

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

**FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO**



RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AL CONCEBIDO

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE:
ABOGADO**

SILVA REAÑO NATHALY ESTHEFANY

Chiclayo, 14 de Noviembre de 2018

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AL CONCEBIDO

POR:

SILVA REAÑO, NATHALY ESTHEFANY

**Presentada a la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de:
Abogado**

APROBADO POR:

Mtro. Manuel Jesús Fernando Bulnes Tello

PRESIDENTE

Dra. Ana María Llanos Baltodano

SECRETARIO

Mtra. Dora María Ojeda Arriaran

ASESOR

Chiclayo, 14 de Noviembre de 2018

DEDICATORIA

A Dios Padre, no solo por haberme concedido la vida, también por concederme paciencia, indulgencia, sabiduría y fortaleza que guían mis pasos cada día.

A mis padres por su amor constante pero sobretodo por enseñarme el significado de unidad ante las adversidades y los acontecimientos inesperados. Su apoyo siempre ha sido de gran ayuda y una constante en mi vida y no puedo

A mi abuelo Hipólito Reaño Vilela, quien me ve y cuida desde el Cielo; a quien dedico con mayor cariño esta tesis y espero se sienta orgulloso de lo que ve.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por cada cosa que me ha dado, bendiciones y pruebas. He crecido y mejorado con cada una.

A mis padres, Wilser y Vicky, por su amor, apoyo y paciencia. Demostrándome que existen múltiples formas para lograr lo que uno se propone.

A mis mentores, por compartir sus conocimientos conmigo, ser mis guías en este camino y tener esa familiaridad con sus compañeros de trabajo.

RESUMEN

La presente tesis denominada “Responsabilidad Civil por daños al concebido”, tiene por finalidad resaltar la importancia de la responsabilidad civil y la indemnización que se puede dar los diferentes perjuicios hacia el concebido.

Esta es una tesis de tipo descriptiva, en donde se ha realizado un estudio de la Responsabilidad Civil y la condición del concebido como sujeto de derecho privilegiado en la responsabilidad civil, con la finalidad de conocer la importancia de indemnizar los daños y perjuicios que se le puedan ocasionar al concebido.

Como parte del proceso de investigación de la tesis, damos a conocer un claro concepto en el ámbito jurídico del concebido, la protección que debe recibir al atender contra el concebido y como punto vital de importancia el concebido como persona humana, individualizado y con vida propia.

**Palabras claves: Responsabilidad Civil- Concebido como persona-
Concebido en el ámbito jurídico.**

ABSTRACT

This thesis entitled "Civil liability for damage to the conceived", aims to highlight the importance of civil liability and compensation that can be given the different damages to the conceived.

This is a descriptive thesis, where a study of the Civil Liability and the condition of the person conceived as a subject of privileged right in civil liability has been carried out, with the purpose of knowing the importance of indemnifying the damages and prejudices can cause the conceived.

As part of the research process of the thesis, we present a clear concept in the legal field of the conceived, the protection that should be received when attacking the conceived and as vital point of importance the conceived as a human person, individualized and with a life of its own .

Keywords: Civil Liability - Conceived as a person - Conceived in the legal field.

ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN.....	v
ABSTRACT	vi
ÍNDICE	6
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I RESPONSABILIDAD CIVIL	12
1.1 Nociones Generales de la Responsabilidad Civil	13
1.2 Elementos constitutivos de la Responsabilidad Civil	15
1.2.1 La imputabilidad	15
1.2.2 La ilicitud o antijuricidad	16
1.2.3 Factores de Atribución	17
1.2.4 El Nexo o relación causal.....	20
1.2.5 El daño causado	21
1.3 Funciones de la Responsabilidad Civil	28
1.4. Tipos de Responsabilidad Civil	31
1.4.1 Responsabilidad Civil Contractual.....	31
1.4.2 Responsabilidad Civil Extracontractual	34
CAPÍTULO II CONCEBIDO COMO PERSONA	39
2.1 La persona humana.....	40
2.2. El concepto de persona y sus orígenes.....	47
2.3 El concebido y el inicio de la vida humana	50
2.4 La fecundación como inicio de la vida humana	53
2.5 El concebido como persona y la Regulación Peruana	55
CAPÍTULO III LA CONDICIÓN DEL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHO PRIVILEGIADO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL	63
3.1 Concepto jurídico del concebido	63
3.2 Responsabilidad Civil por daños al concebido, según el artículo.1 del Código Civil.....	70
3.3 Análisis de la Casación N° 1486-2007: indemnización por daños y perjuicios al concebido	79
CONCLUSIONES	89

BIBLIOGRAFÍA..... 91

INTRODUCCIÓN

Cuando se iniciaba con el curso de investigación, se nos sugirió escoger un tema que nos guste y que sea novedoso, es así que decidí investigar sobre “La responsabilidad civil por daños al concebido”

El concebido es un sujeto de derecho privilegiado que se inicia desde la concepción y culmina antes del nacimiento. En doctrina se sostiene que al concebido “puede considerársele como una personalidad en formación, como una nebulosa de persona. Por otro lado, se afirma que el concebido no es persona ni tiene tampoco una personalidad especial o limitada. No hay, si quiera una genuina igualdad entre el concebido y el nacido, ya que la equiparación es solo parcial, y además, condicional, sometida a la “conditio iuris” del nacimiento.

El concebido es el ser humano antes de nacer que, pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y de los deberes que lo favorecen. Es por eso que se dice que es un sujeto de derecho privilegiado.

Por otro lado en lo que concierne al Derecho peruano, el legislador civil adopta una postura clara sobre el inicio de la vida humana. Mencionando el segundo párrafo del artículo 1 del CC. 1984, estructuralmente ubicado en la parte relativa al “Principio de la Persona”, se apertura con el enunciado “La vida humana comienza con la concepción”, derecho 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 tenor literal del precepto, comienza con la

concepción. Cuando se habla de vida humana, implícitamente se hace referencia a la existencia de la persona. Hablar de vida humana es hablar de ser humano y del continuo proceso que implica su desarrollo. Para el derecho civil 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.

Es por eso que ante los daños ocasionados al concebido se hace mención al derecho de la Responsabilidad por daños, el cual está sometido a una observación crítica por parte de la doctrina en donde se manifiesta que hay que replantear la cuestión del papel que juega en la actualidad; encontrándose en un punto muy sensible de indefinición, pues convergen en él las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas su evolución hacia una significativa ampliación y al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a cierta dosis de restricción.

Para evaluar si es posible que pueda haber responsabilidad civil por daños al concebido, debido a que diferentes doctrinas tienen distintos conceptos por el concebido, algunos no lo consideran persona, sin embargo otros sí. Al ser este un concepto abierto, aún presenta varias definiciones, por lo que resulta necesario resaltar a: La condición del concebido como sujeto de derecho privilegiado en la responsabilidad civil como una problemática.

Este tema se ha elegido porque, hoy en día los sistemas de la responsabilidad civil se enfrentan a un gran reto de prevenir y obtener la reparación de todos los daños que se nos causa por vivir en una sociedad donde el desarrollo y el avance científico y tecnológico son la regla de cada día. En ese contexto, el concebido no es ajeno a daños que se le pudieran causar, en tanto sujeto de derecho, es posible que recurre a solicitar a través de sus representantes indemnización, y así tener un resultado final; en el cual cada daño ocasionado logre ser reparado e indemnizado.

Otros de los motivos por el cual se eligió el tema son porque se quiere lograr a través de esta investigación explicar a la comunidad jurídica cual es el actuar de nuestros tribunales ante los daños al concebido, revisando la jurisprudencia que hasta el momento existe.

Esta investigación nos permite saber el valor del ser humano el cual no está condicionado por la adquisición de determinados atributos, ya que este por su misma naturaleza lo posee desde la fecundación aunque en potencia, por ello a quien hay que defender es al hombre sin atributos actuales, pues no existe gradualidad dentro de la naturaleza humana, entendiendo al individuo siempre como persona y como un alguien y nunca como un algo, como un fin en sí mismo y no como un medio; la distinción actual entre individuo y persona, hecho también por el sistema jurídico peruano para quien el concebido es únicamente sujeto de derecho, y no persona, responde a intereses particulares y económicas que buscan desproteger al concebido más que a cuestiones de rigor científico o filosófico. En consecuencia, no es correcto, en términos filosóficos y antropológicos referirse al concebido como persona en potencia, cuando en realidad es actualmente una persona con potencialidades no actualizadas, pues la persona son siempre un acto aunque sus facultades estén en potencia .

Asimismo se hace esta investigación porque contribuirá a definir claramente que es la responsabilidad civil y cuál sería su actuación ante los daños al concebido; pudiendo precisar que de acuerdo al Art. 1 del código civil nos da a entender que *“La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”*.

Esta tesis presenta objetivos los cuales son objetivo general y objetivos específico, en el objetivo general tenemos a Determinar la influencia del concepto jurídico del concebido y los objetivos específicos a Explicar el concepto jurídico del concebido, analizar la Responsabilidad Civil por daños ocasionados al concebido según Art. 1 del Código Civil y estudiar a la Responsabilidad Civil por daños ocasionados al concebido, definido como persona humana.

El marco teórico de la presente tesis está estructurada en tres capítulos. El primer capítulo denominado responsabilidad civil, hace referencia a la definición, elementos constitutivos, funciones y tipos de responsabilidad civil. En el segundo capítulo se desarrolla lo concerniente al concebido como persona e inicio de la vida humana. El tercer capítulo desarrollo la condición del concebido como sujeto de derecho privilegiado en la responsabilidad civil.

Espero que la presente tesis sea de mucha utilidad para los estudiantes de derecho y de otras carreras universitarias y en el futuro se siga profundizando brindándole la importancia y respeto que necesita la vida humana.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD CIVIL

El estudio de la responsabilidad civil en particular, considerando su evolución y centrándonos en la concepción moderna de ésta, es decir, la que pone énfasis en el daño y su necesidad de reparación antes que en aspectos subjetivos del autor o agente del daño. Pues como se sabe, desde su fuente romana, la responsabilidad civil no ha tenido el mismo contenido y fundamento. Así que el término responsabilidad se acuñó con una clara referencia a la culpa, llegando inclusive, en muchos casos, a identificarse ambos conceptos. Todas estas concepciones le dieron a la responsabilidad civil una estructura de carácter netamente individualista, con una obligación de reparar o de resarcir una consecuencia de la calificación del hecho como algo reprobable.

De este modo se llegó a tener como centro de la responsabilidad civil al agente del daño, con la finalidad parecida a una responsabilidad penal en la que se sanciona al agente; pues, se busca fundamentalmente determinar a la persona responsable del daño y precisar si se le puede atribuir la culpa.

1.1 Nociones generales de la responsabilidad civil

No es objeto de este trabajo analizar al detalle la aparición y la historia de la Responsabilidad Civil, pero sí creemos necesario establecer una idea general sobre lo que es y lo que puede llegar a ser.

Se puede afirmar que uno de los aspectos más relevantes en la evolución de los sistemas jurídicos es relativo a la transformación del clásico sistema de la responsabilidad civil, cuya función era netamente sancionadora de conductas antijurídicas, culpables y dañosas. Desde esta perspectiva tradicional, el fenómeno resarcitorio fue protagonizado por un esquema cuyo eje central estuvo constituido por el comportamiento del autor del hecho culposo, la revolución científica y tecnológica ha conmocionado los cimientos en que asentaba clásicamente el sistema de la responsabilidad civil.

Cabe Resaltar que la Responsabilidad Civil actúa como una técnica de tutela (civil) de los derechos u otras situaciones jurídicas que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado. De ello se deriva la consecuencia que *“no es admisible hablar en términos de diversos géneros de responsabilidad, en cambio, solo es posible referirse a varios criterios en razón de los cuales es responsable”*¹. Esta tiene un carácter esencialmente reparador, no penal, de donde resulta que en el campo puramente civil la responsabilidad se define como obligación de reparar el perjuicio causado a un sujeto de derecho. Por eso mirando en su esencia el problema de la responsabilidad civil se presenta de la siguiente manera: una persona que ha sufrido un daño que otra le ha causado; la responsabilidad tiene por consecuencia imponer al ofensor dentro de ciertas circunstancias, la obligación de repararlo. Se trata, pues, en última instancia, de la idea de transferir el perjuicio de la víctima al ofensor.

Se entiende por responsabilidad a *“La idea de la sujeción a las consecuencias desfavorables de su propia conducta”*².

Algunos autores afirman que el problema esencial de la responsabilidad civil consiste en procurar que todo daño inferido a la persona o propiedad de otro,

¹ Cfr. **LEÓN, Leysser**. *Responsabilidad Civil*, Trujillo, Editora Normas Legales, 2004.

² IBID, PP.30.

sea reparado; es decir, en determinar quién debe soportar ese daño, si la víctima o el autor del mismo.

Es evidente que esta concepción de la responsabilidad civil no puede ser admitida sin desnaturalizar la noción de responsabilidad, ya que, no se puede afirmar que estemos frente a un problema de responsabilidad cuando el que sufre el daño es el propio autor del mismo; la responsabilidad, y por supuesto la responsabilidad civil, supone siempre la idea de alteridad: esto es, se responde siempre ante alguien³.

Es importante lo que el primer párrafo del Artículo 1321 del Código Civil, establece pues establece: *“queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”*⁴. De la misma manera la primera parte del Artículo 1969 del Código Civil, precisa que *“aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”*⁵. Sin mucho esfuerzo, se puede colegir que, sea por incumplimiento de las obligaciones, sea por lesionar un derecho o un legítimo interés y, por ello, se ocasionan daños, la sanción impone el Código Civil al “responsable” es la de indemnizar.

Que existe una responsabilidad contractual, la cual tiene un carácter secundario: la obligación originaria consiste en cumplir lo pactado; la obligación de indemnizar surge sólo una vez que el deudor ha incumplido. Y en materia extracontractual, en cambio, la responsabilidad por culpa no supone la existencia de tal vínculo obligatorio previo, y su antecedente se encuentra en los deberes de cuidado general y recíproco que las personas deben observar en sus encuentros espontáneos. En consecuencia, la obligación indemnizatoria tiene en esta sede un carácter originario. Ésta marcada distinción tiende a disiparse en las relaciones contractuales modernas, donde la voluntad de las partes en la determinación del contenido obligatorio es crecientemente reemplazada por reglas implícitas establecidas por las prácticas, los usos y la propia ley. Por ello, parte de la crítica a la doctrina tradicional del contrato asume que en la

³ VIDAL RAMIREZ, Fernando. *Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 5ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2006, PP. 34.

⁴ *Código Civil exposición de motivos y comentarios*, 2da edición, Lima, ECB ediciones S.A.C.

⁵ *Código Civil exposición de motivos y comentarios*, 2da edición, Lima, ECB ediciones S.A.C.

determinación de estos deberes implícitos no existe diferencia substancial con la responsabilidad extracontractual.

1.2 Elementos constitutivos de la responsabilidad civil

Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, tanto la derivada del incumplimiento de las obligaciones como la denominada extracontractual, son:

- a) La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- b) La licitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico
- c) El factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto
- d) El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- e) El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

1.2.1 La imputabilidad

Entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona. Para ESPINOZA ESPINOZA la imputabilidad o capacidad de imputación es la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona. La imputabilidad es un fenómeno propio de la persona física, sin embargo ello no ocurre con la persona jurídica respecto a las cuales puede haber relevancia con el único efecto de comprobar el concurso de la responsabilidad, por parte el agente que ha actuado en su nombre, dicho de otra manera la persona jurídica como persona ficta responde los hechos que han sido ejecutados por terceros.

ESPINOZA ESPINOZA, a quien ya se citó, considera que, existe en una parte de la doctrina que se refiere a la capacidad extracontractual, entendiendo como tal, a la idoneidad para ser sujetos activos de responsabilidad civil. Tal capacidad compete a las personas físicas y a los entes dotados de subjetividad jurídica. La doctrina uniformemente establece como uno de los elementos esenciales para

la existencia de la responsabilidad, la imputabilidad, esto es “*para que la acción sea verdaderamente culpable es preciso que concurra la imputabilidad de su autor*”⁶. Un comportamiento es jurídicamente imputable cuando el agente ha actuado con voluntad libre y capacidad, sin embargo “si no hay voluntad libre el resultado dañoso se considera producto de fuerza mayor”⁷.

Según Aníbal Torres la inimputabilidad de aquellos privados de capacidad, por sus condiciones naturales (sordo mudos, ciego sordos, ciego mudos, o menores de edad, falta de discernimiento, etc.), puede generar un conflicto dentro del derecho penal pero sin embargo ello no ocurre en la responsabilidad civil, especialmente en aquella que ha regulado el artículo 1975 del Código Civil; la capacidad de discernimiento o de entender y de querer, es la capacidad natural del sujeto que por su desarrollo psico-físico le permite distinguir entre el bien y el mal, entre lo lícito y lo ilícito ⁸.

1.2.2 La ilicitud o antijuricidad

La denominada antijuricidad es considerada un problema, el mismo que se halla situado en el núcleo de lo jurídico. Los que trabajan en el campo del derecho, formulan constantemente preguntas frente a los múltiples problemas que surgen a partir de la convivencia humana.

En principio, lo antijurídico es lo contrario al derecho. Sin embargo, este concepto de la antijuridicidad, en el sentido de antijuridicidad genérica, no se acepta sino el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto en el lado contractual se acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso, o del cumplimiento tardío o moroso. Esto significa en consecuencia, que en la responsabilidad contractual

⁶ **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Derecho de la Responsabilidad Civil*, 4ta Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 45.

⁷ **ESPINOZA**, Op.cit., PP. 90.

⁸ Cfr. **TORRES VÁSQUEZ, Aníbal.** *Código Civil*, 5ª ed., Bogotá Colombia, Editorial Temis, 2000, PP. 45.

las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente⁹.

Es decir, la antijuricidad pertenece al ordenamiento jurídico en general, siendo la misma en las distintas disciplinas jurídicas (civil, penal, administrativo, etc.).

Aunque exista un específico injusto jurídico penal o un específico injusto jurídico civil o un específico injusto jurídico administrativo, hay una sola antijuricidad¹⁰.

El otro aspecto es la ilicitud la cual se refiere al orden jurídico o al orden vigente en general; llegándose al entendimiento del concepto de antijuricidad como contravención al ordenamiento jurídico aprehendido en su conjunto¹¹.

Finalmente se considera que la antijuricidad es una conducta es antijurídica. El concepto de antijuricidad es sinónimo de ilicitud. Que puede aplicársele a las hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato; así como, en el acto ilícito que consiste en la infracción de la ley que causa daño a otro y que se le obliga a reparar¹².

1.2.3 Factores de atribución

Cuando Espinoza Espinoza se ocupa de éste elemento, plantea la siguiente pregunta: ¿A título de qué se es responsable? La respuesta a la pregunta deviene el fundamento del “deber indemnizar”¹³. Sin embargo en el análisis de los hechos no basta el daño, para que la víctima o el acreedor puedan pedir reparación civil. Sino que ese supuesto daño se debe conjugar el factor de responsabilidad subjetiva (culpa y dolo) y objetiva (realización de actividades) que la ley reputa como idóneo para atribuirlo a una determinada persona.

⁹ **TABOADA CORDOVA, Lizardo.** *Elementos de la Responsabilidad Civil: comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad contractual y extracontractual.* 2ª ed., Lima, Grijley, 2003, PP. 47.

¹⁰ **FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos.** *La antijuricidad como Problema.* Portal de Información y opinión Legal PUCP.[Ubicado el 11.V.2015].Obtenido en: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_10.PDF

¹¹ Cfr. **BUSTO LAGO, José Manuel.** *La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual.* Madrid España, Editorial Tecnos, 1998, PP. 48.

¹² Cfr. **BUSTAMANTE ALSINA, Jorge.** *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Buenos Aires, editorial abeledo perrot,1993, PP. 14

¹³ Cfr. **ESPINOZA,** Op. Cit., PP.125

La cuestión es importante ya que la imputabilidad o la atribución legal nos va a señalar quién es el sujeto que debe responder por el daño causado.

Entre los Factores de Atribución Subjetivos tenemos a la culpa y el dolo, en donde la doctrina tradicional tendió a enfocar la responsabilidad preferentemente desde el punto de vista del sujeto que causaba el daño, considerando que la función de la indemnización era análoga a la de la pena (sancionar una conducta ilícita), y de ahí que en ambas se exigieran requisitos similares. En la doctrina contemporánea, lo pertinente no es cómo actuó el sujeto específico atendidas sus circunstancias personales, sino como debió actuar en esas circunstancias una persona cualquiera.

La culpabilidad aparece entonces como un juicio normativo respecto de la acción u omisión consideradas en abstracto. La objetividad descansa sobre el supuesto que cada cual tiene que hacerse cargo de sus propias limitaciones, compensándolas con un actuar diligente. Los elementos subjetivos del juicio de responsabilidad han quedado reducidos a la capacidad y la voluntad libre. El juicio de valor respecto de la conducta se efectúa sobre la base de un patrón objetivo de comparación.

En cuanto a la culpa “es el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal de la conducta antijurídica”¹⁴. Se entiende la culpa como una ruptura o contravención a un standard de conducta, este planteamiento está defendido por la doctrina argentina¹⁵, sin embargo para la doctrina italiana considera que la culpa no debe ser entendida como un juicio de reproche subjetivo del comportamiento, sino como la relación entre el comportamiento dañino y aquel requerido o establecido por el ordenamiento, con el fin de evitar la lesión de intereses ajenos.

