

EL ARTICULO 1 DEL CODIGO CIVIL PERUANO Y SU CRITERIO SOBRE EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA *

José María Castán Vázquez
Académico numerario

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
España

El Código civil de 1984 ha recibido gran cantidad de elogios por su denominado carácter humanista y personalista. Ciertamente, son variados los artículos que -en el Libro del Derecho de las Personas- dan muestra de la amplia protección que las normas del Código civil han optado por asignar a la persona humana. Algunas de esas normas, como el derecho a la voz y su protección, fueron introducidas por primera vez en el mundo en un Código Civil. Otras normas, como la que el doctor Castán Vázquez comenta en el presente artículo, reflejan un profundo conocimiento del legislador acerca de las fuentes del Derecho Romano y una actualizada información médica.

Son hasta tres los aspectos centrales del artículo 1 de nuestro Código Civil: en primer lugar, la indicación en cuanto a que el ser humano es sujeto de derechos desde su nacimiento; en segundo lugar, la concesión de derechos patrimoniales al «nasciturus», a condición de que nazca vivo; y, por último, la declaración -fundamental para el autor del presente trabajo- de que la vida humana se inicia con la concepción. En estos puntos se incide a lo largo del artículo, a la vez que se realiza un interesante repaso sobre los antecedentes de la protección que se otorgó al que está por nacer en el Derecho Romano, y se estudia sucintamente las disposiciones que sobre la materia contienen los más importantes Códigos Civiles de Iberoamérica.

SUMARIO: I. Delimitación del tema.- II. La protección al *nasciturus* en el Derecho Romano.- III. El comienzo de la existencia humana en la corriente ibérica de pensamiento jurídico.- IV. El enlace del Código Civil peruano con la corriente ibérica.- V. Conclusión.

I. DELIMITACION DEL TEMA

El Código Civil peruano de 1984 se abre con una norma -la del artículo 1- que se refiere al «principio de la persona y de la vida humana» y reconoce a la persona la condición de «sujeto de derecho» desde su nacimiento.

La formulación de este precepto en el umbral mismo de un cuerpo legal de tan alto rango dentro del ordenamiento jurídico peruano, reviste una importancia que no ha pasado desapercibida a los juristas del Perú y que ha atraído también la atención de los de otras naciones, singularmente de aquellos que sienten preocupación por la defensa de la persona humana en el Derecho Civil.

Esa noble preocupación está, por cierto, muy extendida entre los civilistas de varios países. En el mío, España, la han profesado autores de primera fila y bien conocidos en el Perú. El profesor Antonio Hernández Gil, por ejemplo, en un libro de juventud (convertido ya en un clásico), donde exponía su concepto del Derecho Civil, centraba es-

* Agradecemos al autor por haber tenido la gentileza de elaborar el presente artículo con ocasión de esta edición y al Doctor Carlos Cárdenas Quirós -miembro del Comité Consultivo de nuestra revista- por la invaluable ayuda que nos prestó al solicitar personalmente el artículo al doctor Castán y luego alcanzárnoslo para su publicación.

ta grande y vieja rama del Derecho en la persona¹. El profesor Luis Díez-Picazo, por su parte y en igual línea, afirmaba años más tarde, también en un trabajo de juventud, que la persona es el «centro del sistema» del Derecho Civil, señalando la defensa de aquélla como «la primera realidad jurídica»². Y más recientemente, Ilva Hoyos indagaba el concepto de la persona humana a través de una extensa monografía en la que la persona se constituye el núcleo central del estudio³. Tal es, por lo demás, la línea de numerosos civilistas y filósofos del Derecho españoles.

En el Perú es también perceptible la inquietud por la persona, entre otros, de civilistas actuales como los profesores Fernández Sessarego, que ha dedicado a la protección jurídica de aquélla un reciente libro⁴, y Cárdenas Quirós, que viene estudiando rigurosamente los diversos supuestos modernos de daño a la persona motivado por los avances de la ciencia y la tecnología⁵.

