



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

**REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política**  
**de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

Vol. 78, n.º 78, enero-diciembre, 2023 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2023.v78n78.04

## **TUTELA JURÍDICA DEL CONCEBIDO: DESDE EL DERECHO LATINOAMERICANO HASTA LA RECIENTE LEY N.º 31935**

Legal guardianship of the conceived child: from Latin  
American law to the recent Law No. 31935

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [cagurtog@unmsm.edu.pe](mailto:cagurtog@unmsm.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-4058-8868>

JUAN PABLO ABANTO  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [juan.pablo@unmsm.edu.pe](mailto:juan.pablo@unmsm.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0002-2677-6275>

### **RESUMEN**

Los autores muestran que, a lo largo de la historia, desde la Antigüedad hasta la Edad Moderna, el derecho siempre ha valorado la protección del concebido. En nuestro contexto, esta idea se estableció oficialmente por primera vez en el derecho comparado con la

entrada en vigor del Código Civil peruano de 1984. En ese sentido, en este trabajo se realiza un análisis crítico de la Ley n.º 31935, Ley que reconoce derechos al concebido, la cual, en vez de constituirse en un avance para la protección tales derechos, se presenta más bien como un despropósito para el sistema jurídico nacional.

**Palabras clave:** sujeto de derecho; concebido; nacimiento; persona.

## ABSTRACT

The authors show that, throughout history, from Antiquity to the Modern Age, the law has always valued the protection of the conceived child. In our context, this idea was officially established for the first time in comparative law with the entry into force of the Peruvian Civil Code of 1984. In this sense, this paper critically analyzes Law n.o 31935, Law that recognises the rights of the conceived child, which, instead of being an advance in the protection of such rights, is presented as nonsense for the national legal system.

**Keywords:** subject of law; conceived; birth; person.

Recibido: 24/11/2023    Aprobado: 1/12/2023    Publicado: 11/12/2023

## 1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de la codificación comparada, el derecho peruano, a través de su Código Civil de 1984, en vías de cumplir cuarenta años, y su Constitución Política de 1993, reconoce al concebido como sujeto de derecho desde la vida intrauterina del ser humano. A la luz de los avances proporcionados por la genética, la ciencia, la medicina y la bioética, se pueden comprobar la vitalidad y la sensibilidad del feto humano desde las primeras semanas de existencia, considerándolo así un nuevo sujeto (Gemelli, 2022, p. XI).

El concebido, en cuanto vida humana, tiene dignidad y, por ende, es necesaria su tutela mediante el ordenamiento jurídico. Tiene sus derechos fundamentales y existenciales, así como también los de naturaleza patrimonial; en tal sentido, no es un ser inanimado, sino un

sujeto de derecho con expectativa de vida y está privilegiado con una especial protección jurídica como dispone la Constitución Política de 1993.

En el presente trabajo realizaremos una revisión de la protección jurídica dispensada al concebido en el pensamiento de los grandes padres del derecho latinoamericano como fueron Augusto Teixeira de Freitas (Brasil), Andrés Bello (Chile) y Dalmacio Vélez Sarsfield (Argentina). Luego, nos centraremos en el estudio de dicho tema en el derecho en Perú, mediante los Códigos de 1852, 1936 y el actual de 1984, así como en la Constitución de 1993. Finalmente, analizaremos críticamente la Ley n.º 31935, que recoge derechos del concebido.

## **2. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL CONCEBIDO: LAS EDADES ANTIGUA, MEDIEVAL Y MODERNA**

Desde la Antigüedad podemos encontrar interés en la vida intrauterina y la tutela jurídica del concebido. En el pensamiento de los grandes filósofos griegos se hace patente el reconocimiento de la tutela de la vida humana antes del nacimiento. Platón (Atenas, 427 a. C.-347 a. C.) en las *Leyes* planteó que «habría que preocuparse de manera especial de aquellas mujeres que estuvieran embarazadas, durante el periodo de la concepción» (1966, p. 1413). Asimismo, su discípulo, Aristóteles (Estagira, 384 a. C.-Calcis, 322 a. C.), en su *Política*, en atención al concebido y, específicamente, al cuidado de las madres en la etapa de embarazo, precisa que

las mujeres embarazadas deben también tener cuidado de sus cuerpos, sin evitar el ejercicio ni adoptando una dieta muy escasa; al legislador le es fácil asegurar esto, ordenándoles que hagan diariamente un paseo para dar el debido culto a las divinidades que tienen a su cuidado el nacimiento de los niños. Respecto de su mente, sin embargo, es conveniente, por el contrario, pasar el tiempo más indolentemente que respecto de sus cuerpos, pues los niños antes del nacimiento son afectados por la madre, de la misma manera que las plantas en crecimiento lo son por la tierra (1964, p. 1559).

Por otra parte, en el derecho romano se puede encontrar una defensa de la vida humana desde la concepción, lo cual se refleja en la expresión *qui in utero est, partus, venter* y no en complejas construcciones abstractas, como ha planteado la romanista y profesora italiana Maria Pia Baccari (2006, p. 1). En ese sentido, el jurista Juliano declara lo siguiente: «*[q]ui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*» [quienes están en el seno materno, se consideran nacidos en casi todo el derecho civil] (Digesto 1.5.26). Así, Paolo Ferretti (2008), profesor de la Universidad de Trieste, sostiene que para Juliano se trata de vida humana en la madre, por lo que son seres «existentes» (p. 65). De modo similar, el famoso jurista Celso menciona lo siguiente: «*vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quadammodo in rerum natura esse existimatur*» [se considera que quienes estén en el útero existen en la realidad a los efectos de casi todo el derecho civil] (Digesto 38.16.7, citado en Ferretti, 2008, p. 66). A manera de síntesis, Ferretti (2008) afirma que tanto Juliano como Celso estimaban al concebido como un ser existente (p. 68).

Mientras tanto, el reconocido romanista Carlo Fadda<sup>1</sup> planteó que, en el derecho romano, especialmente en su etapa antigua, no se consideraba al feto como ente capaz de derechos y, citando al jurista Ulpiano, «*partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*» (Digesto 25. 4.1.1, citado en Ferretti, 2008, p. 154); es decir, declaraba que el concebido o *nasciturus* es una parte del cuerpo de la madre (Fadda, 1923, p. 17). Sumado a ello, en el antiguo derecho romano, el neonato era estimado como persona cuando —luego del parto y separado completamente de su madre, nacido vivo y con forma humana— tenía un grado de desarrollo y era capaz de contar con vida autónoma (Terreni, 2013, p. 35).

Sin embargo, cabe precisar que, en la época del derecho romano, existió la figura del *curator ventris*. Según los estudios de la profesora Baccari (2006, p. 45), en el Digesto se señala un fragmento del jurista Ulpiano (libro xli *ad edictum*), con la referencia de «*ventre in possessionem mittendo et curatore eius*», en la cual se detallan las

1 Cabe señalar que a Fadda y a Paolo Emilio Bensa se les debe la famosa traducción italiana del *Lehrbuch des Pandektenrechts* del pandectista Bernhard Windscheid (1925).

diversas funciones que desarrollaba (Digesto 37.9.1). Esta figura se originó en el derecho romano por obra de los pretores de la edad republicana para cumplir la función de suplencia respecto al pueblo (Baccari, 2006, p. 45). Los pretores<sup>2</sup>, magistrados nombrados por vía popular, instauraron el *ius praetorium* (u *honorarium*) por utilidad pública, con el objetivo de ayudar, suplir y corregir el derecho civil. Por tanto, esta forma de *ius* era considerada la «voz viva» del *ius civile* (como puede apreciarse en Digesto 1.1.8).

