

La protección jurídica desde el principio de la vida humana: A propósito del reconocimiento de la «concepción» en la legislación civil peruana

Romina Santillán Santa Cruz¹

RESUMEN

En el presente trabajo la autora analiza y fundamenta la exigencia jurídica de la protección de la vida humana desde el momento de la concepción, por ser éste el momento en que inicia el ciclo vital y, por ende, desde cuando el ser humano es titular de sus derechos fundamentales. Para este estudio se toman como punto de partida las declaraciones del segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil peruano, que han merecido variados pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia nacional, sobre todo acerca de la protección del concebido como sujeto de derecho. Asimismo, se recurre al estudio de las teorías más difundidas sobre la concepción, de las divergencias doctrinales postuladas con relación a la tutela de la vida humana y la postura que defiende el Tribunal Constitucional peruano; al mismo tiempo, se hace una breve referencia al estatus jurídico que ostentarían los embriones no implantados, para sustentar la necesidad de extenderles el alcance protector del orden jurídico civil y constitucional.

PALABRAS CLAVE

Vida humana, concepción, concebido y protección jurídica de la vida en la legislación civil peruana.

SUMARIO

I. Anotaciones preliminares. II. Teorías más difundidas sobre la concepción. III. Divergencias doctrinales para la defensa de la vida humana y la postura del Tribunal Constitucional peruano. IV. La teoría de la gestación y el error de su equiparación con la

¹ Docente adscrita al Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, y Máster en Especialización e Investigación en Derecho por la Universidad de Zaragoza, con mención en Derecho de la Familia y de la Persona.

concepción. V. Estatus jurídico y protección de los embriones no implantados. VI. A modo de conclusión.

I. Anotaciones preliminares

En lo que concierne al Derecho peruano, el legislador civil adopta una postura clara sobre el inicio de la vida humana. El segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil de 1984 (en adelante, CC 1984), estructuralmente ubicado en la parte relativa al “Principio de la persona”², se apertura con el enunciado “*la vida humana comienza con la concepción*”, declaración importante para el Derecho peruano porque se constituye en el punto de partida para la protección jurídica de la vida humana, que, a decir del tenor literal del precepto, comienza con la concepción.

Cuando se habla de la vida humana, implícitamente, se hace referencia a la existencia de la persona. Hablar de vida humana es hablar del ser humano³ y del continuo proceso que implica su desarrollo. Para el Derecho Civil peruano la vida del ser humano inicia desde la concepción y, en la medida que “la vida es un bien, bien personal, bien común y don divino. [...], es un valor fundamental para el Derecho”⁴. De allí la necesidad de preservar la vida humana desde la concepción, sea cual fuere el modo en que se manifieste, bien prenatal o independiente⁵; siendo el reconocimiento de la subjetividad jurídica del ser humano a partir del momento inicial de su existencia, una de las mejores formas para preservarla. Esto explica que luego de enunciarse que la vida humana inicia con la concepción, se haya expresado que el “concebido” es sujeto de derecho de todo cuanto le favorece⁶.

² Se trata del Título I, ubicado dentro de la Sección Primera sobre las Personas Naturales que, a su vez, se encuentra contenida en el Libro I denominado del Derecho de las Personas.

³ Sánchez Dávalos sostiene con acierto: “La noción de vida a efectos de la ciencia del Derecho, [...], está indisolublemente ligada al ser humano. [...] La vida de los seres humanos tiene así, para el mundo jurídico, una suerte de doble función: es un principio y a la vez un derecho”. (SÁNCHEZ DÁVALOS, Luis, “Las dimensiones del derecho a la vida”, en *Los Derechos Fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del derecho*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 34).

⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, 4ta. ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 17.

⁵ Entiéndase por ésta a la vida humana después del nacimiento.

⁶ El segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil peruano vigente también refiere: “(...) El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. (...)”.

Constitucionalmente también se brinda protección al concebido tras reconocérsele la condición de sujeto de derecho para todo lo favorable⁷, y aunque el constituyente no se refiera de modo *ex profeso* a la concepción, puede comprenderse que denomina concebido al ser humano antes de nacer porque admite tácitamente que la vida inicia desde aquel momento. Es elemental la relación terminológica advertida, pues sólo puede nombrarse “concebido” a quien aún no ha nacido, cuando se entiende a la concepción como el momento determinante del inicio de la vida.

La “concepción” se convierte en un punto clave, porque es a partir de ese momento – como reconoce el CC 1984– cuando comienza la vida humana y, por consiguiente, desde cuando corresponde proteger los derechos del ser humano, lo que se traduce, a su vez, en la necesidad de brindar primaria tutela al concebido por representar él la etapa inicial de la vida⁸. El concebido es manifestación de vida humana. Es el ser humano en la primera fase del desarrollo vital y posee existencia para el Derecho, que le brinda tutela en todo lo que le beneficia o favorece aun cuando, todavía, no ha nacido.