Las presentes notas no aspiran, por supuesto, a enfocar en su conjunto la extensa problemática jurídica de la persona; se centran meramente en un tema concreto en el que el Código Civil peruano ofrece especial interés dentro del Derecho Comparado: la protección al concebido. Y dentro de este tema, extenso también, se ciñen a un punto concreto e inicial: la determinación jurídica del comienzo de la vida humana. Al abordarlo, partiré de las ideas romanas sobre la cuestión -tal como han sido precisadas en estudios recientes de la Romanística-, para señalar en seguida la recepción de aquellas ideas en el Derecho histórico español e indagar brevemente su ulterior transmisión a los códigos civiles iberoamericanos del siglo pasado y al peruano de 1984, cotejando por último esa corriente ibérica con las precisiones científicas que médicos y genetistas contemporáneos nos ofrecen hoy.

Sirvan estas notas -que se sitúan esencialmente

en la línea de algunos breves estudios anteriores⁶- como modesto homenaje de un español al Perú, en los días en que los juristas peruanos realizan con rigor ejemplar trabajos prelegislativos encaminados a posibles reformas del Código de 1984 con ocasión del décimo aniversario de su promulgación; trabajos que hacen realidad en el Perú lo que en España estuvo previsto por el legislador de 1889 y no se consiguió: la revisión decenal del Código Civil.

II. LA PROTECCION AL NASCITURUS EN EL DERECHO ROMANO

No nos ha legado el Derecho Romano definiciones categóricas sobre el concebido o sobre la persona humana. Ello no puede sorprender si se recuerda que los juristas romanos se resistían en general a definir, conscientes de los peligros que implica *omnes definitio in iure civilis* y formularon pocas definiciones. Un texto famoso de Javoleo expresa bien aquella resistencia; cierto es que este texto ha atraído en nuestro tiempo una particular atención de varios romanistas, que discrepan en orden a sus posibles interpretaciones y a su alcance -el profesor Iglesias Redondo ha resumido bien la polémica⁷-, pero, en todo caso, la ausencia de definiciones terminantes se advierte en la regulación que las fuentes dan a numerosas instituciones.

En el concreto tema del *nasciturus* no podría afirmarse que el Derecho Romano haya ignorado la realidad de la vida intrauterina ni que haya negado al concebido algunos derechos. Por el contrario, las fuentes nos ofrecen diversos textos que parten de aquella realidad y afrontan, al menos en parte, la problemática jurídica que de ella se deriva.

Texto significativo y bien conocido es, en primer lugar, aquel de Juliano en el Digesto a cuyo tenor «los que están en el vientre, en casi todo el Dere-

¹ Vid. HERNANDEZ GIL, Antonio. *El Concepto del Derecho Civil*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943. Especialmente pp. 173-180.

² Vid. DIEZ-PICAZO, Luis. *El sentido histórico del Derecho Civil*. Reus, Madrid, 1959, pp. 51 ss.

³ Vid. HOYOS CASTAÑEDA, Ilva M. *El concepto jurídico de persona*. Universidad de Navarra, Pamplona, 1989.

⁴ Vid. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Protección jurídica de la persona*. Universidad de Lima, 1992.

⁵ Vid. CARDENAS QUIROS, Carlos. *Estudios de Derecho Privado*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, t. I, pp. 23-130.

⁶ Me he ocupado del tema en Comunicación expuesta en las Jornadas de Derecho Civil convocadas por la Universidad Externado de Colombia y celebradas en Bogotá en 1987, y más recientemente en el estudio La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Lección inaugural del Curso académico 1994-1995 en la Universidad San Pablo CEU de Madrid), 1994.

⁷ Vid. IGLESIAS REDONDO, Juan. *La técnica de los juristas romanos*. Universidad Complutense, Madrid, 1987, pp. 63-83.

cho Civil se tienen por nacidos»⁸. Aparte de este texto, los que integran el Título 4 del libro 25 tratan, con cierta prolijidad, «del reconocimiento de la mujer que dice que está preñada y cómo se ha de guardar lo que pare»⁹, incluyendo un pasaje que dice que «lo que está en el vientre, antes de que nazca es parte de la madre, o de sus entrañas»¹⁰. Por otro lado, un pasaje de Palpiano incluido entre normas de Derecho Hereditario en el libro 35 del Digesto, afirma: «En cuanto a lo que está en el vientre de las siervas, no se admite ninguna distinción de tiempo; y con razón; porque lo que aún no ha nacido no se dice que ya es hombre»¹¹. Y otro importante texto, éste incluido entre las reglas que el Digesto ofrece en el Título 16 de su último Libro para aclarar las significaciones de las palabras dudosas, expresa que «se ha de entender que existía al tiempo de la muerte el que estaba en el vientre de la madre»¹².