El objetivo del nombramiento del *curator ventris* era brindar protección jurídica «*qui in utero est*». De ese modo, se aseguraba el respeto de las formas de cumplir con las obligaciones alimenticias hasta el nacimiento; luego de este acto, finalizaba sus tareas. Asimismo, el *curator ventris* debía proporcionar los alimentos y ocuparse de otras necesidades del hijo y la madre (Digesto 37.9.5; Baccari, 2006, p. 8). Este era nombrado, además, por el *magistratus populi romani*, es decir, el magistrado del pueblo romano (Digesto 26.5.20). La preponderancia de la consecución del interés público o la defensa pública de la *res publica*, la madre y el concebido compelió a la instauración del *curator ventris*.

En la Edad Media, si bien la perspectiva del derecho romano que negaba la condición de ser humano del concebido fue predominante, en determinados territorios como España se podían encontrar ciertas medidas protectoras para el ser humano en el vientre de la madre. Así, se identificaban tres vertientes en el derecho foral: i) el homicidio independiente en los casos de muerte violenta del ser humano en el vientre materno; ii) la prohibición del aborto ocasionado por los padres; y iii) una miríada de disposiciones para evitar que la madre pueda sufrir o el hijo pueda ser afectado en el vientre de la madre (Maldonado, 1946, p. 109). Incluso en los fueros municipales, que contenían una diversidad de normas protectoras de la vida y la integridad del concebido, se hallaban disposiciones que establecían un

---

2 Sobre la pretura, esta comenzó su existencia cuando la jurisdicción constituyó una esfera independiente del área de los negocios y se dio acceso a los plebeyos a la magistratura suprema, que tuvo las reglas aplicables al nombramiento de los cónsules (Mommsen, 1899, pp. 278 y ss.; 1960, p. 132).

sistema de garantías de sus futuros intereses económicos, especialmente relacionados a los posibles derechos sucesorios. En el Fuero Real se encontraba la medida de protección de la vida del concebido, que prohibía ejecutar la pena de muerte o cualquier otra pena corporal en las mujeres embarazadas.

De otro lado, en las Partidas, conjunto normativo elaborado en Castilla bajo el mandato del rey Alfonso X (1221-1284), con la finalidad de alcanzar una jurídica uniformidad en su reino, se evidencia que el concebido o *nasciturus* es vida humana, dicho de otra manera, vida independiente a la madre en sentido jurídico. Disponía, entre otras cosas, que la mujer embarazada no podía ser castigada durante el periodo del parto: «que la criatura que nasciere della deue ser libre de la pena» (Real Academia de la Historia, 1807, p. 129) y «si el fijo que es nacido non deue rescibir pena por el yerro del padre, mucho menos la meresce el que está en el vientre por el yerro de su madre» (Real Academia de la Historia, 1807, p. 714).

En otro orden de ideas, sobre el derecho moderno respecto al concebido, las grandes codificaciones continuaron la teoría del derecho romano, pero no consideraron, como sostiene el profesor español José Maldonado y Fernández del Torco (1946, p. 198), un principio de carácter general que permitiera presentarse como el fundamento de una medida global sobre el concebido. Así, en Francia, el *Code Civil* de 1804, a pesar de que el antiguo derecho francés lo había mantenido, no preservó un principio general respecto al concebido, aunque recurrió a diversas aplicaciones suyas, como la admisión de que el concebido podía suceder hereditariamente (como puede deducirse del primer párrafo del artículo 725<sup>3</sup>, así como en el segundo párrafo del artículo 906<sup>4</sup> del mismo plexo normativo) y que es capaz

3 *Code* (1984). «Article 725. Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. [...]» (Artículo 725. Para suceder es preciso existir en el momento de la apertura de la sucesión o, estando ya concebido, nacer viable [...]) (2020, p. 1043).

4 *Code* (1984). «Article 906. Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.  
Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque de décès de testateur.

de recibir *inter vivos*, aunque las referidas adquisiciones no tendrán efecto sino cuando se nazca viable.

En el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o Código Civil alemán, de 1900 no se encuentra una regla general por la que tenga que considerarse al concebido para todo lo que le favorezca. Contiene disposiciones reducidas a hipótesis concretas que consideran al concebido como nacido y se debe recurrir a la aplicación analógica de las mismas para atribuir al concebido, en otros casos no previstos expresamente, determinados derechos para el supuesto de que posteriormente llegue a nacer. Además, en relación con ello, es importante resaltar que el BGB recoge la teoría de la ficción («*dogmatische Fiktion*»). En el segundo párrafo de la sección 1923<sup>5</sup>, luego de haber establecido que solo podrá ser heredero aquel que viva en el momento de la muerte del causante, se dispone concretamente que quien en dicho momento no viva todavía, pero que ya haya sido concebido, será considerado como nacido antes del referido fallecimiento. De ese modo, se aplica el principio romano de *nasciturus pro iam nato habetur*, no expresado en forma general, a los casos de sucesión hereditaria. Asimismo, debe considerarse que la sección 2178<sup>6</sup> permite que se designen legatarios que incluso no hubieran sido aún concebidos antes del fallecimiento

---

Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable. [Artículo 906. Para ser capaz de recibir entre vivos, basta con estar concebido en el momento de la donación.

Para ser capaz de recibir por testamento, basta con estar concebido al tiempo de la muerte del testador.

No obstante, la donación o el testamento sólo tendrán efecto cuando el niño nazca viable] (2020, p. 1219).

5 BGB (1900). «§ 1923. *Erbfähigkeit*

(1) *Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt.*

(2) *Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits gezeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren»* (Palandt, 2008, p. 2103).

[sec. 1923. *Capacidad hereditaria*

(1) *Sólo puede ser heredero quien vive en el momento de la muerte del causante.*

(2) *A quien en el momento de la muerte del causante todavía no vivía, pero ya estaba concebido, se le tiene por nacido antes de la muerte del causante]* (traducción de Pérez, 2013, p. 445).

6 BGB (1900). «§ 2178. *Anfall bei einem noch nicht erzeugten oder bestimmten Bedachten* Ist der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht gezeugt oder wird seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt, so erfolgt der Anfall

del causante. En la sección 2108<sup>7</sup> se precisa que lo dispuesto en la sección 1923 se aplicará por analogía a la sustitución fideicomisaria, con lo que queda abierta la posibilidad para que, mediante la aplicación de la analogía, se introduzca la posibilidad de adquisiciones por actos *inter vivos*.

En cuanto al Código Civil italiano, en el artículo 1<sup>8</sup> tampoco parece que se recoja el principio de derecho común respecto a la vida antes del nacimiento, ya que contiene una afirmación de alcance general sobre los posibles derechos del concebido, los cuales han de subordinarse a su nacimiento. No obstante, en el mismo cuerpo normativo civilista se reconocen derechos a favor del concebido, aunque sea para manifestar que se encuentran subordinados a la circunstancia de su nacimiento. Cabe precisar que, como se señala en la

---

des Vermächtnisses im ersteren Falle mit der Geburt, im letzteren Falle mit dem Eintritt des Ereignisses (Palandt, 2008, pp. 2270-2271).

