



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA PERSONA COMO FONDS OMNIS IURIS

Rosario de la Fuente-Hontañón

Pamplona, 2016

FACULTAD DE DERECHO

De la Fuente, R. (2016). La persona como fons omnis iuris. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 74, 319-339.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

LA PERSONA COMO *FONS OMNIS IURIS*

Rosario de la Fuente y Hontañón

THE PERSON AS *FONS OMNIS IURIS*

Resumen: El Derecho civil debe mantener su orientación humanística en cuanto a la protección jurídica de la persona, desde el momento de la concepción hasta su fin natural. En el presente trabajo expondremos una visión global del tratamiento legislativo y jurisprudencial de la persona como centro y eje sobre el que gira el ordenamiento jurídico peruano. Persona y dignidad son dos realidades inseparables, y toda persona merece ser tratada conforme a justicia. Al ser la persona humana el origen, sujeto y fin mismo del Derecho, todo el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger socialmente la dignidad de la persona, *fons omnis iuris*, como fuente de todo el Derecho.

Palabras claves: *nasciturus*, sexo, género, persona, maternidad de alquiler, dignidad, justicia, protección jurídica, Derecho civil, Constitución política.

Abstract: Civil law must maintain its humanistic guidance on the legal protection of the person, from the moment of conception until its natural end. In this paper we discuss an overview of the legislative and jurisprudential treatment of the person as center and axis on which turns the Peruvian legal system. The person and dignity are two inseparable realities, and each one deserves to be treated in accordance to justice. Being the person the origin, subject and purpose of the law itself, the entire legal system must recognize and socially protect the dignity of the person, *fons omnis iuris*, as source of all law.

Keys: *nasciturus*, sex, gender, person, surrogate motherhood, dignity, justice, juridical protection, Civil Law, Political Constitution.



I. INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la celebración del centenario de Álvaro d'Ors, me siento muy honrada por participar en este merecido homenaje al eminente jurista y el más relevante romanista de la segunda mitad del siglo XX, que ha dedicado toda una vida al servicio de la Universidad. En Perú, la Universidad de Piura dio comienzo a su andadura en 1969 y me consta, por las conversaciones y el epistolario mantenido con D. Álvaro (1995-2004), cómo fue siguiendo su crecimiento y su desarrollo posterior. Desde el año 1995 en el que me incorporé al claustro académico de la Facultad de Derecho -iniciada en marzo de 1990-, comencé una asidua correspondencia que alcanza a más de veinticinco cartas y que guardo como un gran tesoro, por la gran riqueza de su contenido. En una de ellas, del tres de mayo de 2001, en respuesta a la felicitación de mis alumnos por su cumpleaños, me decía:

Yo la felicito por mantener la asignatura del Derecho Romano, en un mundo y momento en que todo parece concurrir en contra. Pero, como usted, también yo creo que depende esto de la crisis universal del derecho, y precisamente en aras de la Economía, que padecemos en todas las latitudes. Es difícil prever cómo saldremos de esta crisis, pero, en todo caso, sigo pensando que una formación jurídica requiere el estudio del Derecho Romano.

La asignatura de Derecho romano estuvo presente desde el primer plan de estudios de la Facultad de Derecho, y los estudiantes tenían como base de la misma el manual de Derecho privado romano de Álvaro d'Ors. Mis alumnos se sienten privilegiados con el estudio de esta asignatura en el segundo año de la carrera, después de haber cursado las asignaturas de Estudios Generales, entre las que se destacan, la Literatura Universal, la Filosofía antigua y la contemporánea, con especial énfasis en la Antropología, debido a que en otras Universidades no se tiene en cuenta esas materias en los planes de estudios. En los ciclos posteriores, les imparto otras asignaturas, como la de Derecho de personas, del Negocio jurídico, o la del Derecho de familia y el Amparo Familiar, entre otras, en las que pretendo orientarles en la dirección personalista del Derecho donde el aforismo de D. Álvaro, *homo homini persona*, está siempre presente y nos sirve como base y fundamento del cuidado de la persona, del matrimonio y la familia, instituciones del Derecho natural, reconocidas en

el artículo 4° de la Constitución peruana de 1993. El estudio del Derecho romano les ha habilitado para servirse del Derecho positivo sin convertirse en su servidor y se han iniciado en el tronco de estudios de Derecho civil con una terminología adecuada, un lenguaje jurídico de las instituciones ya familiarizados con la dialéctica de los casos prácticos analizados, principalmente del Digesto. En concreto, en cuanto al desarrollo del curso de Negocio jurídico o Acto jurídico (Título II del Código civil peruano de 1984), donde impera la autonomía privada, sigo la técnica de aplicar el Derecho comparado y hago referencias continuas a aforismos jurídicos romanos que, en definitiva, son Principios del Derecho Global, que ellos aplicarán como juristas del siglo XXI. Así cuando explico los requisitos de validez del Acto jurídico, y en concreto la capacidad o agente capaz como indica nuestro legislador, hago referencia al principio *Conceptus pro iam nato habetur*, recogido por el jurista Paulo en D. 1.5.7: *el concebido se tiene por nacido*, y paso al análisis de cómo se recoge este principio en la legislación peruana, en el artículo 1° del Código civil, y en el artículo 1° de la Constitución peruana. Asimismo, es obligada la referencia a otros ordenamientos jurídicos, como el recogido en el artículo 29 del Código civil español; en la Ley 154 del Derecho Foral navarro; en el art. 1923, 2 del *BGB* donde se tiene por nacido al *nasciturus* antes de la muerte del causante, a fin de que pueda ser heredero conforme al requisito exigido en el párrafo 1°; incluso en el art. 1912 del *BGB* se regula la figura romana del *curator ventris*. Estos principios o reglas los aplico a lo largo de todo el Derecho civil al ser un tema central desde una perspectiva jurídica global. Realizamos de igual manera comentarios de sentencias de Tribunales nacionales y extranjeros a fin de ir familiarizando a los estudiantes con los instrumentos útiles para su futuro trabajo profesional.