La intención del legislador de 1984, al declarar que la vida humana inicia desde la concepción, no fue otra que la de resaltar que desde aquel instante el ser humano merece protección jurídica. Era importante para el codificador que normativamente quedara establecida la posición adoptada sobre el inicio de la vida humana, pues ésta suponía el reconocimiento de un hecho biológico⁹; siendo precisamente por la trascendencia de su reconocimiento que el Código Civil peruano, a través de su artículo primero, se limitó a enunciar que con la concepción iniciaba la vida humana. Es por ello que en la legislación peruana no existe norma alguna que defina en qué momento se produce la concepción¹⁰.

⁷ El artículo 2 de la Constitución Política peruana de 1993, en la parte final de su inciso 1), regula: “(...). El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

⁸ Cf. SÁNCHEZ DÁVALOS, Luis, op. cit., p. 38.

⁹ Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, 10ma. ed., Grijley, Lima, 2007, p. 9.

¹⁰ A diferencia del Código Civil peruano, el Código Civil de Argentina establece en su artículo 70 que “*Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas [...]*” (que concuerda con el artículo 63 del mismo cuerpo legal: “*Son personas por nacer las que no habiendo nacido están el seno materno*”). Por lo cual, para el Derecho Civil argentino “concepción” parecería significar sólo “la existencia de las personas en el seno materno”.

Ahora bien, aunque queda clara la posición de la legislación peruana sobre el momento en que inicia la vida del ser humano, ciertos desencuentros entre las disciplinas jurídicas civil y penal a propósito del momento en que debe brindarse protección al concebido, las más recientes discusiones a nivel jurisprudencial sobre la distribución gratuita de la píldora del día siguiente¹¹, así como el cuestionamiento sobre el estatus jurídico que correspondería al concebido mediante técnicas artificiales de reproducción humana, han puesto a nuestro Derecho ante la necesidad de responder qué se entiende por concepción; problemática que, pese al silencio del legislador, se encuentra delimitada por el propio ordenamiento jurídico, que impone definir el momento de la concepción mas no el momento del inicio de la vida¹², pues sobre esto último ya tiene una respuesta: la concepción.

Por ello, lo que pretende dilucidarse es ¿En qué momento se produce la concepción y, en consecuencia, desde cuándo el ser humano es sujeto de derecho para la legislación peruana?, temática que inevitablemente se relaciona con la necesidad de determinar la entidad y el estatus jurídico que ostentaría el embrión *in vitro*, y que también será abordada. La respuesta, sin lugar a dudas, se encuentra impuesta por la realidad biológica, pues aunque puedan existir consideraciones jurídicas alejadas de ésta, lo cierto es que la ley no puede decidir cuándo empieza la vida. La tarea de determinar qué se entiende por concepción en el Derecho peruano no implica optar arbitrariamente por una u otra de las teorías que postulan el momento de la concepción, sino que esto debe ser el reflejo de la realidad del ser humano.

¹¹ En el Perú, esta temática fue tratada en el marco de un proceso constitucional de amparo –resuelto en la STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009– seguido por la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” contra el Ministerio de Salud (MINSA), cuya pretensión era que este último se abstuviera de aplicar la política pública de distribución gratuita de la “Píldora del día siguiente” en los establecimientos de salud, al no conocerse con certeza los efectos del citado fármaco. Cabe señalar que antes de este proceso el Tribunal Constitucional ya había declarado fundada una acción de cumplimiento contra el MINSA por no haber aplicado resoluciones vigentes que le ordenaban repartir gratuitamente la “píldora del día siguiente”. Cf. STC Exp. N° 7435-2006-PC/TC, del 13 de noviembre de 2006.

¹² Cf. SÁNCHEZ DÁVALOS, Luis, ob. cit., p. 47.

II. Teorías más difundidas sobre la concepción

Las posiciones¹³ esbozadas por la doctrina sobre la concepción, son diversas. En lo que compete al ámbito peruano, la teoría de la fecundación y la teoría de la anidación son las más difundidas. También se tiene a la teoría de la gestación o del embarazo que, aunque con menor difusión, es apoyada por una parte minoritaria del sector académico, y que será abordada con detenimiento en otro apartado.