La culpa es un concepto normativo, referido a la conducta debida, y no a un criterio estadístico de comportamiento. Pero tiene una base real dada por las expectativas que las personas tienen acerca del comportamiento ajeno, expectativas que varían en el tiempo y en el espacio. Una de las ventajas del patrón abstracto del hombre razonable es precisamente su flexibilidad para

¹⁴ VIDAL, Op. Cit., PP. 38.

¹⁵Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004, PP. 34.

adaptarse a situaciones concretas muy diversas. La culpa se valora o aprecia en abstracto. Sin embargo, la culpa se determina en concreto, en cuanto se consideran las circunstancias de la acción u omisión. Pero ello no implica que la culpa devenga subjetiva, porque el rol social o la calidad del autor se consideran abstractamente.

De otro lado, ALPA, nos define que la culpa en su acepción subjetiva es la impericia, negligencia, desatención, etc.; y en su acepción objetiva, la violación de leyes o reglamentos¹⁶. Definiendo el otro factor de atribución subjetiva, pues vemos que el dolo coincide con la voluntad del sujeto de causar el daño, que va de la mano con el artículo 1318 del Código Civil¹⁷. Siendo este otro factor de atribución subjetivo que coincide con la voluntad del sujeto de causar daño.

La configuración del dolo se expresa en el artículo 1318 de nuestro Código Civil, el cual señala: “Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación”¹⁸. Es decir, encontramos que en la inexecución de obligaciones se presenta como factor de atribución el dolo, ante el incumplimiento de una obligación contractual.

El autor del daño sólo debe responder cuando existe una razón especial para ello, y esta razón está constituida por la ilicitud de su acto. En la responsabilidad civil la noción de ilicitud se asocia a la idea de culpa. Una acción es culpable y a la vez ilícita; si infringe un deber de cuidado, que se establecerá determinando cuál habría sido, en esa situación, la conducta del modelo abstracto de persona. La determinación en concreto de los deberes de cuidado es tarea, ante todo, del legislador entendido en un sentido amplio. Sin embargo su actividad sólo se limita a ciertas actividades en que el riesgo es particularmente intenso, o susceptible de ser esquematizado. Por eso, la regla general es que la tarea de definir el deber de cuidado pertenece a los jueces.

Finalmente la diferencia entre ambos factores de atribución es evidente, y apunta principalmente a que en el sistema subjetivo el autor de una conducta antijurídica que ha causado un daño, debe responder únicamente si ha actuado con culpa, entendiéndose dolo o culpa, mientras que en el sistema objetivo del riesgo,

¹⁶ Cfr. **ALPA, Guido**, *Responsabilidad Civil y Daño*. 1ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2001, PP.36.

¹⁷ **Código Civil exposición de motivos y comentarios**, 2da edición, Lima, ECB ediciones S.A.C.

¹⁸ Cfr. **MOZOS, José Luis**. *Responsabilidad Civil derecho de daños*, Lima, Grijley, 2006, PP. 35.

además de las tres condiciones lógicamente necesarias, solo se debe probar fehacientemente que la conducta que ha causado el daño es una peligrosa o riesgosa, sin necesidad de acreditar ninguna culpabilidad¹⁹.

1.2.4 El nexa o relación causal

En el ámbito jurídico el nexa de la relación causal está considerada como el elemento esencial de la responsabilidad civil; de ahí, la importancia de que la acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño, el nexa de causalidad para que el autor de ese comportamiento deba indemnizar el perjuicio. “El hecho debe ser el antecedente, la causa del daño y, por tanto, el detrimento o menoscabo aparece como el efecto o la consecuencia de ese obrar”²⁰. Se precisa que el nexa causal es propio de la esencia de la responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual.

Necesaria e indispensablemente la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño, es otro requisito ineludible para establecer o declarar la responsabilidad jurídica civil. Cuando el resultado es consecuencia lógica de una causa única es fácil para el fallador encontrar la causa del daño. Pero en otras circunstancias intervienen varias causas o condiciones, que pueden ser definitivas o tener incidencia en el daño. Es lo que se ha conocido con el nombre de concausas, vale significar, la existencia de varios hechos o circunstancias que influyen en el resultado final o daño²¹.

Es bastante difícil saber a quién se le debe cargar la responsabilidad jurídica civil cuando varias personas o cosas han participado en el resultado. Varias teorías se han elaborado para explicar esta situación, y algunas confunden el campo penal y el civil, sin que se haya unificado la solución a estos problemas. Pero ese nexa puede romperse total o parcialmente por situaciones diversas: la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva o compartida de la víctima, el hecho o la culpa de un tercero también pueden contribuir al resultado dañoso.

¹⁹ Cfr. **TABOADA CORDOVA, Lizardo**. *Negocio Jurídico, contrato y Responsabilidad Civil*, Grijley, 2006, PP. 25.

²⁰ **MOSSET**, Op. Cit., PP. 106-107

²¹ **MARTINEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina**. *Responsabilidad civil extracontractual*, Undécima edición, Bogotá- Colombia, Editorial Temis S.A, 2003, PP.19.

Los conceptos de fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima, o hecho exclusivo de un tercero tienen connotaciones distintas en la responsabilidad penal y responsabilidad civil. Es por ello que se plantea la responsabilidad de presumir el nexo causal en determinados casos como sucede en las presunciones de responsabilidad en los que diversos autores llaman responsabilidad semiobjetiva o seuobjetiva²².

Sosteniendo la argumentación de la doctrina argentina hace referencia al nexo causal como consecuencia de la modificación del mundo exterior que es motivado por la acción de la persona y de las cosas que constituyen los elementos actuantes, expresada en hechos que van a constituir una cadena continua que denominamos hechos que son antecedentes de aquél y hechos que son su consecuencia²³.

1.2.5 El daño causado

La opinión dominante es que el daño no sólo se refiere al menoscabo de un derecho, sino también a la lesión de cualquier interés cierto y legítimo de la víctima. Daño es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial. Esta noción de daño plantea la difícil pregunta acerca de los límites en materia de intereses cautelados por la acción indemnizatoria. Si bien la determinación de la existencia de un interés de la víctima es una cuestión que pertenece al ámbito de los hechos, el problema de los límites de la reparabilidad es de carácter normativo.

La noción de daño excluye aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan recíprocamente como consecuencia normal de la vida en común. Para que pueda hablarse de daño como fundamento de la responsabilidad civil éste debe ser significativo.

Este es el último elemento constitutivo de la responsabilidad civil, es un elemento imprescindible para que surja la responsabilidad extracontractual en

²² IBID, PP. 20.

²³ Cfr. **BUSTAMANTE ALSINA, Jorge**. Op. Cit.,PP.174.

todos los ordenamientos analizados, siendo exigible expresamente su presencia en las cláusulas generales existentes en la materia²⁴.

En términos generales, el daño es el menoscabo que a consecuencia de un evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio, pues se entiende que en ausencia de daño hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil. Es tan importante este aspecto del daño producido, que hay quienes han preferido denominar con mucho acierto la responsabilidad civil “como derecho de daños”²⁵.

En este sentido son indemnizables los siguientes tipos de daños²⁶:

1. Los daños ciertos, esto es, lo que se ha constatado su existencia; puede tratarse de daños presentes o futuros, pero necesariamente ciertos, no puede tratarse de un daño eventual o hipotético. Igualmente, el simple peligro de un daño no da lugar a indemnización, se precisa que el daño se materialice; el simple peligro, si es fundado, puede viabilizar una acción cautelar o un remedio de otro tipo pero no genera reparación.

Que el daño sea cierto, significa que ha materializado, y si esto no hubiera sucedido, es decir, si el daño fuese solo eventual, o solamente existe una posibilidad remota de materialidad del mismo, no se podrá decir que estamos ante un daño jurídicamente relevante, pues no se trata de un daño cierto.

Sin embargo para determinar la certeza del daño, existen dificultades, y no existe uniformidad de criterios en la doctrina, al respecto se dice que los daños actuales, necesariamente se tendrán que acreditar su materialidad mediante datos objetivos y mensurables, en cambio, en el caso de los daños futuros, basta con que el juez vea relativamente cierta la posibilidad de la producción del daño, para amparar su reparación, pero

²⁴ Cfr. **FERNÁNDEZ MADERO, Jaime**. *Derecho de daños: nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*. Buenos Aires, Editorial La Ley, 2002, PP. 39

²⁵ **BUSTAMANTE ALSINA, Jorge**. *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5ta ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, PP. 48.

²⁶ **FACIO, Peirano**. *Responsabilidad Contractual*, Segunda edición, Bogotá Colombia, Editorial Temis, 2004, PP. 86.

la forma como debemos concretar esta certeza queda al criterio del juez o de quien evalúe el daño.

2. Los daños directos e indirectos, al respecto, no hay unanimidad para determinarlas, por cuanto no se ha precisado qué elementos deben considerarse para su apreciación, así, se considera que un daño es directo si el hecho causante del mismo lesiona directamente el objeto del interés protegido, y será indirecto, si la lesión no fue directa al objeto de interés. Es decir, en la lesión al bien jurídico intervinieron otros factores coadyuvantes, o si dentro de la cadena causal, el daño obedece a una concausa y no a una causa directa. En otro sentido, se dice que el daño indirecto es que el que sufre una persona distinta a la directamente afectada. Sin embargo es irrelevante, ya que serán resarcibles tantos los daños directos así como los indirectos, siempre, claro está, que sean ciertos y no remotos o eventuales y concurren a su producción los demás elementos propios de la atribución de la responsabilidad civil.

3. Los daños inmediatos y mediatos, son los primeros que resultan del curso natural y ordinario de las cosas, los segundos son los que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, es decir cuando más allá de la relación causal directa, se genera una cadena causal extendiendo el ámbito dentro del cual se produce el daño. Cuando la concurrencia de varios acontecimientos alargan la cadena causal produciendo una cadena de daños, surgiendo los daños remotos, los mismos que no son resarcibles en nuestra legislación.

Los daños mediatos serán indemnizables sólo excepcionalmente y cuándo la extensión de la cadena causal no se haya extendido tanto, de tal forma que no aparezca con claridad la relación de causalidad.

4. Los daños actuales y futuros, los primeros son los daños que ya se han producido, estar presente en el momento en que se considera que ha nacido la obligación, se ha producido el hecho o se va a determinar el resarcimiento. Los segundos son los que aún no han llegado a producirse en dicho momento, pero si tiene la certeza que se producirán. Ambos son materia de resarcimiento, a condición de que sean ciertos y no meramente hipotéticos. El fundamento del resarcimiento de los daños futuros, radica en términos, en que cuando el juez tiene la certeza de que alguien va a

sufrir un perjuicio, sería absurdo rechazar la elección que tendría que admitirla quizás al siguiente día²⁷.

Ahora bien, en el caso de los daños futuros, el problema se ha trasladado a determinar cuál es el momento a partir del que se debe considerar que los daños son actuales o futuros; y se ha dicho qué este puede ser el momento en que se produce el hecho dañoso, o también el momento en que se denuncia o demanda el resarcimiento del daño. Sin embargo, lo más adecuado es considerar este momento, a partir del cual se determina la obligación resarcitoria, se porque se ha realizado una liquidación del daño mediante una transacción o porque se ha determinado el daño mediante una sentencia judicial u otro tipo de fallo resolutivo.

En este tipo de daños, el juez se ve obligado a hacer un doble juicio de imputación causal, uno, el que realizó normalmente con relación a la atribuibilidad del daño al responsable; otro, el juicio de probabilidad, también causal, porque se trata de establecer la certeza de un acontecimiento que aún no ha acontecido, en función al evento dañoso que es la causa. Algunos llaman daño sucesivo al daño futuro, por considerar que es un perjuicio o menoscabo que no se agota en un momento, si no que se continúa reiterando y que, obviamente, tiene su origen en el hecho dañoso.

5. Los daños materiales o inmateriales, los primeros son los daños patrimoniales, que pueden originarse directamente en forma de privación de un interés respecto de un bien jurídico patrimonial, o directamente a través de la destrucción menoscabo o deterioro el propio objeto de protección, o una afectación indirecta, como el caso de pérdida de adquisiciones o ganancias. Los segundos son ideales, es una afectación de carácter espiritual, es el daño directo que alguien sufre en un bien de la vida, como salud, libertad, honor, etc., que no pueden ser evaluados patrimonialmente. Pueden también tener por consecuencia mediata un daño patrimonial. A este orden de daños inmateriales pertenecen, a nuestro criterio, el daño moral y la mayoría de los llamados daños a la persona²⁸.

²⁷ **FACIO**, Op. Cit., PP.89.

²⁸ **IBID**, PP. 90.

Inicialmente, el concepto de daño moral abarcaba a todos los tipos de daños no apreciables en dinero, como el sufrimiento, la afección, la pena o la afectación del sentimiento, de la propia dignidad, así como los daños causados a los llamados derechos de la persona; se ha diseñado también el llamado daño a la persona como un entidad distinta del daño moral. El daño a la persona se refiere a todas aquellas múltiples situaciones en las cuales el sujeto, por sufrir en su integridad sicosomática, está normalmente sometido a consecuencias no patrimoniales, que inciden sobre la persona considerada en sí misma. En este caso, se pueden asimilar dentro del daño moral o extrapatrimonial y en el daño material o patrimonial; pues estas a pesar de lesionar los derechos de la persona, tendrán una connotación económica en última instancia. Tal vez los daños a la persona, tenga como fin, más que establecer una nueva categoría de daños resarcibles, llevar un mensaje simbólico sobre los derechos de la persona humana plasmados en el propio código. Se ha pretendido hablar del Código Civil como un código humanista, por considerar los daños a la persona con esta denominación; pero en realidad esta es una distinción falaz, todo el derecho pretende crear mejores condiciones de vida para la persona, esto no se logra a través de ciertas instituciones, sino mediante un espíritu que penetra y anima la integridad del cuerpo legal, por consiguiente, aun sin aceptar los llamados daños a la persona por razones lógicas, se puede tener una visión humanista del derecho²⁹.

El humanismo, no consiste en repartir la palabra persona por todas las normas del Código, sino en construir un orden jurídico que permita una mejor calidad de vida.

Asimismo, también dentro de los llamados daños a la persona, se habla de daños biológicos, daños éticos, daño a la vida, todos estos dentro del ámbito de los llamados daños subjetivos.

Lo importante para este punto, es que ambos daños, materiales o inmateriales, patrimoniales o extrapatrimoniales, personales o morales, son resarcibles en todos los casos que se acredite su existencia; aunque para el caso del resarcimiento del daño moral, cuya prueba de su

²⁹ IBID, PP. 91.

existencia resulta difícil, el Juez determinará su entidad y magnitud, aplicando su prudente arbitrio orientado por la equidad, dado su carácter ideal y subjetivo, en este caso, su reparación, como se viene indicando, más que un resarcimiento propiamente dicho, se asemeja una satisfacción del damnificado.

6. Los daños previstos y no previstos, daños previstos son los que el agente ha considerado posible su producción al momento de ejecutar el acto dañoso, y consecuentemente los ha tenido en cuenta como una consecuencia de su conducta. No previstos son los que el agente no los ha tenido en cuenta en dicho momento.

Los daños no previstos, a la vez pueden subdividirse en daños previsibles, o sea aquellos que el agente, actuando con la debida prudencia o diligencia del caso, puede prever la posibilidad de su producción e imprevisibles, es decir aquellos que no podían preverse aun cuando el agente hubiere actuado observando la prudencia o diligencia debida.

Para efectos de resarcimiento, los daños previstos no presentan mayores problemas, y de producirse deberán ser resarcidos³⁰.

La dificultad se presenta en los daños no previstos, ya que, si a pesar de no haber sido previsto, se pudieron prever, si se producen, son resarcibles; pero en el caso de los daños imprevisibles, es decir los que no se pueden prever, sólo serán indemnizables si el perjuicio se hubiese producido como resultado de una conducta dolosa o de culpa inexcusable, resultando no resarcibles los daños imprevisibles provenientes de una actuación con culpa leve.

Todo este criterio resultará de aplicación a la responsabilidad civil proveniente del delito para los supuestos de comisión de delitos mediando culpa leve. Para el caso de supuestos dolosos, o caso de culpa grave o inexcusable, se estará al principio de reparación integral de los daños.

7. El daño emergente y lucro cesante, el resarcimiento comprende tanto las pérdidas sufridas por el agraviado daño emergente, así como la falta de

³⁰ **SOTO COAGUILA, Carlos Alberto.** *Tratado de la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual comentarios a las normas del Código Civil*, Primera edición, Perú, Instituto Pacífico, 2015, PP.45.

ganancia lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso. Si el objeto del daño es un interés actual, o sea el interés relativo de un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene por daño emergente. Si el objeto del daño es un interés futuro, es decir el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene por lucro cesante³¹.

El hecho que el ordenamiento jurídico sujeto a resarcimiento el lucro cesante, radica en que si bien constituye el sacrificio de una utilidad no actual, sin embargo tan pronto como pueda acreditarse que tal utilidad habría tenido existencia es suficiente para dar lugar a la reacción jurídica. La determinación de la existencia y magnitud del lucro cesante, quedará sin embargo, al criterio y razonabilidad del Juez. Estos beneficios dejados de obtener tendrán que ser legales, es decir conforme a derecho, ya que jurídicamente no se puede amparar ganancias ilícitas o indebidas.

8. El daño por pérdida de oportunidad de ganancia, en que el perjudicado pierde la posibilidad u expectativa del incremento patrimonial, sea a través del aumento de los activos de la disminución de los pasivos; llamada también, la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable o pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia. Es la desaparición de un evento favorable que por la actuación antijurídica de una tercero que interviene en el curso normal de los acontecimientos ya que nunca se podrá saber, con certeza absoluta, si el afectado hubiese obtenido o no el beneficio o ventaja patrimonial. La oportunidad de ganancia tiene que constituir un interés legítimo, protegido por la Ley, de tal modo que si la posibilidad se frustra se afecta la esperanza legítima del afectado.

Sin embargo, para el resarcimiento por daños causados por pérdida de oportunidad de una ganancia, ésta debe superar el carácter simplemente eventual o hipotético o de conjetura, así como tampoco es suficiente la simple mención de esperanzas cuya valoración resulta imposible, pues no

³¹ TABOADA, Op. Cit., p.113.

se indemniza la cuota de la ganancia frustrada sino solo será la oportunidad de tenerla³².

1.3 Funciones de la responsabilidad civil

De acuerdo al concepto de responsabilidad civil, que se ha desarrollado, coincidiendo con, DE ÁNGEL YAGUEZ, que *“la función no es la de sancionar (en el sentido de castigar) al autor del daño, sino la de compensar del mismo a la víctima, esto es, resarcible de sus consecuencias”*³³.

Se considera que el agente que corre con el deber de indemnizar siente esta acción como “un castigo” o una pena privada.

Siguiendo esta posición, podemos coincidir que la función normativa sobre la responsabilidad extracontractual de nuestro Orden Jurídico, al igual que la española no es preventiva punitiva, sino compensatoria o resarcitoria; el daño es una desgracia para el hombre que debe ser erradicado, evitado o reparado. La reparación de los daños se vuelve entonces una cuestión prioritaria de justicia social, paz, orden y seguridad, desde esa perspectiva la fundamentación de la responsabilidad se encuentra en el daño, pero más en el injustamente sufrido que en el causado con ilicitud³⁴.

Por otra parte, también cabe hablar de una función preventiva o, para ser más exactos, disuasoria de la responsabilidad civil cuando el coste secundario de los accidentes o su coste de fraccionamiento lo soporte el agente de forma exclusiva; aunque debe permitirse el fraccionamiento o la repercusión de ese coste ante la eventual insolvencia del dañante³⁵.

E incluso, existirían casos donde estarían justificados los denominados “daños punitivos”, es decir, aquellos que se imponen cuando la conducta del dañante fuera particularmente intolerable, como sería el caso de aquellas conductas dolosas o de imprudencia gravemente temerarias, activas u omisivas; lo que se

³² IBID, p. 114.

³³ Cfr. **DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo**. *Una teoría del derecho: Introducción al estudio del derecho*, Madrid, 1993, PP. 38.

³⁴Cfr. **REGLERO CAMPOS, Luis Fernando**. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, España-Aranzadi, 2002, PP. 73.

³⁵IBID, PP. 76.

hace extensivo a aquellos supuestos donde la acusación del daño proporciona al dañante un beneficio mayor que la indemnización que debe satisfacer al perjudicado.

Se puede deducir que la función punitiva de la responsabilidad civil ataca a la conducta del agente causante del daño, sea por una manifestación de voluntad expresa que sería dolosa o por un acto de imprudencia temeraria incumpliendo sus obligaciones del deber, como suele suceder en los accidentes de tránsito con consecuencias muy lamentables para la sociedad en su conjunto, sin embargo por un acto de irresponsabilidad diariamente se atenta contra la integridad física de la persona sin importar condiciones sociales, políticas, económicas, religiosas, etc., esto es se daña a la persona humana.

ALPA, identifica las siguientes funciones de la responsabilidad civil³⁶:

- La de reaccionar contra el acto ilícito dañino a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado;
- La de retornar el status quo ante en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio;
- La de reafirmar el poder sancionatorio (o “punitivo”) del Estado; y, la de “disuasión” a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros.

Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, agrega otras funciones³⁷:

- La distribución de las pérdidas;
- La de asignación de costos.