A la vista de los textos -y de las interpretaciones dadas a ellos a lo largo del tiempo- surgen dudas acerca de la consideración jurídica otorgada al *nasciturus* y acerca de su igualdad con la persona ya nacida. El problema ha sido objeto de un estudio del profesor Pierangelo Catalano¹³. El ilustre romanista entiende que «según los *Digesta* de Justiniano, la igualdad del concebido y del nacido es un principio de carácter general, salvadas las excepciones de algunas "partes" del *ius*». A su juicio, este principio general, que está «claramente afirmado» en el texto de D.1,5,26, antes recogido aquí, encuentra su correspondencia terminológica en el último Libro con el texto de D.50,16,153, también recogido más arriba. Es oportuno aclarar, a juicio del profesor de la Universidad de Roma, que el

principio de la igualdad no es consecuencia de una ficción, esto es, de una construcción imperativa, sino, más bien, de la constatación de una realidad por parte del intérprete¹⁴.

Tal constatación parece comprender el reconocimiento de la **existencia** del que está en el vientre materno, o como dicen las fuentes, del *qui in utero est*¹⁵.

¿Por qué, entonces, se ha llegado a negar en algún sector doctrinal que el Derecho Romano reconociera la «existencia» del *nasciturus* y lo equipare al ya nacido? También a este hecho da explicación el profesor Catalano: «las modernas abstracciones conceptuales -señala- son utilizadas en el plano normativo para trastocar el principio de la igualdad claramente afirmado en el Derecho Romano justiniano»; frecuentemente, «la introducción de los conceptos abstractos de "persona", "personalidad", "sujeto de derecho", "capacidad jurídica" ha conducido al trastocamiento de los principios y normas: se ha pasado, por así decirlo, de la igualdad ontológica a la excepcional igualación. El itinerario jurisprudencial se presenta claramente en la teoría de la ficción de Savigny: la regla *nasciturus habetur pro nato* sería una simple ficción y, en consecuencia, sólo aplicable a algunas limitadas relaciones jurídicas». Los pasajes fundamentales, para quienes eso acepten, serían el de Palpiano antes reproducido y el de Ulpiano en D.25,4,4,1, recogido también más arriba, que parecen negar la consideración de persona al concebido. Pero estos pasajes, según Catalano señala, contienen unas precisiones que «hay que considerarlas únicamente como excepciones, convenientemente

⁸ Qui in utero sunt in toto paene iure civile intelliguntur in rerum natura esse (D.1,5,26). Recojo la traducción de FONSECA, R. de. En: El Digesto del Emperador Justiniano. Madrid, 1874, t. I, p. 48. La de Hernández-Tejero, más reciente, dice: "los que están en las entrañas de la madre se reputan por el Derecho Civil, casi en todo, como si hubiesen nacido". (HERNANDEZ TEJERO, F. *Textos jurídicos latinos*. Madrid, 1966, p. 24).

⁹ De inspiciendo ventre custodiendoque partu; también en la traducción de R. de Fonseca.

¹⁰ Molieris portio est vel viscerum (D.25,4,1,1), traducción también de FONSECA, R. *Op. cit.* t. II, p. 185.

¹¹ Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est; nec immerito, quia partus numdum editus homo non recte fuisse dicitur (D.35,2,9&1). La alusión a "distinción de tiempo" se relaciona con el párrafo anterior del mismo texto, que afirma: "En cuanto a la ley Falcidia se determinó, que los frutos percibidos después que estaban maduros al tiempo de la muerte, aumenten la estimación de la herencia, como parte del fundo, que parece que en aquel tiempo tenía más estimación" (traducción también de FONSECA, R. de. *Op. cit.* t. II, p. 625).