Para la teoría de la fecundación, la concepción se produce desde el instante en que el espermatozoide penetra en el óvulo, porque al quedar estos fusionados se genera una nueva célula denominada cigoto; siendo desde ese instante, a decir de esta teoría, que puede hablarse de la concepción de un nuevo ser dotado de características únicas e irrepetibles¹⁴. Sin embargo, lo defendido por esta teoría ha sido segmentado por sus propios seguidores en dos sub posiciones. Unos consideran que la concepción empieza desde el inicio del proceso fecundatorio, porque una vez que el óvulo ha sido fecundado por el espermatozoide se da inicio a un proceso vital irreversible¹⁵. Para los otros, aunque la concepción se produce en la fecundación, ésta se desarrolla completamente cuando se fusionan los pronúcleos masculino y femenino –esto es, cuando los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos quedan conjugados–, a lo que se denomina singamia; por lo que sólo desde ese instante el cigoto gozaría de autonomía genética para presidir su propio desarrollo diferenciado de la madre y el padre¹⁶.

¹³ Aparte de las citadas, existe también la teoría que condiciona el comienzo de la vida humana al inicio de la actividad cerebral (que se produce, aproximadamente, a la sexta semana desde la fecundación). Para los que siguen esta teoría, resulta lógico que si la persona llega a su fin con el estado irreversible de las funciones cerebrales, lo propio es que la actividad cerebral sea también la que marque la pauta para el inicio de la vida humana. Para ver las referencias doctrinales a esta teoría, Cf. STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 14; BLASI, Gastón, “¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario”, en *Persona, Derecho y Libertad, Nuevas perspectivas: Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa, Lima, 2009, pp. 103-105.

¹⁴ Cf. SÁNCHEZ DÁVALOS, Luis, ob. cit., p. 46.

¹⁵ Cf. STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 14, contenido en el punto i) dentro del acápite 4.2 de las Teorías sobre el inicio de la vida. El TC trata esta sub teoría basándose en la información brindada por la ciencia médica.

¹⁶ Cf. *Ibidem*. Bossert y Blasi siguen esta sub postura de la teoría de la fecundación. Cf. BOSSERT, Gustavo, “Fecundación humana asistida”, en *Derecho Civil de nuestro tiempo*, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, pp. 115-116; BLASI, Gastón, ob. cit., pp. 99-100.

Lo que, en uno y otro caso, los seguidores de la teoría de la fecundación discuten es el tiempo exacto que dura la formación del cigoto, mas no que la concepción se produzca con la fecundación, esto es, desde el instante mismo en que se fusionan el óvulo con el espermatozoide. La fecundación “es un proceso que dura algunas horas, y se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, y concluye luego de la interacción bioquímica con la formación del cigoto, que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino”¹⁷. Aunque la formación del cigoto pueda durar algunas horas, “la concepción, la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, no produce ningún otro ser que no pertenezca a la naturaleza de ‘ser humano’”¹⁸.

Por su parte, para la teoría de la anidación sólo es posible afirmar el inicio del ser humano a partir de la adherencia del óvulo fecundado –esto es, del cigoto– en la parte interior del útero materno¹⁹. Para ésta, únicamente puede hablarse de concepción cuando el óvulo fecundado obtiene las condiciones naturales que le permitan, con toda certeza, asegurar su desarrollo, lo que –según afirma la teoría en cuestión– “sólo puede darse en aquellos casos en los que el cigoto, una vez evolucionado en blastocito, queda alojado en la cavidad interna del útero (endometrio), situación que recién se produce a los siete días de la fecundación, demorando otros siete más, para quedar totalmente concluido”²⁰.

III. Divergencias doctrinales para la defensa de la vida humana y la postura del Tribunal Constitucional peruano

Frente a las posturas generadas, respectivamente, por las teorías de la fecundación y de la anidación, la doctrina civil defiende que la concepción no es otra que la fecundación misma. Para la mayoría de los juristas peruanos que se desempeñan en esta disciplina

¹⁷ STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 14, contenido en el punto i) dentro del acápite 4.2 de las Teorías sobre el inicio de la vida.

¹⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 65.

¹⁹ Cf. STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 14, contenido en el punto ii) dentro del acápite 4.2 de las Teorías sobre el inicio de la vida. El TC trata la teoría de la anidación basándose en la información brindada por la ciencia médica.

²⁰ SÁNCHEZ DÁVALOS, Luis, ob. cit., p. 47.

jurídica las expresiones “concepción” y “fecundación” son indistintas²¹, ya que aluden a una misma realidad: el instante en que inicia la vida humana; por lo cual, desde siempre “se han pronunciado a favor de ubicar la concepción en la etapa de la fecundación y específicamente a partir de la fusión de los pronúcleos y la formación de la nueva célula distinta a la que le dieron origen”²².

