenace la unidad y la estabilidad de la familia constituye

(1) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Lima: Librería Studium Editores, 1986. p.50.

(2) VILA CORO. *Aspectos jurídicos de la fertilización 'in vitro'*. En: *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Revista Jurídica General, Núm. 1/1985, enero-febrero. p.76.

(3) En opinión de ZANNONI (*Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones Jurídicas*. Buenos Aires: Astrea, 1978. p.110), la dadora del óvulo fecundado carecería en el caso propuesto de acción para reclamar la maternidad si el hijo no ha sido desconocido por quienes están habilitados con interés legítimo. La misma solución es ofrecida en la eventualidad de que la paternidad fuera reclamada por el dador del semen (Ibid.; pp.66-67).

Zannoni reitera este planteamiento en la Base VI de las bases mínimas para una legislación civil sobre la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. (Cfr. *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1990. p.107).

una fuente de discordias, desórdenes e injusticias en toda la vida social”.

2.1 La concepción.

El artículo 1 del Código Civil peruano⁽⁴⁾ ha establecido una innovadora distinción entre la expresión “sujeto de derecho” y “persona”. Como expresa Fernández Sessarego: “Sujeto de derecho es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica -en la dimensión existencial- este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas. Es decir, el centro de referencia normativo tiene como su correlato a la vida humana, a los seres humanos en relación. El término ‘sujeto de derecho’ resulta así genérico al designar cualquier modalidad que asuma la vida humana en cuanto dimensión fundamental de lo jurídico. La expresión ‘persona’ se reserva, en cambio y de acuerdo con la tradición jurídica, para mentar dos situaciones específicas dentro de las cuatro categorías de ‘sujeto de derecho’ que reconoce el Código Civil. Nos referimos con el término ‘persona’ al hombre, una vez nacido, como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción exigida por la norma. En el primer caso nos encontramos frente a la persona individual, a la que el código menciona como ‘natural’, y en el segundo ante la persona colectiva conocida como ‘persona jurídica’⁽⁵⁾”.

Es importante destacar que el artículo 1 del citado código señala que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento y que la vida humana comienza con la concepción. De este modo, el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, con la salvedad de que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada resolutoriamente, no suspensivamente, a que nazca vivo⁽⁶⁾.

Si la vida humana comienza con la concepción y es posible la concepción extracorpórea, no puede negarse al concebido extrauterinamente la calidad de sujeto de derecho para todos los efectos, siendo el derecho a la vida el principal derecho que le corresponderá, al que debe añadirse los derechos a la integridad física, a la salud, a la dignidad, entre otros.

Fernández Sessarego expresa que “el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide⁽⁷⁾”. Por consiguiente, efectivamente puede hablarse de un concebido extrauterinamente⁽⁸⁾.

Por su parte, Zannoni indica que “todas las legislaciones, aun las modernas, presuponen -es obvio- que la concepción en el seno materno es obra común de padre y madre que engendran al hijo mediante el coito o cópula. Sin embargo, la inseminación artificial -y ni qué decir la fecundación extrauterina- permiten observar que puede haber concepción humana sin cópula aunque -como ocurre en la inseminación

(4) Su texto es el siguiente: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

(5) FERNANDEZ SESSAREGO. Op.cit.; p.26.

(6) El proyecto de ley francesa de 1984 dedicado a la materia bajo estudio, coincidente con la fórmula del Código Civil peruano, establece en su artículo 1 que, desde el momento de la concepción, el hijo es sujeto de derecho, su vida es la de un ser humano y debe ser respetada.

(7) FERNANDEZ SESSAREGO. Op.cit.; p.28.

(8) Sobre este particular, la Instrucción vaticana sobre problemas de bioética, citando las enseñanzas contenidas en la declaración sobre el aborto procurado, señala que “desde el momento en que el óvulo es fecundado se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre, la genética moderna otorga una precisa confirmación. Mientras que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese ser viviente: un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas. Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar”. Y más adelante agrega: “el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por esto, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho de todo ser humano inocente a la vida”.

homóloga- biológica y genéticamente el hijo concebido sea fruto de marido y mujer⁽⁹⁾”.

Sobre la base de lo expresado, sostengo que el artículo 1 del Código Civil del Perú no descarta la idea de una concepción uterina y otra extrauterina y, por tanto, comprende en sus alcances al embrión que aún no ha sido implantado en la mujer: *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*.