¹² Intelligendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est (D.50,16,153); también traducción de FONSECA, R. de. *Op. cit.* t. III, p. 822.

¹³ CATALANO, Pierangelo. "Los concebidos entre el Derecho Romano y el Derecho latinoamericano (A propósito del artículo 1 del Código Civil peruano de 1984)". En: Volumen Colectivo. *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Cultural Cusco, Lima, 1986. pp. 229-234.

¹⁴ Vid. CATALANO, Pierangelo. *Op. cit.* p. 232.

¹⁵ CATALANO, Pierangelo. *Op. cit.* pp. 230, 232.

motivadas, respecto a los principios fijados en el primero y en el último libro de los *Digesta*. En la misma línea y en un artículo publicado este año en «*L'Osservatore romano*», Catalano expone el «puesto de los concebidos» en la familia romana¹⁶.

Hay, pues, como vemos, dos posibles interpretaciones de las fuentes romanas, y partiendo de ellas se han producido sendas corrientes de pensamiento jurídico: «la primera, con una fuerte inspiración justiniana, que caracteriza gran parte del área ibérica; la segunda, de origen pandectístico-germánico»¹⁷. Por mi parte, aceptando como punto de partida esa dualidad, me limitaré aquí y ahora a contemplar la primera de aquellas corrientes.

III. EL COMIENZO DE LA EXISTENCIA HUMANA EN LA CORRIENTE IBERICA DE PENSAMIENTO JURIDICO

La romanización de España fue hecho de obvia trascendencia histórica, que había de afectar muy positivamente, en primer lugar, a la propia Roma; en segundo lugar, a Hispania, que recibiría de Roma el cristianismo, el Derecho, la cultura griega, subsistentes, y, en tercer lugar, afectó también positivamente –e inesperablemente– al inmenso continente americano que, siglos más tarde, a partir del Descubrimiento, habría de recibir a través de España el tesoro espiritual occidental que España había recibido a su vez de Roma.

En el plano jurídico, monumento legislativo cumbre de la España medieval fue, según es notorio, la obra de Alfonso X el Sabio: las VII Partidas. Y esa obra supone una solemne y extensa recepción del Derecho Romano justiniano, cuyos textos latinos son traducidos a la lengua romance de Castilla. En las Partidas, pues, hay que buscar la concreta recepción de las normas romanas referentes al *nasciturus*. Y podemos hallarla entre las leyes de la Partida Cuarta sobre todo.

Como quiera que cada una de las siete Partidas posee algunas características propias, conviene acaso recordar la que la Cuarta presenta. Dicha

Cuarta Partida «*fabla de los desposorios, e de los casamientos*» y a través de sus veintisiete títulos regula no sólo el Derecho Matrimonial, sino la filiación, la adopción, la patria potestad y algunas materias ya ajenas al Derecho de Familia, entre ellas la Libertad y la Amistas. Pues bien: toda esta Partida, como las dos siguientes, que tratan también de instituciones de Derecho Privado, está construida sobre los textos del Derecho Romano y, como observa el profesor García Garrido, se sigue a los glosadores, se cita indiscriminadamente los textos jurídicos del Digesto y las constituciones del Código, predominando la tendencia a destacar las reglas y a generalizar los casos¹⁸.

Los textos de la Partida Cuarta que se refieren al *nasciturus* están contenidos en las leyes 3^a, 4^a y 5^a del Título 23. Especial interés ofrece para nuestro tema, entre esas leyes, la 3^a, que trata de «*en que estado, e de que condicion, es la criatura, mientras que sea en el vientre de su madre*», y comienza con esta afirmación: «*Demientras que estouiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della aprouechase ende, bien assi como si fuesse nascida; mas lo que fuesse dicho, o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, non le empesce*»¹⁹.