II. EL DERECHO DE PERSONAS EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA PERUANA.

1. En el presente trabajo expondremos una visión global del tratamiento legislativo y jurisprudencial de la persona como centro y eje sobre el que gira el ordenamiento jurídico peruano.

En el inicio de la vida humana, el embrión debe ser protegido como persona: se denomina embrión al ser humano desde el momento de la fecundación, esto es, desde el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide hasta los primeros meses de vida. Se trata de un individuo de la especie humana distinto y dinámicamente autónomo respecto de la madre cuyo desarrollo es un proceso continuo ordenado por tres principios: la coordinación —de acuerdo a la información contenida en el genoma—, la continuidad y la gradualidad. En este punto existe un amplio acuerdo en la doctrina científica, aunque algunos autores apoyándose en los datos que nos dan las ciencias biológicas niegan la condición individual del cigoto. Los tratados de Medicina siguen afirmando que el inicio de la vida humana ocurre en el momento de la unión entre el óvulo y el espermatozoide. En efecto, la Biología demuestra que desde el inicio de su desarrollo en el vientre materno, el nuevo organismo albergado en él tiene un patrimonio genético diverso al del padre y la madre que dirige el proceso posterior hasta el momento de su muerte. La pregunta que surge casi de inmediato es si en las fases iniciales de la vida humana lo biológico del nuevo ser es ya humano o no. La respuesta es afirmativa. Biológicamente, se ha comprobado que en el desarrollo de este cuerpo no hay saltos cualitativos, y por tanto, los diversos términos con que designa al ser humano en formación: cigoto, mórula o blastocisto son simplemente referenciales y didácticas, pero no pueden diferenciar un antes o un después de adquirir la condición de persona. Antropológicamente, es el inicio de un nuevo y original cuerpo humano, y aunque en el cigoto aún no se vea la “forma” de la corporeidad humana desarrollada, lleva ya consigo todo lo que aparecerá posteriormente en el adulto. Por lo tanto, podemos afirmar la condición personal del embrión humano, y centrarnos en el tema de sus derechos. En realidad, la selección de embriones, implica que tienen ya todas las características de su ser humano. Como cualquier otra persona aquél es titular, entre otros, del elemental derecho a la vida. Derecho, que en los últimos tiempos se ha visto amenazado por la Biología y Medicina,

ciencias que debiendo estar dirigidas hacia el bienestar del hombre, constituyen, por contradictorio que parezca, una gran amenaza contra la vida del cigoto. Uno de los casos más saltantes es el de las técnicas de fecundación artificial que analizaremos más adelante¹.

El Estado no puede imponer a ningún profesional la prestación abortiva porque en nuestro ordenamiento jurídico la vida del *nasciturus*, del que va a nacer, es un bien, no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello se propugna la eliminación de toda práctica abortiva, eugenésica, eutanásica o que manipule la vida humana.

La reforma actual se inspira en los postulados ideológicos del feminismo radical o de género, y tiene como objetivo ideológico inculcar la idea de que abortar es un tema de salud, ajeno a la vida del hijo, de forma que su restricción recortaría derechos de ciudadanía. El acto médico se dirige a prevenir la enfermedad o a curarla. Pero el embarazo no será nunca de por sí una enfermedad, aunque pueda conllevar complicaciones de salud, ser inesperado o incluso fruto de la violencia. Por eso, abortar no es nunca curar es siempre matar.

El contenido nuclear y permanente del Derecho civil, es por lo tanto, la persona en sí misma y en sus relaciones familiares y patrimoniales. Por ello, debemos abogar por el respeto a las personas como fines en sí mismas y jamás como medios, o cosas utilizables en beneficio de algo o de alguien. Y éste es el valor permanente del Derecho civil: la defensa de la persona como *ser de fines*, entendida como ser humano.

El concepto de persona que utiliza nuestro Código civil hace una separación entre “existencia legal” de la persona y existencia natural: la primera comenzará con el nacimiento y la segunda con la concepción. Una interpretación sistemática del Código civil, y del texto recogido en la Constitución, junto con las leyes que acabamos de mencionar, me lleva a afirmar que el *nasciturus*, el que está por nacer, es considerado un ser humano y, por ello, una persona con derecho a la vida, no con un simple interés o bien jurídico.

¹ Cfr. *infra* III Las técnicas de fecundación artificial y la maternidad subrogada.



Siguiendo al filósofo Spaemann², no existe un tránsito paulatino desde “algo” a “alguien”, de algo *no deviene* alguien. Si el ser persona fuera un estado, podría surgir poco a poco. Pero si persona es alguien que pasa por diferentes estados, entonces los supone todos. No comienza a existir después del hombre ni se extingue antes que él (...) el ser personal no es el resultado de un desarrollo sino la estructura característica de un desarrollo que mantiene una unidad a través del tiempo. Esta unidad es la persona. Por eso en el lenguaje corriente decimos: “yo fui engendrado”. “yo nací”, “yo dormía”, “yo estuve inconsciente”. El “yo”, que es la persona, trasciende cada una de las etapas o situaciones y las comprende todas. No supone las capacidades específicas del ser humano, racionalidad, libertad, conciencia, etc., en acto, sino la pertenencia a la especie humana. Por eso, los niños antes del uso de razón, los enfermos, los discapacitados, los dementes, son personas. En el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, se utiliza como criterio distintivo de la persona, la idea de la pertenencia a la familia humana. Todo verdadero derecho autoriza al titular a defenderlo, y si él no puede, a los demás a protegerlo. El fundamento de ese derecho no puede ser otro que el reconocimiento de una común naturaleza personal, individuada en un organismo concreto: la pertenencia biológica a la especie *homo sapiens*.

El “yo fui engendrado” es una realidad muy importante para tratar y valorar adecuadamente, en el ámbito jurídico, la fase de la vida humana durante la cual todavía no se es persona, por no haberse producido el nacimiento, determinante de la concesión por el ordenamiento jurídico de la personalidad civil, pero ya se es un ser humano vivo.