Es importante señalar que algunos postulan la existencia del llamado “preembrión” o “embrión preimplantatorio”, distinguible del embrión. El “preembrión”, de acuerdo con ese planteamiento, designa al óvulo fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero. El embrión, en cambio, señala la fase de formación de los órganos que dura aproximadamente dos meses y medio más.

**En atención a que el embrión
fecundado extracorpóreamente
es un concebido, es
indispensable tipificar un nuevo
tipo de “aborto” del concebido
extracorpóreamente**

En el caso del Código Civil peruano no hay razón para admitir esta distinción recogida, por ejemplo, por la ley española sobre técnicas de reproducción asistida (artículos 14 y 17), pues el texto del artículo 1 se refiere en forma genérica a la concepción, que constituye el punto de partida de la vida humana, sin aludir para nada a la necesidad de la implantación del embrión en la mujer.

En este orden de ideas, concluyo afirmando

que el óvulo fecundado de un ser humano es en sí mismo una vida humana, a pesar de no haberse producido su implantación, siendo reprobable la investigación que implique riesgos para el embrión, la experimentación que no tenga un propósito directamente terapéutico y la destrucción de óvulos fecundados *in vitro*.

2.2 La filiación.

De acuerdo con el Código Civil peruano, la filiación puede ser matrimonial o extramatrimonial. Por la adopción, además, el adoptante adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

En el derecho de familia prima el principio *mater semper certa est, pater is est quem nuptiae demonstrant*. Este principio se verá destruido con la fecundación extracorpórea, ya que puede darse el caso de que quien realice el embarazo no sea la misma mujer que ha proporcionado el óvulo.

A este respecto puntualiza La Cruz Berdejo⁽¹⁰⁾ que “los progresos de la técnica aca-baron primero con la incertidumbre de la paternidad (*pater autem incertus*) (...). Pero las ciencias siguen adelantando que es una barbaridad y la segunda mitad del siglo nos ha traído, con nuevos progresos de la biología, la posibilidad contraria: la de dejar en la incertidumbre la generación materna acabando con la *regla mater semper certa est*. En efecto, merced a la actual posibilidad de fecundar *in vitro*, en una placa de cristal, con gametos masculinos, un óvulo extraído de mujer, fabricando embriones al aire libre, que luego pueden implantarse en el útero de cualquier mujer en situación de gestar, puede quedar en el misterio la procedencia genética materna de cualquier humano (...).”

(9) ZANNONI. Op.cit.; pp.29 y 30. La discusión planteada por Zannoni está directamente vinculada con el status jurídico del embrión. Solucionando este problema, las respuestas jurídicas a cada situación caen por su propio peso. Al respecto, resultan ilustrativas las palabras de Vila-Coro a propósito de los criterios que permiten diferenciar si hay vida o no en un embrión: “Si se considera que está vivo por el hecho de que tiene la capacidad de multiplicar sus células, como en el caso del embrión que está en el laboratorio, o necesita encontrarse en un medio apto para su supervivencia, ya que el laboratorio, por el momento, no puede conseguir que esa vida llegue a término. Existe otro criterio que es el mantenido por el doctor Edwards, quien junto con el doctor Steptoe, consiguieron el nacimiento por fertilización *in vitro* del primer ser humano vivo: la niña Louise Brown. Este doctor mantiene que se puede investigar con el embrión hasta el 14 día de su vida, que es cuando se desarrolla el tubo neural con la apariencia de los órganos de los sentidos. Si la persona se considera muerta cuando desaparecen las funciones cerebrales y de los sentidos, por qué no pensar que la vida también comienza cuando éstas aparecen”. VILA-CORO. Op.cit.; p.65.

(10) LA CRUZ BERDEJO, José Luis. *Hijos artificiales y madres de alquiler*. En: ABC, Madrid, miércoles 6 de mayo de 1987. p.32.

Tratándose de la fecundación extracorpórea homóloga que se realiza dentro del matrimonio, ella dará lugar a un hijo matrimonial.