Se puede sostener, entonces, que la responsabilidad civil responde a la necesidad de indemnizar el daño, y por tanto al interés de la sociedad de ver garantizados los derechos así lesionados; a su vez, tiene una función preventiva frente a futuros daños.

Así, bajo la perspectiva del análisis económico del derecho, se considera “axiomático que la función principal de la responsabilidad civil es la de reducir la

³⁶Cfr. **ALPA, Guido**. *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*. 1ª ed., Lima, Ara Editores, 2001, PP. 51.

³⁷IBID, PP. 54.

suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos. Dentro de los costos, se distinguen, los costos primarios, que son los que se asumen para reducir el número y gravedad de los accidentes; los costos secundarios denominados costos sociales y los costos terciarios (costos administrativos).

En este orden de ideas, la responsabilidad extracontractual tiene metas de compensación y metas de desincentivación dirigidas a minimizar la suma de los costos de los daños y de los costos de las precauciones, que pueden ser colectivas o específicas y generales o de mercado.

Un sector de la doctrina italiana ha sistematizado las nuevas y antiguas funciones de la responsabilidad civil, bajo dos enfoques³⁸:

- Micro sistemático, que permite verificar el modo de actuación de los distintos elementos de la figura, en relación con las específicas categorías de hechos ilícitos.
- Macro sistemático, que permite identificar la función de la responsabilidad civil en el modelo económico que se tome como referencia,

En doctrina nacional, siguiendo esta posición, se distingue la perspectiva diádica o micro sistemática, en la cual la responsabilidad tiene una triple función: satisfactoria, de equivalencia y distributiva; al lado de la perspectiva sistemática o macroeconómica, en la que la responsabilidad civil cumple dos funciones: una de incentivación o desincentivación de actividades y otra, que es preventiva. En verdad, las funciones satisfactorias, de equivalencia y distributiva, son tres maneras de ver una función: de ahí quiere satisfacer a la víctima, la reparación será equivalente al daño causado, lo cual originará una distribución de los costos del mismo.

Por otro lado, cuesta entender la separación entre la función preventiva con la disuasiva o la incentivadora, cuando en realidad, la primera se materializa, a través de estas. Desde un punto de vista, las funciones de la Responsabilidad Civil tienen que ser vistas a partir de sus protagonistas:

- Con respecto a la víctima es satisfactoria;
- Con respecto al agresor es sancionadora;

³⁸ **ESPINOZA**, Op. cit., PP. 53.

- Con respecto a las sociedades disuasiva o incentivadora de actividades;
- Común respecto a los tres anteriores es la función distributiva de costos de los daños ocasionados.

1.4. Tipos de responsabilidad civil

Según ESPINOZA ESPINOZA, un grupo de estudiosos argentinos manifiestan que en el antiguo Derecho Romano no hubo una distinción exacta entre los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual. También denominados sistemas o clases de responsabilidad civil, en la doctrina tradicional, y son dos: contractual y extracontractual³⁹.

Nuestro sistema civil ha delimitado muy claramente estos tipos de responsabilidad civil, la primera que es contractual se encuentra en el Libro de Obligaciones, bajo el título de inexecución de obligaciones y la responsabilidad extracontractual encontramos en Fuentes de las Obligaciones bajo el título expreso de responsabilidad extracontractual.

1.4.1 Responsabilidad civil contractual

En términos generales podemos describir la responsabilidad contractual como aquella derivada del incumplimiento total, parcial o tardío de una obligación derivada de un contrato⁴⁰. La misma supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; por lo que, la culpa contractual es un efecto de la obligación.

Como es evidente, la responsabilidad contractual deviene de una obligación preconstituida, es un efecto propio de la obligación preexistente y se manifiesta ante el incumplimiento de la misma. El vínculo jurídico que une a las partes contratantes ha emanado del acuerdo de ambas voluntades, de una relación obligacional, por lo que el carácter volitivo de dicha relación hace surgir de

³⁹ **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Derecho de la Responsabilidad Civil*, 5ta Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, PP.45.

⁴⁰ **VÉLEZ POSADA, PAULINA.** *Responsabilidad Civil.*[Ubicado el 30.V.2015], Obtenido en: eprints.ucm.es/15867/1/TFM-Paulina_Velez.

manera espontánea, natural, la obligación de reparar el daño causado por la inexecución de las prestaciones a cargo de los contratantes.

Del mismo modo se puede señalar que, la responsabilidad contractual cubre fundamentalmente dos supuestos de daño: el incumplimiento de la prestación contratada o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, que es una forma de incumplimiento de la prestación y la mora, que es el incumplimiento de una obligación radicalmente vinculada a la prestación principal, constituida por el compromiso de ejecutar tal prestación principal en un plazo igualmente contratado.

Vemos entonces que el fundamento de la responsabilidad contractual está en la sujeción del deudor al programa obligacional, en el cumplimiento de reglas y condiciones establecidas de común acuerdo o quizás reguladas supletoriamente en la ley que deberá observar para satisfacer el interés del acreedor; en la necesaria adopción de todas las medidas posibles para garantizar y llevar a cabo la ejecución de la prestación en los términos queridos por el acreedor (no basta la simple diligencia, hay inherentes deberes de protección y previsión en el accionar del deudor). Así pues, la violación de dichos deberes, el incumplimiento de la prestación y, por lo tanto, la insatisfacción del interés del acreedor, es el sustento para la procuración de un resarcimiento a cargo del deudor.

En este ámbito, podemos hablar de un deber jurídico incumplido, derivado de la ley que regula la naturaleza del contrato al que nos estemos refiriendo, o del pacto entre las partes, gracias a la autonomía de la voluntad que les concede la legislación civil. El principio general se traduce en no dañar al acreedor. Adicionalmente, como se vio en los elementos de la responsabilidad civil, debe haber un título de imputación subjetiva a quien incumplió la obligación, y una relación con el daño. Se refiere a ello el Código Civil en el art. 1.101, expresando: *“Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran al tenor de aquellas”*⁴¹.

REGLERO CAMPOS considera que la responsabilidad contractual se da por el incumplimiento más un título de imputación del mismo, catalogando ésta como

⁴¹ **Código Civil exposición de motivos y comentarios**, 2da edición, Lima, ECB ediciones S.A.C.

responsabilidad en sentido amplio⁴². De lo anterior puede nacer una nueva obligación si el acreedor sufre otros daños como consecuencia del incumplimiento. Así entonces, concluye que puede haber casos en que la imputación por el incumplimiento no genere imputación por el daño que de él se deriva. Pone de ejemplo el caso en el cual quien vende una cosa con vicios responderá por el saneamiento, pero solo estará obligado a indemnizar daños y perjuicios si conocía los vicios y no los manifestó al comprador. Se entenderá por responsabilidad civil contractual el segundo supuesto en el que necesariamente hay daño, ya que entendemos que no cualquier incumplimiento del deudor basta para que le sea imputada una responsabilidad. El deudor puede ser responsable por el mero incumplimiento, pero no ser civilmente responsable si no ha causado ningún daño o perjuicio con dicho incumplimiento.

El incumplimiento del deudor se genera por mora o por contravención de la obligación asumida. Esta última agrupa a su vez la inexecución total de la conducta, la ejecución parcial, inexacta o defectuosa, la ejecución que lesiona un interés contractual del acreedor diferente del deber de prestación (interés de indemnidad); este último se refiere a que en cumplimiento de las prestaciones principales se cause daños a otros bienes o intereses como la salud, lesiones corporales, patrimoniales a otros bienes diferentes de los del contrato. Ello implica que la responsabilidad contractual no deriva únicamente del incumplimiento de la prestación principal del contrato

En conclusión este autor diferencia la responsabilidad por contravención, que se le imputa objetivamente por el incumplimiento; y la responsabilidad por daños, sin ser consecuencia de la primera.

Como sostiene MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, el carácter contractual de la responsabilidad no está dado por la naturaleza de la obligación inexecutada, sino por ser la consecuencia del incumplimiento de un acuerdo de voluntades generadoras de consecuencias jurídicas⁴³.

En ese mismo orden de ideas el Maestro De la Puente y Lavalle, considera que la posición extracontractualista resulta ser simple, si es generalmente aceptado

⁴² REGLERO. Op. Cit., PP.92.

⁴³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general: comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*, Tomo I, Lima, Editores Palestra, 2001, PP. 36.

que para que surja responsabilidad contractual se requiere necesariamente la existencia previa de un contrato, cuando no se da este presupuesto la responsabilidad tiene carácter extracontractual.

Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil Peruano, de responsabilidad derivada de la inexecución de obligaciones⁴⁴.

1.4.2 Responsabilidad civil extracontractual

En el campo de la responsabilidad civil extracontractual, la definición es muy compleja porque se trata de un concepto netamente jurídico que debe incluir los elementos esenciales que permitan diferenciar a otros, que muchas veces se le parecen. La responsabilidad civil extracontractual se sitúa en (responsabilidad aquiliana o, para algunos, responsabilidad civil propiamente dicha). La responsabilidad civil extracontractual es la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales o emocionales de un hecho dañoso. Explicando el origen de la responsabilidad extracontractual, tenemos que la misma halla sus fuentes en la llamada *Lex Aquilia* romana, que instituía contra el autor de ciertos daños una acción única que era, en la época formularia, del doble en caso de desconocimiento o negativa, y que debía ejercerse por el procedimiento de la *manus iniectionis* en la época de las acciones de la Ley.

La acción establecida tenía por objeto el monto del perjuicio calculado sobre el más alto valor que la cosa destruida o deteriorada había tenido sea en el año, sea en el mes que había precedido al delito.

Clásicamente la doctrina ha recogido la validez de la responsabilidad extracontractual, basándose en el universal principio del deber de no causar o infringir daño a otros. Se dice que la responsabilidad extracontractual responde a la idea de producción de un daño a otra persona por haber transgredido el

⁴⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Op. Cit., PP. 29-30.

genérico deber, es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás.

La Responsabilidad Civil Extracontractual es básicamente una institución moderna, es decir, desarrollada durante los últimos 300 años; porque es una solución nueva para un problema viejo. Para la doctrina clásica el fundamento de la responsabilidad extracontractual está en la culpa del autor, la responsabilidad requiere que el daño sea imputable; por ende si hay culpabilidad, hay responsabilidad; tratándose de una responsabilidad subjetiva. Se critica la doctrina clásica sosteniéndose que no respondería adecuadamente a la realidad presente, en la que en virtud del avance científico y tecnológico, las posibilidades de causar y de ser víctima de perjuicios han aumentado considerablemente. En tal contexto, resulta también muy difícil para la víctima del daño probar la culpa del autor⁴⁵.

Esta clase de responsabilidad es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta sino de un deber genérico de no dañar; siendo así, la culpa extracontractual fuente de una obligación nueva. Se ha afirmado reiteradamente que el daño contractual deriva de la violación de una obligación específica preexistente, mientras que el daño extracontractual simplemente se deriva de la violación de la genérica obligación.

El contenido de este tipo de responsabilidad está determinado por los elementos que la componen, esto es, del daño o hecho dañoso y su autor, la relación de la causalidad entre el daño y el hecho, los factores de atribución de responsabilidad y obviamente de la reparación o resarcimiento del daño causado que es fundamento, finalidad y función de la responsabilidad civil

Pues aun cuando conforme a la moderna teoría de la responsabilidad, lo principal resulta ser la del daño y su reparación dejando en un segundo plano al autor o agente responsable, para que el análisis de la responsabilidad no se pueda obviar. En este sentido, no podemos olvidar que desde una perspectiva material, lo primero que ocurre es el acto dañoso, constituido por la acción u omisión humana que al producir un cambio negativo, o no evitar dicho cambio, produce

⁴⁵**ORREGO ACUÑA, Juan Andrés.** *Responsabilidad Extracontractual*. [Ubicado el 15.V.2015].
Obtenido en : <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>

una lesión en los bienes o intereses jurídicos de terceros lo que obliga a la reacción de su titular a través de las consecuentes acciones resarcitorias, sean estas extrajudiciales o judiciales.

Este acto o hecho dañoso causa el daño, constituido propiamente por la lesión o el interés o bien jurídico. Entre este daño y el hecho tiene que existir una relación de causalidad a través de la cual se acredita que el daño es consecuencia o efecto del hecho, o si se quiere que el hecho es causa del daño. Con ello ya se tiene determinado el daño y su causante, pero aun no se ha determinado al responsable, para que ello suceda tiene que existir una buena razón o fundamento a través de la cual, el peso del daño, que inicialmente la soporta la víctima, se traslade al causante; esta razón es el factor de atribución o imputación, con lo cual ya se tiene un responsable u obligado jurídicamente a reparar el daño⁴⁶.

El problema que afronta la responsabilidad extracontractual es el relativo al tratamiento social de los daños que los hombres se infligen unos a otros. Pero las respuestas han variado notablemente a lo largo de la historia.

Originalmente, este problema se resolvía a través de la venganza privada. Sin embargo, difícilmente podemos decir que ese es el antecedente de la moderna y sofisticada responsabilidad extracontractual. En todo caso, podría ser el antecedente remoto de todo el derecho; o quizá mejor, la venganza privada es probablemente el estado social anterior a la existencia del derecho. Más tarde la venganza es organizada por el grupo y así resulta monopolizada por la autoridad social⁴⁷.

Para PLANIOL⁴⁸, partiendo del concepto unitario de la culpa, que define como violación de una obligación preexistente, expone una concepción unitaria al de la responsabilidad civil, ya sea que ella se origine en el incumplimiento de un contrato o en la obligación genérica legal de no dañar. Para dicho autor no hay distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, puesto que ambas crean una obligación, cual es la de reparar el daño. Ambas suponen una

⁴⁶ **MARTINEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina.** *Responsabilidad civil extracontractual*, Undécima edición, Bogotá- Colombia, Editorial Temis S.A, 2003, PP.39.

⁴⁷ **DE TRAZEGNIES, Fernando.** *La Responsabilidad extracontractual*, 5ª ed, Colombia, 1999, PP. 41.

⁴⁸ Cfr. **BUSTAMANTE**, Op. Cit., PP. 95.

obligación previa; que en la responsabilidad contractual nace del contrato y en la responsabilidad extracontractual de la ley (obligación genérica de no causar daño); en los dos casos la culpa estaría constituido por un mismo hecho, cual es la violación de esta obligación.

En efecto, como se ha debatido arduamente el problema referido a la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo siendo el criterio tradicional el que debe mantenerse como ámbitos separados la responsabilidad contractual de la responsabilidad civil extracontractual, en la medida que el origen del daño difiere en un caso y en el otro; sin embargo, como señala Lizardo Taboada Córdova, ello “no es impedimento para que se entienda que la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola, y que se estudia ambas clases de responsabilidad sobre la base de elementos comunes”.

Sin embargo el autor Pacchioni, mencionado por Jorge Bustamante Alsina, considera que entre la culpa contractual y extracontractual existe una diferencia; en ésta última la diligencia debida se refiere a la actitud que toda persona debe asumir ante los demás, con independencia de toda relación obligatoria especial formada antes; por el contrario, en la culpa contractual la diligencia debida se relaciona con un deber concreto y específico asumido convencionalmente o de otro modo; sin embargo esta diligencia específica no es excluyente de la genérica ni la absorbe; es sencillamente concurrente. La diferencia resulta de la diversa naturaleza de las obligaciones.

La responsabilidad extracontractual surge de la obligación de indemnizar por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás, impuestas por la convivencia.⁴⁹

Es pues evidente que el sustento fundamental de la responsabilidad extracontractual está en la verificación de un hecho dañoso en la esfera del perjudicado o, si se quiere la víctima, al margen de la secundaria consideración respecto a la ilicitud de dicho hecho. Todo daño es resarcible, aún el no patrimonial, en la medida en que sea resultado de un ataque a un interés que ante el Derecho deba juzgarse digno de protección. En otras palabras, todo daño

⁴⁹Cfr. **FACIO, Peirano.** *Responsabilidad Contractual.* 2ª ed, Bogotá- Colombia, Editorial Temis, 2004, PP.34.

derivado de un acto generador de responsabilidad civil extracontractual es de suyo indemnizable.

Finalmente la distinción radicaría en que el interés protegido es asegurar el resarcimiento de daños en las personas y en las cosas; lo que la diferencia de la contractual, que es precisamente el contrato. No obstante las discrepancias de los autores tratados, consideramos lo apreciado con Taboada Córdova, que trata de diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y extracontractual, tanto en el ámbito teórico como en el ámbito normativo por lo que, se considera que se debe estudiar desde una óptica unitaria.

CAPÍTULO II

CONCEBIDO COMO PERSONA

La persona como fin último del Estado⁵⁰, es el punto de partida de todo lo relacionado con la ciencia jurídica por ser su protagonista, llegando a afirmar que “si no se comprende lo que es la persona tampoco será posible entender la naturaleza y la función del derecho”⁵¹, sin embargo no es solo desde la perspectiva jurídica que se ha estudiado a la persona pues ella constituye el objeto de estudio de diversas disciplinas científicas como la antropología, filosofía y la ética.

El Derecho, al plantearnos la interrogante sobre la posibilidad o la imposibilidad de reconocer el estatuto personal, es decir la calidad intrínseca de persona, al concebido, formula su respuesta sobre las bases de la reflexión filosófica occidental de lo que es persona dichos postulados filosóficos en la actualidad han repercutido directamente en el debate biomédico en torno a él.

Para dar respuesta a la interrogante ¿El concebido es persona?, se debe partir por analizar a la persona y el inicio de ella, para luego determinar la protección jurídica que se le debe otorgar al concebido. La importancia de la determinación del estatus del concebido, radica en las consecuencias jurídicas de considerar al concebido sujeto u objeto de derecho.

⁵⁰**El Artículo 1° de la Constitución Política del Perú establece:** “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

⁵¹**FERNANDEZ, Carlos.** *La noción jurídica de persona*, 2°ed., Lima, Grijley, 1988, PP.18

2.1 La persona humana

Es indispensable precisa que el término “persona humana” no debe confundirse con otro íntimamente relacionado con él y también imprescindible “naturaleza humana”. Aquello que cada persona humana tiene de común con todas las demás y que no es mero fenómeno sino, antes bien, estructura ontológica, específica, permanente, dinámica y fundamental, se llama “naturaleza humana”. Por participar de ellas somos llamados hombres, seres humanos y, más allá de nuestras enormes diferencias, sabemos que la ley como es universalmente reconocido debe tratarnos con igualdad proporcional, pues “somos iguales” igualmente hombres, aunque no, hombres completamente iguales⁵².

El hombre, es un nombre genérico que designa la esencia o naturaleza, es persona porque tiene su propio acto de ser, por lo que puede existir en sí y por sí, y ser el soporte de una determinada naturaleza. La persona humana es, en esta forma, un ser concreto e individual que subsiste en sí y por sí, como un todo completo, con sus determinaciones esenciales y sus características accidentales, integradas en el acto de ser que ejerce por su propia cuenta.

Se puede abrir dos distinciones, una de carácter personal: la naturaleza y la persona y en segundo lugar: los rasgos distintivos del carácter personal del hombre. Ambos son significativos para establecer la relación entre el concepto jurídico y el concepto filosófico de persona, o si se prefiere, para resaltar la dimensión jurídica de la persona humana.

Aunque parezca reiterativo plantear esta cuestión, estimamos necesario hacer una distinción real entre la naturaleza humana y la persona humana, sin embargo conviene necesario delimitar la noción de la naturaleza humana.

El nombre de naturaleza tienes distintos sentidos. Se usa para significar la generación de los vivientes, el principio mismo de la generación y la esencia específica que se determina en la generación. Al cualificar la naturaleza como humana, se significa la constitución óptica o estructura fija, determinada, permanente y estable que tiene de suyo todo hombre, esto es, que es común a

⁵² **FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS.** *Derecho y Persona*, Cuarta edición, Lima – Perú, Editorial Grijley, 2001, PP. 25.

todos los hombres. Estructura fundante en tanto que el hombre es un ser finito, sumido en el tiempo, que tiene comienzo y fin. Estructura portante en cuanto que el hombre es un ser compuesto de materia y forma, de cuerpo y alma. Estructura dinámica u operativa porque el hombre es un ser exigente que reclama su realización efectiva, su finalidad.

Decir que el hombre tiene una estructura óptica equivale afirmar que tiene una estructura fundante, portante y dinámica, esto es, una conformación y disposición determinadas, una naturaleza como principio de operación y conservación. La persona humana en cuanto ser finito, participa del ese según medida o participación, que expresa la esencia. Por consiguiente, la esencia en sí misma no tiene ninguna realidad, no es absolutamente nada, es solamente la medida, o grado de limitación del ese. Y ello se deriva del hecho que el ese sea acto primero y fundamental, el acto de todos, la actualidad de todos los actos; pues los actos esenciales no son nada, solamente lo son en cuanto poseen el ese. De ahí que sea imposible concebir metafísicamente a la persona sin su naturaleza, lo que no es, bajo ningún aspecto, igual a decir que la persona humana sea naturaleza.

La naturaleza humana o estructura óptica fija y determinada conviene a todos los individuos de la especie humana *secundum rem et secundum rationem*. De ahí que sea real la igualdad entre los hombres, porque la especie humana, en su propio contenido ontológico, está presente por esencia en todo ser humano, hasta tal punto que la naturaleza humana, fuera de cada hombre concreto, sería algo abstracto, un mero ente de razón.