Ahora bien, podemos afirmar que hasta los grandes defensores del “derecho ilimitado” de la mujer al aborto están de acuerdo con la afirmación realizada: el inicio de la vida humana ocurre en el momento de la unión entre el óvulo y el espermatozoide. Por ejemplo, el profesor y filósofo Peter Singer³ –defensor del “derecho al aborto”- ha señalado

² SPAEMANN, R. *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, Editorial Eunsa, Pamplona, 2000, pp. 231 y ss.

³ VIVANCO MARTÍNEZ, A., *Repensar la vida y la muerte (Peter Singer)*, en Revista chilena de Derecho, vol. 25, n° 3, 1998, pp.741-747, donde la autora desarrolla todos los postulados que hay detrás de esos nuevos derechos, como el derecho al aborto, a la eugenesia y a la eutanasia, es decir *la imago mundi* que los fundamenta y que es el tema central de la obra que recensiona: “Singer postula, efectivamente, que la ética tradicional (aquella que corresponde a una visión católica de occidental del derecho a la vida, del valor de la persona humana, del dolor y de la muerte) se ha derrumbado, tras dejar paso a estos nuevos derechos, respecto de los cuales hace una verdadera y documentada apología, toda ella amparada en la extrema individualidad del ser

que “no tengo dudas sobre el hecho de que la vida comienza en el momento de la concepción” (ALIÁS Estado de S.P, 23/01/2005 J3). Como es bien sabido, en los últimos años se ha cuestionado el valor del concepto de persona en bioética por distintos autores⁴ al disolver su consistencia ontológica reduciéndolo a meras cualidades en acto como la racionalidad y la autoconciencia. Singer utiliza el concepto de “*persona* en el sentido de ser racional y autoconsciente, para abarcar aquellos elementos del sentido popular de *ser humano* que no entran en el concepto de miembro de la especie *homo sapiens*”⁵. Para Singer, personas y seres humanos se pueden reconducir a tres categorías⁶:

- a) Los animales-personas como los mamíferos superiores y quizás ballenas, delfines, elefantes, perros, cerdos y otros animales⁷;
- b) Los seres humanos personas, es decir, los seres humanos autoconscientes y racionales;
- c) Los miembros de la especie humana no personas: fetos, embriones, personas en coma, etc.

A las personas, por lo tanto, les corresponde un especial respeto, pero por el planteamiento general de la ética de Singer, este concepto pierde relevancia a favor de la sensibilidad ante el dolor, siendo éste el punto clave moral en su posición: se ha de evitar el dolor donde se encuentre, tanto en seres humanos como en los animales⁸.

humano, en su calidad de *animal evolucionado* más que de criatura hecha a imagen y semejanza de Dios, en su ilimitada capacidad de decisión sobre sí mismo y en la *calidad de vida*, elevada a ser elemento primordial destinado a imponerse mucho más allá de toda sacralidad de la vida y de toda dignidad del Hombre”, p. 743.

⁴ Entre ellos podemos citar, además de Peter Singer, a Engelhardt, Harris, Norbert Hörster, Tom Regam, Michael Tooley, cfr. BURGOS VELASCO, J.M, “Persona *versus* ser humano: un análisis del esquema argumentativo básico del debate”, en Cuadernos de Bioética, n°67, Vol. XIX, Año 2008, p. 433-447, donde el autor analiza el esquema argumentativo que utilizan los mencionados autores, la validez del mismo, y los problemas éticos que se derivan de este planteamiento.

⁵ SINGER P., *Ética práctica*, Ariel, Barcelona, 1984, p.101, citado por BURGOS VELASCO, J.M, o.c., p. 435

⁶ Cfr. el análisis que realiza BURGOS VELASCO, J.M, “Persona *versus* ser humano...”, pp. 435-436.

⁷ Recordemos que la primera obra de Singer fue la de *Animal Liberation*, en 1975, por lo que podemos decir que se han cumplido 41 años de controversia, en cuanto al debate en torno a la ética animal.

⁸ BURGOS VELASCO, J.M, “Persona *versus* ser humano...”, p.437-440, donde el autor destaca además las posturas asumidas por Engelhardt y Harris, entre otros. Al igual que en Singer, apreciamos en el primero de ellos “tres categorías fundamentales: a) las posibles personas no humanas: seres extraterrestres quizá, pero no los animales; b) los seres humanos personas, es decir, los seres humanos capaces de dar permiso y c) los miembros de la especie humana no personas: fetos, embriones, personas en coma, etc.”. Para Harris, la “clasificación” de los seres humanos conduce asimismo “a tres categorías: a) las pre-personas: individuos, seres humanos, persona en formación; b) las personas: Seres humanos capaces de valorar su propia existencia; c) las



Ortiz Lluca ve en Singer uno de “los fundadores y difusores de la *ética práctica*, disciplina que aplica la filosofía moral a problemas concretos como los medioambientales, el aborto, la eutanasia, la ingeniería genética, la guerra o la pobreza”⁹; sigue la corriente utilitarista o consecuencialista, tiene muchos discípulos que forman parte de comités de bioética, son consejeros de algunos gobiernos –como él lo fuera en el gobierno australiano–, publican en revistas especializadas, defienden sus posturas en congresos y conferencias, etc., “ha ayudado a crear lo que se conoce como la *industria de la bioética*”¹⁰.

Domingo Oslé, como promotor e impulsor del *Global Law*, subraya que la persona debe constituir el centro del Derecho, y también del Derecho Global¹¹. Por lo tanto, la persona no es un mero sujeto de una relación jurídica, sino que es un *prius* para el Derecho; la ciencia del Derecho ha sido creada y establecida por y para las personas. Domingo destaca que, en la misma medida en que Kelsen identifica Estado y ordenamiento jurídico, se debe identificar ordenamiento y persona; pero no la persona como sujeto de derecho, sino como ser humano, ya que no es el Derecho quien configura a la persona, sino que la persona es quien ordena al Derecho¹²; además, “persona es todo “viviente humano” (*a living human being*), es patrimonio de los científicos determinar la noción de viviente humano, ya que la vida humana es un *factum*, un hecho constatable. A ellos corresponde, y no al jurista –y mucho menos al legislador– precisar el instante en que comienza la vida humana”. Además refiere, como ya lo hemos afirmado líneas arriba, que existe un amplio consenso en cuanto a que la vida humana comienza con la fecundación, y es coherente en afirmar que: “por eso, conceder el estatuto de persona sólo a partir del nacimiento es tan cómodo para los legisladores como injusto para

expersonas: seres humanos que han perdido la capacidad de valorar la propia existencia (lo cual no sucede necesariamente); no se pronuncia sobre el estatuto de los animales; cfr. también a la co-creatrice et directrice du Global Animal Law (GAL), BRELS, S., “*Bien-etre des “betes” et hypocrisie du droit*”, en Derecho Animal, Septiembre 2016, derechoanimal.info, pp. 1-5, donde puede además verse el proyecto en : www.globalanimallaw.org