Ahora bien, el artículo 362 del Código Civil peruano establece que “el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”. Esto quiere decir que si a la mujer le es implantado un óvulo fecundado con semen que no es de su marido (fecundación extracorpórea heteróloga) y sin consentimiento de éste, aunque la madre declare este hecho, si el esposo no niega la paternidad, el hijo será matrimonial y tendrá por padre al marido. Si este último, en cambio, no ha prestado su consentimiento para la fecundación heteróloga y se entera de este hecho, podrá negar la paternidad, pero sólo sobre la base de las siguientes causales: que el hijo nazca antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio; si ha sido manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo; si ha estado judicialmente separado; o si adolece de impotencia absoluta (artículo 363). El Código Civil peruano no ha contemplado como causal de negación de la paternidad el hecho de que el marido no haya consentido en la fecundación heteróloga.

Por consiguiente, la fecundación heteróloga sin negación de la paternidad por el esposo sobre la base de las causales que prevé el artículo 363 del Código Civil dará lugar a un hijo matrimonial.

Vinculado con esta cuestión es necesario meditar acerca de si en un futuro cercano deberá considerarse la fecundación heteróloga no consentida por el marido como causal de divorcio.

2.3 Nacimiento del hijo después de la muerte del marido.

En relación con esta hipótesis se debe dejar constancia de que la muerte del marido origina una serie de consecuencias jurídicas, entre las que cabe

mencionar las siguientes: pone fin a la persona, disuelve el vínculo matrimonial, cesan los derechos y deberes del matrimonio, el cónyuge superviviente puede volver a casarse, se extingue el régimen de sociedad de gananciales y se abre la sucesión del causante.

Para comprender el supuesto planteado es necesario analizar el principio contenido en el artículo 361 del Código Civil, por el que se establece que: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. La regla consagra la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Si se practica una fecundación homóloga o aun una heteróloga (sin ser contestada la paternidad luego del nacimiento) durante el matrimonio y el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido, se entenderá que se trata de un hijo de éste y además será matrimonial. Si en cambio, el hijo nace con posterioridad a los trescientos días, no tendrá por padre al marido y se tratará de un hijo extramatrimonial. No se suscita, entonces, sobre el particular mayor dificultad.

2.4 Concepción del hijo después de la muerte del marido.

En cambio, el problema sí se plantea respecto de la fecundación extracorpórea practicada luego del fallecimiento del marido mediante la implantación de un óvulo fecundado con semen de aquél obtenido antes de su muerte.

Teniendo en cuenta que lo que interesa en este caso no es el momento del nacimiento, sino el de la concepción, pues el matrimonio ya ha quedado disuelto con la muerte del marido, el hijo que nazca no tendrá por padre a aquél y será extramatrimonial. Así se deriva del artículo 386 del Código Civil peruano que establece lo siguiente: “son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”.

Es partidario de esta posición Raffo Magnasco cuando afirma que: “Si el hijo es concebido -mediante inseminación artificial o fertilización *in vitro* y posterior implante de embrión- utilizando los elementos fecundantes del matrimonio ‘antes’ del fallecimiento del o los progenitores, el hijo ‘será matrimonial’. Por el contrario, si el hijo es concebido ‘posteriormente’ al fallecimiento, el hijo será ‘extramatrimonial’, porque el vínculo matrimonial preexistente ha quedado disuelto por la muerte⁽¹¹⁾”.

2.5 El aborto.

El Código Penal peruano de 1991 contempla la figura del aborto en el Capítulo II del Título I del Libro Segundo referido a los delitos, entre sus artículos 114 a 120 inclusive, y regula las modalidades del autoaborto, aborto consentido, aborto no consentido, aborto abusivo, aborto preterintencional, aborto terapéutico, aborto sentimental y aborto eugenésico. Al tipificar cada una de estas figuras coloca como requisito *sine qua non* para que se presenten el que se practiquen sobre una mujer. No cabe en este caso entonces, la menor duda de que para que cualquiera de estas figuras delictivas quede configurada se requerirá que la inseminación artificial o la fecundación extracorpórea ya se haya practicado en la mujer. En el último caso, deberá haberse depositado el embrión en el útero de la mujer.

En este orden de ideas, cualquier manipulación que se efectúe contra el embrión fecundado antes de su implantación y que conduzca a su muerte, no será pasible de sanción penal

porque dicha conducta no encuadra en ninguno de los tipos penales existentes en el ordenamiento jurídico peruano.