[§ 2178. Delación en caso de un designado todavía no concebido o determinado Si al tiempo de la muerte del causante el designado todavía no está concebido o su identidad se debe determinar por un evento que sólo se produce después de la muerte del causante, la delación del legado tiene lugar, en el primer caso, con el nacimiento y, en el último, con la producción del evento] (traducción de Marsal, 2013, p. 490).

- 7 BGB (1900). «§ 2108. *Erbfähigkeit; Vererblichkeit des Nacherbrechts*  
 (1) Die Vorschrift des § 1923 findet auf die Nacherbfolge entsprechende Anwendung.  
 (2) Stirbt der eingesetzte Nacherbe vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge, aber nach dem Eintritt des Erbfalls, so geht sein Recht auf seine Erben über, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. Ist der Nacherbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, so bewendet es bei der Vorschrift des § 2074» (Palandt, 2008, p. 2236).
- [§ 2108. *Capacidad hereditaria; transmisibilidad del derecho a la herencia fideicomitida*  
 (1) La disposición del §1923 se aplica por analogía a la sucesión fideicomisaria.  
 (2) El instituto heredero fideicomisario que fallece antes de que se defiera la sucesión fideicomisaria, pero después de producirse la muerte del causante, transmite su derecho a sus herederos, siempre que no deba entenderse que la voluntad del causante es otra. Si la sustitución fideicomisaria está sometida a una condición suspensiva, se estará a la disposición del §2074] (traducción de Marsal, 2013, p. 478).
- 8 *Codice Civile* (1942). «Articolo 1. *Capacità giuridica*.  
 La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita.  
 I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita» [Artículo 1. *Capacidad jurídica*.  
 1. La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento.  
 2. Los derechos que la ley reconoce a favor del concebido se subordinan al evento de su nacimiento] (traducción de DE NOVA, 2021, p. 107).

*Relazione* (exposición de motivos) del Código Civil de 1942 (Grandi, 2010, p. 17), el referido Código suprimió el requisito de la vitalidad respecto de la distinción del nacido vital y no vital.

### 3. EL CONCEBIDO EN EL PLANTEAMIENTO DE LOS PADRES FUNDADORES DEL DERECHO DE AMÉRICA DEL SUR: AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, ANDRÉS BELLO Y DALMACIO VÉLEZ SARFIELD

Frente al derecho comparado, en el que se puede encontrar una preeminencia de la teoría de la ficción, es necesario señalar que es en el pensamiento de los padres fundadores del derecho de América del Sur donde aparece el origen del planteamiento del artículo 1 del Código Civil de Perú de 1984. En efecto, en Brasil, Augusto Teixeira de Freitas (Ciudad de Cachoeira, 19 de agosto de 1816-Niterói, 13 de diciembre de 1883), hacia la mitad del siglo XIX, planteó que el concebido es «una persona por nacer». Maestro de la ciencia jurídica<sup>9</sup>, fue autor de la famosa *Consolidação das Leis Civis*, donde estimaba como persona nacida al ser humano en el vientre materno (Teixeira de Freitas, 2003). Jurista de prestigio, se le encargó elaborar el *Esboço* (proyecto) de un Código Civil para su país. Renovó el modo de estudiar la ciencia del derecho y representó el momento inicial del derecho de América del Sur.

Respecto a la protección del concebido, el Esboço de Código Civil del ilustre Teixeira de Freitas, en el artículo 53, establece que «[s]ão pessoas por nascer as que, não sendo, ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno». Con esta posición, el jurista dejó la difundida teoría del concebido, esgrimida por el alemán Friedrich Carl von Savigny (Fráncfort del Meno, 21 de febrero de 1779-Berlín, 25 de octubre de 1861), debido a que, para el gran jurista de Alemania, el planteamiento de la ficción respecto al concebido lo protegía dentro del cuadro normativo, iniciando sus derechos con el nacimiento (Von Savigny, 1878, p. 279). Esta posición fue complementada por su

---

9 Para un estudio prolijo de la obra del gran jurista brasileño, véase Schipiani (1999, pp. 319 y ss.)

discípulo Bernhard Windscheid (Düsseldorf, 26 de julio de 1817-Leipzig, 26 de octubre de 1892), quien estimaba los derechos sin sujeto concerniente al concebido (1925, p. 154).

Teixeira de Freitas empleó una perspectiva novedosa de las fuentes del antiguo derecho romano, para declarar al concebido como «persona por nacer», basado en el texto del jurista clásico romano Juliano («*qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelleguntur in rerum natura esse*» en el Digesto 1.5.26). De esa manera, su obra se contrapuso a una interpretación germánica del derecho romano (con sus mayores exponentes Von Savigny y Windscheid), que encontró su aplicación en el estatismo de los códigos civiles; así, los aportes de Teixeira de Freitas dieron origen al derecho de América Latina y la configuración de la «teoría de la concepción» (Fernández Sessarego, 1990b, p. 105).

Por su parte, la obra del jurista argentino Dalmacio Vélez Sarsfield, como señalaba el maestro Fernández Sessarego (1990a, p. 24), se irguió nítidamente en el escenario del derecho latinoamericano, recogiendo las contribuciones de Teixeira de Freitas y del Código Civil chileno, obra de Andrés Bello (Caracas, 29 de noviembre de 1781-Santiago, 15 de octubre de 1865), jurista venezolano nacionalizado chileno. En el artículo 75 de su Código Civil, elaborado para la República de Chile en 1855, sobre el concebido dispuso:

La Ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que se crea que de algún modo peligrará.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento<sup>10</sup> (Bello, 1954, p. 71).

---

10 Revisar Catalano (1996, p. 209).

En sus notas, el polímata venezolano sustentaba el referido artículo en las Partidas españolas (Ley n.º 3, título 23, de la Partida IV y en la Ley n.º 11, título 31, de la Partida VII), prosiguiendo una continuidad histórico-jurídica respecto a la tutela del concebido.

Por su parte, Dalmacio Vélez Sarsfield, con una postura realista, se destacó por absolver, con criterio pragmático, los numerosos problemas creados por las relaciones intersubjetivas desde la esfera del derecho civil. Como ha resaltado el profesor Fernández Sessarego (1990b, pp. 80-81), más que un jurista afiliado a una determinada corriente de filosofía del derecho, pese a la influencia de Von Savigny, o una determinada tendencia ideológica, en el codificador argentino se evidenció un profundo conocimiento del quehacer jurídico, del funcionamiento de la ciencia jurídica de su tiempo, de la cotidiana permanente confrontación entre la norma, el valor y la conducta social.

Como afirmó Fernández Sessarego en la efigie que elaboró sobre Vélez Sarsfield, su sentido profesional, su oficio casi artesanal, vinculado a sus conocimientos (no solo jurídicos), su experiencia política, además de su capacidad de lectura e interpretación del diario acontecer comunitario, le proporcionaron una capacidad excepcional para regular la vida humana en perspectiva realista y adquirir una ductilidad y flexibilidad capaces de desafiar el tiempo. No debe olvidarse que su Código, sancionado en 1869, se mantuvo vigente hasta el 2015 en Argentina.