⁹ ORTIZ LLUECA, E., “Los límites de la bioética consecuencialista. Un análisis de la propuesta de Peter Singer”, en Cuadernos de Bioética, n° 67, Vol. XIX, Año 2008, pp. 449-458.

¹⁰ ORTIZ LLUECA, E., “Los límites de la bioética consecuencialista...”, o.c, p. 451.

Singer, actualmente forma parte del Consejo asesor de la web center de los animales con derecho, y la editora es Teresa Giménez-Candela, de la Universitat Autònoma de Barcelona, cfr. <http://www.derechoanimal.info/esp/page/4108/teorias-de-etica-animal-el-debate-actual> (leído el 5 de diciembre del 2016)

¹¹ DOMINGO OSLÉ, R., *¿Qué es el Derecho global?*³, Editorial Universidad de Lima, Lima, 2009, pp. 185-189

¹² DOMINGO OSLÉ, R., *¿Qué es el Derecho global?*, o.c pp. 187-189.

la humanidad. El Derecho global contempla realidades, no entelequias. Y hay pocas realidades más ciertas que la vida del ser humano en el vientre materno”.

Parece interesante resaltar la reciente normativa peruana, me refiero a la Ley n° 30307, publicada el día 6 de enero de 2016, para la Protección y Bienestar Animal, por la repercusión que ha tenido en el país y las reflexiones que ha suscitado, en atención al cuidado de los animales, al incorporar el artículo 206°-A al Código Penal como un delito de “Abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres”, y me sumo al comentario de Alva Monge¹³ cuando enfatiza que existe “un maltrato” a la persona como infractora de la comisión del delito, en cuanto que es valorada más la vida del animal que la de la persona, puesto que “el artículo 206°-A del Código Penal (CP) castiga hasta con cinco años de cárcel a quien mata a un animal que haya abandonado o sobre el que haya practicado actos de crueldad. La pena, en su extremo máximo, implica necesariamente prisión efectiva para la persona infractora. Esta severidad en la pena no se observa en otros delitos donde el perjudicado con la muerte es la persona humana. A saber, la madre que mata a su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal, el que mata a otro de forma imprudente, o le instiga al suicidio; en todos estos casos la pena privativa de libertad máxima es de 4 años, artículos 110°, 111° y 113°, respectivamente, del CP. En esa misma línea, el aborto de la madre a su hijo es sancionado hasta con 2 años de prisión, artículo 114° del CP. Este delito rompe tanto las leyes de la lógica y la proporcionalidad que equipara, en clave de pena, el matar a un animal con el asesinar a una persona por emoción violenta, artículo 109° del CP”.

Es de todos conocido la crítica de d’Ors hacia las llamadas declaraciones de “derechos de los animales”, como si fueran también “sujetos de derecho”, y no cosas animadas, si bien reconoce la reciente modificación del Código civil alemán (BGB), que ha establecido la diferencia entre “personas, animales y cosas”, viendo en ella cierta complacencia hacia el moderno ecologismo, aunque sin ningún sentido jurídico¹⁴.

¹³ ALVA, Pedro, en <http://laley.pe/not/3043/3-razones-por-las-que-la-ley-de-proteccion-animal-maltrata-a-la-persona> (leído el 14 de enero del 2016)

¹⁴ D’ORS, A., *Nueva introducción al estudio del derecho...*, o.c, p.27



2. En el Derecho peruano se reconoce la personalidad jurídica del embrión como ser humano en sentido pleno y protege la vida desde la fecundación hasta la muerte natural. Es sujeto de derechos desde su concepción en todo cuanto le favorece. Por lo tanto tenemos normas protectoras de la vida humana y de la persona física: el ser humano es inviolable desde la concepción hasta la muerte natural.

La Constitución peruana, de 1993, en los dos primeros artículos regula la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

El Código civil, de 1984, en su artículo 1° regula que: “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”.

Se trata de un código personalista, a diferencia de los códigos anteriores, de 1852 y 1936, que tuvieron una raigambre patrimonialista, inspirados en el Código civil francés de 1804 tal como lo ha consolidado Fernández Sessarego¹⁵:

El humanismo o personalismo jurídico es concorde con una visión del mundo en la que el hombre es un fin en sí mismo y no un instrumento susceptible de particular explotación u opresión por los demás hombres a través de un sistema formal-normativo que responde al particular interés de grupos dominantes, cualquiera sea su posición ideológica. La persona humana, por tanto, se constituye en cuanto sujeto de derecho en centro y término de las relaciones jurídicas, en eje insustituible del Derecho. Dentro de esta concepción, el

¹⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho de las Personas*¹², Editora Jurídica Motivensa, Lima, 2012, p. 35. El renombrado jurista fue uno de los autores del Código civil actual, junto a otros destacados profesionales como lo fueron el Dr. José León Barandiarán, y el Dr. Jorge Vega García, en la elaboración del Libro I dedicado a las Personas.

patrimonio es sólo un instrumento del que se vale la persona para el desenvolvimiento de su personalidad.