La doctrina penal, por el contrario, prefiere adoptar la teoría de la anidación²³ para brindar protección jurídica a lo que denomina la “vida humana dependiente”²⁴ –sobre todo frente al delito de aborto²⁵–. Para el Derecho Penal es mejor tutelar la vida humana a partir de la anidación del cigoto en el útero –proceso biológico que concluye aproximadamente al décimo cuarto día de la fecundación–, porque sólo a partir de este momento el nuevo ser es biológicamente viable para desarrollarse naturalmente²⁶. Pero ésta es sólo una consideración de la doctrina mas no de la legislación penal, la cual no hace referencia alguna al inicio de la vida humana. Resulta también conveniente señalar que la doctrina penal busca proteger la vida humana desde la anidación, no porque considere que desde ese instante aquélla inicie, sino porque –según sostiene– a partir de ese momento el cigoto tendría más posibilidades para seguir desarrollándose; con lo cual, en última instancia, termina afirmándose que hay vida humana antes de la anidación.

Por ello, más allá de lo que las normas o la doctrina puedan decir, lo cierto es –de acuerdo con la ciencia médica– que la concepción es un hecho biológico que se produce con la fecundación y no con la anidación, pues ésta es sólo una etapa dentro de todo el proceso vital que supone como necesaria la existencia previa de un cigoto –un óvulo

²¹ Entre los juristas peruanos que defienden esta postura se tiene a, Cf. RUBIO CORREA, Marcial, *El ser humano como persona natural*, 2da. ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 16; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, ob. cit., p. 5.

²² STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 14.

²³ Cf. Ibídem, f. j. 23; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho Penal. Parte Especial*, IDEMSA, Lima, 2004, p. 929.

²⁴ Cf. SALINAS SICCHA, Ramiro, ob. cit., p. 929.

²⁵ Dada la posición asumida en la doctrina penal, el aborto es definido como “el aniquilamiento del producto de la gestación en el período comprendido entre la anidación hasta antes que comience el parto, ya sea provocando su expulsión violenta o por su destrucción en el mismo vientre de la gestante”. (SALINAS SICCHA, Ramiro, ob. cit., p. 929). Cf. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y María del Carmen, GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ta. ed., San Marcos, Lima, 1998, pp. 36-37.

²⁶ Cf. SALINAS SICCHA, Ramiro, ob. cit., p. 929

fecundado por un espermatozoide– para ser implantado en el útero de la mujer. Es por ello que antes de producirse la anidación existe ya un ser humano, pues si éste no es tal desde la fecundación tampoco lo será después²⁷.

En esa medida, el CC 1984 denomina concebido al ser humano antes de nacer porque reconoce que la vida humana comienza con la concepción, declarándolo, además, sujeto de derecho para todo cuanto le sea favorable. Pues de no ser así y se admitiera como válida la regla por la que la implantación o anidación es el momento en que inicia la vida humana, el “concebido como sujeto de derecho” sufriría una metamorfosis conceptual y material, para hablarse del “implantado o anidado como sujeto de derecho”, condicionándose al ser humano a su anidación o implantación en el útero para poseer la calidad de sujeto de derecho y, por ende, gozar de tutela jurídica.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano (en adelante, TC) también ha fijado su posición al respecto en la STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, en la que se discute la posible afectación al derecho a la vida del concebido con la distribución gratuita de la píldora del día siguiente²⁸. En ésta el TC, aplicando los principios *pro homine*²⁹ y precautorio³⁰, establece que, como la vida humana debe protegerse desde la concepción, no corresponde

²⁷ Sobre el tema, Fernández Sessarego afirma: “La ciencia considera que la vida humana del concebido no aparece en el instante de la implantación del embrión en el útero, acto comúnmente conocido como ‘anidación’, sino en el de la fusión de los núcleos de los gametos femenino y masculino. Si recién en la anidación apareciese un nuevo ser viviente no se explica qué clase de ser es aquel que, surgiendo en el momento de la concepción o fecundación, existe en el cuerpo de la madre hasta su implantación en el útero. ¿Será, acaso, una pepita de oro, una pepita de algodón, un árbol de algarrobo o un corderito?”. (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Protección jurídica del concebido”, en *La Constitución comentada, Análisis artículo por artículo*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 44). Por su parte, de modo bastante ejemplificativo, Leal Esquivel dice: “implantarse en el útero es como anclar un barco: el barco existía antes de anclarse”. (LEAL ESQUIVEL, Alejandro, citado por DÍAZ MUÑOZ, Oscar, *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia 02005-2009-PA/TC sobre la píldora del día siguiente*, en «Revista de Derechos Humanos», vol. 1 (2010), p. 155).

²⁸ Distribución que debía realizar el Ministerio de Salud (MINSa) como parte de una política pública de planificación familiar, y que, además, estuvo respaldada por la STC Exp. N° 7435-2006-PC/TC.