Ante esta situación, resulta indispensable que se configuren nuevas figuras delictivas. En efecto, en atención a que el embrión fecundado extracorpóreamente es un concebido y, por tanto, sujeto de derecho, es indispensable tipificar un nuevo tipo de “aborto” del concebido extracorpóreamente. En tal caso, la nueva figura delictiva estaría dada, en opinión de Raffo Magnasco, “por la circunstancia de que el procedimiento empleado consista en la fecundación de ‘varios óvulos’ para luego ‘elegir’ e implantar en el seno materno, el embrión que demostrase ‘mayor vitalidad’, es decir, de acuerdo a las informaciones que sobre la materia se han dado, se adopta un ‘método selectivo’ después de crear conscientemente, “varias vidas humanas”, eligiendo indiscriminadamente la más dotada, para proceder luego a la “destrucción de las demás⁽¹²⁾⁽¹³⁾”.

En relación con la cuestión planteada, participo del punto de vista de Vila-Coro cuando señala que “lo que hay que concretar es si omitir el acto de facilitar al embrión un medio que haga posible su nacimiento, esa omisión es delictiva. Si es delictiva, también lo será el no proveer de una matriz a todos los doce o catorce embriones fecundados que en un período ovulatorio se hayan podido extraer a una mujer independientemente de sus debilidades o malformaciones, ya que el punto de partida es considerarlos vivos con derecho a la vida y sin discriminación, desde el momento de unión de los gametos de sus padres. Esto

(11) RAFFO MAGNASCO, Osvaldo Pedro. *Técnicas genéticas de fecundación en las personas de existencia visible. Sus implicancias éticas y jurídicas*. En: *Prudentia Iuris*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, diciembre 1981. p.105.

(12) RAFFO MAGNASCO, Osvaldo Pedro. Op.cit.; p.92.

(13) Acerca de la destrucción de embriones, la Instrucción vaticana sobre problemas de bioética indica lo siguiente: “los embriones humanos obtenidos *in vitro* son seres humanos y sujetos de derechos: su dignidad y su derecho a la vida deben ser respetados desde el primer momento de su existencia. Es inusual producir embriones humanos destinados a ser explotados como ‘material biológico’ disponible. En la práctica habitual de la fecundación *in vitro* no se transfieren todos los embriones al cuerpo de la mujer, algunos son destruidos. La Iglesia, del mismo modo en que condena el aborto provocado, prohíbe también actuar contra la vida de estos seres humanos. Resulta obligado denunciar la particular gravedad de la destrucción voluntaria de los embriones humanos obtenidos *in vitro* con el solo objeto de investigar, ya se obtengan mediante la fecundación artificial o mediante la ‘fisión general’. Comportándose de tal modo, el investigador usurpa el lugar de Dios, y aunque no sea consciente de ello, se hace señor del destino ajeno, ya que determina arbitrariamente a quién permitirá vivir y a quién mandará a la muerte, eliminando seres humanos indefensos. Los métodos de observación o de experimentación que causan daños o imponen riesgos graves y desproporcionados a los embriones obtenidos ‘in vitro’ son moralmente ilícitos por la misma razón (...)”.

significaría lo contrario a colaborar con la naturaleza, sería ir en contra de sus planes de selección y superabundancia de medios. Está claro que ninguna mujer puede gestar un embarazo de doce óvulos que, sin embargo, su ovario sí puede producir⁽¹⁴⁾.

2.6 Otras figuras delictivas por tipificar.

Dados los avances producidos en la materia, resulta indispensable contemplar como delitos, entre otras, las siguientes circunstancias:

- i) El comercio de gametos o embriones;
- ii) La implantación del óvulo fecundado contra la voluntad de la mujer o mediando fraude o engaño.
- iii) La implantación del óvulo fecundado en mujer diferente de la que requirió la utilización del sistema de fecundación *in vitro* y aportó sus gametos.

3 Daño ¿a la persona?

La denominación “daño a la persona” o “daño personal”, para referirse al atentado contra los derechos de la persona, es la que ha tenido más amplia divulgación en el Perú a partir de su inclusión en el artículo 1985 del Código Civil por iniciativa del profesor Carlos Fernández Sessarego⁽¹⁵⁾.