Como aportes del mencionado jurista al libro I dedicado a Las Personas, podemos resaltar la introducción del concepto de sujeto, distinguiéndolo lingüísticamente del de persona. El autor justifica esta dicotomía para incluir en el texto del Código civil a cuatro sujetos de derecho: el concebido (como sujeto de derecho autónomo), la persona natural, la persona jurídica y por último, las organizaciones de personas, que actuando como personas jurídicas, carecen de formalidad, al no haber sido inscritas de acuerdo a ley¹⁶. Es así, que el Código civil de 1984, y en particular el Libro primero sobre el Derecho de Personas, y en menor medida en otros, está inspirado en un humanismo personalista¹⁷. Fernández Sessarego fundamenta su postura, principalmente, en la concepción iusfilosófica de corte personalista de Emmanuel Mounier¹⁸:

La idea central de la Filosofía personalista es la existencia de personas libres y, en tanto tal, creadoras. El ser humano deja de ser, solamente, un ente racional. Su núcleo existencial es la libertad. La libertad es constitutiva de la existencia creada. Por ello la persona es estimativa, estructuralmente dispuesta a valorar, lo que le permite proyectar. Pero, por ser libre y temporal, el ser humano es también proyectivo. Por ser libre, la persona es también dinámica e impredecible... La persona es la única realidad que podemos conocer y que al mismo tiempo hacemos desde dentro. El personalismo destaca la calidad de ser libertad de la persona, que es idéntica a sí misma y, por ello, singular, única, lo que la dota de dignidad.

¹⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho de las Personas*¹²...o.c. p. 39.

¹⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Los 25 años del Código civil peruano de 1984*, Editora Jurídica Motivensa, Lima, 2009, p. 141 y ss.

¹⁸ MOUNIER, E. *El personalismo*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1962; cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Los 25 años...*, o.c. pp.142-143. Asimismo, el autor peruano, se ha basado para la elaboración del nuevo Código, en la doctrina de Juan Pablo II recogida en *Evangelium vitae*, y destaca algunos de sus párrafos, cfr. p. 132: “Cuando la libertad es absolutizada en clave individualista, se vacía de su contenido original y se contradice en su misma vocación y dignidad (...)” y “la convivencia social se deteriora profundamente”, por lo que “si la promoción del propio yo se extiende en términos de autonomía absoluta, se llega inevitablemente a la negación del otro, considerado como enemigo de quien defenderse” (...) de este modo, “la sociedad se convierte en un conjunto de individuos colocados unos junto a otros, pero sin vínculos recíprocos: cada cual quiere afirmarse independientemente de los demás, incluso haciendo prevalecer sus intereses”. De igual manera Juan Pablo II expresa que “el eclipse del sentido de Dios y del hombre conduce inevitablemente a un materialismo práctico, en el que proliferan el individualismo, el utilitarismo y el hedonismo”.



Pero esta libertad no nos conduce al individualismo desde que, para el personalismo, ella tiene dos dimensiones, como son la coexistencialidad y la temporalidad. Por la coexistencialidad el ser humano hace su vida “con” los otros, de los cuales depende y, a la vez, a los cuales sirve. No es posible concebir al ser humano en soledad, autosuficiente. Él es estructuralmente social. Es social o no es.

El jurista chileno Fueyo Laneri, glosador y comentarista de nuestra codificación, destaca el paso del individualismo del Código civil peruano de 1936 al personalismo del Código civil actual de 1984, con estas palabras: “las disposiciones legales que intentaban infructuosamente regular el derecho de las personas en el código civil derogado de 1936 (...), aparecen no sólo como incompletas, insuficientes y obsoletas, sino francamente más bien como magras e ingenuas”¹⁹. El Código anterior giraba en torno al patrimonio, y en el Código actual elaborado con una visión más humanista, la persona se constituye en su centro y eje, en cuanto fin en sí misma; se destierra, por tanto, del nuevo Código a la concepción individualista patrimonialista, donde la propiedad ocupaba el centro del sistema.

Como es bien sabido, d’Ors discrepa con aquellos autores que utilizan el concepto de sujeto de derecho en lugar de persona, lo que ha llevado a hablar de derechos subjetivos, como si hubiera derechos no atribuible a personas²⁰, y señala que esta sustitución obedece a una tendencia racionalista favorecida por el subjetivismo de los autores protestantes. Para d’Ors el concepto romano de *ius* mantiene una cierta elasticidad al abarcar tanto un concepto objetivo (Derecho) como uno subjetivo (derecho), si bien los romanos no hicieron la distinción rígida, como se hace hoy, entre Derecho objetivo y derecho subjetivo.²¹ El *ius* se ocupa de las personas, las cosas y las acciones y no, por el contrario, de las relaciones que las cosas tienen con el “sujeto de derecho”, como se entiende actualmente. La aportación de d’Ors, al hilo del derecho romano clásico, nos ofrece un modo de reformular el *ius* -como posición justa-, como freno a la concepción del derecho subjetivo moderno²²; es importante subrayar que frente al positivismo jurídico, será necesario el estudio de la dinámica del

¹⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Los 25 años...*, o.c. p. 151.

²⁰ D’ORS, A., *Nueva introducción al estudio del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 26 y ss.

²¹ D’ORS, A., “Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*”, en *Nuevos papeles del oficio universitario*, Editorial Rialp, Madrid, 1980, pp. 280-311

²² VANNEY, M.A., “*Ius, lex* y derechos subjetivos: una visión orsiana de la cuestión”, en *Persona y Derecho*, 61 (2009), pp. 283-307.

Derecho romano, porque “su verdadera utilidad consiste en preparar la forma mental y el espíritu de libertad del joven jurista, en habilitarle para servirse del derecho positivo sin convertirse en su servidor”²³.

D’Ors, en su artículo “Caput y Persona”²⁴, toma la distinción que se hacía en el derecho romano entre ambos conceptos. La máscara (persona) es la forma exterior que sirve para reconocer el papel del actor en escena; éste lleva la máscara sobre su cabeza (*caput*). La cabeza es, por tanto, interior y “sostiene” la personalidad. Por ello, toda relación interpersonal corresponde a la persona, mientras que la individualidad excluye toda relación; sólo la persona se comunica, por lo que d’Ors subraya que “no cabe concebir sociedad alguna que no conste de personas, y que tampoco cabe concebir personas que no se hallen integradas en alguna forma de sociedad (...); la sociedad se compone, no de individuos o cabezas del género humano, sino de personas, es decir sujetos con nombre”. En último término, este error ha despersonalizado al hombre y ha quedado reducido a un simple individuo de una naturaleza común, y desde esta perspectiva, “la sociedad asocia, no personas, sino puros entes naturales innominados, cabezas sin caras, simples números, seres cuya personalidad no es reconocida”²⁵

Centrándonos de nuevo en el Derecho peruano, de igual manera, el Código de los Niños y de los Adolescentes (CNA), promulgado el 7 de agosto del 2000, define en su artículo 1° del Título Preliminar que: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario”.