Pero, en igual forma, cualquier individuo de la especie humana es totalmente hombre. Esto significa que la naturaleza no es la suma de todas las facultades, sino el principio intrínseco remoto de todas las operaciones asequibles a un ente determinado. En consecuencia todo hombre posea la misma naturaleza, pero que cada uno la tenga como naturaleza individual. Y así, aunque no son comunes nuestras actividades específicas y nuestras igualmente específicas pasividades, el modo según el cual unas y las otras tienen lugar en cada uno de los individuos humanos dependiendo de la concreta naturaleza individual de cada cual⁵³.

⁵³ **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Primera edición, Lima – Perú, Universidad de Lima, 1999, PP. 25.

Pero hay algo más, el concepto de naturaleza humana en cuanto universal, hace abstracción de lo individual, ya que, responde únicamente de la definición específica del hombre, un animal racional, sustancia compuesta de cuerpo y alma; lo que no incluye todos los elementos que hacen al hombre (homo) este hombre (hoc homo). La gran innovación que se opera en el concepto de persona, como consecuencia de la influencia del cristianismo, radica precisamente en este punto en donde se busca lo que sea la persona no en su naturaleza específica, sino en lo que sean como subsistencia singular, con esto se advierte que la esencia humana es recibida en un sujeto previo onticamente a ella. Esta subsistencia persona es absolutamente propia, intransferible, incomunicable, si bien actúa a través de su esencia, la cual es común⁵⁴.

En esta naturaleza nos experimentamos y reconocemos semejantes, no con una semejanza meramente fáctica, sino estructural y radical, que resulta ser el soporte dinámico de toda operación propia de los hombres.

Puesto que lo que subsiste es este hombre, este sujeto concreto de la naturaleza humana, es a cada hombre a quien conviene la razón de persona. Por eso la naturaleza humana no existe más que un sujeto, de manera que no pueda afirmarse propiamente que *el hombre es persona*, sino que *este hombre es persona*.

Esto supuesto, no hay ninguna razón válida para oponer en el hombre una dimensión de persona y de naturaleza; por el contrario, más que dos aspectos o componentes parciales, a la persona humana es la totalidad real de cada uno de los hombres existentes, mientras que la naturaleza viene a ser como su parte formal, en cuánto sólo subsiste en el sujeto. La distinción real que se da entre una y otra se explica por dos razones: la primera porque la esencia individualizada es diferente del todo, la segunda porque cada hombre concreto se diferencia de la naturaleza común o específica, tomada como una perfección universal de las que todos participan

La persona humana es el individuo de naturaleza humana, la realización existencial de lo humano, o si se quiere, una substancia de naturaleza humana y sin embargo, sería un error entender que la persona es la mera individualización, la simple

⁵⁴HOYOS CASTAÑEDA, Ilva. *Concepto Jurídico de Persona*, Pamplona- España, Editora Line Grafic S.A, 1999, PP. 377.

concreción de la naturaleza humana, el mero individuo de una especie. A diferencia de la demás criaturas, cada ser humano es pues “persona”, es decir, un ser singular, un sujeto con incomunicabilidad ontológica, único, irrepetible e irremplazable.

En su integridad cuerpo, alma y espíritu la persona humana es un ser subsistente, es decir, un ser que “es en sí y no en otro” y que se pertenece a si y no a otro. Forma parte de la sociedad y es individuo de la especie humana, y sin embargo, no es mero miembro del todo social, ni mero espécimen del género humano. Pero que la persona subsista en sí, no significa que subsista sola ni por sí misma. La persona es substancia pero en relación, criatura fundamentalmente relacional.

La persona humana tiene ciertas notas características propias de ella misma; entre ellas encontramos a una subsistencia y la libertad de la persona humana en sí.

- *La subsistencia*⁵⁵, llamada también sustancia o esencia de las cosas que expresa la definición. En otro sentido se llama sustancia al sujeto o supuesto que subsiste en el género de sustancia, este sujeto se puede denominar con el nombre de intención supuesto o también con tres nombres significativos de cosas reales: realidad de naturaleza, subsistencia e hipostásis. En cuanto que existe en sí y no por otro se dice subsistente; en cuánto es portador de determinada naturaleza, se llama realidad de naturaleza y, finalmente, en cuanto es sujeto de accidentes sustanciales.

La subsistencia como la independencia respecto de todo sujeto de inhesión, de todo coprincipio y de toda parte integrante o cuantitativa. Es la suficiencia o plenitud por la que un ente está en sí mismo completo, clausurado en su propio ser. Tal clausura no determina un aislamiento en el sentido de que haga imposible todo tipo de relación entre el ente al que afecta y cualquier otro ente. Ni siquiera se trata de que lo subsistente esté encerrado en sí de tal manera que no pueda desempeñar el cometido de un cierto sujeto receptor. La clausura en cuestión es una suficiencia o plenitud que no excluye, en principio, la posibilidad de recibir, sino la de ser recibido.

⁵⁵ HOYOS CASTAÑEDA. Op. Cit., PP.385.

Subsistir es, en definitiva, existir en sí y no en otro. La capacidad de ser en sí no en otro, denota dos aspectos. Uno negativo, con el que se significa que el subsistente no está sometido a otro, no es de otro. Otro positivo, con el que se significa una independencia o autonomía. El hombre en cuanto realidad concreta, tiene este modo de ser en sus dos aspectos: en cuanto ser sustancial no tiene otro sujeto en el cual se sustente, en cuanto ser racional no está movido por otro, no es esclavo de nadie, no pertenece a otro.

La radicalidad del ser subsistente, por tanto, radica en no ser otro, por otro, de otro. Para decirlo de manera positiva; el ser subsistente es una realidad singular y total que tiene un acto de ser propio. El fundamento real, el principio y la causa del ente por participación, hemos dicho, es el Ser por esencia. Esta participación constituyente del ser se identifica con la creación. La dependencia en el ser porque el efecto propio e inmediato es el esse de cada criatura. Pero no solo es creado el esse sino la esencia. Sin embargo no se trata de una especie de doble producción como si la creación fuese por la criatura, el resultado de dos acciones, una para el ser y otra para la esencia. No son dos cosas creadas que se unan, sino un esse, que precisamente por ser participado, es recibido en una esencia; es acto de una determinada potencia que limita ese acto.

Esta dependencia no va, sin embargo, en detrimento del ser, porque las criaturas reciben su esse propio y lo poseen permanentemente como expresión de la plenitud que le corresponde según su esencia.

La persona humana, es por consiguiente, ser subsistente no porque sea causa de su ser, sino porque en cuanto criatura participa del ser. Pero, en igual forma debe decirse que su propio acto de ser lo más íntimo, inmediato y profundo que hay en la persona, en tanto que la hace ser, es el que constitutivamente no le hace ser sometido a otro ni ser de otro. La persona humana, en consecuencia, tiene relación a una dependencia, que no es desconocimiento, aunque sí restricción de su libretar, pero en relación con otros seres tiene metafísicamente total independencia⁵⁶.

⁵⁶ **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *“Proteccion Juridica de la persona”*, Primera Edición, Lima – Perú, Publicaciones de la Universidad de Lima, 1992, PP. 65.

- La libertad⁵⁷, hemos dicho que, el ser subsistente, no está sometido a otro. Esto significa que no es ni puede ser de otro, no es esclavo de nadie. Pero también, para decirlo positivamente, que es dueño de sí mismo. En el sentido negativo la subsistencia ha sido resaltado por la mentalidad romana, considerando a la persona humana como el ser que se autodetermina, se autoposee y se autogobierna. Uno y otro aspecto están vinculados entre sí.

En efecto, la libertad es concebida como una nota esencial de la *res pública* o *civitas*, a la vez que la libertad romana no era concebible sin ciudadanía y sin república. La libertad significa ausencia de impedimento; libre es, en la genuina mentalidad romana, el que no está sometido a un dueño. Este carácter negativo hace indivisible e ilimitable a la libertad. Indivisible porque la libertad atañe al núcleo esencial de la personalidad humana; sirve para discernir personas sin posible mezcla o repartición. Ilimitablemente porque todo límite es una reducción parcial, y no es posible mermar parcialmente una condición que de suyo es necesariamente total e indivisible.

El ser libre por tanto, en cuanto dueño tiene una estructura jurídica, se dice que es *sui iuris*, en contraposición a las personas que se encuentran sometidas a la potestad de sus dueños y que son consideradas por el derecho como *alieni iuris*⁵⁸.

Este carácter de la subsistencia tiene especial importancia, en orden a considerar a la persona humana, en su ser radical como incapaz de pertenecer a otro, sea éste un absoluto, como puede serlo para las teorías colectivistas, el Estado o la sociedad, o bien otro ser semejante a él. Esta incapacidad metafísica de estar sometido a otro es una consecuencia de la dignidad o excelencia que corresponde a la persona.

El carácter radical de la libertad no sugiera, sin embargo, que la libertad subsista en si misma, como auto delimitación radical de la persona y posición

⁵⁷ IBID, PP.389.

⁵⁸ **BERGEL, Salvador y MINYERSKY, Nelly.** *Bioética y Derecho*, Cuarta Edición, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, PP. 98.

total del acto humano presupone siempre el ser personal. De ahí se sigue que la libertad no sea la persona misma ni tampoco constitutiva, ni que la libertad pueda considerarse en sentido abstracto. La libertad fundamental nace de la peculiar intensidad del ser propio de la persona, es ella la que constitutivamente es libre, porque es dueña de su acto de ser.

Pero aún algo más. La persona humana en cuanto ser finito que subsiste en una determinada naturaleza, tiene una esencia que la limita y, en alguna forma, la determina.

De todo esto resulta que, aunque nuestra libertad es efectiva y auténtica libertad, el valor de su uso no se mide de un modo enteramente subjetivo, sino al contrario, de una manera objetiva, es decir, por su adecuación a unas exigencias dimanantes de nuestro ser natural, en tanto que éste, a su vez, se fundamenta en el absoluto ser como persona humana.

La naturaleza, entendida no sólo como principio de operación, que hace posible en cada ser sus actividades, sino también como último principio de conservación, que le permite conservar o permanecer en las determinaciones adquiridas, no se contrapone a la libertad, todo lo contrario, requiere ser considerada para determinar cabalmente lo que sea el ser libre⁵⁹. Desde esta perspectiva puede decirse que la persona es necesariamente libre, tiene naturalmente la capacidad para otorgarse una propia determinación, así como para determinarse efectivamente hacia el bien⁶⁰.

Esta distinción clásica es, una clave para comprender el que la persona sea, de una parte sujeto que tiene una propia sustancialidad y, por otra, que no pueda vivir sino nutriéndose de las cosas del conocimiento y dándose en el amor, en ejercicio y bajo el sello de su libertad.

La necesidad de la voluntad natural es, ella misma, plenamente libre. Esta necesidad hace imposible la libertad electiva pero no la libertad sin más. El movimiento es intrínseco, es natural, y corre en pos del fin: esto es libertad, como es libertad en grado sumo, natural e irresistiblemente atraída por el bien en general, la voluntad debe siempre actualizar este impulso original

⁵⁹ IBID, p. 390.

⁶⁰ **VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores.** *El concebido no nacido en el orden jurídico*, España- Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1991, PP.78.

como una aceptación o rechazo de los bienes particulares que tiene delante de sí. Esta actualización en sentido positivo o negativo de *la voluntas ut natura es la voluntas ut ratio*. La voluntad deliberada designa el movimiento voluntario que se mueve en el campo abierto por la actividad inquisitiva de la razón en busca del bien concreto que encarna la felicidad y los medios que hacia ese bien se encaminan.

En suma la libertad es atributo de la persona; propiedad de la voluntad que supone la inteligencia. De ahí que todo ser dotado de inteligencia y voluntad sea libre.

En rigor, la persona es la que es libre, no es el entendimiento el que entiende ni la voluntad la que quiere, por eso la libertad no se identifica ni con el entendimiento ni con la voluntad⁶¹.

2.2. El concepto de persona y sus orígenes

Dentro del estudio de los orígenes del término persona se han identificado tres posibles raíces, en este orden de ideas la primera teoría sostiene que proviene del verbo latino *personare* que significa “resonar” o “sonar con fuerza”⁶² haciendo alusión a las obras teatrales que, en donde ampliaban el sonido de la voz de los actores para ser escuchados en todo anfiteatro⁶³. Esta línea epistemológica encuentra sus orígenes con Gavio Basso.

Si nos preguntamos ¿Cuál es el momento de inicio de la vida humana? esta pregunta se viene repitiendo desde tiempos inmemoriales. Ya se la había formulado Aristóteles en el siglo IV, a.C. Pues no se trata, como es obvio, de señalar cuando empieza la vida, así en abstracto, puesto que en estricto rigor la vida no comienza, ni termina, sino que es un continuo ininterrumpido, y el espermatozoide es tan vida humana como el varón del cual procede. En el flujo de la vida no existe interrupción. Se trata, en cambio, de determinar el momento en que un individuo concreto de la especie humana inicia su propio ciclo vital, de precisar en qué momento ese individuo concreto empezó a ser. En este sentido, ni el ovulo ni el espermatozoide

⁶¹ IBID, PP. 391.

⁶² Cfr. **MILLÁN, Antonio**. *Léxico filosófico*, 2ªed., Madrid, Ediciones Rialp, 2002, PP. 457.

⁶³ Cfr. **MORENO, Mariano**. *El hombre como persona*, Madrid, Caparrós editores, 2005, PP. 15.

de los cuales ese individuo proviene pueden considerarse el mismo ser vivo que aquel a que dieron origen.

Determinar el momento en que se da inicio a la vida humana específica de un individuo determinado no es un asunto baladí. En efecto, desde ese instante empieza para ese individuo una protección jurídica que lo acompañará durante toda su vida, con diversos grados de intensidad creciente. En el instante en que esa vida humana específica comienza, marca en el ordenamiento jurídico un límite mínimo de protección a la persona. Antes de este instante puede existir una protección jurídica de los gametos, del proceso mismo de fecundación o de algunas técnicas de reproducción asistida, tendientes todas a facilitar la llegada al mundo un nuevo ser humano; pero la protección jurídica específica de ese nuevo ser empezará tan solo en el momento en que pueda ya hablarse con propiedad de su existencia indubitable.

Quizá no exista otro fenómeno en el campo de la biología que aluda a tantos problemas fundamentales como la unión de células germinales en el acto de la fecundación. En este supremo suceso se convocan todas las hebras del tejido de dos vidas en un solo nudo, a partir del cual divergen y se entretajan una vez más en una nueva de historia individual. Los elementos que se unen son células únicas, cada uno al borde de la muerte; mas con su unión se crea un individuo rejuvenecido, que constituye un vínculo en proceso eterno de la vida.

Cabe mencionar que una derivación lingüística de *personare*, es *per e sonans*, que quiere decir: quien posee voz por sí mismo⁶⁴, de ella proviene la definición propia del derecho Romano, para el que *persona* es sujeto de derecho incommunicable para otro, un ser enmascarado ante los demás. El reconocimiento de su personalidad estaba subordinado a cuestiones de linaje o familia, por lo que un hombre que no perteneciera a una familia noble no tenía voz propia y se le designaba *caput*, es decir un individuo indeterminado perteneciente al orden de las cosas o *res*, contrario al ser *persona* y por ende a su dignidad.

Aunque no existe consenso en sus orígenes, lo cierto es que las tres raíces lingüísticas implican la idea de máscara o personaje enmascarado, entendiendo a

⁶⁴ Cfr. **CARPIER, Thomas**, *Genética y ética*, 2º ed., Madrid, Reus, 1947, PP. 313.

la persona como el modo de ser del hombre o como éste se presenta frente a los demás y no al hombre mismo.

Posteriormente, persona posee a significar el rol, papel o personaje que los actores desempeñaban en las obras teatrales y en Roma, se hizo extensivo a roles o funciones sociales, así era común frases como “la persona del senador”. De esta forma pasa de objeto a sujeto⁶⁵.

Lo antes dicho, conllevó a la bifurcación del concepto en dos líneas semánticas: la primera, derivada del latín clásico, mantenía indemnes las connotaciones de personas desarrolladas en Roma, relacionándola indefectiblemente con lo jurídico o mejor dicho con la capacidad o función que el ordenamiento le otorgaba al hombre, se trata entonces de la persona como sujeto de derecho. De lo dicho se desprende que en Roma se desconoció el hecho de que ser sujeto de derecho no tiene un origen jurídico, sino natural, basado fundamentalmente en la juridicidad como atributo del ser persona⁶⁶.

La segunda línea semántica, se separa de lo jurídico y aparece dentro de estudios filosóficos, identificado a la persona ya no como un modo de presentarse ante el mundo, sino como la esencia misma del hombre, ligada intrínsecamente a su naturaleza; por lo tanto, el legislador no le atribuía status personal al hombre, sino tan sólo lo reconocía.

De lo referido se desprende que, desde la época del imperio Romano, se marca la diferencia conceptual entre individuo humano y persona humana; en este mismo orden de ideas, es importante añadir que tal distinción constituye un falacia de la filosofía antigua que ha repercutido hasta la actualidad, dicha falacia radica en el desconocimiento del hecho de que todo individuo humano es, por su misma naturaleza, persona; sin embargo, si existe diferencia, desde el punto de vista filosófico, entre los conceptos individuo y persona, el primero de ellos constituye un término negativo, que hace referencia a una categoría natural, correspondiente a una entidad psico-física, cuyos actos se encuentran determinados por un hecho biológico.-instintivo ; mientras que persona es un término positivo, que se refiere a

⁶⁵ Cfr. **MORENO, Mariano**. op. cit., PP.15.

⁶⁶ Cfr. **HERVADA, Javier**. *Lecciones Propedéuticas de filosofía de Derecho*, op.cit., PP. 461-463.

un categoría meta natural correspondiente a la persona como ser espiritual, cuyos actos se encuentran regidos por la libertad y encaminados siempre a un deber ser.

2.3 El concebido y el inicio de la vida humana

Tradicionalmente podemos encontrar dos conceptos en torno a la palabra concebido que son: conceptus o concebido propiamente dicho y concepturus, que significa el que habrá de ser concebido⁶⁷, esta figura no ha sido regulada en nuestro Código Civil, pero si lo ha sido en países como Alemania e Italia; en dicha legislaciones se le atribuyen derechos patrimoniales, es así que pueden recibir bienes patrimoniales los hijos de personas que viven al tiempo de la muerte del testador o del donante, sin que estos hayan sido concebidos, con la condición que nazcan, pues los derechos patrimoniales solo son atribuidos a los nacidos más no al no concebido.

En el Artículo I de nuestro Código civil Peruano de 1984 se niega la teoría de la ficción, que es la de la falsedad, de la irrealidad, para reconocer y regular lo que efectivamente ocurre en la realidad. Es decir, que el concebido no tiene que esperar para “nacer con vida” para ser sujeto de derecho, sino que lo es desde el instante mismo de la concepción. Esta posición está respaldada, además por la ciencia y la experiencia en el laboratorio. Esta, que resulta ser una audaz posición dentro de la legislación comparada, abre una época de tratamiento legislativo del concebido.

Ante ello, aparece una interrogante: ¿desde cuándo entonces se consideraría concebido y por tanto con vida y poseedor de derechos?, la respuesta ha sido esbozada desde diferentes perspectivas como lo son la filosofía, la moral, la biológica, la técnica, la cristiana, la antropológica y la jurídica; todas ellas han dado respuestas diferentes y en algunos casos controvertidas por sus implicaciones.

El concebido es el ser humano en el inicio de su vida, que pese a que depende de la madre para su subsistencia *“está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico, y como tal, se convierte en un centro de imputación de los*

⁶⁷ Cfr. **ESPINOZA, Juan**. *Derecho de las personas*, 3° ed., Lima, Editorial Huallaga, 2001, PP. 31.

*derechos y deberes que le favorezcan*⁶⁸, es por eso que se dice que es un sujeto de derecho privilegiado.

La posición clásica sobre el inicio de la vida es la asumida por nuestro ordenamiento Jurídico⁶⁹, según la cual, la vida se inicia desde la concepción; sin embargo, existen otras teorías al respecto que apartan el momento de la aparición de la vida desde la fecundación, sosteniendo que en ese lapso de tiempo el individuo humano no es persona.

La teoría contraria a la fecundación más difundida es la de la Anidación o Implantación del embrión en la pared uterina, el argumento principal que sostiene esta tesis es un modo particular de entender el concepto de persona: en el contexto de una visión filosófica que privilegia, en sentido absoluto, la relación en la definición de la persona y que, en consecuencia, considera que la relación sea constitutiva del propio ser de la persona; es decir, el inicio de la persona se identifica con la frase de desarrollo embrionario que corresponde al anidamiento en el útero materno, momento en el que se instaura una estrecha relación celular entre madre e hijo.

En tal perspectiva, el embrión humano antes de la implantación sería un mero conjunto de células, un personalidad en formación como una nebulosa de persona⁷⁰, un ser con tan sólo vida orgánica y que pertenece a la especie biológicamente humana: solo con la implantación se constituirá el ser humano relacionado, es decir persona.

Se parte desde un dato científico, el ovulo fecundado se anida en el útero materno a partir del séptimo al décimo cuarto día, atribuyéndole a este proceso trascendencia constitutiva; antes de dicho momento de desarrollo, al concebido se le considera blastocito, se niega que tenga vida y por ende que sea persona por dos razones : porque carece de unidad (ser uno sólo) y de unicidad (ser único e irrepetible por la existencia de células toti potentes), por tanto al no ser un ente individualizado es incapaz de entrar en relación.