Así, el artículo 63 de este cuerpo normativo estableció que «[s]on personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno». En sus notas a su Código, Vélez Sarsfield manifestó, con extraordinaria lucidez y realismo, que «las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras[,] no habría sujeto que representar». Estas ideas, como las del Código Civil peruano de 1984, se apartan de la tendencia dominante en la legislación comparada, al desestimar normativamente la teoría de la ficción de Von Savigny, que reputaba persona al concebido solo bajo la condición de que nazca vivo. También en el artículo 70, Vélez Sarsfield estableció lo siguiente:

Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Con este artículo, como anotó Fernández Sessarego (1990a, p. 43), el Código Civil argentino elaborado por Vélez Sarsfield prescribía que el concebido, equiparado jurídicamente a la condición de persona a partir de la concepción, puede adquirir, antes del hecho del nacimiento, algunos derechos reputando que ya había nacido. Para el maestro del derecho civil peruano, el codificador argentino tuvo conciencia de que la situación del concebido no podía confundirse con aquella propia de la persona, ya que de lo contrario no hubiese utilizado la expresión «como si ya hubiese nacido», considerando que la situación jurídico-formal del concebido es diversa a la de la persona natural. Vélez Sarsfield, en concordancia con Augusto Teixeira de Freitas, descartó la teoría de la ficción y estimó al concebido como persona, calificándolo como «una persona por nacer». Si bien se reconoce que la vida humana empieza con la concepción, se personifica al concebido.

Ciertamente, como bien observaba el profesor Fernández Sessarego (1990a, p. 45), debido al contexto histórico en que vivió Vélez Sarsfield y el consiguiente desarrollo de la ciencia del derecho, a pesar de su pulcra percepción de la realidad, aquel tuvo que valerse de la categoría «sujeto de derecho» para incluir dentro de ella al concebido, distinguiéndolo formalmente de la persona natural. Lo fundamental era conceptualizar adecuadamente la realidad que tenía ante sí. Vélez Sarsfield, siguiendo la posición de Teixeira de Freitas, designó al concebido como «persona por nacer», considerando que el aspecto biológico del concebido corresponde al inicio de la existencia humana. El desarrollo lógico del pensamiento de Vélez Sarsfield, como sostiene Fernández Sessarego (1990a, p. 45), hubiera conducido al codificador argentino, de vivir en la época actual, a aprovechar los más autorizados desarrollos de la doctrina italiana posterior al Código Civil de Italia de 1942.

## 4. EL CONCEBIDO EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

### 4.1. CÓDIGO CIVIL DE 1852

El artículo 1 del Código Civil de 1852, el primer cuerpo normativo civilista peruano, se constituye como un antecedente de la teoría de la concepción, respecto a la tutela del concebido (Fernández Sessarego, 1990b, p. 104). Este cuerpo normativo prescribe: «El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer»; de esta forma, confiere al concebido la calidad de ser humano en su etapa intrauterina (Catalano, 1996, p. 199). No obstante esta contundente y precursora afirmación legislativa, el artículo 3 incurre en un defecto al expresar que «al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece».

Como señalaba el profesor Fernández Sessarego (1990b, p. 104), fue innecesaria la afirmación de «reputar nacido» al concebido debido, quizás, a un defecto de redacción, pues probablemente lo que pretendió significar el codificador de 1852 era que el ser humano, antes del nacimiento, goza de los derechos que jurídicamente se le reconocen. Vale decir, se formula el equiparamiento del concebido con el nacido en el aspecto puramente formal-normativo, ya que ontológicamente no hay diferencia entre ellos desde que el artículo 1 se refiere a ambos como partícipes de la misma naturaleza como seres humanos.

Por la carencia de recursos técnicos que no se encontraban al alcance de los legisladores de su tiempo, como observaba Fernández Sessarego (1990b), no se concluyó del modo coherente que era de esperarse luego de la categórica afirmación contenida en el artículo 1, es decir, que el concebido era un sujeto de derecho al que el ordenamiento jurídico le brindaba un tratamiento formal específico en atención a su estado. Es menester que se reivindique este aporte del Código de 1852, que, como se ha mencionado, constituye un valioso precedente de las propuestas de Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield.

### 4.2. CÓDIGO CIVIL DE 1936

Dicho Código disponía lo siguiente: «Artículo 1. El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo cuanto le favorece, a condición de que nazca vivo».

Como anotaba el profesor Carlos Fernández Sessarego (1900b, p. 106), el Código Civil peruano de 1936 no consideraba la vida humana antes del nacimiento. El concebido era prácticamente reducido a la nada, no se le reconocía su calidad de sujeto de derecho. Este Código desconocía que la vida del ser humano existe desde el instante de la concepción y se constituye como un proceso no interrumpido hasta el final de la vida de la persona.

### 4.3. CÓDIGO CIVIL DE 1984

Como ha planteado la doctrina civilista peruana (Varsi Rospigliosi, 2014, p. 168), uno de los valiosos aportes del Código Civil vigente de 1984 fue propugnar la teoría de la subjetividad respecto al concebido, propuesta por el profesor Carlos Fernández Sessarego al elaborar el libro primero del Código Civil de 1984, específicamente en el artículo 1, cuyo tenor 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.

Esta teoría otorga al concebido una tutela jurídica en consonancia con su realidad existencial.

Para juristas peruanos como Enrique Varsi Rospigliosi (2014, p. 169), la teoría de la subjetividad reconoce al concebido por lo que es: un ser humano, considerando su calidad de sujeto de derecho *sui generis*, que merece máxima protección.

Para juristas italianos como Pierangelo Catalano (1996, p. 21), el artículo 1 del Código Civil peruano de 1984 se conecta con la tradición del derecho romano, hispánico y sudamericano, mediante la utilización del concepto abstracto de «sujeto de derecho», reconociendo el aporte del profesor Carlos Fernández Sessarego como autor del articulado. Para el notable romanista, el planteamiento del jurista peruano contribuye al pensamiento jurídico iberoamericano centrándose en el valor de la vida humana y descartando la teoría

de la ficción, recurriendo a la categoría del sujeto de derecho para la defensa concreta de los concebidos.

Como relata el profesor Fernández Sessarego (2009, p. 222), no fue tarea sencilla que la Comisión Revisora del Proyecto del Código Civil de 1984 haya aceptado su propuesta de estimar como «sujeto de derecho» al concebido (artículo 1 del Código). Como señalaba el egregio jurista, constituyó una tarea larga, que se extendió por casi dos décadas tanto en el seno de la Comisión Reformadora como, sobre todo, en la Comisión Revisora que elaboraron el Código Civil vigente peruano. Los codificadores finalmente aprobaron la propuesta.

Se constituyó —prosigue Fernández Sessarego (2009, p. 223)— en una lucha intensa desterrar la teoría imperante de la ficción respecto al concebido, que lo consideraba como un ente inexistente jurídicamente. Su presencia, de acuerdo con esta visión, estaba condicionada a su nacimiento con vida; como afirmaba el gran jurista peruano: ello era todo un absurdo.

#### 4.4. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Una de las primeras constituciones que han reconocido la calidad de sujeto del derecho al concebido es la peruana de 1993.

El reconocimiento constitucional al concebido como «sujeto de derecho» consiste en que, en cuanto ser humano, tiene la capacidad actual de ser titular de derechos y obligaciones, que se extiende no solo a lo que le puede favorecer, sino que le otorga un trato privilegiado, por lo que, de acuerdo con su condición, no puede ejercer directamente derechos que le son inherentes por su naturaleza.