La recepción en las Partidas de los textos romanos sobre el *nasciturus* tenía que ser trascendental para la difusión y la perpetuación del principio de igualdad entre el concebido y el nacido. Alcanzaron las partidas mayor vigencia y difusión en los territorios americanos que en la propia España (donde el Derecho castellano hubo de coexistir con los Derechos forales), y a través de ellas el Derecho Romano justiniano fue recibido en la América española, dejando su huella para siempre. Por otra parte, en las partidas se apoyó esencialmente durante siglos (hasta bien entrado el XIX) la literatura jurídica española. Y esa literatura, difundida también por América a lo largo de mucho tiempo –desde el Descubrimiento hasta la Emancipación y aún después de ésta– sería otro importante vehículo para la consolidación romana en el subcontinente americano. En orden concretamente a la acogida del principio romano sobre el concebido, veamos sin pretensiones de exhaus-

¹⁶ Vid. CATALANO, Pierangelo. *Op. cit.* p. 233, y "La famiglia sorgente della storia". En: *L'Osservatore Romano*. Roma, 9 de junio de 1994.

¹⁷ CATALANO, Pierangelo. *Op. cit.* p. 231.

¹⁸ Vid. GARCIA GARRIDO, M.J. "Tradición legal y tradición jurisprudencial en las codificaciones españolas de inspiración romanista". En: Volumen colectivo. *Cultura ibérica e Diritto romano* (A cura di Sandro Schipani). Società Sassarese per le Scienze Giuridiche, Sassari, 1983. p. 191.

¹⁹ Part. 4.233.

tividad algunas muestras de ella en algunos libros jurídicos españoles que gozaron de extensa difusión en América.

Uno de ellos fue la Ilustración del *Derecho real de España* del valenciano Juan Sala²⁰. Pues bien: al tratar del estado de las personas, Sala afirma que «según el natural estado de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer o concebidos en el vientre de sus madres»²¹, y después recoge el texto de Partidas 4,23,3, que responde al concepto romano de la existencia de *qui in utero est*. Fueron por cierto los continuadores de la obra de Sala quienes, curiosamente, suprimieron en posteriores ediciones la alusión al concebido del principio romano-castellano.

Libro asimismo de gran aceptación fue el famoso Diccionario jurídico de don Joaquín Escriche, y también a través de él se mantiene en el tema del concebido la tradición conceptual en el área ibérica, afirmándose que «según el estado natural se dividen las personas: 1º, en nacidas y concebidas o **existentes** en el vientre de la madre»²². Se reitera, pues, la afirmación de que el concebido **existe** en el vientre materno, en la línea de la mejor corriente de origen romano.

La pérdida de la tradición romana y castellana se advierte en la doctrina española de Derecho Civil de la segunda mitad del siglo XIX, en la que cabe encontrar la asunción de teorías alemanas y el empleo de conceptos abstractos. Así, Gómez de la Serna y Montalbán, al tratar del nacimiento y referirse al concebido, se acogen a la teoría de la ficción y niegan que el feto tenga una existencia propia²³. Y, por los mismos años Benito Gutiérrez escribe que «la legislación romana salvó, median-

te una ficción legal, la esperanza de derechos de un individuo antes de venir al mundo»²⁴.

Un similar alejamiento de la tradición se fue produciendo durante el largo camino que en el XIX hubieron de recorrer los trabajos preparatorios del Código Civil español. El importante Proyecto de 1851, al definir en su artículo 107 al nacido, omitió cualquier alusión al concebido, limitándose a preceptuar que «para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales». El autor del Proyecto, García Goyena, en sus célebres *Concordancias*, al comentar el artículo 107 trata el tema de la «viabilidad» e intenta aclarar el sentido de las palabras «desprendido enteramente del seno materno», afirmando en este punto que «hasta que esto suceda, no se tiene, ni puede tenerse por nacido»²⁵. En otros lugares de su obra, García Goyena menciona al «póstumo» y al «vientre», habla del «derecho de la viuda, o mejor dicho el del vientre»²⁶, y elude el empleo del término «concebido».

Sin llegar en este breve recorrido histórico al Código Civil español, que es posterior a las grandes codificaciones americanas, paso ya a estudiar, brevemente también, la recepción en éstas de la tradición romana y castellana sobre el *nasciturus* y el comienzo de la existencia humana.