Continúa el legislador en el artículo 1° del CNA: “El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su

²³ D’ORS, A., *Nuevos papeles del oficio universitario*, o.c., pp.136-137

²⁴ D’ORS, A., *Nuevos papeles del oficio universitario*, o.c., pp. 377-381; de mucho interés es la obra de María Alejandra Vanney, *Libertad y estado. La filosofía jurídico-política de Álvaro d’Ors*, Editorial Aranzadi y Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 99 a 105.

²⁵ D’ORS, A., *Nuevos papeles del oficio universitario*, o.c., p. 381.



integridad y a su desarrollo físico o mental”. Queda clara la protección al concebido, que le da una especial consideración en cuanto señala que *se es niño desde el momento de la concepción*.

Son numerosas las sentencias en materia de Derecho de Personas emanadas desde el Tribunal Constitucional, desde la Corte Suprema de Justicia y desde otros Tribunales infcomo el de Defensa de la Competencia y de la propiedad intelectual, por lo que elegiré algunas de las más recientes y, otras que me han parecido más interesantes en cuanto reflejan la protección que se brinda a la persona humana desde el momento de la concepción.

En el Exp. N° 763-2003-CPC, resuelto por la Comisión de Protección al Consumidor (CPC) (Res. N° 1079-2003/CPC), la señora Belmira Cahuaza Torres demandó a La Positiva Seguros y Reaseguros S.A, porque por un accidente de tránsito se produjo la pérdida del embarazo, y solicitó que se le indemnizara por la muerte del concebido.

La Positiva indicó que la interrupción del embarazo no era un caso de muerte, y en atención a que no se ha probado que la misma haya sido producto del accidente, no le correspondía la indemnización, por el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT). Asimismo, indicó que el *concebido no obtuvo la condición jurídica de persona porque no nació*, y por tanto no correspondía ofrecerle la cobertura del SOAT.

Sin embargo, la Comisión de Protección al Consumidor, con mejor criterio, determinó que *el concebido*, al ser sujeto de derecho privilegiado y porque la tutela de su derecho a la vida no está sometida a condición alguna, también se encuentra amparado por el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), regulado por el D.S N° 024-2002-MTC.

En otro supuesto, el Tribunal de Defensa de la competencia y de la propiedad intelectual mediante la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, Expediente 272-2011/CPC, declaró fundada la denuncia del señor Miguel Angel Céliz Ocampo en contra de Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros por infracción de los artículos 1°.1 literal d) y 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, debido a que la denunciada incurrió en un acto de discriminación al haber impedido injustificadamente la suscripción de la hija del denunciante al seguro de asistencia médica “Red Salud”, porque tenía síndrome de Down. Es importante resaltar cómo los vocales en el fundamento 42 de la Resolución, destacaron la

esencialidad de la protección de la persona con discapacidad, y su vulneración al denegarle la inscripción en el seguro de salud:

Consideramos importante subrayar que la negativa de Rímac a afiliarse a la señorita Céliz al Seguro de Asistencia Médica “Red Salud”, siempre se basó en la condición particular de esta última, esto es, en el hecho de que tenía Síndrome de Down y sus eventuales consecuencias, no siendo esta una circunstancia que haya sido controvertida a lo largo del presente procedimiento. Ello, sumado a que las personas con discapacidad constituyen un grupo constitucionalmente protegido frente a la discriminación y a que la justificación de Rímac para el trato acordado a la señorita Céliz, hija del denunciante, conforme invoca, ha sido desvirtuada precedentemente, constituye evidencia suficiente de que en el presente caso se configuró el tipo infractor de discriminación agravada contemplada por el artículo 38° del Código, esto es, discriminación en el consumo.

En el año 2007, una sentencia judicial emitida en segunda instancia por la Primera Sala Civil de Piura²⁶, declaró fundada la demanda de amparo constitucional interpuesta por los padres de una estudiante (cadete) de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional del Perú contra el Ministerio del Interior y el Director de la Escuela de Suboficiales de la Policía Nacional La Unión, al haber sido despedida de su institución por encontrarse en estado de gestación. La demanda de Amparo principalmente se sustentaba en la defensa de sus derechos constitucionales a la igualdad, a no ser discriminada por razones de sexo ni por su condición de madre gestante, al respeto de su dignidad, a formar una familia, al desarrollo personal, a la educación y al trabajo.

Los principales fundamentos para declarar fundada la demanda fueron:

- a) El respeto por la persona
- b) El principio de dignidad de la persona

²⁶ La Primera Sala Civil de Piura, integrada por los Magistrados Daniel Arteaga, Augusto Lau y Jackeline Yalán, tiene competencia en materia de asuntos de Familia, Procesos Constitucionales, Civiles y Contenciosos Administrativos. Expediente N° 2007-01656-0-2001-JR-CI-2; cfr. http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/marzo/13/corte_piura.pdf para la revisión de la sentencia.



- c) El derecho a la igualdad
- d) La maternidad no causa estragos físicos crónicos, ni disminuye el coeficiente intelectual, resultando incoherente que, en un Estado de Derecho, se condene a una mujer por su embarazo (...)
- e) La condición de embarazada jamás puede ser causa de un trato discriminatorio ni impide recibir formación en el plano policial-militar.
- f) Se violó el derecho a la igualdad de alcanzar *un proyecto de vida* y a su derecho al desarrollo integral como persona
- g) Siendo todos los derechos fundamentales irrenunciables, es nula toda cláusula inserta en los contratos celebrados, que los vulnere.

La estudiante-cadete fue reincorporada para que pudiera culminar sus estudios en dicha institución.