²⁹ El principio *pro homine* es un principio de interpretación de derechos humanos “conforme al cual debe preferirse aquello que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos humanos”. (DÍAZ MUÑOZ, Oscar, ob. cit., p. 149).

³⁰ El principio precautorio, en palabras del TC, se trata de un principio que opera “ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos”. (STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 50).

distribuir la píldora del día siguiente al existir dudas razonables sobre sus efectos³¹, básicamente referidos a la forma en la que dicho fármaco afecta al endometrio y, por ende, al proceso de implantación del cigoto³²; precisando para ello que la concepción se da con la fecundación, porque como bien señala: “[Es] con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio”³³.

En el contexto normativo, el criterio establecido por el TC sobre el momento en que se produce la concepción, es de aplicación general para todo el Derecho. Todas las disciplinas jurídicas encargadas de tutelar la vida humana³⁴ deben protegerla desde la concepción, que se produce con la fecundación, porque con ésta se forma “un individuo único e irrepetible que cuenta con una nueva y exclusiva información genética que, si nada lo interrumpe y sin dejar de ser el mismo individuo, se desarrollará autónomamente como un ser humano, según el programa de ejecución inscrito en su propia genoma”³⁵. Así las cosas, cobra sentido que el CC 1984 haya reconocido que la vida humana comienza con la concepción y que, encontrando su fundamento en este hecho biológico, declarara que el ser humano es sujeto de derecho desde que es concebido.

Es por ello que la doctrina penal debe procurar la defensa de la “vida humana dependiente” desde el momento de la concepción, es decir, desde el primerísimo instante en que la vida comienza, sin necesidad de condicionarla a la anidación. De modo más concreto, las razones por las que el Derecho Penal debería defender la vida del concebido desde la fecundación son las siguientes: i) porque la ciencia médica actualmente permite

³¹ Para arribar a la citada conclusión, el TC, además del principio *pro homine* de interpretación de derechos humanos, invocó el principio precautorio por la existencia de dudas razonables acerca de los efectos que podría causar el consumo de la denominada “píldora del día siguiente”.

³² Cf. STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 53.

³³ STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 38.

³⁴ Entre ellas, el Derecho Constitucional, Civil y Penal.

³⁵ DÍAZ MUÑOZ, Oscar, ob. cit., p. 151.

conocer que es desde ese momento en que inicia la vida humana³⁶; ii) porque el TC ha establecido un criterio al respecto: la vida debe ser protegida desde la concepción³⁷; y, iii) porque al Derecho Penal no le compete regular cuándo inicia la vida humana, sino simplemente protegerla. No debe esperar al décimo cuarto día, en que se produce la anidación del cigoto en el útero, para brindar protección al ser humano, sino aplicar debidamente –frente al aborto u otros tipos penales que protegen al concebido– lo reconocido por el Código Civil sobre el inicio de la vida humana³⁸.

IV. La teoría de la gestación y el error de su equiparación con la concepción

Cuando la discusión sobre el momento en que se produce la concepción parece haber quedado resuelta, un sector minoritario de la doctrina³⁹ sostiene que por concepción debe entenderse embarazo o gestación⁴⁰, ya que en varios artículos del CC 1984 se hace referencia al embarazo para atribuir efectos jurídicos a determinadas situaciones, mas no a la concepción. Para los partidarios de esta tesis sólo el diagnóstico médico de un embarazo otorga seguridad jurídica, siendo por ello que “en el ámbito de nuestro Derecho Penal se tipifica como delito de aborto no al atentado contra un embrión fecundado, sino a la supresión del feto que anida en el vientre de la gestante o embarazada, como se deduce con toda nitidez de los artículos 115, 118, 119 y 120 del Código Penal”⁴¹.

Entre todas las tesis que han sido esgrimidas para dar respuesta al momento en que se produce la concepción, esta última parece la menos convincente. El hecho de que el embrión fecundado necesite estar anidado en el útero para la continuidad de su normal

³⁶ Cf. *Ibidem*.

³⁷ Cf. *Ibidem*, p. 153.

³⁸ Para la doctrina nacional los vacíos de la legislación penal justifican una interpretación supletoria de las normas civiles, por lo que si la norma penal no dice nada sobre el inicio de la vida y el Derecho Civil sí lo hace (“la vida humana comienza la concepción”), esto debería ser aplicado supletoriamente por el Derecho Penal. Cf. RUBIO CORREA, Marcial, *ob. cit.*, pp. 18-19.

³⁹ Cf. SÁNCHEZ DÁVALOS, Luis, *ob. cit.*, p. 20. En la misma línea, Cf. MONGE TALAVERA, Luz, “Principio de la persona y de la vida humana”, en *Código Civil comentado*, 2da. ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 77.