Sin embargo, esa expresión no resulta la más adecuada, si se toma en consideración, como se ha indicado antes, que el código plantea una original diferenciación de los conceptos “sujeto de derecho” (entendido como centro de imputación de derechos y obligaciones) y “persona”, ubicándolos en situación de género a especie. Como resultado de ello, si bien toda persona es sujeto de derecho - expresión que alude en todo momento a la vida

humana en distintas situaciones: antes de nacer, una vez nacido u organizado colectivamente (cumplido o no el requisito de su inscripción en el registro correspondiente)- no todo sujeto de derecho es persona.

Mediante este recurso lingüístico-técnico ha sido posible comprender en la categoría de sujetos de derecho, a las personas individuales, a las personas colectivas, pero también al concebido y a las organizaciones de personas no inscritas, esto es, a las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos.

Planteadas las cosas así, la expresión daño a la persona involucra sólo a las personas individuales (a las que el código llama personas naturales), es decir, al ser humano una vez nacido, y a las personas colectivas (denominadas personas jurídicas por el código), esto es, a las organizaciones de personas en las que se ha cumplido el requisito formal de la inscripción en el registro respectivo, excluyendo, por consiguiente, al concebido y a las organizaciones de personas no inscritas, pues éstos, si bien son sujetos de derecho, no son personas.

Resulta evidente que el concebido, que es un ser humano, es pasible de daños de carácter extrapatrimonial. A este respecto, aprecia con exactitud Ordoqui⁽¹⁶⁾, que “el concebido es sujeto de daños y perjuicios en cuanto sujeto de derecho que es y en cuanto titular de derechos elementales inherentes a su carácter de ser humano, como lo son: el derecho a la vida, a la integridad física, a desarrollarse normalmente o ir pasando por todas las etapas propias de un ser humano, el derecho de no ser víctimas de lesiones u homicidios, el derecho de tener padres e integrar una familia”.

Y esta posibilidad de que el concebido pueda ver afectados sus derechos, es más ostensible hoy en día precisamente con la difusión de las técnicas

(14) VILA-CORO, Op.cit.; p.75.

(15) La incorporación del concepto “daño a la persona” en el artículo 1985 se produjo en la reunión convocada por el Ministro de Justicia de ese entonces, doctor Max Arias Schreiber Pezet, el 3 de julio de 1984, para efectuar ajustes finales al texto del Código Civil que sería promulgado el 24 de julio de ese año. A la reunión asistieron los miembros de la Comisión Revisora y algunos integrantes de la Comisión Reformadora, doctores Felipe Osterling Parodi, Manuel de la Puente y Lavalle, Carlos Fernández Sessarego y el autor de estas líneas. Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*. En: *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco, 1985. pp.176 -177.

(16) ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Daños y perjuicios causados al concebido aún no nacido* En: *La jurisprudencia*. Montevideo: Acali, 1984. p.33.

de fecundación extracorpórea. Los embriones obtenidos *in vitro* son seres humanos, no obstante lo cual, en la gran mayoría de casos, muchos de ellos, por no haber sido implantados, son destruidos, pasan a ser objeto de experimentación no directamente terapéutica o son congelados.

También las organizaciones de personas no inscritas pueden sufrir daños de carácter extrapatrimonial.

En este orden de ideas, insisto en el planteamiento formulado en trabajo anterior⁽¹⁷⁾ en el sentido de que resulta más propio referirse al “daño subjetivo”, esto es, al daño ocasionado al sujeto de derecho, en sustitución de las expresiones “daño a la persona” o “daño personal”, que resultan estrechas para incluir todas las situaciones que pueden configurarse. Al daño subjetivo se le opondría el daño no subjetivo u objetivo. De este modo, se colocaría al sujeto de derecho como punto medular de referencia para formular la distinción entre uno y otro daño, alejándonos de la clasificación que distingue el daño en patrimonial y no patrimonial y que tiene como eje al patrimonio.

4 La reforma del Código Civil del Perú de 1984.

En noviembre de 1994, cumplidos diez años de la vigencia del Código Civil mediante la Ley No.26394, modificada por la Ley No.26673 de octubre de 1996, se dispuso la constitución de una comisión encargada de elaborar un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil. La comisión está integrada por cinco representantes del Poder Legislativo, uno de los cuales la preside, y ocho representantes del poder ejecutivo.