⁶⁸ **ESPINOZA, Juan.** op. cit., PP.31.

⁶⁹ **El Código Civil en el artículo 1º**, dice en el segundo párrafo: "La vida humana empieza desde la concepción".

⁷⁰ **FIGUEROA, Gonzalo.** "El concebido" en *Bioética y Derecho*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 2003, PP. 31.

Se trata, como se puede apreciar, de un argumento débil: en efecto es verdad que la relación es un elemento indispensable para ser persona, pero también es cierto que ella no constituye ontológicamente el ser, ni tampoco presupone su existencia, pues al tratarse de una inclinación natural, ésta se encuentra dentro de la propia naturaleza de la persona y resulta artificioso negar que existe una relación entre la madre y el concebido en los primeros catorce días, si aquel se ha formado y vive en su cuerpo.

Por otro lado, la relación no constituye original ni estructuralmente al sujeto sino viceversa, es la realidad del sujeto la que hace la relación, dicha posición involucra en su mismo postulado una falacia, puesto que no hay relación, ni fisiológica ni mucho menos física o social, sino existe un ser que se relación a otro.

Lo que resulta contradictorio, es que dicha teoría parte de un dato científico, el embrión se anida en el útero al décimo cuarto día, pero desconoce otros, como que desde la fecundación cuenta con todo el material genético que marcará su desarrollo y sus rasgos fenotípicos particulares.

Una tercera teoría, establece que el estatuto personal del concebido se encuentra determinado por el momento de la formación del sistema nervioso central, condición que posibilita la percepción del placer y del dolor. En el contexto de una visión utilitarista de la persona, se considera como un elemento constitutivo para la atribución del estatuto personal a un sujeto la capacidad de tener intereses; en consecuencia, el inicio de la persona se sitúa en el inicio de la sensibilidad entendida como capacidad perceptiva de desear la maximización del placer y la minimización del dolor.

Para determinar el inicio de la vida humana es la razón entendida como ejercicio efectivo, pues es la razón la que define y diferencia a la persona de los demás seres vivos. Ya que termina por identificar a la persona con el ser humano en la fase de la vida posnatal, negándole la calidad de persona al concebido, la misma suerte sigue el feto y neonato, incluso hasta que la razón, que posee en potencia, se vuelva actual reflejándose en la capacidad de entender, de querer y de valorar.

2.4 La fecundación como inicio de la vida humana

En el desarrollo de los apartados anteriores, hemos analizado cómo diferentes postulados filosóficos pueden influir en la protección jurídica que el legislador atribuye al concebido y desde qué momento lo hace; no obstante y sin interés de restarle importancia al debate expuesto, el legislador al regular una cuestión de esta magnitud no puede, ni debe, basar sus disposiciones en criterios que se alejen de la verdad, la cual se alcanzará, en mayor medida, no desde la óptica de la filosofía, sino desde la medicina y en particular a través de la embriología .

Ante ello, dicha ciencia establece, de forma consensuada, que la vida se inicia desde la concepción, dicho proceso dura aproximadamente 24 horas⁷¹ y se inicia con la *“llegada del espermatozoide a la corona radiada del óvulo y concluye con el entremezclamiento de los cromosomas maternos y paternos”*⁷², la cual corresponde a la primera división mitótica del cigoto⁷³; dicho proceso se realiza en la zona ampular de las trompas de falopio⁷⁴.

Una vez que el espermatozoide ha penetrado por completo la corona radiada del óvulo, que constituye la capa externa del mismo, se introduce en la zona pelúcida, trasasándola con la liberación de enzimas como la esterosa, acrosina y neuraminidasa, luego de ello el espermatozoide se fija el ovulo y se fusiona el material genético de ambos gametos dando como resultado una célula autónoma de 46 cromosomas, con lo que se forma el cigoto humano, que continúa con la emisión enzimática produciendo la llamada reacción de zona, dicha reacción es el primer dato de individuación y autonomía del embrión, modificándose de esta manera las propiedades de la corona radiada, convirtiéndola en impermeable frente a los demás espermatozoides. Cabe mencionar que por cigoto se debe entender el estado unicelular de un organismo pluricelular, pues no es sólo una célula viva, sino un viviente.

⁷¹BERGEL, Salvador y NINYERSKY, Nelly. *op. cit.*, PP. 285.

⁷²CARLSON, Bruce. *Embriología humana y Biología del desarrollo*, 3ªed, Madrid, Elsevier, 2005, PP. 32.

⁷³Cfr. MOORE, Keith. *Embriología clínica. El desarrollo del ser humano*, 7ª ed., Madrid, Elsevier, 2005, PP. 32.

⁷⁴Cfr. CARLSON, Bruce. *op. cit.*, PP.32.

Por lo antes señalado se trata de un nuevo ser individualizado biológicamente, pues “no sólo se sabe que es un ser humano sino tal ser humano⁷⁵” único e irrepetible desde ese momento, contradiciendo de esta forma la tesis de anidación, ello se fundamenta en tres cuestiones:

- El cigoto es una totalidad corpórea, un organismo pluricelular en estado inicial unicelular, se trata de un nuevo ser distinto del de su madre y con un cuerpo propio.
- Continuidad del proceso de desarrollo, pues toda la información genética que necesita para su desarrollo⁷⁶, no sólo dentro del claustro materno sino hasta el último día de su vida, es recibida de manera completa al momento de la constitución de su propio ADN, esto es desde la última etapa del proceso de fecundación.
- Desarrollo endógeno, debido a que es el mismo el que dirige su propio desarrollo desde la liberación de enzimas que produce la reacción de zona hasta la completa estructuración de su ser.

La realidad biológica del cigoto es que desde la fecundación es un cuerpo humano con sus particularidades fenotípicas, que constituye el soporte material del patrimonio genético heredado, genotipo, el cual describe a ese individuo y aporta desde el inicio su identidad biológica a lo largo de todos los cambios de su vida.

Al respecto conviene resaltar la postura del Tribunal Constitucional Peruano, el que ha establecido de forma general que “nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida desde la concepción, pues este derecho constituye su proyección, resulta el del mayor connotación, y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o

⁷⁵Cfr. **TOMÁS Y GARRIDO, Gloria**. *Cuestiones actuales de bioética*, Pamplona, EUNSA, 2006, PP. 34.

⁷⁶Cfr. **ANDORNO, Roberto; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina y CHIESA, Pedro**. *El derecho frente a la procreación artificial*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Desalma, 1997, PP.25.

deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos.

Asimismo sobre el tema en particular ha puntualizado, aunque no por unanimidad, que

“Este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. 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. Por lo demás, 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”⁷⁷.

Cabe acotar que, inexplicablemente y fuera de toda lógica jurídica elemental, por un lado en nuestro ordenamiento jurídico se establece como inicio de la vida la concepción (reconociendo el dato embriológico de la ciencia médica) y por otro se niega al concebido el status personal (desconociendo el dato filosófico y antropológico de la persona).

En este sentido, el artículo 1° del Código Civil establece: *“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”⁷⁸.*

2.5 El concebido como persona y la regulación peruana

Las principales deficiencias que afectan a las teorías que separan el inicio de la vida con la fecundación radican, por un lado, en tratar de definir a la persona humana desde los accidentes tales como la facultad de sensibilidad o por la

⁷⁷**Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2005-2009-PI/TC**, del 16.X.09, Fundamento Jurídico, PP. 35.

⁷⁸**REVOREDO MARSANO, DELIA**. *Código Civil exposición de motivos y comentarios*, 2da ed., Lima, ECB. editores S.A.C, 2015, PP.20.

actualidad de su raciocinio, y no desde lo esencial: la substancia; y por otro, en desconocer los datos científicos aportados por la embriología.

Lo correcto es afirmar que el valor del ser humano no está condicionado por la adquisición de determinados atributos porque estos, por su misma naturaleza, los posee desde la fecundación aunque en potencia; por ello a quien hay que defender es al hombre sin atributos actuales⁷⁹, pues no existe gradualidad dentro de la naturaleza humana, el individuo humano siempre es persona y debe ser entendido como un alguien y nunca como un algo, como un fin en sí misma y no como un medio; la distinción actual entre individuo y persona responde a una estrategia para desproteger al no nacido más que a cuestiones de rigor científico o filosófico⁸⁰.

Siguiendo el razonamiento, allí donde el cuerpo, en cualquiera de sus fases iniciales alcanza a constituirse en individuo con principio de vida independiente al ser engendrador, esto es desde la fecundación según los datos aportados por la ciencia médica, allí existe necesariamente el espíritu y nuevo ser humano y por tanto persona⁸¹.

El concebido como individuo de la especie humana, individualizado y con vida propia, es también persona, lo que se opone a la dicotomía terminológica utilizada por el legislador peruano: individuo- persona⁸²; por ello, “ *no se trata de configurar para el embrión un derecho o status jurídico especial, sino más bien de adecuar el derecho común a un caso particular, extendiendo la protección reconocida al hombre también al embrión por ser también persona*”⁸³, pues a pesar de su particularidad el concebido es *rationalis naturae individua substantia*.

En consecuencia no es acertado, en términos filosóficos y antropológicos, referirse al concebido como persona en potencia, cuando en realidad es “*actualmente una persona con potencialidades no actualizadas*”⁸⁴, pues las personas son siempre en acto aunque en facultades estén en potencia; así, la personalidad o el estatuto personal no deviene en el hombre como resultado de un desarrollo, sino que viene

⁷⁹**MASSINI, Carlos.** *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, PP.209.

⁸⁰Cfr. **RHONHEIMER, Martin.** op.cit., PP. 77.

⁸¹Cfr. **HERVADA, Javier.** *Lecciones Propedéuticas de la Filosofía del Derecho*, op.cit., PP. 439.

⁸²Cfr. **RUBIO CORREA, Marcial.** *El ser humano como persona natural*. Lima, Grijley, 1992, PP. 18.

⁸³**PALAZZANI, Laura.** “Significado del concepto de la Filosofía de Persona y sus implicancias en El debate Bioético y Biojurídico actual sobre el estatuto del embrión humano” *en Identidad y Estatuto del Embrión humano*, op. cit., PP. 67.

⁸⁴**OLLERO, Andrés**, op. cit., PP. 340.

determinado por la estructura intrínseca que permite dicho desarrollo⁸⁵, “*el ser de la persona es la vida de un hombre, y por ello persona es un hombre y no una cualidad del hombre*”⁸⁶; en otras palabras, el ser humano no puede ser persona, debido a que la intensidad de ser en el hombre es tal, que de romperse la relación entre naturaleza humana y persona, el ser se destruiría⁸⁷.

A pesar de la lógica del razonamiento presentado, eminentemente filosófico, existe un camino distinto de premisas iniciales que lleva a la misma conclusión, el concebido es persona, dicha conclusión, jurídicamente fundada para los escépticos defensores de la persona en sentido jurídico, encuentra su punto de partida en un principio universal: el principio *pro homine o pro debilis*.

Dichos principios constituyen pilares de indiscutible relevancia para el derecho, entre sus manifestaciones más resaltantes tenemos el principio indubio pro operario e indubio pro reo; es decir, que ante la duda razonable entre dos o más normas aplicables o interpretación que surjan de las mismas, se optara siempre por aquella opción menos restrictiva de derechos o por la opción más proteccionista según sea el caso, por ello, entre la duda de atribuirle status personal al concebido y por ende otorgarle una protección integral, y no hacerlo, se debe optar por aquella. En estos términos aparece el principio *indubio pro vita*⁸⁸.

Por todo lo dicho, y pese a existir sólidos fundamentos filosóficos y jurídicos para reconocer la personalidad del concebido, nuestro ordenamiento jurídico ha sido oscilante; no obstante, cabe resaltar que no resulta extraño que la redacción de nuestro primer Código Civil tenga un carácter patrimonial debido al contexto cultural del Virreinato y el despojo que sufrió varios siglos el indio y luego el mestizo peruano⁸⁹.

Por su parte el tratamiento de la persona responde también a una tradición jurídica que encuentra el origen histórico de su estructuración en la conquista y la influencia del pensamiento iusnaturalista clásico que inspiró al derecho indiano, debido a que desde las primeras décadas del siglo XVI el interés por la cuestión indiana ocupó y

⁸⁵Cfr. **TEIXEIRA, Augusto**. *Código Civil*, Brasilia, Ministerio de Justicia, 1983, p. 37.

⁸⁶**SPAEMANN, Robert**. *Persona. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, Pamplona, EUNSA, 2000, PP. 27.

⁸⁷Cfr. **MASSINI, Carlos y SERNA, Pedro**. *El derecho a la vida*, Pamplona, EUNSA, 1998, PP.169.

⁸⁸Cfr. **OLLERO, Andrés**. op. cit., PP. 361.

⁸⁹Cfr. **RAMOS, Carlos**. *Historia del derecho civil peruano: La codificación del siglo XIX: los códigos de la confederación y el Código civil de 1852*, Lima, PUCP,2000, PP. 172

a mediados del siglo lo que había sido una preocupación general, pero expresada individualmente, pasó a convertirse en un programa orgánico de investigación colectiva.

Los trabajos intelectuales encontraron en Juan de la Peña, catedrático de la Teología de la Universidad de Salamanca, a su principal impulsor y coordinador, quien para el desarrollo de su labor contó con la colaboración de los discípulos directos de Vitoria como Soto, Cano y Covarrubias, así como de los profesores salmantinos de la denominada segunda generación, entre los que destacan Fray Luis de León, Medina, Báñez y Aragón. El programa, eminentemente defensor de los derechos del indio y de su status personal, obtuvo amplia difusión en las Universidades peninsulares de Alcalá, Évora y Coimbra, en la Gregoriana de Roma y en las americanas, de las cuales sobresalen las de México, Lima y Bogotá, las cuales se convirtieron en núcleos gestores de la independencia por la libertad e igualdad de todos los hombres⁹⁰ y de las primeras declaraciones americanas de derechos.

Como corolario de la referencia histórica precedente, el Código Civil de 1852, siguiendo la teoría de la ficción esbozada desde el Derecho Romano e inspirada luego por el iusnaturalismo clásico, establecía en su artículo 1° que *“El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer”*, en el artículo 3° precisaba que *“al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece”* y finalmente agregaba en el artículo 4° que *“el nacido y el que está por nacer necesitan para conservar y transmitir estos derechos que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tenga figura humana”*⁹¹.

El proyecto del Código Civil de 1890 fue más preciso al estable en su artículo 149° que *“el hombre, según su estado natural, es concebido o nacido”*, agregando que *“al concebido se le reputa nacido para todo lo que le favorece”*. Posteriormente, el

⁹⁰Cfr. **ZAVALA, Silvio**. *La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos XVI-XVII)*, México, UNAM & UNESCO, 1982, PP.61.

⁹¹ **REVOREDO MARSANO, DELIA**. *Código Civil exposición de motivos y comentarios*, 2da edición, Lima, ECB. editores S.A.C, 2015, PP. 30.

Código Civil de 1936 no utiliza el término “concebido”; como se preveía en el proyecto, sino que establecía que “*El nacimiento determina la personalidad.*”

Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo” y por último, siguiendo la tendencia justiniana, el artículo 1° del Código Civil vigente condiciona dicho reconocimiento de forma resolutive al vincularla con el nacimiento⁹², pasando así de una normatividad patrimonialista a una personalista⁹³ y de la teoría de la ficción a la subjetivista⁹⁴.

Una cuestión particular es el cuestionamiento constitucional del citado artículo, toda vez que la convención sobre los derechos del niño aprobada por la Ley N°7184 del 18.07.90, define al niño como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”, asimismo tutela su derecho a la vida en el artículo 6°, reconociendo la personalidad del no nacido en el párrafo sexto del preámbulo, y precisa en el párrafo 3° que no se puede hacer distinción en la protección del niño por ninguna razón, mencionando expresamente el nacimiento.

Es importante resaltar que, para dar respuesta a las objeciones filosóficas y jurídicas, se ha pretendido forzar la interpretación de dicho artículo estableciendo que el legislador peruano ha utilizado el termino persona en sentido jurídico y no en su acepción óntica, es decir que no se ha pretendido afirmar que el concebido no es persona, a través de una interpretación contrario sensu, sino que el concebido será sujeto de relaciones jurídicas en cuanto nazca⁹⁵ y el titular de una protección específica mientras tanto; sin embargo, este argumento pierde fuerza, por un lado, porque el mismo artículo 1° establece que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca lo que implica, necesariamente, que se le está reconociendo como sujeto pasivo de una relación jurídica: una relación de respeto, la cual genera obligaciones para el sujeto pasivo que es la sociedad; y por otro, debido a una cuestión de interpretación histórica en razón de quien redactó dicho dispositivo legal fue CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO el principal defensor de la teoría subjetivista en el Perú, para quien el concebido es sujeto de derecho *sui*

⁹²Cfr. **SPOTA, Alberto**. *Tratado de derecho civil*. Tomo I, Volumen 3, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1949, PP. 49.

⁹³Cfr. **FERNANDEZ, Carlos**. *Derechos de las personas. Exposición de motivos y comentarios del libro primero del Código Civil Peruano*, 7° ed., Grijley, Lima, 1998, PP. 32-33.

⁹⁴Cfr. **FERNANDEZ, Carlos**. *El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX. Del Código civil de 1936 a la revisión en curso del Código Civil de 1984*, op.cit., PP. 71

⁹⁵Cfr. **FERNANDEZ, Carlos**. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*, op.cit., PP.32-33

generis pero no persona aún, explicando que se trata de un ser intermedio pues “*ni es todavía persona natural ni tampoco es una simple esperanza de vida*”⁹⁶.

No obstante y a pesar de la indefensión del concebido dentro del ordenamiento civil, al no ser reconocido como persona, postulado que ha inspirado a nuestros órganos nacionales dirimientes, es necesario hacer mención que el Sistema Jurídico peruano es uno de los más proteccionistas frente a la realidad del concebido, al reconocerlo como sujeto de derecho privilegiado⁹⁷, en relación a la mayoría de países que le atribuyen tan solo la categoría de individuo de la especie humana. Cabe precisar que aunque dentro del Ordenamiento argentino al concebido se le denomina persona por nacer, la protección que dicha nomenclatura debería enmarcar no es efectiva.

En este orden de ideas, resulta extraño que nuestra Constitución Política no contemple ninguna protección especial y eficaz al concebido, ni zanje la discusión sobre el inicio de dicha protección, pese a que existen diversos documentos internacionales ratificados por el Perú donde se reconoce el derecho a la vida del concebido y su protección frente a la ciencia.

La omisión referida no se debió a una falta de interés sobre el tema puesto que la comisión de la Constitución del Congreso constituyente democrático, en 1993, tras un largo debate aprobó el artículo 7° del proyecto constitucional, el cual decía “*el Estado garantiza la vida del concebido y la protege de toda injerencia genética*”; lamentablemente e inexplicablemente dicho artículo ni siquiera fue considerado para la Constitución sometida a Referéndum. Frente a aquello la Conferencia Episcopal presenta su propuesta al anteproyecto de Ley de reforma Constitucional con el siguiente texto: “*El ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción, instante desde el cual deriva su dignidad. El concebido es sujeto de derecho*”⁹⁸.

Entender la intención del legislador implica a partir de un análisis constitucional histórico, del cual se advierte que el derecho a la vida antes de la constitución de

⁹⁶Cfr. **FERNANDEZ, Carlos**. *El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX. Del Código Civil de 1936 a la revisión en curso del Código Civil de 1984*, op. cit., PP.71

⁹⁷Cfr. **FERNANDEZ, Carlos**. *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios del libro primero del Código Civil Peruano*, op. cit., PP. 32-33.

⁹⁸**CHANAMÉ ORBE, Raúl**. *Constitución Política del Perú*, Perú, Fondo editorial Cultura Peruana E.I.R.L., 2011, PP.52.

1979 solo había sido reconocido por la de 1860 y 1920, siendo la legítima defensa el único atentado jurídicamente justificado⁹⁹. Adicionalmente, habría que señalar que hasta 1979, incluyendo la Carta Magna de 1933, no existe ninguna referencia específica a la persona humana en cuanto tal, ni se define su relación con el Estado y la sociedad, por lo que no se puede encontrar “una orgánica y sistemática regulación de los derechos fundamentales de la persona”¹⁰⁰; en este orden de ideas, la Constitución de 1979 significó “un moderno diseño Constitucional democrático y social, donde destacó la incorporación de la justicia constitucional, a través de la consagración de un amplio catálogo de derechos fundamentales, la institucionalización de las garantías constitucionales, la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y el reconocimiento de la jurisdicción supranacional.

En el camino de la estructuración del texto constitucional de 1979, se discutió la posibilidad de establecer el inicio de la protección del concebido, sus límites frente al aborto terapéutico y su status; el debate estuvo dirigido por dos frentes irreconciliables; por un lado el Partido Popular Cristiano, PPC, y por otro el Partido Aprista Peruano presidido por Javier Valler Riestra, quien finalmente fue respaldado por la Asamblea, catalogando al PPC, como un partido inspirado por la religión y no por la ciencia.

En general, sobre el discurso esbozado por los constituyentes podemos señalar lo siguiente:

“(...) No se determinó el momento desde el cual se protege constitucionalmente al concebido, no se consignó intencionalmente el término concebido sino el que está por nacer, no se le consideró persona, el debate partió de una preocupación por resguardar la constitucionalidad del aborto terapéutico, aunque se mostró rechazo frente a la despenalización de otros tipos de aborto, y finalmente lo poco que se logró se debió al rechazo de las concepciones religiosas en la adopción de las decisiones referidas a la protección del no nacido”¹⁰¹.