⁴⁰ Monge Talavera, siguiendo la definición de concepción que expone la Real Academia de la Lengua Española, se refiere a lo regulado por el Código Civil peruano con la siguiente afirmación: “[...] el principio consagrado en el Código según el cual ‘la vida humana comienza con la concepción’, debe entenderse como referido al inicio de la gestación (que marca la concepción)”. (MONGE TALAVERA, Luz, *ob. cit.*, p. 77).

⁴¹ SÁNCHEZ DÁVALOS, Luis, *ob. cit.*, p. 48.

desarrollo, no significa que recién a partir de ese instante exista vida humana, ni que concepción equivalga a embarazo. La “implantación del embrión en el útero o anidación no es el inicio de la vida sino una fase del proceso continuo de la vida”⁴². Por ello, el TC, reconociendo que la anidación forma parte del desarrollo del proceso vital mas no constituye su inicio, ha establecido en su jurisprudencia que “aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente, pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido”⁴³.

El antiguo aforismo romano que definía al concebido como *qui in utero est*⁴⁴ –que incluso aún algunas normas civiles y penales peruanas tienen en cuenta para generar ciertos efectos jurídicos⁴⁵– deja de ser regla absoluta al haber quedado superada, además de lo dicho en el párrafo anterior, con el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, en específico con la fecundación *in vitro*, que ha permitido confirmar que la vida humana empieza con la concepción o fecundación al haber logrado generarse, artificialmente, vida humana fuera del seno materno⁴⁶.

V. Estatus jurídico y protección de los embriones no implantados

La última apreciación enunciada en el apartado anterior permite enlazar la materia tratada con la necesidad de determinar el estatus jurídico del embrión fecundado mediante

⁴² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, ob. cit., p. 45.

⁴³ STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 38.

⁴⁴ Este aforismo se traduce en la expresión: “el que está en el útero”. Cf. RUBIO CORREA, Marcial, ob. cit., p. 19; RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, *Derecho romano*, Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 252-254, 257-259.

⁴⁵ A modo de muestra, tenemos: En el Código Civil, el artículo 2, que regula la acción de reconocimiento del embarazo o parto, establece en su párrafo primero: “La mujer puede solicitar judicialmente el **reconocimiento de su embarazo** o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento”. En el Código Penal, el artículo 118 sanciona el aborto preterintencional estableciendo: “El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o **constándole el embarazo**, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas”. La negrita en el texto de ambas normas es de la autora.

⁴⁶ Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, ob. cit., p. 65.

el empleo de las técnicas de reproducción asistida, así como evaluar la posible –y por qué no decir adecuada– aplicación de las normas civiles pertinentes a los casos de concepción o fecundación artificial. Se intenta resolver la problemática en base a las siguientes interrogantes: ¿Cuál es la entidad y el estatus jurídico que ostentaría el embrión *in vitro*? ¿será antes de la implantación un sujeto de derecho, requiere de la implantación para serlo o, simplemente, sea de una u otra manera, la protección civil no le alcanzaría?⁴⁷

Para una mejor precisión de los conceptos es conveniente abordar este tema siguiendo la distinción de los embriones en *in vivo* e *in vitro*⁴⁸. Los primeros son aquellos “que se encuentran dentro del útero materno y en las condiciones oportunas para su evolución, cuya tendencia o destino natural es desarrollarse convirtiéndose en fetos y en individuos neonatos (tras el nacimiento)”⁴⁹. Los segundos, por su parte, son aquellos que “no se encuentran en situación de desarrollarse sin más, si no es tras una variada gama de actuaciones médicas y actividades científicas que les sitúen en las condiciones precisas para potenciar su evolución”⁵⁰.

Sobre la base de la diferenciación antes expuesta, hay quienes⁵¹ consideran que los embriones fecundados naturalmente y los fecundados de modo artificial no pueden ser objeto del mismo tratamiento y protección, ya que los primeros tendrían un estatus de mayor protección que los segundos, que, sin dejar de estar protegidos, son considerados algo más cercano a un conglomerado de células que a un ser humano⁵².

⁴⁷ Siguiendo a D’Agostino cabe precisar que la posibilidad de crear *in vitro* embriones humanos, de congelarlos y someterlos a intervenciones manipuladoras (aunque pueda ser o no con fines científicos, terapéuticos o eugenésicos), la posibilidad de implantarlos en el útero femenino con fines procreadores, son prácticas que involucran siempre la vida humana que va a nacer. Cf. D’AGOSTINO, Francesco, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2003, p. 224, traducido por Guylaine Pelletier y Jimena Licitra. Por ello, en la medida que estas prácticas ponen en juego la tutela de la vida humana embrionaria, aparece la necesidad de determinar si, desde la perspectiva de la normatividad civil peruana, el embrión *in vitro* es tan sujeto de derecho como el fecundado naturalmente.