De igual modo, en el mes de febrero del 2008, el Tribunal Constitucional del Perú, en el expediente N° 05527-2008-PHC/TC emitió sentencia en un caso similar, donde se señala que el *embarazo* no puede afectar las aspiraciones laborales, académicas o artísticas de una mujer, y resaltando además, el respeto del derecho de la mujer *a ser madre y a formar una familia*²⁷.

III. LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL Y LA MATERNIDAD SUBROGADA

En la Ley General de Salud, n° 268462, del 20 de julio de 1997, se establece principios que guían las políticas en materia de salud y regula que toda *persona* tiene derecho a la protección de su salud, siendo éste derecho a la salud irrenunciable. Reconoce que el

²⁷ En la sentencia quedó reflejado que uno de los objetivos de la Convención de Belém do Pará (1994), consiste en “reconocer que el derecho irrestricto de todos los derechos de la mujer es condición indispensable para el logro de una sociedad más justa, solidaria y pacífica”.

concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud. El artículo 7º de la mencionada ley prescribe que:

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, *siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona*. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

En la actualidad, se presentan muchos problemas en cuanto a la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, y la maternidad subrogada o los mal llamados “vientres de alquiler”. Las técnicas de la fecundación *in vitro* conllevan la eliminación voluntaria de embriones en un 80 %, el congelamiento de óvulos y embriones, la reducción embrionaria.

Con estas técnicas se produce una evidente “cosificación” de las realidades implicadas, cuya naturaleza es claramente personal, afectando directamente a la dignidad humana. Surgen muchas preguntas que requieren dar unas respuestas acordes con la mencionada dignidad; ¿Es jurídicamente válido y relevante un negocio de donación de semen? ¿y de venta o permuta? ¿el embrión o las células germinales son jurídicamente “cosas”? Es frecuente que se hable de “alquiler de útero”, pero debemos decir que no se trata de un arrendamiento de cosa porque no cabe la contraprestación, y porque el cuerpo humano no es “cosa”, razón ésta que excluye hablar de *comodato*. Habría una prestación gratuita de una conducta de contenido complejo²⁸.

En concreto, la maternidad subrogada, conocida también como gestación por sustitución o vientre de alquiler, está siendo objeto de debate, y su legalización está en la

²⁸ MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 123.



agenda de muchos países europeos e iberoamericanos²⁹, porque puede parecer difícil no admitirla en el ordenamiento jurídico, al apoyarse en las técnicas de procreación humana, que en la mayoría de los países han sido reguladas. En la actualidad, en países como Inglaterra, Grecia, Ucrania, está autorizada y regulada la maternidad subrogada; en otros, como Bélgica, Irlanda y Holanda en los que la gestación por cuenta ajena no está reconocida legalmente, la práctica del vientre de alquiler es *tolerada*, si bien el derecho de filiación es un obstáculo a su desarrollo, porque la madre portadora debe abandonar al recién nacido y la pareja interesada iniciará un proceso de adopción³⁰. Pero se trata de una adopción *sui generis*, porque lo que se busca es dar un niño a una familia, creando de manera voluntaria la situación de abandono, al contrario de lo que ocurre en la adopción prevista en las codificaciones, en donde se permite dar una familia a un niño huérfano o abandonado. Vemos que no es una medida de protección a favor del niño, sino una ayuda a la procreación.³¹ Sin embargo, está prohibida, con una regulación específica en algunos países como España³², Italia, Portugal, Alemania, Austria, Polonia, etc.

Hoy en día, con la *maternidad a la carta*, la mujer que acepta prestar su vientre para la gestación y dar a luz un niño que será entregado a otra mujer, que será su madre jurídica, ha generado que un mismo niño pueda tener tres madres distintas: la que da los óvulos (madre genética); la que gesta el embarazo (madre biológica) y la que registra al niño (madre legal).

En nuestro caso, en el ordenamiento peruano, en atención al artículo 7 de la ley General de salud, no está permitida, por lo tanto, la llamada maternidad subrogada, ya que la

²⁹ De mucho interés son las dos recientes publicaciones de MONTERO, E., “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, en *Persona y Derecho*, n° 72, Pamplona, 2015, I, pp. 223-236 y BELLOSO MARTÍN, N., “Presupuestos teórico jurídicos de los contratos biojurídicos”, en *Persona y Derecho*, n° 72, Pamplona, 2015, I, pp. 169-221; cfr. también GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M., “Madres de alquiler y técnicas de reproducción asistida. Análisis jurisprudencial en el Perú”, en *Revista Gaceta civil & Procesal civil*, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 23, Mayo 2015, Lima, pp. 159-172; MEJÍA ROSASCO, R., *Hacia una nueva visión de la función notarial: el notario como garante del proyecto de vida de la persona*, Fondo Editorial Consejo de Notarios de Lima, Lima, 2016, pp. 160-166: El derecho de identidad a partir de las técnicas de reproducción asistida; cfr. ANDORNO, R.L., “Incidencia de la fecundación “*in vitro*” sobre la distinción entre personas y cosas”, en *Revista Persona y Derecho*, n° 26 (1992), pp. 9-27, donde el autor advertía ya cómo la técnica de FIV implicaba por sí misma “lesiones al derecho a la vida y a la dignidad de los embriones humanos. Supone en su base una “cosificación” de dichos embriones que desde el primer momento son expuestos a situaciones de altísimo riesgo para sus vidas (de hecho, la gran mayoría se pierden en el curso del proceso)”, p. 14.

³⁰ MONTERO, E., “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris*...o.c. p. 225

³¹ MONTERO, E., “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris*...o.c. p. 226

³² En el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción asistida.

madre gestante debe ser la misma madre genética. Se trata de un hecho que afecta a la moral, buenas costumbres y al orden público de nuestra sociedad, conforme al artículo V del Título preliminar del Código civil, con inspiración en el principio romano *mater semper certa est*. Todo acuerdo privado sobre el particular sería nulo de pleno derecho, por lo que la madre gestante no estaría obligada a entregar el hijo a los padres genéticos.