### 5. CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROYECTO DE LEY N.º 785/2021-CR

El término «sujeto de derecho», en cuanto categoría legislativo-sistematizadora del ser humano, es de reciente data (Guzmán Brito, 2022, p. 151). Como adelantamos, entre las novedades que introdujo el Código Civil de 1984 se encuentra la consideración de dos sujetos de derecho adicionales a los ya contemplados por los Códigos

precedentes; de esta manera, actualmente junto a la persona natural y la persona jurídica encontramos al concebido y las organizaciones de personas no inscritas.

El concebido entró al escenario jurídico como un sujeto de derecho especial, ya que, desde su inclusión como sujeto de derecho, solo se le atribuye aquellos derechos que le resulten favorables. Esta atribución de derechos fue primariamente reconocida en el ámbito civil<sup>11</sup> y adquirió rango constitucional con la entrada en vigor de la Constitución de 1993<sup>12</sup>. Es por ello que sorprende sobremanera que un sector «multipartidario» del Congreso haya contemplado (o siquiera debatido) el Proyecto de Ley n.º 785/2021-CR (en adelante, Proyecto), el cual será objeto de comentario en este apartado.

## 5.1. ¿EL CONCEBIDO COMO PERSONA HUMANA?

### Artículo 1. Objeto de la ley

La presente Ley tiene como finalidad adecuar el marco legal vigente **reconociendo al concebido como persona humana** sujeto de derecho y de esta manera garantizarle y reconocerle los derechos que le corresponda, **conforme señala la Constitución** (énfasis agregado).

El proyecto de ley establece que el concebido es persona humana sujeto de derecho. Esta disposición no solo desconoce la Constitución y el Código Civil, sino que también el desarrollo que ha experimentado el concebido en la codicística nacional. ¿Es posible considerar

11 Código Civil (1984). «Artículo 1. 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» (énfasis agregado).

12 Constitución peruana (1993). «Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. **El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.** [...]» (énfasis agregado).

que la persona natural tiene un valor superior que el concebido, al punto de otorgarle a este último la condición de persona?

Considerar al concebido como persona natural es negarle su *status* de sujeto de derecho independiente y privilegiado. Implica un retroceso, un serio vuelco al pasado, por lo que las teorías que reputan al concebido como persona han quedado obsoletas en el tiempo. Nuestro primer grito de libertad, a nivel latinoamericano, fue reconocerle al concebido su condición de sujeto de derecho especial y autónomo a los otros reconocidos por el propio derecho.

Ahora bien, que el desconocimiento del legislador haya permitido que un proyecto de ley con tal premisa (la del art. 1) resulte plausible se sustenta en que el propio legislador, por un lado, entienda que el art. 1 C. C. tenga como antecedente los arts. 29 y 30 del Código Civil español. En consecuencia, «el criterio doctrinal adoptado por nuestro Código Civil de 1984, **trae consigo la inspiración de doctrinas que limitaban el reconocimiento del concebido como sujeto de derecho**, condicionando su personalidad, su dignidad e identidad, a que éste naciere vivo» (Exposición de Motivos, en adelante Motivos, p. 5; énfasis agregado). Todo ello, pese a que el propio art. 1 del Código Civil establece que «[e]l concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece»<sup>13</sup>. Incluso señala que «un sector de la doctrina admite la categoría jurídica de sujeto de derecho del concebido» (Motivos, p. 5). Y, por otro lado, que, a pesar de tener tales consideraciones, el legislador no haya propuesto la abrogación de la condicionalidad de los derechos patrimoniales del concebido. Incluso se acoge a la tesis de la condición suspensiva de tales derechos (Motivos, p. 5), aunque la Constitución no agrega nada adicional sobre el particular.

13 Aunado en ello, el propio ponente del Libro I ha afirmado que «El artículo 1 del Código Civil peruano de 1984 es novedoso e innovador, **pues carece de antecedentes en la codificación civil comparada** de nuestro tiempo. Este aporte se presenta cuando en dicho numeral se enuncia que el concebido es un “sujeto de derecho”. El Código Civil peruano es, a nivel mundial, el primero que contiene un precepto y alcances de esta naturaleza. Nunca se había considerado en el derecho civil positivo que el concebido poseía la calidad de ser un “sujeto de derecho”, es decir, de un ente titular de derechos y deberes o, para decirlo en términos más precisos, de “situaciones jurídicas subjetivas”» (Fernández Sessarego, 2022, p. 98; énfasis agregado).

## 5.2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL CONCEBIDO

### Artículo 2. Condición jurídica del concebido

El concebido es persona humana sujeto de derecho. Goza de identidad propia; posee una identidad genética única e irrepetible y una personalidad independiente a la de su madre.

Del artículo 2 de dicho Proyecto se podría rescatar el reconocimiento de una identidad propia del concebido si no fuera un derecho, según el estado actual de las normas, ya reconocido; ello demuestra, nuevamente, un profundo desconocimiento del ordenamiento jurídico nacional de parte del legislador.

El derecho a la identidad tiene reconocimiento constitucional, además, el concebido es sujeto de derecho para todo en cuanto le favorece (inc. 1 del art. 2 de la Constitución; art. 1 del Código Civil). De manera que, si el concebido tiene toda clase de derechos en cuanto le sean favorables, ¿qué impide que goce de un derecho a la identidad reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico?

Sobre la personalidad independiente del sujeto de derecho, en general, y del concebido, en particular, la doctrina ha debatido y diferenciado los términos «subjetividad», «capacidad de goce» y «personalidad»; no obstante, en la actualidad se identifican como sinónimos; así, tenemos que el término subjetividad (o sujeto de derecho) equivale a los de personalidad y capacidad de goce. Entonces, el concebido, al ser un sujeto de derecho distinto e independiente a los demás, tiene una personalidad distinta a las de la persona natural, persona jurídica y organizaciones de personas no inscritas. Por tanto, tampoco existe la necesidad de «reconocerle» una personalidad independiente a la de su madre, pues el concebido ya goza de esta por ser un sujeto de derecho.

## 5.3. LA INTROMISIÓN DEFECTUOSA

### Artículo 3. Modificación del artículo 1° del Código Civil peruano

Dispóngase la modificatoria del artículo 1° del Código Civil peruano, en los siguientes términos:

«La vida humana comienza con la concepción. La persona humana es sujeto de derecho desde su concepción. El Estado peruano reconoce y garantiza el respeto a la dignidad del concebido, así como su derecho a la vida, a la identidad propia, a la integridad psíquica y física, así como a su libre desarrollo intra uterino».

El artículo 3 del Proyecto, en lugar de corregir la redacción actual del artículo 1 del Código Civil, incrementa y acentúa sus defectos.

La redacción (actual) del artículo 1 del Código Civil establece:

Artículo 1. La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

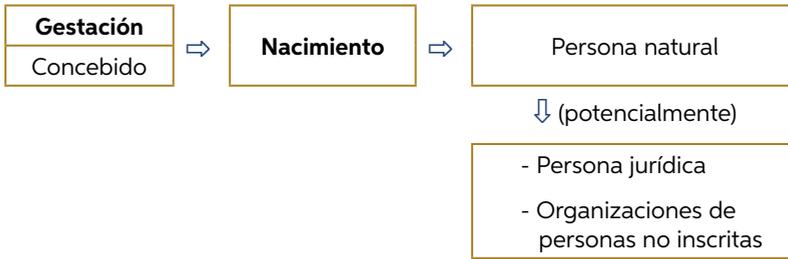
La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

El orden en que el artículo 1 describe la protección de la vida humana no es feliz, debido a que, primero comprende a la persona humana como sujeto de derecho, para luego «retroceder» y desarrollar la tutela jurídica de la vida humana desde la concepción. Así, el artículo 3 del Proyecto no mejora este defecto.