⁴⁸ Esta distinción es resaltada por Junquera de Estéfani. Cf. JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael, “Respuestas jurídicas ante la congelación de gametos y embriones”, en *Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Comares, Granada, 2008, pp. 247-248.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 248.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Cf. *Ibidem*.

⁵² Cf. *Ibidem*.

Para otros autores⁵³, entre el concebido mediante técnicas de reproducción asistida y quien lo ha sido por métodos naturales no median diferencias que justifiquen un tratamiento distinto, pues el resultado de la concepción –sea cual sea el método que se utilice– siempre será un embrión humano⁵⁴. Pese a ello, se considera que los embriones *in vitro* deben quedar fuera del sistema protector de los efectos patrimoniales en tanto no sean implantados, pues lo contrario sólo generaría gravísimas consecuencias, como la de prolongar indefinidamente la interrupción de dichos efectos al no haber certeza del plazo para su anidación; ya que lo más habitual de esta técnica no es implantar inmediatamente en el útero al embrión fecundado, sino fecundar varios óvulos y congelar los no implantados para ulteriores implantes, en donde los embriones congelados pueden pasar años en esa situación⁵⁵.

Para otra parte de la doctrina⁵⁶, el embrión *in vitro* no es sujeto de derecho al no ser propiamente vida humana⁵⁷, ya que –según afirma– de acuerdo con la normatividad peruana sólo habría concepción una vez producida la transferencia de aquél al útero y, únicamente, desde ese momento merecería protección⁵⁸. Pero ésta es simplemente una interpretación doctrinal, ya que el sometimiento de la concepción al embarazo no se encuentra en la literalidad del artículo primero del Código Civil y, además, porque –como ya se dijo– la concepción se produce con la fecundación, siendo así como lo entiende el orden civil peruano.

⁵³ Cf. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, “La persona física: comienzo y fin de la personalidad”, en *Curso de Derecho Civil*, vol. I, 3ra. ed., COLEX, Madrid, 2008, p. 354.

⁵⁴ Cf. *Ibidem*.

⁵⁵ Cf. *Ibidem*.

⁵⁶ Cf. MONGE TALAVERA, Luz, ob. cit., p. 77. Para ver algunas referencias sobre esta postura, Cf. CIFUENTES, Santos, “El inicio de la vida humana (El embrión – Principio jurídico de existencia de la persona)”, en *Derecho Civil de nuestro tiempo*, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, pp. 55-56.

⁵⁷ Para Monge Talavera, defensora de esta postura: “[...] el embrión creado *in vitro* no es un sujeto de derecho [porque] la fecundación de células sexuales en un laboratorio es un acto biológico, el cual, en el estado de la legislación, no genera ningún efecto jurídico. Dicho de otro modo no hay concepción antes de la transferencia del embrión *in útero*. Y si, de acuerdo al artículo primero ‘la vida humana comienza con la concepción’, es posible afirmar que jurídicamente el embrión obtenido *in vitro* no es tratado como vida humana”. (MONGE TALAVERA, Luz, ob. cit., p. 77).

⁵⁸ Cf. *Ibidem*.

Por su parte, un importante sector de opinión⁵⁹ –amparado en el planteamiento actual del Derecho peruano, que admite el inicio de la vida con la concepción sin distingo alguno en el modo de la fecundación– considera que los embriones concebidos extrauterinamente son tan sujetos de derecho como los fecundados de modo natural⁶⁰, rechazando que los primeros deban quedar desprotegidos a falta de regulación sobre la materia en el ámbito jurídico peruano. Defiende que, para el Código Civil vigente del Perú, el embrión fecundado de modo extracorpóreo es una vida humana que merece protección jurídica, aun cuando no haya acuerdo con relación a si esta tutela debe extenderse o no a sus efectos patrimoniales⁶¹ –teniendo en cuenta que la legislación peruana condiciona la atribución de esos derechos al nacimiento con vida del concebido–.

Pese a no existir, aún, una posición de consenso en la materia, queda claro que no puede excluirse a los embriones *in vitro*, o fecundados artificialmente, del ámbito de aplicación de lo normado por el segundo párrafo del artículo 1 del CC 1984, al menos en lo que se refiere a sus derechos más fundamentales: los de carácter personal o no patrimonial. La falta de regulación en el Derecho peruano sobre el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, así como la falta de precisión sobre el específico estatus de los embriones fecundados mediante estas técnicas, no puede justificar que la situación de éstos quede sometida a la interinidad y la incertidumbre. Esto hace posible que los alcances del citado precepto puedan extenderse a los casos de fecundación o concepción artificial, con lo cual los embriones *in vitro* tendrían –al igual que los embriones fecundados naturalmente– la calidad de sujetos de derecho.