La Constitución de 1993 aprobó en su artículo 2° inciso 1° que “*Toda persona tiene derecho: a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo en cuanto le favorece*”¹⁰². Con esta norma, por un lado, el Estado peruano fue el primero en

⁹⁹Cfr. **RUBIO, Marcial**. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo I, Lima, Fondo editorial PUCP, 1999, PP.116.

¹⁰⁰Cfr. **FERNANDEZ, Carlos**. “*Las personas, el personalismo y la Constitución de 1979*” en *Revista de Derecho*, Nro. 36. Lima, PUCP, 1982, PP. 81.

¹⁰¹ **FERNANDEZ**, Op. Cit., PP.84.

¹⁰² **IBID**, PP.85.

reconocer la calidad de sujeto de derecho al concebido, status jurídico por el cual el concebido dejar de ser solo un bien constitucionalmente tutelado, una ficción, para constituirse en un centro de imputación de derechos y por otro acoge la llamada teoría de subjetividad, siendo una propuesta que en su momento carecía de antecedentes dentro del constitucionalismo comparado.

En definitiva, es importante precisar que aparentemente al referirse expresamente al concebido en vez de al que está por nacer, el texto constitucional adopta la teoría de la concepción frente a la de la anidación, no obstante, el cambio terminológico no se debió en absoluto a ello sino a la preocupación de inducir a una errónea interpretación atentatoria de los derechos humanos por cuestiones de temporalidad.

Al no dejar zanjada la discusión, los teóricos penales peruanos se separan de dicha interpretación afirmando que concepción y fecundación son conceptos diferentes siguiendo la tendencia penal europea¹⁰³.

Cabe resaltar que si bien la constitución guarda silencio sobre la problemática antes mencionada existen, aparte del código civil vigente y los documentos internacionales ya mencionados, leyes internas de carácter infraconstitucional que protegen al concebido; así tenemos: el Decreto Legislativo N°346, Ley de Política Nacional de Población, el cual establece en el Artículo IV inciso I del Título Preliminar que la Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: a la vida y a que el concebido es sujeto de derecho desde la concepción.

¹⁰³Al respecto se puede revisar: MANTOVANI, Ferrando; BENITEZ, Ignacio; MORILLAS, Lorenzo; PERIS, Jaime y ALLEGUE, Pilar. Estudios jurídico- penales sobre genética y biomedicina, Madrid, Editorial Dykinson, 2005, PP. 39.

CAPÍTULO III

LA CONDICIÓN DEL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHO PRIVILEGIADO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1 Concepto jurídico del concebido

Como hemos analizado ya en el Capítulo II sobre el concebido como persona siendo este capítulo un punto de partida en lo que respecta a lo jurídico. Ahora en el Capítulo III trataremos sobre el concebido desde una perspectiva jurídica, la responsabilidad civil por daños ocasionados al concebido según el Art.1 del Código Civil y el análisis de la Casación N°1486-2007- Indemnización por daños y perjuicios al concebido.

En lo que respecta el derecho a la vida, en relación al concebido este sufre grandes afectaciones, las cuales hacen que pierda su valor que constituye la vida humana desde el momento en que se da la concepción; existen muchas ideas equívocas sobre el concebido, estas ideas sustentan que el concebido no se le considera persona porque aún no ha nacido, y es por ello que no goza de derechos, deberes y mucho menos tiene un valor humano como lo puede tener un nacido; el concebido es una vida que cuenta y tiene dignidad absoluta derivada de un sustento de su propia naturaleza

Ante ello se comprueba que la vida es un proceso con grandes déficits, el querer saber desde cuándo empieza la vida y cuando se extingue es un gran dilema, ya que la vida comienza en la concepción y termina con la vida de la persona humana. La vida de un ser humano empieza con la concepción, siendo este un ser dependiente de la madre. En cuanto a la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, no generaría ningún otro ser que no sea un ser humano, es decir, un persona con derecho a la vida, a la salud y a una protección, en cuanto a lo otro que conduce a una negación del concebido considerado como ser humano, considerándolo como un ser de distinta naturaleza o simplemente menospreciando su calidad existencial ya que se le considere como un ser de distinta naturaleza o se le desaparezca su calidad existencial repuntándolo como “no nacido”, no dándole la condición de ser humano¹⁰⁴.

Cuando se da el momento de la concepción, es porque es el inicio de un nacimiento el cual hará surgir una nueva vida. Entre concepción y nacimiento surgen ciertos momentos de gran importancia; en el nacimiento se genera una personalidad única para el concebido; es aquí que el concebido tiene como derecho fundamental la vida que no implica sólo el derecho a nacer, sino también a que la persona humana ya nacida desarrolle sus aptitudes en plenitud contando con una buena calidad de vida. La Constitución en su Art.2 “Toda persona tiene derecho”, siendo derecho más importante de toda persona, el derecho a la vida, en base a ello se quiere lograr defender la consideración de persona para el ser humano desde su concepción, ya que desde que es un embrión merece ser considerado una vida humana con dignidad¹⁰⁵.

La vida humana, en efecto y como se ha dicho, es un devenir, un proceso que empieza con la unión del óvulo con el espermatozoide, una realidad desde el inicio de esta. Por ello, la vida del “*nasciturus*” ha de tratarse como un bien jurídicamente protegido, ya que aun no podrá ser titular de derechos, lo cual conlleva por regla muy general, el derecho de no matar una vida humana, la obligación de no impedir una vida en camino, y como fin principal proteger la

¹⁰⁴ **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *La persona en el Derecho Peruano: Un análisis jurídico contemporáneo*, 1ª ed, Perú, Editora Emdecosege S.A, 2010, PP. 47.

¹⁰⁵ **CHANAMÉ ORBE, Raúl.** *Constitución Política del Perú*, Perú, Fondo editorial Cultura Peruana E.I.R.L, 2011, PP. 20

vida humana . En efecto, la integridad física es un modo de ser de la persona consistente en la presencia de todos sus atributos corporales.

Aunque el Art. 2 de la Constitución proclama el derecho de todos a la integridad física, no cabe entender que la persona tenga pleno poder de disposición al respecto, ni que quepan impunemente las mutilaciones por diferentes daños¹⁰⁶.

El llamar nacido al concebido sería una ficción, ya que se estaría negando una naturaleza humana propia suponiendo algo que aún no lo es. Pues no se niega el hecho de que el concebido es un ser humano tanto como el padre y la madre, pero este aun no nace, pero por ello no se le puede negar el derecho a la vida a ser protegido como corresponde¹⁰⁷.

La concepción, es la unión del ovulo con el espermatozoide, que no produce ningún otro ser que no pertenezca a la naturaleza del ser humano; por ello se reconoce así que desde la concepción se inicia la vida humana, es decir desde la fecundación del ovulo con el espermatozoide, podemos llamar vida.

Dentro de las esfera personal y cual es sabido, el bien por excelencia, presupuesto indispensable para que todos los demás se den, es la vida, a pesar de lo cual y como ya ha quedado dicho no cabe hablar, en modo alguno, de un derecho sobre el propio cuerpo. La persona carece de un poder de disposición sobre la vida, que está afuera del comercio de los hombres¹⁰⁸. Ello sabido, el derecho a la vida que, a decir el Art. 1 de la Constitución, todos tienen, tanto quiere decir, el derecho a preservar la propia vida de cada uno, lo cual comporta la obligación de respetar la vida ajena que se impone a todos, salvo precisamente a quien se defiende de una agresión injusta¹⁰⁹.

Al distinguir al concebido de la persona natural a través del lenguaje jurídico, no significa, negarle al concebido todos los atributos del ser humano en cuanto persona dentro de todos los alcances que se puedan encontrar. Al referirnos al concebido como “sujeto de derecho”, es porque se le da el debido

¹⁰⁶ **ROGEL VIDE, Carlos.** *Derecho de la persona*, Madrid, Editorial Majubol, 1998, PP. 130.

¹⁰⁷ **SANTILLAN SANTA CRUZ, Romina.** *Situación Jurídica del concebido en el Derecho Civil Peruano*, 1ª ed, Perú, Editora Motivensa SRL, 2014, PP. 75.

¹⁰⁸ **ROGEL**, Op. Cit., PP.135.

¹⁰⁹ **IBID**, PP.136.

reconocimiento que merece por ser una vida, resultando ser una solución formal necesaria para así poder distinguir este específico sujeto de derecho, el cual merece un tratamiento jurídico especial en cuanto se trata de un ser humano antes de nacer, en cuanto al riesgo de la vida del concebido por diferentes índoles específicos hacen que existan medidas necesarias para su debido tratamiento jurídico.

Esta distinción jurídica entre los conceptos del concebido y de persona humana, se uniformizan con el reconocimiento como sujeto de derecho, en donde el ser humano es únicamente sujeto de derecho, titular de derechos y obligaciones. De este modo el ser humano como sujeto de derecho integra los conceptos de concebido y persona humana¹¹⁰.

En relación a esta distinción, el Código Civil Peruano lleva razón en reconocer que la diferencia entre el ser humano concebido y el ser humano nacido tiene una importancia jurídica, por ser el primero sujeto a tutela preferente, siendo ambos seres humanos iguales en dignidad esencial, en lo que se refiera a los valores fundamentales de sus respectivas personalidades; que el concebido es un ser humano, que la distinción entre ser humano y concebido y ser humano nacido tiene un sentido jurídico porque existe una diversidad de régimen jurídico¹¹¹.

El Artículo I del Código Civil Peruano de 1984 niega la teoría de la ficción, es decir:

“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. La existencia del concebido goza de protección jurídica y se le reputa nacido para todo lo que le favorece a condición de que nazca vivo”¹¹².

El concebido reconocido como sujeto de derecho, no es un producto de cambio de concepción a nivel legislativo; sino que es el resultado de un largo proceso de

¹¹⁰ IBID, p. 292.

¹¹¹ **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Derecho de las personas: Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil Peruano*, 10ª ed, Lima – Perú, Editorial Grijley, 2007, PP. 15.

¹¹² **REVOREDO MARSANO, DELIA.** *Código Civil exposición de motivos y comentarios*, 2da ed., Lima, ECB. editores S.A.C, 2015, PP. 37.

codificación, en el ideal de reconocer jurídicamente al concebido como sujeto de derecho en el contexto normativo. Haciendo una aclaración que es el de reconocer que el concebido o ser humano antes de nacer, es un sujeto de derecho. Es decir, se le considera Persona al cual es posible atribuir situaciones jurídicas entre derechos y deberes¹¹³.

Está demás referir que los derechos del concebido son tanto de carácter personal como patrimonial; se adquieren con la concepción y se extinguen con su muerte. Pues reconocer al concebido como sujeto de derecho se afirma que la vida humana si existe, debiendo ser un proceso sin interrupción, desde el momento en que se da la unión del ovulo con el espermatozoide; es decir con la concepción y hasta el momento del nacimiento. De esto deriva que el concebido tiene una capacidad jurídica, tiene derechos y obligaciones inherentes a él, capaz de gozar de todos como ser humano, pero aun sin poder ejercerlos por sí mismo. De este modo desconocer, no solo significa renunciar a una realidad objetiva del hecho biológico, sino que significa renunciar además a una tradición jurídica, en donde se hace prevalecer la dignidad del ser humano, como condición inseparable y primer presupuesto del derecho. Lo cual facilitará su tratamiento normativo debido a la especial situación en la que se encuentra, pues se trata de un ser humano que aún no ha nacido existiendo la posibilidad de que no suceda. Con lo que se abre a la necesidad de cautelar los posibles intereses de terceros, además de los del propio concebido, todo ser humano, por el solo hecho de serlo, es titular de unos derechos y obligaciones fundamentales derivadas de su intrínseca dignidad humana¹¹⁴.

De otro lado, además de ser titular de derechos puros y simples, el concebido es titular de derechos sujetos a modalidades, los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarían suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un

¹¹³ **REVOREDO MARSANO, DELIA.** *Código Civil exposición de motivos y comentarios*, 2da ed., Lima, ECB. editores S.A.C, 2015, PP. 38.

¹¹⁴ **SANTILLAN,** Op. Cit., PP. 77.

principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron¹¹⁵ .

En este orden, la capacidad o situación jurídica del concebido requiere mayor estudio, en cuanto le favorece como persona humana en donde tiene derechos y deberes inmersos a él como titular. Es por ello que el concebido queda posicionado como un sujeto privilegiado al reservarle sólo los efectos favorables, limitándolo en su capacidad jurídica y en la aptitud para obligarse y así quedando como restringida la adquisición de sus derechos como persona humana.

La protección jurídica del derecho a la vida debe serle otorgada al ser humano desde la concepción porque el Código en el Art. 1 nos dice que:

“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”¹¹⁶ .

A todo ello reconoce que con esta se inicia la vida humana, misma que implica, a su vez, el inicio de un nuevo ser. Es por ello que se le brinda plena protección jurídica a la vida humana; el concebido es el nuevo ser humano y, por consiguiente, es titular del derecho a la vida, cuya protección jurídica corresponde desde la concepción. El derecho a la vida resulta ser el de mayor derecho de la persona humana ya que implica el goce de los demás derechos, ya que para poder adquirir y ejercer cualquier otro derecho, se necesita de la existencia de una vida humana o física para poder ser un titular al cual puedan serle reconocidos todos sus derechos.

Al propio tiempo de declarar que el derecho a la vida es un derecho de la persona humana que merece. El concebido es sujeto de derecho para lo favorable y, por tanto, corresponde que su integridad física sea así misma protegida. Pero este derecho del concebido no solo cuenta con protección desde la normativa civil, sino que también es tutelar por la normativa constitucional. El derecho a la

¹¹⁵ **FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo.** *El comienzo de la vida humana: El embrión como persona y como sujeto de derechos*, Santiago, Editorial Jurídica S.T.A, 1999, PP.306.

¹¹⁶ **REVOREDO,** Op. Cit., PP.37.

integridad en su dimensión física garantiza a las personas a conservar su estructura y, en general, la salud del cuerpo al que pertenecen. Siendo así, la afectación a la integridad física del ser humano se produce, en definitiva, cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales y enfermedades corpóreas. Dado que el concebido es titular del derecho a la integridad física, son indemnizables los daños que puedan ocasionarse a su persona. La integridad física del concebido se encuentra relacionado a los daños que puedan ocasionársele, así como a la posibilidad de recibir una indemnización por dichos daños y perjuicios¹¹⁷.

Si bien la integridad física es un derecho y principio fundamental para su protección, en la medida que los daños que puedan generarse a dicha integridad deberán ser resarcidos. Entonces se puede decir que el concepto de persona o concebido en sentido jurídico está contenido en el concepto ontológico de persona, del que ser persona en sentido ontológico implica por definición ser persona en sentido jurídico. Si la persona es un ser que es dueño de su propio ser, y titular de derechos naturales y la dimensión de ser sujeto de derecho. El dominio sobre el propio ser es la nota fundamental de la persona¹¹⁸.

Es ante todo esto que la dignidad postula ineludiblemente la personalidad jurídica, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la atribución de derechos y deberes que le son inherentes y son inviolables; es persona quien tenga vida, quien goce de derechos y obligaciones de todo tipo, siendo un derecho fundamental para el concebido, base y condición de todos los demás: el derecho de ser reconocido siempre como persona humana. Dejando en claro que la persona humana sólo puede ser sujeto de derecho, nunca objeto.

¹¹⁷ FIGUEROA YAÑEZ, Op. Cit., PP. 287.

¹¹⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, Lima, Editorial Rodas, 5ta Edición, 2008, PP.45.

3.2 Responsabilidad civil por daños al concebido, según el artículo.1 del Código Civil

En este acápite la idea de valor de la vida humana, merece una especial atención, en el que se concentrará en el examen detenido que debemos efectuar, en virtud del cual se sostiene que la vida humana tiene un valor económico mensurable en dinero, y que el mismo es contenido necesario indemnizatorio que se debe fijar en caso de daños o muerte.

Se trata de definir con máxima claridad que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho es protegido por la Ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. El derecho a la vida de la persona, consiste en su interés de seguir viviendo en la misma plenitud; o sea, a que no se anticipe su deceso y a que no se limiten o cercenen sus facultades vitales.

Desde el punto de vista ético jurídico la vida humana representa bien para su titular, el derecho a la vida no tiene un valor económico; lo que se indemniza no es la vida perdida, sino las consecuencias patrimoniales o afectivas que el deceso a originado a terceros. La pérdida de la vida humana no da nacimiento por sí a un crédito en cabeza del causante, derivado de la extinción de su vida.

Por encima del afianzamiento de los principios reparatorios debe considerarse como objetivos prioritarios: preservar la vida humana y tutelar la integridad física y espiritual de las personas. A estos fines, las distintas fuentes de riesgo para la persona deben soportar los costos necesarios para la preservación de la vida humana.

La inviolabilidad de las persona humana, como fin de sí misma, supone una primacía jurídica como valor absoluto. La persona humana debe ser protegida no solo por lo que tiene y pueda obtener, sino por lo que es y en la integridad de su proyección. Debe jerarquizarse la esfera espiritual, biológica y social del hombre, sin dejar de tener en cuenta que los bienes materiales son necesarios para preservar su dignidad.

El daño a la persona configura un ámbito lesivo de honda significación y trascendencia en el que pueden causarse perjuicios morales y patrimoniales. Es indispensable y urgente hacer efectiva la prevención de los daños a la persona. La reparación del daño a la persona debe ser plenamente adecuada a la magnitud de lo que esta representa, descartando las indemnizaciones simbólicas. Frente al ordenamiento jurídico peruano el concebido se presenta como un sujeto de derecho, es decir, un incapaz absoluto de ejercicio, en tanto sujeto de derecho, es titular actual de derechos personales teniendo además la capacidad para adquirir derechos patrimoniales, pero como no puede ejercitarlos por sí mismo, necesita de alguien para que los pueda hacer efectivos. Teniendo en cuenta ello, la representación operará para la realización de todas aquellas actuaciones que puedan favorecer al concebido, sin más limitación que lo pudiera ser estrictamente perjudicial para él¹¹⁹.

Este derecho a ser indemnizado por los daños a su persona se ve, así mismo, reforzado por la existencia de un específico delito de lesiones al concebido, para castigar aquella conducta dirigida a causarle daño en su cuerpo o en su salud.

Se ha verificado que la vida humana comienza en la concepción¹²⁰. Siendo así que la vida del concebido es humana, y como tal le corresponde reconocimiento de su capacidad jurídica, aunque tenga limitada la capacidad para obrar, para cuanto le sea favorable. El ordenamiento jurídico no le otorga esta capacidad explícitamente; lo hace sin embargo de hecho al reconocerle ciertos derechos que tienen efectos incluso frente a terceros. La personalidad jurídica es cualidad de la persona y condición de posibilidad para la existencia de cualquier derecho¹²¹.

La doctrina y la jurisprudencia han declarado, con reiteración en los últimos años, que toda lesión física, de carácter permanente, ocasione o no un daño económico, debe ser indemnizada como el valor del que la víctima se vio privada, aun cuando no ejerciera ninguna actividad lucrativa, puesto que la reparación comprende no solo al aspecto laborioso, sino también todas las consecuencias

¹¹⁹ **SANTILLAN**, Op. Cit., PP. 79.

¹²⁰ **VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores**. *El concebido no nacido en el orden jurídico*, España- Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1991, PP.103.

¹²¹ **IBID**, PP.114.

que afectan la personalidad integrante considerada. Vale decir que la incapacidad física muestra dos rostros; uno que se traduce en la minoración de las posibilidades de ganancias, connatural con el ser humano en el empleo de sus energías, y otro relacionado a las diferentes actividades de la persona humana, disminuidas por una incapacidad transitoria o permanente o bien definitivamente perdida. Toda disminución de aptitudes o facultades importa una lesión patrimonial que corresponde reparar, pues la incapacidad no sólo debe medirse en el aspecto de trabajo, sino también en cuanto se relacione con todas las actividades de la víctima y la proyección que el accidente tiene sobre la personalidad integral. Ratificando el criterio, la disminución física incide obviamente sobre la vida de relación del damnificado, lo que constituye un daño indemnizable, independientemente del deterioro de su capacidad de ganancia consecutiva a la incapacidad física, derivada del hecho ilícito.

De los importantes pronunciamientos de la doctrina, se destacan dos aspectos sobresalientes:

Que el derecho a la reparación como consecuencia de las lesiones sufridas se fundamenta en el respeto a la personalidad íntegramente considerada, tanto en sus potencialidades actuales como en las futuras.

Que ese daño y el derecho al resarcimiento consiguiente son independientes de la existencia de una incapacidad laboral de cualquier tipo que, en consecuencia, puede o no concurrir con el menoscabo de algún aspecto de la personalidad integral. La protección a la persona humana, con la elevación a derechos subjetivos de todo lo relativo a la incolumidad estructural de la persona, es una conquista de los tiempos modernos, abarcando y comprendiendo la personalidad física y la moral.

La protección de la vida desde su inicio, quiere ser el punto más importante para el hombre, y que este según ello pueda favorecer de alguna u otra manera al concebido que ya es considerado una vida¹²².