Conviene indagar en primer término la posición del Código Civil chileno, tanto por su temprana fecha como por su trascendencia dentro del contexto de las legislaciones civiles de América e incluso por su vocación de código único para el continente²⁷. ¿Qué criterio adopta, frente al problema del concebido, este cuerpo legal?

²⁰ Vid. SALA, Juan. *Ilustración del Derecho real de España*. Valencia, Imprenta de Joseph de Orga, 1803. t. I, p. 4 (Prefacio).

²¹ SALA, Juan. *Op. cit.* t. I, p. 8.

²² ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. París, 1881. p. 266. En esta misma edición, Escriche apunta, a través de la voz persona, una distinción entre "persona" y "hombre" (*Ibidem*. p. 502).

²³ "Hasta que el nacimiento se verifica -exponen- no se reputa que el feto tiene una existencia propia, sino por el contrario, que forma parte de la madre; mas por una ficción de Derecho se considera a los concebidos como nacidos, siempre que se trate de su utilidad" (GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M. *Elementos de Derecho Civil y Penal de España precedidos de una reseña histórica*. Madrid, 1874. t. I, p. 325).

²⁴ "Hemos dicho -añade poco después- que era una ficción, pero mejor sería llamar una presunción fundada, la que considera nacido al póstumo, siempre que se trate de su utilidad, la regla del Derecho Romano, que revela una previsión admirable, dice así [-] (invoca "fragm. 7, Dig. I, 5") (GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, 3ª ed. Madrid, 1871. t.I, pp. 164-166).

²⁵ GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid, 1852. t. I, p. 123.

²⁶ Vid. GARCÍA GOYENA, F. *Op. cit.* comentarios a los artículos 786 y 789 del Proyecto.

²⁷ A esa vocación me he referido en mi trabajo "El Código Civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano". En: *Anuario de Derecho Civil*. Enero-marzo 1982.

Acerca del principio de la existencia, el artículo 74 señala «la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre»; aquí las Notas de Bello nos descubren que para esta norma consultó, sin seguirla nítidamente, la *Novísima Recopilación* y también por ellas sabemos que tuvo a la vista en este capítulo la obra de García Goyena, al que califica de «sabio jurisconsulto»²⁸.

Creo, salvo mejor opinión, que las normas aludidas no permiten ver una clara adscripción del Código chileno a la tradición romana de paridad entre el concebido y el nacido. Empero, en punto al concebido, el Código chileno busca en definitiva una protección que se extiende hasta la tutela testamentaria y ha permitido que en su área se haya llegado a hablar de la adoptabilidad del *nasciturus*, tema éste de viva actualidad en Derecho Comparado y que el profesor Fernando Hinestroza trató en la ponencia aportada al encuentro sobre adopción celebrado no hace mucho en Sassari (Italia).

Otra de las grandes codificaciones americanas es la brasileña y en ella nos ofrece normas de alto interés para nuestro tema el proyecto de Código Civil –el célebre *Esboço*– redactado por Augusto Teixeira de Freitas²⁹. El valor particular para el tema del comienzo de la existencia, es grande. El *Esboço*, en efecto, dedica sus artículos 53 a 61 a «las personas por nacer». La primera de estas normas ofrece una clara definición: «Son *personas por nacer* las que no habiendo aún nacido están concebidas ya en el seno materno». Las restantes normas regulan la representación y protección de tales personas. Su existencia desde el momento de la concepción está, así, solemnemente reconocida. Pero el Proyecto va más lejos en esta línea de protección a las personas por nacer: les concede los beneficios de la patria potestad desde el momento mismo de la concepción. En efecto, el artículo 1509 dispone que «desde la concepción de los hijos legítimos comienzan los derechos y obligaciones entre ellos y sus padres, en cuanto a sus personas y a sus bienes» (y un derecho de los padres es, en el Proyecto, la «patria potestad»); el mismo precepto, en su segundo apartado, prohíbe «convenir que comiencen en otra época». Esta norma es uno de los puntos originales que el *Esboço* ofrece en

materia de patria potestad, y se inspira, como las otras normas referentes al *nasciturus*, en un noble deseo de protegerlo, que responde sin duda al modo de pensar de Freitas, quien –como ha puesto de relieve su biógrafo Meira– era fervoroso católico y defensor de la persona y la libertad³⁰. El interés de esto crece si se recuerda la influencia que el proyecto brasileño tuvo, en éste como en otros puntos, sobre el Código Civil argentino.