Los juristas de todos los tiempos, atendiendo a la particularidad con la que cada ordenamiento dispensa tratamiento al concebido⁶², seguirán debatiendo la cuestión de si el

⁵⁹ Entre los autores que la defienden, Cf. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, 5ta. ed., Rodhas, Lima, 2008, pp. 126-128; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, ob. cit., pp. 63-66; DÍAZ MUÑOZ, Oscar, ob. cit., p. 154.

⁶⁰ Cf. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, ob. cit., p. 127.

⁶¹ Cf. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, “El heredero concebido: suspensión de la partición de sus bienes (Análisis creativo del artículo 856 del Código Civil peruano)”, en *Persona, Derecho y Libertad: Nuevas perspectivas*, Motivensa, Lima, 2009, pp. 573-587; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, ob. cit., pp. 75, 127-128. No cabe desarrollar este tema a profundidad, toda vez que no es el objeto primero del presente trabajo.

⁶² Un caso particular se presenta en el orden civil argentino, para el cual la vida humana (en sus términos, “la existencia de las personas”) comienza con la concepción en el seno materno; posición legislativa en la que se

embrión preimplantatorio debe ser considerado o no sujeto de derecho, dotado de capacidad jurídica propia. Concretamente, para el Derecho Civil peruano el concebido es un ser humano desde la concepción, por lo cual le reconoce la condición jurídica de sujeto de derecho desde ese preciso instante⁶³, sin hacer reparo alguno en la forma en la que fuera fecundado, ni condicionando la adquisición de la personalidad a su anidación o implantación en el seno materno.

Por ello, cuando la legislación civil enuncia que la “*vida humana comienza con la concepción*” quiere declarar que desde la fecundación existe un ser humano digno de respeto y protección, poniéndose de manifiesto ese vínculo indisoluble existente entre el ser humano y la personalidad que le es propia desde que es concebido, sea cual fuere el modo en que hubiese sido fecundado⁶⁴ –naturalmente o *in vitro*–; por lo que resulta plenamente aplicable a los concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil peruano vigente⁶⁵, que protege la vida humana desde la concepción sin hacer distinciones de ninguna índole.

VI. A modo de conclusión

De acuerdo con la ciencia médica, la concepción es un hecho biológico que se produce con la fecundación y no con la anidación, pues ésta es sólo una etapa dentro de todo el proceso vital que supone como necesaria la existencia previa un cigoto –un óvulo fecundado por un espermatozoide– para ser implantado en el útero de la mujer. Por ello, antes de producirse la anidación existe ya un ser humano, pues si éste no es tal desde la

ha apoyado parte de su doctrina para excluir a los embriones *in vitro* no implantados de la común protección que brinda el sistema a los concebidos. Cf. BOSSERT, Gustavo, ob. cit., pp. 113, 120; CIFUENTES, Santos, ob. cit., pp. 55-60.

⁶³ Cabe recordar que para el Derecho Constitucional peruano el concebido es también sujeto de derecho para todo lo favorable.

⁶⁴ Cf. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, ob. cit., p. 127.

⁶⁵ Sobre este punto, Espinoza Espinoza dice que el concebido por fecundación artificial es un sujeto de derecho con las siguientes características: i) Le es aplicable el artículo 1 del Código Civil peruano; ii) no es objeto de investigación; iii) si se suprime su desarrollo se incurre en delito de aborto; señalando además que desde el momento de la unión del espermatozoide con el óvulo surge este sujeto de derecho denominado “concebido extracorpóreo” a quien corresponde aplicarle sin restricciones el artículo 1 del Código. Cf. *Ibidem*, pp. 127-128.

fecundación tampoco lo será después. En esa medida, el CC 1984 denomina concebido al ser humano antes de nacer porque reconoce que la vida humana comienza con la concepción, declarándolo además sujeto de derecho para todo cuanto le sea favorable.

El comienzo de la vida humana no es un dato legal, sino primariamente un dato biológico. La vida humana debe ser protegida desde que biológicamente existe, y el artículo primero del Código Civil dispone que la vida humana comienza con la concepción porque reconoce que éste es el momento desde el que existe vida humana digna de protección. Así, si esta regla que es expresión de la exigencia natural del hombre, fuera arbitrariamente desconocida para admitirse como válido que la implantación o anidación es el momento en que inicia la vida humana, el “concebido como sujeto de derecho” sufriría una metamorfosis conceptual y material, pues se hablaría del “implantado o anidado como sujeto de derecho”, condicionándose el reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho, y la tutela jurídica del ser humano, a su anidación o implantación en el útero.

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