¹²² **ZAPPALÁ, Francesco.** *Estatuto Jurídico del Concebido*. [Ubicado el 22.IV.2018]. Obtenido en: [file:///C:/Users/USER/Downloads/281-1658-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/281-1658-1-PB%20(2).pdf)

La tutela a la integridad física del concebido se encuentra relacionado con los daños que pueden ocasionársele, pero también con la posibilidad de recibir una indemnización por dichos daños. Así pues, en tanto sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, el concebido tiene derecho a ser indemnizado por las lesiones o daños que pudieran ocasionársele, siempre que así se establezca.

La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento¹²³. Nuestra doctrina entiende que el concebido es un sujeto de derecho privilegiado, por cuanto la ley le atribuye sólo lo que le favorece, su concreción sólo tendrá lugar a condición de que nazca con vida; ergo, tratándose de derechos extrapatrimoniales no existe condición alguna que impida el goce de los mismos; Es decir, el concebido es erróneamente llamado “sujeto de derecho privilegiado” para todo cuanto le favorece, no debiendo ser así ya que el concebido es sujeto de derecho en sí, sujeto a derechos patrimoniales, derechos sucesorios entre otros.

“La expresión para todo cuanto le favorece es invocada tradicionalmente para reservar al concebido derechos patrimoniales, como por ejemplo derechos sucesorios, donaciones, legados o indemnizaciones. Sin embargo, los derechos patrimoniales no se concretizan antes del nacimiento. El artículo primero supedita la atribución de derechos patrimoniales a la condición del nacimiento con vida. En otras palabras, para el artículo primero del Código Civil rige la condición suspensiva de la efectividad de derechos patrimoniales, lo que no significa que aquellos derechos no existan para el concebido, sino que antes de que se produzca el hecho del nacimiento con vida, aquel concebido no tiene capacidad para recibir, verbi gratia, donaciones, legados o indemnizaciones, pero una vez nacido tiene derecho a recibirlos. Respecto del derecho indemnizatorio que asiste al concebido; si durante la gestación el concebido sufre un traumatismo a causa de un tercero, tendrá derecho a una indemnización por el daño sufrido en útero si nace vivo”¹²⁴.

Queda claro que nuestro ordenamiento jurídico peruano da una mejor calidad al referirse de la persona, tratándola como un sujeto de derecho desde su concepción, y no desde su nacimiento, supeditada a que nazca con vida para que pueda gozar de sus derechos que le corresponden.

¹²³ FERNANDEZ, Op. Cit., PP. 10

¹²⁴ REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil exposición de motivos y comentarios, 2da ed., Lima, ECB. editores S.A.C, 2015, PP. 38.

Proteger a la persona y a la sociedad de cualquier actividad en que pueda vulnerarse sus derechos, en especial, el derecho a la vida, es de alguna manera muy discutido, ya que por muchos factores a veces la vida se encuentra amenazada desde el vientre de la madre vulnerando así el derecho al vida, a la salud y a su integridad física.

Si hablamos de daños al concebido desde el vientre de su madre, estos daños podrían ser daños ambientales, ocasionados de diversas formas y por contaminantes los cuales producirían daños al concebido desde el estado de gestación de la madre; dando lugar que se vulnere la salud y el derecho a la vida en sí del concebido y de la madre.

El derecho a la salud representa la forma más directa y clara de afectación de este derecho fundamental que es el derecho a la vida del concebido, ya que muchas veces por daños que se ocasionan en nuestro alrededor una vida, es decir, una persona por nacer puede afectarse y poner en peligro su salir y no llegar a nacer .

El derecho a la salud tiene un rol fundamental en la protección del derecho a la vida, debido a que muchas veces no tenemos una protección adecuada en la salud, y es ahí que el Estado debe actuar de manera correcta con el fin de que se proteja la integridad de la persona humana¹²⁵.

Toda personas tiene derecho a vivir en un ambiente adecuado para el desarrollo de la vida, en donde el Estado debe contribuir a una efectiva gestión ambiental, proteger, asegurar la salud y la vida del ser humano que se encuentra en ese ambiente. Es por ello que el bien jurídico es contradicho por el medio ambiente y sus diferentes factores. El interés jurídico es la calidad de vida, es decir, que por ello deja un interés difuso¹²⁶.

¹²⁵**PEDRO IRIBARNE, Héctor.** *De los daños a la persona*, Argentina, Editorial Ediar Sociedad Anónima y editora, 1995, PP.171.

¹²⁶**MARTINEZ DE AGUIRRES, Aldaz.** *La persona y el derecho de la persona*, 3º Edición, Madrid, Editorial Colex, 2008, PP.330.

Si hablamos de la capacidad de obrar esta se contrapone a la capacidad jurídica como el elemento activo frente al pasivo, caracterizada por una aptitud natural, ya en general, o centrada en la inteligencia, o en la voluntad, o en el querer y saber. Se estima que si la capacidad jurídica es la cultura actual un atributo inherente a la existencia del ser humano, no se le puede privar de personalidad, ya que se trata de una vida, ser viviente.

De lo anteriormente expuesto se deduce que si la capacidad jurídica y capacidad de obrar son meras cualidades de la persona, ya que si existe una capacidad e obra y una capacidad jurídica de por sí hay una persona humana incluida de derechos y obligaciones. Pues ante esto estaríamos afirmando que la persona existe desde la concepción y, por ende, siendo la capacidad facultad inherente a la persona, desde el momento de la concepción debe ser reconocida.

En el derecho natural, al considerar a la persona como un ser de fines, un centro jurídico propio, y nunca mero objeto, aunque su racionalidad esté en potencia y no en acto, da la base firme para un concepto de la persona y de la capacidad jurídica, independientes de cualidades del ser humano. La racionalidad en la esencia constitutiva del concebido, aunque todavía no se manifieste. La persona tiene en cada etapa de su desarrollo desde su concepción hasta su muerte, la racionalidad que le corresponde y requiere de cada momento existencial¹²⁷.

La persona posee capacidad jurídica desde el momento de su concepción. Sin embargo la capacidad de obrar la adquiere en etapas sucesiva. El derecho le otorga la capacidad de obrar que en cada etapa de su vida le conviene. La capacidad de obrar se reconoce a medida que progresa el desarrollo físico y psíquico de la persona. A partir del nacimiento ya se puede identificar civilmente a la persona, asignándosele derechos que le corresponde como persona humana¹²⁸.

Se puede decir que, cuando una persona sufre un daño o alguna lesión, el Derecho ha creado un medio para que la víctima no se vea desamparada en su

¹²⁷**BORDA, Guillermo A.** *La persona humana*, Argentina- Buenos Aires, Editorial La Ley S.A, 2001, PP. 19.

¹²⁸ **VILA-CORO.** Op. cit., PP.132.

pesar. En este sentido, existen normas que obligan al responsable del perjuicio a resarcir el daño ocasionado, generándose la responsabilidad civil. En donde el ser humano, como ser de relación, en el desarrollo de su conducta intersubjetiva está permanentemente en la posibilidad de incurrir en la responsabilidad, la que, por eso, es inherente a la vida social. Esta responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar el daño que su conducta pueda interogar. De este modo el daño, en su significado más lato, es el factor determinante y fundamenta la responsabilidad civil.

El primer párrafo del Art. 1321 del Código Civil establece que:

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”.

Y la primera parte del Art.1969 del Código Civil precisa que:

“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”.

Si mucho esfuerzo, se puede colegir que, sea por incumplimiento de las obligaciones, sea por lesionar un derecho o un legítimo interés y, por ello, se ocasionan daños, la lesión que impone el Código Civil al “responsable” es la de indemnizar. Pudiéndose definir a la responsabilidad civil como una técnica de tutela civil de los derechos que tiene por finalidad imponer al responsable la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado¹²⁹.

Como es notorio, el concepto de responsabilidad que viene de explayarse, por su extraordinaria latitud, excede en mucho el campo del derecho, y abraza, incluso, a otros tipos de responsabilidad no jurídica. Entre estos hay uno, la responsabilidad moral, que por su especial afinidad con la jurídica, requiere ser deslindado cuidadosamente del objeto de nuestro estudio. La distinción que debe establecerse entre responsabilidad moral y responsabilidad jurídica no es sino una amplia distinción entre moral y derecho. La moral y el derecho, no son

¹²⁹ **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2001, PP. 45.

disciplinas totalmente autónomas; tanto una como otra trabajan, en general, sobre el mismo conjunto de elementos; la conducta y las actitudes humanas; es decir el objeto entre moral y derecho resulta ser la necesidad de establecer una distinción entre ambas órdenes de ideas. El problema propio de la responsabilidad moral, y aquello que la distingue de la responsabilidad jurídica, es el pecado; se es responsable moralmente, es decir, debemos responder frente a nuestros actos¹³⁰.

Es cierto que precisa admitir que, en general, ambas disciplinas están unidas por el denominador común de la voluntad humana, pero no es menos cierto que en el campo moral esta voluntad humana se toma siempre en su aspecto íntimo, intencional y concreto, en tanto que en el campo jurídico se aprecia solo a través de su exteriorización, ya sea esta concreta o abstracta. De este modo resulta que aun cuando en general coinciden la responsabilidad moral de hechos que desde el punto de vista jurídico no acarrearán responsabilidad alguna, es lo que ocurre cuando la voluntad dañosa se mueve solo en el mero ámbito del deseo interno, y a la inversa, que puede emerger una responsabilidad jurídica de conductas moralmente irreprochables tal lo que acontece en los casos llamados pro el derecho de responsabilidad sin culpa, o en situaciones afines¹³¹.

La responsabilidad jurídica, como toda responsabilidad, es un situación que se tipifica principalmente por sus efectos, que pueden ser o bien de carácter propiamente reparador, o bien de carácter específicamente penal. Dejando para más adelante el análisis de estos dos tipos de efectos, podemos adelantar, desde ahora, que la reparación tiene por objeto remover el daño causado con el hecho que creó la responsabilidad, en tanto que la pena tiene por objeto someter al autor del hecho que engendró la responsabilidad a un castigo aflictivo. En ese orden de ideas:

“Para que haya responsabilidad civil es necesario un hecho causante y un daño causado por ese hecho; es decir, que el hecho sea la causa y el daño su consecuencia, por lo que entre hecho y daño debe de haber una relación de causalidad, pero esa relación debe ser

¹³⁰ **FACIO PEIRANO.** *Responsabilidad Extracontractual*, Segunda edición, Bogotá- Colombia, Editorial Temis, 2004, PP.22

¹³¹ **FACIO.** Op. Cit., PP. 23.

*inmediata y directa, esto es que el daño sea una consecuencia necesaria del hecho causante*¹³².

Además de ello, el daño muchas veces es irreparable, toda vez que no se puede reparar ya que es una vida la que se ha perdido por culpa de terceros, en ese sentido la responsabilidad civil tiene por consecuencia imponer al ofensor, dentro de ciertas circunstancias, la obligación de repararlo; transferir el perjuicio de la víctima al ofensor.

Es evidente que esta concepción de la responsabilidad, no puede ser admitida sin desnaturalizar la noción de responsabilidad, ya que, no se puede afirmar que estemos frente a un problema de responsabilidad cuando el que sufre el daño es el propio autor del mismo; la responsabilidad, y por supuesto la responsabilidad civil supone siempre la idea de alteridad: esto es, se responde ante alguien. El daño a la persona, es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. En verdad, este radical aspecto del daño a la persona y sus efectos no han sido debidamente considerados, en todo caso cataloga como un daño que afecta alguno de los derechos de la personalidad. El daño a la persona puede afectar radicalmente el proyecto de vida de la persona o lesionar alguno de los derechos de la persona¹³³.

Si hablamos del daño que se le pueda ocasionar a una persona o a una vida en camino, estaríamos hablando de un daños que muchas veces es irreparable, ya que resulta muchas veces imposible rehacer lo que se hizo mal o se destruyó y es por ello que por medio de la indemnización se le da a la víctima adquiere cierta posibilidad de satisfacer o subsanar aquello que ha podido perder. Es ahí donde el derecho busca encontrar la solución más justa posible.

Por esa razón, el Derecho positivo ha optado por sancionar el principio de la responsabilidad civil, pues de otro modo estaría condenándose a sí mismo a la destrucción. Si la ley no obligara a reparar el daño causado por una conducta ilegítima, resultaría que el propio derecho estaría autorizando el mantenimiento

¹³² **REVOREDO MARSANO, DELIA.** *Código Civil exposición de motivos y comentarios*, 2da edición, Lima, ECB. editores S.A.C, 2015, PP.40

¹³³ **FERNANDEZ,** Op. Cit., PP.426.

de conductas injustas, que crean desequilibrios patrimoniales injustos, esto no es querido por el derecho.

3.3 Análisis de la casación N° 1486-2007: indemnización por daños y perjuicios al concebido

Antes de realizar el análisis previo de la Casación N°1486-2007, empezaré por decir que la persona humana es un centro de imputación de poder jurídico; a la persona le impone también el ordenamiento una serie de deberes de la misma índole y, como consecuencia de ellos, un ámbito de responsabilidad. Poder y responsabilidad surgen de situaciones, juzgadas relevantes por el derecho, en las que la persona se puede ver inmersa.

Las diversas modalidades de daños que pueden ocasionarse a la persona no fueron mayormente tomadas en consideración por la doctrina jurídica, salvo escasas excepciones. Todo el interés de los juristas, como respuesta a una cierta filosofía de la vida, se centraba prevalentemente, en la protección del patrimonio, de la propiedad. Mientras que en las constituciones y en los códigos civiles, como se ha señalado, se tutelada la propiedad instrumental, de los derechos fundamentales como la vida, la integridad física, el honor.

El acentuado interés por la protección de la persona, con los alcances que se han puesto de manifiesto es, como se ha anotado, sólo cuestión de las últimas décadas, en mérito a la lenta y fatigosa acción conjunta de la jurisprudencia y la doctrina que, como es obvio, se adelantan a la legislación. No obstante, y tal como se ha precisado, dada la naturaleza misma del ser del hombre, no es posible prever todos los daños a que puede estar sujeto, por lo que no es posible, a su vez, establecer las garantías tutelares indispensables a través, exclusivamente, de sendos derechos subjetivos perfectos¹³⁴.

No puede perderse de vista, de otro lado, que la preocupación de los juristas en torno al daño a la persona se ha acrecentado pro el notable incremento de los

¹³⁴ **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *“Protección Jurídica de la persona”*, Primera Edición, Lima – Perú, Publicaciones de la Universidad de Lima, 1992, PP. 170.

riesgos a que está sometido el ser humano en la era tecnológica que vivimos, de los que todos somos conscientes.

La modalidad central del daño a la persona, aparte de la que lo configura como atentatorio del libre desarrollo del proyecto de vida, es aquella referida al daño a la salud, considerada ésta en su más amplia acepción, es decir como toda lesión que, en alguna medida e intensidad, afecta el bienestar integral del sujeto de derecho. Como ya se ha precisado, todo daño biológico repercute en agravio a la salud de la persona¹³⁵.

Jurídicamente hablando, son personas los hombres considerados como sujeto de derecho. Todo hombre es persona y, en estricto, persona solo puede serlo el hombre, en modo tal que únicamente de manera estricta y con un significado técnico se pueda aplicar en realidades social, consideradas como personas a los que realmente se le puede atribuir derechos y obligaciones.

Sébase que la persona es la base y el centro del derecho civil. El derecho civil en efecto, el derecho no crea a la persona sino que la recibe por fuerza. El hombre es un *príus* para el derecho y la razón de ser de éste, dado que, sin hombres, el derecho no existiría ni tendría porqué existir.

Por lo tanto, se entiende que el concebido “el que está por nacer”, no es objeto de un derecho de propiedad. Algunos podrán sostener que forma parte del cuerpo de la mujer cuyo útero se encuentra implantado. Otros podrán pensar que constituye un ente autónomo. En el primer caso, el embrión se encontrará amparado por la Constitución Política, en donde se asegura que todas las personas tienen derecho a la vida y a la integridad física. Nadie podría, en consecuencia, atentar contra el concebido, ya que iría contra la Constitución. En el segundo caso, de estimarse que el concebido constituye un ente autónomo, éste gozará de resguardos, derechos y garantías propias, distintas de aquellos que protegen la integridad física de la mujer en cuyo útero se encuentra alojado¹³⁶.

¹³⁵FERNANDEZ SESSAREGO. Op. Cit., PP. 171.

¹³⁶ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. *El comienzo de la vida humana: El embrión como persona y como sujeto de derechos*, Santiago, Editorial Jurídica S.T.A, 1999, PP.302.

Lo que interesa recalcar, es que se estime al concebido y se le considere como un ente autónomo, no puede entenderse como un objeto de un derecho de propiedad. El concebido que aún es embrión, no pertenece ni a su madre ni a su padre, ni a ambos juntos; no puede ser objeto ni del *jus utendi*, ni del *jus fruendi*, ni del *jus abutendi*, como sucede, por lo demás con cualquier niño ya nacido. Afirmar la existencia de un derecho de propiedad sobre una persona de la especie humana, aunque esté en formación, constituye un peligroso intento a ser utilizado como un objeto¹³⁷.

Se sabe que el concebido es titular de derechos, es sujeto de derechos, a pesar de no haber nacido; esos derechos pueden pertenecerle pura y simplemente, por no estar sometidos a condición o a plazo alguno ni otra modalidad. También puede ser titular de derechos sometido a modalidades entre otros como lo reconoce el Código Civil¹³⁸. De partida, el concebido es titular puro y simple del derecho a la vida, protegido por disposiciones constitucionales, penales, civiles Y laborales.

Constitucionalmente, la protección plena comienza con el nacimiento, puesto que nuestra Ley fundamental asegura el derecho a la vida a todas las personas¹³⁹. Es decir el concebido ha merecido, la atención del constituyente la ley de la protección a la vida. La vida del que se encuentra aún en el claustro de la madre, protegida, así por disposiciones de rango legal, aunque en menor grado que la vida del que ya está nacido.

El Código Civil se refiere a la protección de una vida que está por nacer en su Artículo 1, el que ordena el juez tomar todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger “la existencia” del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará la vida. Este derecho del concebido en el que se proteja su vida es claramente un derecho puro y simple, puesto a que no está sujeto a condición, plazo o modalidad alguna¹⁴⁰.

¹³⁷ IBID, PP. 303.

¹³⁸ **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Derecho de las personas*, 8° ed, Lima, Editorial Grijley, 2001, PP.9

¹³⁹ **Constitución Política del Perú**, 4°ed, Lima, Editora Perú, 2001.

¹⁴⁰ **FIGUEROA**, Op. Cit., PP.304.

La protección Constitucional del derecho a la vida de las personas ya nacidas pueden extenderse a las que ya están por nacer; entonces se dice que “todos tienen derecho a la vida”, habiéndose puesto en duda el término “todos” puede englobar también al *nasciturus*.

El que está por nacer también es titular del derecho a la integridad física. Parece fuera de duda que si el embrión o el concebido ya implantado es titular del derecho a la vida, también lo es del derecho a la integridad física, el que está íntimamente relacionado con el primero. Así, el concebido no puede ser objeto de mutilaciones, lesiones, extracción de órganos u otras acciones similares ocasionadas por un tercero que atente contra su vida. Este también es un derecho del que es titular por sí mismo. Y si es titular del derecho a la integridad física, no parece necesario desplegar mucho esfuerzo para estimarlo titular también del derecho a la honra o integridad moral, si de alguna manera este puede serle desconocido. No cabe duda, además, de que es titular del derecho a la protección o tutela penal y le corresponde además algunos atributos de la personalidad, como la capacidad de goce de los derechos que es titular¹⁴¹.

En el derecho civil, el derecho de la persona obligadamente, son derechos innatos, más allá de su expresión normativa, en tanto constituyen, como está dicho, requerimientos de la vida misma que necesariamente han de merecer tutela jurídica positiva. Son derechos irrenunciables y no puede ser objeto de cesión, ya que todo derecho supone, un deber frente a los demás¹⁴².

El derecho, al vivenciar valores jurídicos en la vida coexistencial, debe ordenar normativamente las relaciones interhumanas a fin de asegurar a cada hombre, en cuanto ser libre, su plena realización persona, si constante liberación, dentro del bien común o interés social. Esto sustenta que sólo el ser humano es sujeto de derecho, en cualquier instante de su evolución existencial, desde la concepción hasta la muerte, cualquiera sea su modo formal de relaciones con los demás hombres en sociedad. Es por ello que el Código Civil reconoce como sujetos de derecho al concebido, a la persona natural, a la persona jurídica y a las diferentes organizaciones de personas, con plena conciencia que más allá

¹⁴¹ IBID, PP. 305

¹⁴² **ROGEL VIDE**, Op. Cit., PP. 11.

de cualquier recurso formal-normativo, encontraremos que sólo el hombre es el ente capaz de asumir, en la realidad o experiencia jurídica, de calidad de sujeto de derecho. Sujeto de derecho es así el ser humano antes o después de nacer¹⁴³.

Por su condición el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, es sujeto de derecho actual, sus derechos no patrimoniales no están sujetos a condición alguna, no se hallan en pendencia, no se encuentran reservados. El concebido es así, actualmente, titular de derechos tales como la vida o a la representación. Es obvio que ninguno de estos derechos, entre otros. El concebido desde la concepción, tiene derecho a la vida, sin que para ello deba esperar y sin necesidad de fingir que ya es persona cuando en realidad no ha nacido. Por ser concebido, es decir, ser humano, es sujeto de derecho y, por ende, titular actual de derechos. Racionalmente no cabe pensar en otro sujeto de derecho que no sea el ser humano¹⁴⁴.