Don Dalmacio Vélez Sársfield, autor del Código argentino, abrió el Título de la patria potestad con la afirmación de que «la patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados» (artículo 264). El legislador argentino tomó, pues, de Freitas la idea, con el mismo noble propósito y la misma limitación lamentable a los hijos legítimos. Y es de destacar que esta atribución de la patria potestad «desde la concepción» subsiste hoy en el texto de aquella norma, pese a las modificaciones que el mismo ha sufrido: la respetó, en efecto la Ley de reforma N° 10.903, y la ha respetado también la Ley N° 23.264, sancionada el 25 de setiembre de 1985, que tan importantes reformas ha hecho en el régimen de la patria potestad.

Por otro lado, un Título entero del Libro I se dedica a tratar «de las personas de existencia visible» y otro a tratar de «las personas por nacer», considerando como tales a «las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno» (artículo 63); en el Título siguiente se trata «de la existencia de las personas antes del nacimiento». La declaración del artículo 70 es muy expresiva: «Desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia de las personas [...]». Clara está así la idea de Vélez de que el *nasciturus* es persona desde la concepción. Vélez, como Freitas, sigue la tradición romana justiniana.

IV. EL ENLACE DEL CODIGO CIVIL PERUANO CON LA CORRIENTE IBERICA

El Código Civil del Perú de 1936 afirmaba en su artículo 1: «El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido pa-

²⁸ Vid. la edición BELLO, Andrés. *Código Civil de la República de Chile* (Texto concordado con los distintos proyectos de Bello). Ministerio de Educación de Venezuela, Caracas, 1954. t. I, p. 76.

²⁹ Vid. SCHIPANI, Sergio. "Dal Diritto romano alla Codificazioni latinoamericane". En: *Diritto romano. Codificazioni e sistema giuridico latinoamericano*. Giuffrè, Milán, 1981.

³⁰ Vid. MEIRA, S. *Teixeira de Freitas o jurisconsulto do Impero*. Olympo, Rio de Janeiro, 1979. p. 248.

ra todo lo que le favorezca a condición de que nazca vivo». La norma se inspiraba en el Código de 1852³¹. Su reforma era previsible desde que comenzaron los trabajos prelegislativos para la redacción de un Código Civil que sustituyera al de 1936, sustitución que por cierto estaba ya prevista desde años antes por el ilustre civilista peruano José León Barandiarán en su prólogo a la edición española de 1962 del Código Civil del Perú³². Y el propósito de un cambio considerable en el enfoque del tema del concebido se advierte, en efecto, en los trabajos preparatorios del Código actual.

Así, la propuesta formulada el 7 de febrero de 1984 ante la Comisión Revisora por el doctor Carlos Fernández Sessarego, prestigioso civilista y filósofo del Derecho, ex-ministro de Justicia e impulsor de la tarea codificadora, sugería incorporar al nuevo Código las afirmaciones de que «la persona humana es sujeto de derecho», y «la vida humana comienza con la concepción». El Proyecto de 1984 de la Comisión Revisora acogió tales afirmaciones en su artículo 1³³.

Ya en esa línea, la redacción definitiva del artículo 1 del Código, bien conocida, proclamó en un primer párrafo que «la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento», y añadió en un segundo párrafo: «La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorezca. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo».