Ante todo, el artículo 3 modifica la primera parte del artículo 1 para considerar que la persona humana es sujeto de derecho desde la concepción. Lo que logra el artículo 3 es enredar las categorías de sujeto de derecho, ya que uno es persona natural después del nacimiento, no antes. Desde la concepción se tutela la vida humana, pero es el concebido quien goza de esta tutela, no la persona natural; aquel adquiere esta última calificación recién con el nacimiento. Así, podemos observar lo siguiente:

**Tabla 1**

*Calificación jurídica del ser humano según el Código Civil*



El traslado de un sujeto de derecho a otro se produce con el nacimiento, donde el concebido pasa de ser tal a ser una persona natural con posibilidad (potencial) de asociarse y constituir personas jurídicas u organizaciones de personas no inscritas.

Por otra parte, consideramos que podría conciliarse tal disposición si se entendiese que la persona humana es el género —en cuanto se considere como sinónimo de ser humano— y que el concebido, la persona natural, la persona jurídica y la organización de personas no inscritas son únicamente modos de ser de esta. De considerarse dicha interpretación, qué duda cabe de que la persona humana, en cuanto concebido, es sujeto de derecho desde que adquiere dicha condición. En tal sentido, de acuerdo con la tabla 1 que elaboramos para ejemplificar la traslación del concebido a la persona natural, tendríamos esto:

**Tabla 2**

*Calificación jurídica del ser humano en atención al Proyecto de Ley*

<b>Gestación</b>	<b>Nacimiento</b>	- Persona natural
Concebido		- Persona jurídica - Organizaciones de personas no inscritas
<b>Persona humana</b>		

Lo que debiera remarcarse hasta este punto es que el concebido y la persona natural no son equivalentes; ambas especies de sujetos de derecho son independientes. Resultaría preocupante, entonces,

equipararlos si el operador jurídico entendiese que la ley, al establecer que el concebido es una «persona humana sujeto de derecho» (art. 1 del Proyecto) y, además, que «[l]a persona humana es sujeto de derecho desde su concepción» (art. 3 del Proyecto), se estaría refiriendo a este como persona natural antes que aprehenderlo como un modo de ser de la persona humana, siendo aquella un sujeto susceptible de contraer deberes y obligaciones, facultad contraria a la calidad del concebido (inc. 1 del art. 2 de la Constitución).

#### 5.4. EL ELENCO DE DERECHOS

##### Artículo 4. Derechos del concebido

El Estado debe proteger al concebido, en irrestricto respecto de su condición de persona humana y sujeto de derecho. Entre sus derechos se reconocen y protegen de manera enunciativa, los siguientes:

1. A la dignidad.
2. A la vida.
3. A la identidad propia e independiente de su madre gestante.
4. A la integridad psíquica y física.
5. A su libre desarrollo.
6. A la salud.

El artículo 4 continúa con los errores de los artículos precedentes. Así, tanto la enunciación del elenco como la enumeración son innecesarias porque ya existe una cláusula de interpretación favorable sobre los derechos del concebido contemplada en la Constitución (inc. 1 del art. 2) y el Código Civil (art. 1); incluso el Estado, al reconocer nuevos derechos debido a la atipicidad de los derechos fundamentales (art. 3 de la Constitución)<sup>14</sup>, le puede imputar estos al concebido en

---

14 Constitución peruana (1993). «Artículo 3. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo **no excluye los demás que la Constitución garantiza**, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno» (énfasis agregado).

cuanto le resulten favorables. En ese sentido, la enunciación y la atribución resultan prescindibles.

Ahora bien, ¿cómo debería interpretarse este artículo?, ¿existe un orden de prelación de un derecho sobre el otro? Si la respuesta (hipotética) a esta segunda interrogante fuese afirmativa, llegaríamos a un horror jurídico: ¿acaso debe prevalecer el libre desarrollo del concebido frente a su derecho a la salud? En el supuesto (lamentable) de un bebé anencefálico, ¿se debe priorizar su libre desarrollo encauzado al nacimiento a sabiendas de que (probablemente) nacerá muerto o, si nace, lo hará bajo un prolongado sufrimiento hasta su deceso?

## 5.5. LOS DERECHOS DE LA MADRE GESTANTE

### Artículo 5. Derechos de la madre gestante

El Estado garantiza el acceso a la salud de la madre gestante, así como la información requerida para el cuidado de la salud y nutrición del concebido, durante el proceso gestacional.

Un acierto del Proyecto es garantizar el acceso a la salud de la madre gestante. El Perú logró un avance al no exponer a las mujeres embarazadas a actividades riesgosas en las relaciones de trabajo; así, la Ley n.º 28048, en su art. 1, establece que «[e]n los centros de trabajo las mujeres gestantes solicitarán al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación [...]», y una vez el empleador tome conocimiento de la madre gestante, le asignará labores que no pongan en riesgo la salud y el desarrollo del concebido (párr. 2). Asimismo, le garantiza acceso a la salud y que el Estado también le proporcionará la información para el cuidado, el bienestar y la nutrición del concebido.

La madre gestante, al igual que el concebido, recibe un tratamiento especial. De esa forma, en el artículo 2 del Código de los Niños y Adolescentes (Ley n.º 27337), se prescribe lo siguiente: «Es responsabilidad del Estado promover el establecimiento de condiciones adecuadas para la atención de la madre durante las etapas del embarazo, el parto y la fase postnatal». En esa línea, el tratamiento del concebido y la madre gestante no es —ni debiera ser— unidireccional, sino

bidireccional. No se puede tutelar a uno excluyendo al otro, ambos sujetos de derechos reciben una atención especial de parte del ordenamiento jurídico por su condición de tales.

## 5.6. EL RIESGO MÉDICO DE LA MADRE GESTANTE Y DEL CONCEBIDO

### Artículo 6. Riesgo médico de la madre gestante y/o concebido

En situaciones de alto riesgo médico, en los que se ponga en peligro la vida de la madre gestante y del concebido, los profesionales de la salud se encuentran obligados a informar el diagnóstico, tratamiento y efectos de estos, en la salud y desarrollo de la madre gestante y el concebido. En casos de que, el tratamiento ponga en peligro la vida de alguno de estos, corresponde a la madre o cónyuge, conviviente o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, decidir respecto de los actos médicos a ejecutarse.

El problema que observamos de la redacción de este artículo radica en el rango de personas que determinarían los actos médicos a ejecutarse. Esto se debe a que la última parte del presente artículo no advierte que debiera observarse tal elenco «excluyentemente y en ese orden» como sí lo realizan otras normas en nuestro ordenamiento<sup>15</sup>. Ante ello, ¿resultaría exigible la concurrencia de todos ellos para la decisión? Aun cuando la omisión del legislador resultara desalentadora, el artículo 6 del Proyecto tendría que interpretarse junto a la Guía de estandarización relativa al aborto terapéutico<sup>16</sup>, así como al propio artículo 119 del Código Penal, los cuales priorizan la voluntad de la madre gestante y, en su defecto, la de su representante legal.

---

15 Por citar algunos ejemplos, el art. 13, relativo a los actos funerarios; el art. 14, respecto del derecho a la intimidad personal y familiar; y el art. 15, con relación al uso de la imagen o la voz del fallecido.