Es conveniente aclarar que el llamado daño es el que atenta contra el sujeto de derecho considerado en sí mismo. Estos daños pueden afectar al ser humano en cualquier etapa de su desarrollo existencial, es decir, desde la concepción hasta la muerte, antes de nacer o después de nacido. A los daños también se les conoce como aquellos que lesionan y causan deterioro al ser humano en sí mismo comprometiendo, en alguna medida, su entidad sicosomática¹⁴⁵.

Pues bien, existen situaciones en donde se les puede denominar esfera jurídica de la persona. Dentro de la misma, se habla, como especie contrapuestas, tanto en la esfera personal como en la esfera patrimonial; en lo patrimonial se refiere a los derechos y deberes sobre los objetos del mundo exterior que por su escasez, se presentan como valiosos. Centrando la atención, en la esfera personal cabe decir que el ordenamiento jurídico concede a la persona una serie de poderes jurídicos dirigidos a la conservación y al desenvolvimiento de su individualidad, a la protección de los bienes inherentes a la misma cuales la vida,

¹⁴³ **FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS.** *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Primera edición, Universidad de Lima, Lima – Perú, 1999, PP.117

¹⁴⁴ **FERNANDEZ,** Op. Cit., PP. 32.

¹⁴⁵ **FERNANDEZ,** Op. Cit., PP.152.

el nombre o el honor. Estamos, entonces, en presencia de los bienes y derechos de la personalidad¹⁴⁶.

En el tema de los bienes y derechos, al margen de que haya interesado, también e incluso antes, a otros derechos como el penal o el político es, en este siglo que termina, un tema clásico del derecho civil, a pesar de no estar específicamente regulado en el código del mismo nombre, la jurisprudencia reconocedora del carácter indemnizable del daño, abre paso a la consideración y a la protección jurídica de la persona. Y es ahí que encontramos una clasificación entre los bienes relativos a la esfera corporal o física de la persona, dentro de los cuales estarían la vida y la integridad física de la persona humana.

En la intención de fortalecer la posición de la persona respecto de los bienes referidos, se tiende a afirmar que esta cuenta con verdaderos derechos subjetivos sobre los mismos, al ser el derecho subjetivo el poder jurídico por excelencia¹⁴⁷. Con todo y respecto de la vida y de la integridad física bienes esenciales, más correcto que hablar de un derecho subjetivo lo cual, legitimaría el daño o lesión, no siendo ello de recibo parece afirmar la existencia de un deber general de respeto que vincula a todos, incluido a la propia persona. Entonces cabría hablar de un derecho a una vida digna, derecho que justificaría la legítima defensa de la misma en caso de atentados perpetrados contra la persona por terceros; debiendo ser indemnizados.

Decir incluso que cuando se habla de derechos subjetivos, se estaría hablando de derechos esenciales e innatos encontrándose inherentes a la persona con un carácter de irrenunciabilidad frente a ellos¹⁴⁸.

Al hacer mención a una indemnización por daños y perjuicios al concebido nos referimos a la Casación N°1486-2007- en la ciudad de Cajamarca. En donde la madre de la menor Laura Yacqueline Cotrina Alvarado, demanda a la Empresa Yanacocha por los daños que le han causado. La empresa se defiende formulando una excepción de falta de legitimidad por parte de la menor, toda vez que su acta de nacimiento consta el 09/07/2000, es decir, luego de haber

¹⁴⁶ **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, Lima – Perú, Editorial Grijley, 2005, PP. 33.

¹⁴⁷ **ROGEL VIDE**, Op. Cit., PP.127.

¹⁴⁸ **IBID**, PP. 12.

ocurrido el derecho de mercurio que ocurrió un mes antes el día 02/06/2000 de haber nacido la menor¹⁴⁹.

A todo esto la juez declara fundada, alegando y sustentando conforme a lo normado en el Código Civil Artículo 1, en donde se dice que:

“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”

Es decir que si la menor nació luego de un mes de haberse producido el derrame de mercurio no podría ser sujeto de derecho como tal, existiendo una escasez absoluta en el razonamiento referente al Artículo. 1 del Código Civil¹⁵⁰:

“El concebido es sujeto de derecho para todo cuánto le favorece”.

Se puede advertir, de primera intención, que esta casación se acerca mas a un corriente clásica, ya que para que una persona sea sujeto de derecho tiene que estar viva y viceversa; señalando también que el concebido debe nacer vivo para que de esta manera pueda ejercer a pleno goce sus derechos como persona, sin embargo mientras ello no ocurra el goce de sus derechos serán limitados¹⁵¹.

Por lo tanto, en esta casación existe una interpretación errónea del Artículo 1 del Código Civil, debido a que se refería que la menor no podría considerarse sujeto de derecho, ya que cuando sucedió el derrame de mercurio ella aun no nacía, es por ello que tenía la denominación de no concebida, la norma da un significado real al concebido, pues la vida humana comienza con la concepción y es ahí en donde el concebido es sujeto de derecho con la condición de que nazca vivo. Todo esto se ajusta al caso de la menor, ella ya había sido concebida al momento en que se produjo el derrame de mercurio, ha nacido viva y puede reclamar todos los derechos que le corresponden como persona humana y sujeto

¹⁴⁹ Casación de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República N°1486-2007- Cajamarca, del 03.II.09, Fundamento Jurídico.

¹⁵⁰ **Código Civil**, 7° ed, Lima, Grijley, 2007.

¹⁵¹ Casación de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República N°1486-2007- Cajamarca, del 03.II.09, Fundamento Jurídico.

de derechos, de no poder reclamarlos su madre lo podría hacer; más aún si aquélla ha sido afectada también por la contaminación.

En diversas situaciones se aumenta potencialmente la posibilidad de causarle daño al ser humano. Es también cada día más numeroso el sector de juristas que, liberados de una concepción exclusivamente economista del ser humano, comprende la necesidad y la justicia de reparar los daños subjetivos que, sin incidencia patrimonial, lesionan al ser humano produciendo efectos deficitarios en su salud hasta en su proyecto de vida. El bienestar del ser humano y su realización integral como ser libre y digno tienen un valor que supera todo. Es por ello que indiscutiblemente más importante la reparación del daño a la persona que aquel daño que tiene como objeto algún bien patrimonial o material¹⁵². El hecho de que un ser humano no haya nacido antes de la producción de un daño, no lo deslegitima procesalmente a efectos de obtener una indemnización.

Por consiguiente, el concebido era un ser ontológicamente y era un centro de imputación jurídicamente, es decir, existía y era sujeto de derecho “privilegiado”. Es correcto el criterio de la Corte Suprema cuando afirma que “bastaba el solo hecho de su concepción para que la menor sea catalogada como sujeto de derecho. Desde una postura ecléctica que condensa las dos opiniones más difundidas, puede sostenerse que la expresión “para todo cuanto le favorece” se traduce para el concebido en una limitación de privilegio, porque con el “efectos favorables” se limita la capacidad jurídica del *nasciturus* para evitar que sus representantes que no actúan por si mismos sino a nombre de aquel lo obliguen frente a situaciones que no supongan beneficio alguno para él; y se trata también de una limitación que, al propio tiempo, coloca al concebido en una situación de privilegio frente al derecho, excluyéndolo de aquellos efectos que de por sí no le sean favorables.

En esta medida, el concebido es un “sujeto de derecho privilegiado” porque su “capacidad jurídica limitada para obligarse” le permite sustraerse de aquellas

¹⁵²Casación de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República N°1486-2007- Cajamarca, del 03.II.09, Fundamento Jurídico.

obligaciones que no le favorezcan y que pese a ello, sus representantes pueden haber asumido en su nombre. Esta es, por tanto, una limitación que reviste de privilegio al concebido¹⁵³.

Sin embargo en la casación se puede notar claramente que no se está respetando el derecho la vida humana, a la integridad, a la salud física del concebido y de la madre; en este contexto se pudo verse afectado cualquiera de los dos, ocasionándoles la muerte. El concebido como tal es persona, aun no nazca, tiene derechos y deberes que irá desarrollando, el concebido como persona humana merece ser protegido de tal manera que si se logra ver dañado, se puede indemnizar dichos daños.

Su posterior nacimiento únicamente significó que, a partir de dicho momento, podía hacer efectivo el derecho a recibir una indemnización”. De esta manera, la Corte establece su criterio en torno a un controvertido tema, que permitirá al concebido obtener la ansiada reparación por los daños en ellos ocasionados.

Claramente podemos darnos cuenta de las diferencias existentes entre el Código Civil de 1984 y 1981¹⁵⁴; pues en el Código de 1984 nos dice que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. La existencia el concebido goza de protección jurídica y se le reputa nacido para todo lo que le favorece a condición de que nazca vivo; es decir, el concebido para que goce de alguna protección jurídica y sea considerado persona debe nacer vivo, de lo contrario no se le brinda ninguna atribución de derechos patrimoniales y muchos menos se le considera persona como tal. El Código de 1981 nos aclara que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. A quien está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo; aclarando este punto que nos quiere decir que se le considera al concebido persona humana cuando ya

¹⁵³ **SANTILLAN**, Op. Cit., PP. 110.

¹⁵⁴ **REVOREDO MARSANO, Delia**. *Código Civil exposición de motivos y comentarios*, 2da ed., Lima, ECB. editores S.A.C, 2015, PP. 38.

ha nacido, pues al aun no nacido, la única condición para ser persona es haber nacido vivo, de lo contrario no es considerado persona.

Finalmente esta casación debe hacer reflexionar a cada uno de los jueces que infringen justicia, el hecho de que un ser humano no haya nacido, no hace que se le descalifique a *priori* de una indemnización; hay una vida en formación que justamente por ello, requiere mayor protección tanto jurídica como por parte de la madre. El valorar y defender la vida humana debe ser un deber de cada ciudadano servidor de la justicia.

CONCLUSIONES

1. La Responsabilidad Civil es una de las más importantes áreas del Derecho privado que tiene por finalidad imponer la obligación al autor de un daño de indemnizar a su víctima, bien sea como consecuencia del cumplimiento de un contrato o de la comisión de un hecho ilícito.

2. El tipo de responsabilidad contractual no se encuentra regulada en el Código Civil Peruano; las normas aplicables a la indemnización de los daños y perjuicios originados por incumplimientos contractuales, como regla general, se encuentra en las normas sobre “inejecución de obligaciones”.

3. El tipo de responsabilidad extracontractual, si se encuentra regulada en el Código Civil Peruano, y se funda en el *alterum non laedere*, por lo tanto, surge cuando una persona viola el deber genérico de no dañar. Es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos.

4. Por otro lado debemos tener en cuenta que lo se busca por parte del afectado tanto madre como concebido, es saber que lo que ha sufrido es un daño, el cual es un elemento esencial que debe concurrir para que exista un responsabilidad civil; ya que sin daño no hay responsabilidad civil. El daño es la lesión, perjuicio o detrimento que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona.

5. Por otro lado se reconoce al concebido la calidad de sujeto de derecho, es decir, de centro de referencia o imputación de todo aquello que le favorece. El artículo primero contiene, además, el enunciado que la vida humana comienza con la concepción. Al mismo tiempo determina, tácitamente, que los derechos patrimoniales atribuidos al concebido no están sujetos a condición alguna, mientras que aquellos de carácter patrimonial se imputan al concebido bajo condición resolutoria, ya que se resuelven si el concebido nace muerto.

6. Finalmente el concebido es realmente portador de intereses que deben hacerse valer antes del nacimiento, por lo que al ser merecedores de tutela y en correspondencia con ellos, el ordenamiento jurídico atribuye al concebido, una capacidad provisoria que se convierte en definitiva si es que el concebido nace con vida o, caso contrario, ella se resuelve si tal evento no se produce.

BIBLIOGRAFÍA

1. **ALPA, Guido.** *Estudios sobre la Responsabilidad Civil.* 1ª ed., Lima, Ara Editores, 2001.
2. **ANDORNO, Roberto; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina y CHIESA, Pedro.** *El derecho frente a la procreación artificial,* Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Desalma, 1997.
3. **BERGEL, Salvador y MINYERSKY, Nelly.** *Bioética y Derecho,* Cuarta Edición, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, 2001.
4. **BORDA A, Guillermo.** *La persona humana,* Argentina – Buenos Aires. Editorial La Ley S.A, 2000.
5. **BUSTAMANTE ALSINA, Jorge.** *Teoría general de la responsabilidad civil,* 5ta ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.
6. **BUSTAMANTE ALSINA, Jorge.** *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Buenos Aires, editorial Abeledo perrot, 1993.
7. **BUSTO LAGO, José Manuel.** *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual.* Madrid España Editorial Tecnos, 1998.
8. **CARLSON, Bruce.** *Embriología humana y Biología del desarrollo,* 3ºed., Madrid, Elsevier, 2005.
9. **CARPIER, Thomas.** *Genética y ética,* 2º ed., Madrid, Reus, 1947.
10. **Código Civil,** 6º ed, Lima, Grijley, 2005.
11. *Código Civil exposición de motivos y comentarios,* 2da edición, Lima, ECB ediciones S.A.C.
12. El Código Civil en el artículo 1º, dice en el segundo párrafo: “La vida humana empieza desde la concepción”.
13. **CHANAMÉ ORBE, Raúl.** *Constitución Política del Perú,* Perú, Fondo editorial Cultura Peruana E.I.R.L, 2011.
14. **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** *El contrato en general: comentarios a la sección primera del libro vii del Código Civil,* Tomo I, Lima, Editores Palestra, 2001.
15. **DE TRAZEGNIES, Fernando.** *La Responsabilidad extracontractual,* 5ª ed, Colombia, 1999.

16. **DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo.** *Una teoría del derecho: Introducción al estudio del derecho*, Madrid, 1993.
17. **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Derecho de las personas*, Lima, Editorial Rodas, 5ta Edición, 2008.
18. **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Derecho de la Responsabilidad Civil*, 4ta Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2006.
19. **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Derecho de la Responsabilidad Civil*, 5ta Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2008.
20. **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Derecho de las personas*, 3° edición, Lima, Editorial Huallaga, 2001.
21. **FACIO, Peirano.** *Responsabilidad Contractual*, Segunda edición, Bogotá Colombia, Editorial Temis, 2004.
22. **FERNÁNDEZ MADERO, Jaime.** *Derecho de daños: nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*. Buenos Aires, Editorial La Ley, 2002.
23. **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *La noción jurídica de persona*, 2°ed., Lima, Grijley, 1988.
24. **FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS.** *Derecho y Persona*, Cuarta edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001.
25. **FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS.** *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Primera edición, Universidad de Lima, Lima – Perú, 1999.
26. **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *“Protección Jurídica de la persona”*, Primera Edición, Publicaciones de la Universidad de Lima, Lima – Perú, 1992.
27. **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Derechos de las personas. Exposición de motivos y comentarios del libro primero del Código Civil Peruano*, 7° ed., Grijley, Lima, 1998.
28. **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*, 8° Edición, Grijley, Lima, 2000.
29. **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX. Del Código Civil de 1936 a la revisión en curso del Código Civil de 1984*, Grijley, Lima, 2001.
30. **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *“Las personas, el personalismo y la Constitución de 1979” en Revista de Derecho*, Nro. 36. Lima, PUCP, 1982.

31. **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Derecho de las personas: Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil Peruano*, 10ª ed, Lima – Perú, Editorial Grijley, 2007.
32. **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *La persona en el Derecho Peruano: Un análisis jurídico contemporáneo*, 1ª ed, Perú, Editora Emdecosege S.A, 2010.
33. **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Derecho de las personas*, 9ª edición, Lima, Grijley, 2004.
34. **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** “*El daño a la persona en el Código civil de 1984*”, en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Editorial. Cuzco, Lima – Perú, 1985.
35. **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Derecho y Persona*, Cuarta edición, Lima, Editorial Grijley, 2001.
36. **FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos.** *La antijuricidad como Problema*. Portal de Información y opinión Legal PUCP.[Ubicado el 11.V.2015].Obtenido en: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_10.PDF.
37. **FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo.** “*El concebido*” en *Bioética y Derecho*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 2003.
38. **FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo.** *El comienzo de la vida humana: El embrión como persona y como sujeto de derechos*, Santiago, Editorial Jurídica S.T.A, 1999.
39. **HERVADA, Javier.** *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona. Editorial Eunsa, 2000.
40. **HERVADA, Javier.** *Lecciones Propedéuticas de filosofía de Derecho*, 5ª edición, Lima- Perú, 2001.
41. **HOYOS CASTAÑEDA, Ilva.** *Concepto Jurídico de Persona*, Pamplona-España, Editora Line Grafic S.A, 1999.
42. **LEÓN, Leysser.** *Responsabilidad Civil*, Trujillo, Editora Normas Legales, 2004.
43. **MARTINEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina.** *Responsabilidad civil extracontractual*, Undécima edición, Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A, 2003.

44. **MARTINEZ DE AGUIRRES, Aldaz.** *La persona y el derecho de la persona*, 3° Edición, Madrid, Editorial Colex, 2008.
45. **MASSINI, Carlos.** *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
46. **MASSINI, Carlos y SERNA, Pedro.** *El derecho a la vida*, Pamplona, EUNSA, 1998.
47. **MILLÁN, Antonio.** *Léxico filosófico*, 2°ed., Madrid, Ediciones Rialp, 2002.
48. **MOORE, Keith.** *Embriología clínica. El desarrollo del ser humano*, 7° ed., Madrid, Elsevier, 2005.
49. **MORENO, Mariano.** *El hombre como persona*, Madrid, Caparrós editores, 2005.
50. **MOSSET ITURRASPE, Jorge.** *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni, 2004.
51. **MOZOS, José Luis.** *Responsabilidad Civil derecho de daños*, Lima, Grijley, 2006.
52. **ORREGO ACUÑA, Juan Andrés.** *Responsabilidad Extracontractual*. [Ubicado el 15.V.2015]. Obtenido en: <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>
53. **PALAZZANI, Laura.** "Significado del concepto de la Filosofía de Persona y sus implicancias en El debate Bioético y Biojurídico actual sobre el estatuto del embrión humano" en *Identidad y Estatuto del Embrión humano*.
54. **PEDRO IRIBARNE, Héctor.** *De los daños a la persona*, Argentina, Editorial Ediar Sociedad Anónima y editora, 1995.
55. **RAMOS, Carlos.** *Historia del derecho civil peruano: La codificación del siglo XIX: los códigos de la confederación y el Código civil de 1852*, Lima, PUCP, 2000.
56. **REGLERO CAMPOS, Luis Fernando.** *Tratado de la Responsabilidad Civil*, España- Aranzadi, 2002.
57. **REVOREDO MARSANO, DELIA.** *Código Civil exposición de motivos y comentarios*, 2da ed., Lima, ECB. editores S.A.C, 2015.
58. **ROGEL VIDE, Carlos.** *Derecho de la persona*, Madrid, Editorial Majubol, 1998.
59. **RUBIO, Marcial.** *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo I, Lima, Fondo editorial PUCP, 1999.

60. **RUBIO CORREA, Marcial.** *El ser humano como persona natural.* Lima, Grijley, 1992.
61. **SANTA MARÍA D'ANGELO, Rafael.** *Dignidad humana y "Nuevos Derechos" una confrontación en el Derecho Peruano,* 1ª ed, Lima - Perú, Editorial Palestra SAC, 2012.
62. **SANTILLAN SANTA CRUZ, Romina.** *Situación Jurídica del concebido en el Derecho Civil Peruano,* 1ª ed, Perú, Editora Motivensa SRL, 2014.
63. **SOTO COAGUILA, Carlos Alberto.** *Tratado de la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual comentarios a las normas del Código Civil,* Primera edición, Perú, Instituto Pacífico, 2015.
64. **SPAEMANN, Robert.** *Persona. Acerca de la distinción entre "algo" y "alguien",* Pamplona, EUNSA, 2000.
65. **SPOTA, Alberto.** *Tratado de derecho civil.* Tomo I, Volumen 3, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1949.
66. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2005-2009-PI/TC, del 16.X.09, Fundamento Jurídico.
67. **TABOADA CORDOVA, Lizardo.** *Elementos de la Responsabilidad Civil: comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad contractual y extracontractual.* 2ª ed., Lima, Grijley, 2003.
68. **TABOADA CORDOVA, Lizardo.** *Negocio Jurídico, contrato y Responsabilidad Civil,* Grijley, 2006.
69. **TEIXEIRA, Augusto.** *Código Civil,* Brasilia, Ministerio de Justicia, 1983.
70. **TOMÁS Y GARRIDO, Gloria.** *Cuestiones actuales de bioética,* Pamplona, EUNSA, 2006.
71. **TORRES VÁSQUEZ, Aníbal.** *Código Civil ,5ª ed.,* Bogota Colombia, Editorial Temis, 2000.
72. **VÉLEZ POSADA, PAULINA.** *Responsabilidad Civil.*[Ubicado el 30.V.2015], Obtenido en: eprints.ucm.es/15867/1/TFM-Paulina_Velez.
73. **VIDAL RAMIREZ, Fernando.** *Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil,* 5ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2006.
74. **VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores.** *El concebido no nacido en el orden jurídico,* España- Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1991.

75. **ZAPPALÁ, Francesco.** *Estatuto Jurídico del Concebido*. [Ubicado el 22.IV.2018]. Obtenido en: [file:///C:/Users/USER/Downloads/281-1658-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/281-1658-1-PB%20(2).pdf)
76. **ZAVALA, Silvio.** *La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos XVI-XVII)*, México, UNAM & UNESCO, 1982.