A la fecha, la comisión ha culminado una primera revisión del articulado correspondiente al libro I dedicado al Derecho de las Personas, correspondiendo destacar las modificaciones propuestas en relación con los asuntos que han sido materia de comentario anteriormente.

El artículo 1 es objeto de sustanciales enmiendas. El nuevo texto propuesto es el siguiente: “La vida humana empieza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho. Goza de manera actual de todos sus derechos. Los derechos personales se extinguen si el concebido muere. Tratándose de los derechos patrimoniales los readquiere el titular original o, en su caso, sus sucesores”.

Como podrá apreciarse, se ha suprimido el primer párrafo del vigente artículo 1 según el cual “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”, pues su contenido resultaba cuestionable, habiendo sido reubicado como artículo 2a con el siguiente texto que precisa debidamente su sentido: “El ser humano es persona desde su nacimiento”.

De otro lado, se mantiene el principio relacionado con el inicio de la vida humana, puntualizándose de manera categórica la condición de sujeto de derecho del concebido, sin distinguir su origen uterino o extrauterino, eliminando la frase que actualmente contiene el segundo párrafo del artículo 1 que indica que lo es “para todo cuanto le favorece”, expresión ésta que carece de justificación, pues la calidad de sujeto de derecho del concebido es para todos los efectos, sin reserva ni limitación alguna.

En efecto, ello determina que el concebido, por el simple hecho de serlo, goza de manera actual de todos sus derechos, como ahora lo indica el texto. Tales derechos son los de orden propiamente personal, así como los patrimoniales.

El segundo párrafo de la propuesta de modificación aclara el sentido del texto vigente, pues en concordancia con lo que acaba de indicarse, precisa que los derechos personales se extinguen si el concebido muere, mientras que los de orden patrimonial, que también se extinguen, son objeto de readquisición por su titular original o por los sucesores de éste, resolviéndose de esta manera una cuestión práctica de indudable importancia.

(17) CARLOS QUIROZ, Carlos. *Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984*. En: *Estudios de Derecho Privado*. Tomo I. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994. pp.111-130.

Después de ocuparse del genoma humano en el artículo 5 modificado, en el que se sanciona la prohibición de las manipulaciones genéticas, incluyendo la clonación, la selección de genes, sexo o de los caracteres físicos o raciales de los seres humanos, el nuevo artículo 5 ha propuesto establece lo siguiente, respecto de los temas de la inseminación artificial, fecundación extracorpórea y protección jurídica del embrión:

“Los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para trasplantes de órganos y tejidos de embriones o fetos muertos. La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse sólo para la procreación. No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro. El parto determina la maternidad. Lo prescrito en este artículo será desarrollado por una ley especial”.

De esta manera se recogen los principales aspectos concernientes a las materias indicadas que ya han sido objeto de desarrollo en los puntos anteriores. Dado que tales materias deben ser objeto de una regulación pormenorizada, se ha considerado que lo más apropiado es que ello ocurra en una ley especial, siguiendo la tendencia que cabe advertir en la legislación comparada,

circunstancia que además facilita su actualización permanente.

5 Conclusión.

En un trabajo que acaba de publicarse⁽¹⁸⁾, el ilustre profesor español José María Castán Vázquez destaca el hecho de que el legislador peruano abra el código precisamente con la solemne declaración de la existencia de la vida humana a partir de la concepción. Y más adelante agrega lo siguiente, en palabras que reproduzco para terminar:

“La realidad de la existencia humana de aquél que *in utero est* resulta hoy innegable; ya en 1948 la asamblea general de la Asociación Médica Mundial adoptó en Ginebra esta fórmula de juramento: ‘Mantendré el respeto absoluto de la vida humana desde la concepción (...)’. Y recientemente un prestigioso genetista español, el profesor Lacadena, ha escrito: ‘En cuanto a la cuestión de cuándo empieza la vida ningún científico dudaría en responder que en el momento de la fecundación, puesto que de dos realidades distintas -el óvulo y el espermatozoide- surge una nueva realidad -el cigoto con los dos protonúcleos- que tiene su propia potencialidad y autonomía genéticas, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético.’ 

(18) *La tradición iberoamericana en la defensa de la vida humana*. En: *La Famiglia: Dono e impegno speranza dell'umanità*. Ciudad del Vaticano: Librería Editrice Vaticana, 1998. pp.485-490.