16 Nos referimos concretamente a la «Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119º del Código Penal», aprobada mediante la Resolución Ministerial n.º 486-2014-MINSA del 27 de junio de 2014.

## 5.7. BALANCE DEL PROYECTO

Tal como fue presentado el Proyecto, ya que sufrió sendas modificaciones hasta llegar a la Ley n.º 31935 hoy por hoy vigente, entendemos que no tuvo como pretensión principal corregir los defectos de la legislación, sino que se limitó tanto a incorporar nuevas imperfecciones como a redundar en disposiciones ya contempladas por la Constitución y el Código Civil. Así, tenemos:

**Tabla 3**

*Defectos del Proyecto de Ley n.º 785/2021-CR con relación al concebido*

Proyecto de Ley n.º 785/2021-CR respecto al concebido	
Error	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ratificó el carácter <i>quasi</i> divino del legislador<sup>17</sup> para pronunciarse sobre los hechos biológicos, ya que no abrogó la disposición relativa al inicio de la vida humana.</li> <li>• No se pronunció respecto de la condición de los derechos patrimoniales del concebido (2.º párr. del art. 1 del C. C.), el cual no condice con lo establecido con la Constitución, pues el concebido es «sujeto de derecho para todo cuanto le favorece» (inc. 1 del art. 2)<sup>18</sup>.</li> <li>• Equiparó la condición del concebido a la de persona natural (art. 1 del Proyecto).</li> </ul>
Redundancia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Afirmó que el concebido tiene «una personalidad independiente a la de su madre» (art. 2 del Proyecto), aun cuando es un sujeto de derecho autónomo a los tres (ya) reconocidos por el Código Civil<sup>19</sup>.</li> <li>• Enunció el elenco de derechos que el concebido goza por su condición de tal (art. 4 del Proyecto), pese a que la Constitución establece su condición de sujeto de derecho especial y el carácter de la atipicidad de derechos (art. 3 de la Constitución).</li> </ul>

17 Que, como portavoz de la divinidad, y creyéndose un hombre extraordinario (*homme extraordinaire*) (Rousseau, 1762, p. 85), decidió pronunciarse sobre el inicio de la vida humana.

18 Así, nos acogemos a la posición del profesor Fernández Cruz (2015), quien afirma que «este artículo es inconstitucional», refiriéndose al segundo párrafo del art. 1 del Código Civil.

19 Durante la corrección del presente trabajo, nos enteramos de que el Decreto Legislativo n.º 1568, Decreto Legislativo del Régimen de la Propiedad Horizontal, considera en su art. 21 que «[l]a naturaleza de la Junta de Propietarios es la de ser un sujeto de derecho».

## 6. LAS OBSERVACIONES POR PARTE DEL EJECUTIVO

Mediante el Oficio n.º 139-2023-PR, del 19 de mayo de 2023, el Poder Ejecutivo remitió observaciones con relación a la Autógrafa de Ley (en adelante, Autógrafa), cuyo contenido se mantuvo en la recientemente promulgada Ley n.º 31935. A continuación, comentaremos sumariamente aquellas respecto del articulado de la Autógrafa.

### 6.1. OBSERVACIONES EN CUANTO AL OBJETO DE LA AUTÓGRAFA (ART. 1)

En el oficio aludido se señaló lo siguiente: «es necesario que el Poder Legislativo desarrolle un debate con mayor profundidad sobre el concepto de “concebido”, en atención a la complejidad del tema en el plano internacional» (p. 2). Según esta observación, el Poder Ejecutivo critica el hecho de que el legislador mantenga la acepción de «concebido» para aludir al ser humano durante la etapa prenatal, cuyo ser es valorado por el derecho desde la entrada en vigor del Código Civil (1984) vigente. Ocurre, pues, que el legislador ha simplificado los distintos hechos biológicos que transcurren antes del nacimiento a través del reconocimiento del concebido como categoría omnicompreensiva. Entonces, «la Autógrafa de Ley en tanto no presenta una definición al respecto, genera incertidumbre sobre cuáles son sus alcances» (p. 2).

A su vez, convendría reflexionar respecto al sentido de atribuirle dicho *nomen* en vez de uno genérico, como aquel que manejaba el Código de 1936, pues lo denominaba «al que está por nacer», sin aclarar si se refería al cigoto, embrión, feto, entre otros. Cabe anotar que la referencia histórica nacional registra un antecedente en el Proyecto de Código Civil de 1890<sup>20</sup>, el cual establecía en su art. 149:

El hombre, según su estado natural, **es concebido** ó nacido.

El nacido, tiene los derechos civiles que le declaran las leyes.

**Al concebido** se le reputa nacido para todo lo que le favorece (énfasis agregado).

---

20 El Código Civil chino, por su parte, regula la vida prenatal reconociéndole capacidad de goce al concebido y extiende dicho reconocimiento a toda situación donde se involucre la tutela de sus intereses (art. 16).

Sin embargo, no resulta del todo pertinente exigir que el legislador se pronuncie sobre la definición del concebido si no se opta por reemplazar el término «concebido», en una futura reforma, por uno más acorde con la realidad biológica y los avances médicos del nuevo milenio o que, en su defecto, se determine su nomenclatura sobre la base de un término genérico. En el mismo sentido, con relación a sus alcances, en estos temas tan delicados como lo relativo a la vida humana —y, sobre todo, aquella que apenas conocemos durante la gestación—, el legislador debería limitarse a establecer directrices generales. Todo ello sin olvidar que la autoridad llamada a pronunciarse, antes que el legislador, es la médica.

## 6.2. OBSERVACIONES EN CUANTO AL ELENCO DE DERECHOS (ART. 2)

En cuanto al artículo 2, se ha indicado lo siguiente:

[...] respecto del derecho a la integridad moral, psíquica y física (inciso c del artículo 2 de la Autógrafa), del derecho a la identidad (inciso d del artículo 2 de la Autógrafa) y del derecho al libre desarrollo y bienestar (inciso e del artículo 2 de la Autógrafa), estos no son aplicables al embrión o feto, ya que son derechos de la persona humana (p. 3).

No compartimos dicha observación, ya que ni el Poder Legislativo ni el Ejecutivo tendrían, en primer y último término, la decisión de limitar el alcance de qué derechos le corresponden a cada ser humano, menos aún al concebido, sino que esta prerrogativa le corresponde a la Constitución y al órgano encargado de interpretarla; de ese modo, no guardan razón al afirmar que tales derechos le corresponden únicamente a la persona humana, incluso cuando el concebido es un sujeto de derecho «para todo cuanto le favorece». Ahora bien, al puntualizar que estos derechos le corresponden a la persona humana, no hacen sino corroborar que ambos órganos del Estado entienden como persona humana a la persona natural, la cual es distinta del concebido.

[...] la ausencia en la Autógrafa de mención sobre el derecho y las políticas públicas concernientes al aborto terapéutico y el acceso a métodos anticonceptivos [...] puede entenderse excluyente e interpretarse que la aprobación de la norma propuesta es derogatoria, debido a la presunción legal de que la autógrafa de ley y el protocolo de aborto terapéutico, [sic] se tratarían de planteamientos jurídicos opuestos (p. 4).