El interés del nuevo texto ha sido reconocido por la doctrina. Fuera del Perú, el profesor Catalano, en estudios que ya cité, ha señalado el entronque de aquella norma con la tradición romana e ibérica sobre el concebido. En el Perú, Fernando Vidal Ramírez ha puesto de relieve el sentido humanista del nuevo Código con estas palabras: «En el ordenamiento del Derecho de las Personas, el Código pone énfasis en una concepción humanista, recogiendo preceptos de la Constitución Política de

1979 y también de los Tratados sobre Derechos Humanos. Así, como el Código de 1936, declara que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, pero introduce un enunciado básico y fundamental, en cuanto que la vida humana comienza con la concepción, y, recogiendo el precepto constitucional en cuanto que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, le atribuye también derechos patrimoniales a condición de que nazca vivo (art. 1)»³⁴.

Cabe ciertamente elogiar en el concreto punto del comienzo de la vida humana, único que aquí he tocado, la posición del Código Civil peruano que, por otra parte, y según voy a señalar brevemente para concluir estas notas, coincide no sólo con una larga tradición jurídica, sino con el dictamen actual de la Medicina y la Genética.

V. CONCLUSION

Quisiera, al concluir, observar que existe una coincidencia sustancial entre la tradición romana y la ciencia actual. La realidad de la existencia humana de aquel 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 [...]»³⁵. Y recientemente, un prestigioso genetista español, el profesor Lacadena, ha escrito. «En cuanto a la cuestión de cuándo comienza 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 pronúcleos- 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»³⁶. En esta misma línea se han manifestado también muy recientemente otras personalidades de la Medicina, como el doctor Alcalá-Santaella (en conferencia pronunciada en la Universidad San

³¹ Vid. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "Nota preliminar". En: *Edición oficial del Código Civil*. Ministerio de Justicia - WG, Lima, 1994. p. 21.

³² Vid. LEÓN BARANDIARÁN, José. "Estudio preliminar". En: *Código Civil del Perú*. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1962. p. 20.

³³ Textos recogidos en: REVOREDO DE DEBAKEY. *Código Civil*. Lima, 1988. t. I, p. 10.

³⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "Nota preliminar". *Op. cit.* p. 45.

³⁵ Texto recogido en la obra colectiva, dirigida por GAFO, J. *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986. p. 149.

³⁶ LACADENA, JR. "Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto". En: *Jano. Medicina y Humanidades*, 17-28 de noviembre de 1985. p. 1559.

Pablo dentro del Ciclo sobre la Familia desarrollado en el presente curso), o del Derecho como Soto Nieto y José Luis Álvarez (en artículos del «ABC»).

El reconocimiento de la vida humana desde el momento de la concepción tiene obvias consecuencias para la protección jurídica del concebido. Desde el plano del Derecho natural, el profesor Antonio Fernández-Galiano observaba hace pocos años, en dictamen emitido para el *Bureau International Catholique de L'Enfance*, que «el feto es, en lenguaje metafísico, sustancia humana y que ello obliga en pura lógica a atribuirle derechos naturales, en cuanto los mismos proceden de la naturaleza humana, que ya es poseída por ese ser». No es momento de enumerar los múltiples derechos concretos, por otra parte bien conocidos, que las legislaciones civiles positivas deben garantizar -y, en mayor o menor medida, garantizan- al *nasciturus*.

Me atrevo a pensar que tales legislaciones deben, en términos generales, atenerse a la mejor tradición justiniana, realizando así el entronque con el Derecho Romano del que nos ha hablado el profesor Iglesias Santos³⁷, y mantener una línea protectora de la vida humana que coincide con el Derecho natural y con las conclusiones científicas actuales. Un prestigioso jurista argentino, el profesor Enrique Carlos Banchio, se lamentaba recientemente de que «la tutela jurídica de la dignidad e inviolabilidad de la persona humana no ha alcanzado aún un grado de desenvolvimiento satisfactorio en las legislaciones contemporáneas»³⁸. Grato es comprobar que la peruana ha acertado a seguir, en el artículo 1 del Código Civil de 1984, una noble y avanzada orientación humanista, que esencialmente responde al intento de contribuir a la protección jurídica de la persona desde el Derecho Civil.

³⁷ IGLESIAS, Juan. *Roma: madre del Derecho*. pp. 486, 488.

³⁸ BANCHIO, Enrique Carlos. *El Derecho Civil ante las nuevas exigencias en la tutela jurídica de la persona*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Argentina, 1992. p. 251.