Lo que sí no puede obviarse es el silencio del legislador respecto de la protección bidireccional a la que aludimos líneas arriba, ya que desde la Autógrafa se han eliminado las referencias a tales medidas protectivas para ambos sujetos de derecho, vale decir, la madre gestante y el concebido.

No hay que perder de vista, pues, que en nuestro país han habido, solo en el último año, dos casos mediáticos relativos al aborto terapéutico<sup>21</sup>. Ello debiera invitar, por lo menos, a los órganos de gobierno a reflexionar sobre el estado de la cuestión de tales acontecimientos, con mayor razón sobre aquel que tiene la potestad primaria de la legislación; sin embargo, pareciera que tales hechos no se encuentran en la mente del legislador al regular los asuntos relativos al concebido y la madre gestante.

## 7. CONCLUSIÓN: LA SIGNIFICANCIA DE LA LEY N.º 31935

Finalmente, llegó el 16 de noviembre de 2023, fecha en la que se promulgó la Ley n.º 31935, la cual tiene como objetivo «reconocer los derechos del concebido» (art. 1). Con lo cual, se limita a enlistar los derechos del concebido (art. 2), sin establecer que tal registro es meramente «enunciativo» como sí ocurría con el Proyecto (véase nuestro subapartado 5.4.).

---

21 Nos referimos concretamente a los (lamentables) casos de «Camila v. Perú» y «Caso Mila». En ambos casos, las víctimas tuvieron que esperar a las instancias mayores de los órganos resolutivos (Corte Internacional y Corte Suprema) para acceder a una medida reconocida legalmente en nuestro medio: el aborto terapéutico.

Admitir que la Ley n.º 31935 (Ley que reconoce derechos al concebido) tiene significancia alguna es atribuirle demasiada importancia. Lo poco rescatable que tuvo el Proyecto fue eliminado de la redacción final, incluso las pocas precisiones que le darían «coherencia» al articulado, como el caso de que la lista de derechos es meramente enunciativa.

Sin embargo, al considerar que la actual Ley que reconoce derechos al concebido nada aporta al ordenamiento jurídico nacional, tanto en regulación como en interpretación, se refleja la ignorancia de nuestros órganos de gobierno respecto de las instituciones que regulan. Así, la promulgación de la Ley se traduce en el autorreconocimiento del legislador de su propia humanidad, abandonando la noción de ser individuos extraordinarios que regulan las relaciones humanas. Al final del día, se comprende que los congresistas son simplemente aquellas «pobres criaturas débiles» de las que hablaba Carnelutti<sup>22</sup>.

## REFERENCIAS

- Aristóteles. (1964). *Política*. En *Obras completas* (pp. 1559; F. de P. Samarach & otros, trads.). Editorial Aguilar.
- Baccari, M. P. (2006). *La difesa del concepito nel diritto romano. Dai Digesta dell'Imperatore Giustiniano*. G. Giappichelli Editore.
- Bello, A. (1954). *Código Civil de la República de Chile* (t. 1). Ediciones del Ministerio de Educación.
- Catalano, P. (1996). Osservazioni sulla «persona» dei nascituri alla luce del diritto romano (Da Giuliano a Teixeira de Freitas). En *Diritto e Persona* (t. 1; pp. 195-215; reimpr.). G. Giappichelli.
- Cipriani, F. (1991). *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*. Giuffrè Editore.

---

22 La cita a Carnelutti entiéndase únicamente como retórica, ya que la idea del citado autor iba en otro camino (Cipriani, 1991, p. 8).

- Código Civil de la República Argentina y legislación complementaria* (notas de Dalmacio Vélez Sarsfield). (1989). A-Z Editora.
- Code Civil, annoté* (120.<sup>a</sup> ed.). (2020). Éditions Dalloz.
- De Nova, G. (ed.). (2021). *Codice Civile e leggi collegate*. Zanichelli Editore.
- Fadda, C. (1923). *Diritto delle persone e della famiglia*. Lorenzo Alvano Libraio Editore.
- Fernández Cruz, G. (2015). La dimensión omnicomprendiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. En J. Espinoza Espinoza (coord.), *Análisis sistemático del Código Civil a tres décadas de su promulgación* (pp. 489-524). Instituto Pacífico.
- Fernández Sessarego, C. (1990a). Sujeto de derecho y persona natural (con especial énfasis a los Códigos civiles argentino y peruano). En *Nuevas tendencias en el derecho de las personas* (pp. 19-58). Universidad de Lima.
- Fernández Sessarego, C. (1990b). Tratamiento jurídico del concebido. En *Nuevas tendencias en el derecho de las personas* (pp. 59-109). Universidad de Lima.
- Fernández Sessarego, C. (2009). *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*. Motivensa.
- Fernández Sessarego, C. (2022). *Derecho de las personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984* (14.<sup>a</sup> ed., actualizada por Enrique Varsi Rospigliosi). Rimay Editores.
- Ferretti, P. (2008). *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*. Giuffrè Editore.
- Gemelli, G. (2022). *La tutela risarcitoria del concepito*. Giuffrè Francis Lefebvre.
- Grandi, D. (2010). *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile* (al cuidado del Consiglio Nazionale Forense, con introducciones de Giovanni Battista Ferri y Nicola Rondinone). Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato.

- Guzmán Brito, A. (2002). Los orígenes de la noción de sujeto de derecho. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (24), 151-247.
- Maldonado, J. (1946). *La condición jurídica del «nasciturus» en el derecho español*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- Marsal Guillamet, J. (2013). Trad. de las secciones 2064-2302. En A. Lamarca Marqués (dir.), *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil* (pp. 471-510). Marcial Pons.
- Mommsen, T. (1899). *Compendio del derecho público romano* (P. Dorado, trad.). Editorial La España.
- Mommsen, T. (1960). *Historia de Roma* (2.<sup>a</sup> ed.; A. García Moreno, trad.). Joaquín Gil editor.
- Palandt, O. (2008). *Bürgerliches Gesetzbuch* (67.<sup>a</sup> ed.). Verlag C. H. Beck.
- Pérez, M. (2013). Trad. de las secciones 1922-2063. En A. Lamarca Marqués (dir.), *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil* (pp. 445-471). Marcial Pons.
- Platón. (1966). Las leyes o de la legislación. En *Obras completas* (pp. 1413-1414; F. de P. Samarach & otros, trads.). Editorial Aguilar.
- Poder Ejecutivo. (2023). *Oficio n.º 139-2023-PR*. Lima: 19 de mayo de 2023. <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/11/Vea-texto-del-proyecto-de-ley..pdf>
- Real Academia de la Historia. (1807). *Las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio* (t. III, Partida Cuarta, Quinta, Sexta y Séptima). Imprenta Real.
- Rousseau, J. J. (1762). *Du Contract Social; ou, Principes du Droit Politique*. Marc-Michel Rey.
- Schipiani, S. (1999). *La codificazione del diritto romano comune* (reimpr. aumentada). G. Giappichelli Editore.
- Terreni, C. (2013). *Quae Graeci phantasmata vocant. Riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*. Pisa University Press.

- Teixeira de Freitas, A. (2003). *Consolidação das Leis Civis*. Editorial del Senado Federal.
- Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Gaceta Jurídica.
- Von Savigny, F. C. (1878). *Sistema del derecho romano actual* (t. I, J. Mesía & M. Poley, trads.). F. Góngora y Compañía.
- Windscheid, B. (1925). *Diritto delle pandette* (vol. I, trad. al italiano de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa). UTET.