Sin embargo, después de catorce años de haberse promulgado la Ley General de Salud (1997), la Corte Suprema de Justicia de Lima resolvió el primer caso de maternidad subrogada en la Casación n° 563-2011-Lima, del 6 de diciembre de 2011. La Casación está referida a un caso de Adopción por excepción³³, pero que tiene como base un caso de maternidad subrogada, y en la decisión no se hizo ninguna mención sobre la validez de la misma, aunque como ya lo hemos advertido, está prohibida por el mencionado art. 7° de la Ley General de Salud.

Pero veamos los hechos: Un matrimonio (la señora D.F.P.Q y el señor G.S) encargó a una mujer (I.Z.C.M) la gestación de un niño que se entregaría al matrimonio después del nacimiento. La fecundación del bebé se llevó a cabo con el gameto del esposo (G.S), por lo que biológicamente la niña³⁴ alumbrada era hija del comitente y de la madre subrogada. A cambio de la niña, el matrimonio pagó una importante suma de dinero a la gestante (US \$ 19, 800.- dólares). Tras el nacimiento de la menor, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante, y la paterna, a favor de su conviviente (P.F.P.C), quien hizo un reconocimiento de complacencia; por lo que el padre biológico no figuraba como padre legal. La situación se complicó porque el esposo comitente no solo era el padre biológico de la niña, sino que además por el parentesco que le unía a la mujer que alquiló su vientre, resultó ser al mismo

³³ cfr. artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes y artículo 378 del Código civil peruano: cuando uno de los adoptantes posee vínculo de parentesco hasta el 4° grado de consanguinidad o 2° de afinidad con el niño o adolescente; cfr. MEJÍA ROSASCO, R., *Hacia una nueva versión...* o.c. p. 166, donde la autora se refiere a este supuesto como “el caso de la adopción del hijo propio”.

³⁴ La niña nació el 26 de diciembre del año 2006 (V.P.C), y fue registrada con los apellidos de (P.F.P.C) y de (I.Z.C.M)



tiempo el tío abuelo de la menor por afinidad³⁵. A los nueve días de nacida, la niña fue entregada a los esposos contratantes, que iniciaron el proceso de adopción por excepción para que legalmente se constituyera la filiación a su favor, pero la madre de alquiler y su conviviente se arrepintieron de finalizar el proceso por lo que desistieron en continuar con la adopción.

Pese al desistimiento, en primera y segunda instancia se declaró fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por los comitentes. Es por ello, que la madre portadora y su pareja interpusieron el recurso de Casación, alegando: a) la transgresión del artículo 115 del Código de los niños y adolescentes (CNA) por no proceder la adopción ya que el padre adoptante era a la vez el padre biológico (G.S) de la niña; b) la infracción del artículo 128, inciso b) del CNA, porque la adoptante, presunta tía demandante (D.F.P.Q), no guardaba ningún parentesco con la menor, ello debido a que el padre legal (P.F.P.C), familiar de dicha adoptante, no era el padre biológico; c) la infracción del artículo 378, incisos 1 y 5) del Código civil, en referencia a que los adoptantes carecían de solvencia moral por cuanto a lo largo del proceso han mentido respecto a la veracidad de los hechos, y por tanto no podrían adoptar.

La Corte Suprema determinó que todas las causales carecían de sustento y entendió que sí procedía la adopción porque el padre que figuraba en la partida de nacimiento era P.F.P.C, por lo tanto era el padre legal de la niña, y por lo tanto, la comitente demandante, la tía de la menor. Además, estableció que existía un conflicto entre el interés superior de la niña a tener una familia y el derecho de los padres recurrentes a ejercer la patria potestad. Ante esta dificultad, y sobre la base del comportamiento de la madre gestante y su conviviente, dispuestos en un inicio a renunciar a su hija a cambio de dinero, resolvió que había de primar el principio del interés superior de la niña para que continúe viviendo con quienes le proporcionaban un ambiente adecuado. Por lo que, concluyó, “arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial”; por estos motivos, declaró infundado el recurso de Casación.

³⁵ La niña era hija legal del conviviente de la gestante (P.F.P.C), quien era a su vez hijo de J.P.Q, hermano de la mujer comitente (D.F.P.Q), (cfr. considerando tercero de la Casación en comentario); cfr. GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M., “Madres de alquiler...” o.c, pp. 160-161

Hemos podido apreciar cómo la Corte Suprema resuelve este enrevesado caso solamente desde el punto de vista de la adopción, dejando de lado la oportunidad de manifestarse sobre los contratos o acuerdos sobre los vientres de alquiler, y las consecuencias que de ellos se derivan. Considero que a través de los mencionados contratos, tanto a título gratuito como oneroso, se vulneran principios fundamentales en nuestro Derecho, recogidos en normas Constitucionales (artículos 1, 2.1 y 4) y en tratados internacionales reconocidos en nuestro país, como la Convención de los Derechos del Niño; se incurre en la nulidad del acto jurídico, por causa ilícita y por contravenir el artículo V del Título Preliminar del Código civil; asimismo, como ya lo advertimos, se deja sin efecto el principio romano, que rige en nuestro Derecho civil, el de *mater semper certa est*. Si bien es cierto que la nulidad constituye una sanción civil al contrato de gestación por sustitución, vemos que no es suficiente para evitar la celebración de los mismos, sino que es imperativo que tanto las conductas de las partes intervinientes como la de los centros médicos que promueven y actúan como intermediarios en la realización de las técnicas de fertilización, sean castigadas con otro tipo de penas, por ejemplo, administrativas³⁶.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El aforismo *homo homini persona*, propiciado por Álvaro d'Ors, debe ser como la guía o la luz que ilumine tanto el Derecho constitucional como el Derecho civil para que se restablezcan las relaciones interpersonales tan dañadas actualmente por las lacras del aborto, del uso de las técnicas de fecundación artificial, del divorcio y de la eutanasia.
2. La regulación del Derecho de personas en nuestro Código civil, en la Constitución y en otras leyes especiales, con marcado acento personalista, debe conducir a afirmar y proteger el derecho a la vida del *nasciturus* en nuestro Derecho. El Derecho civil debe mantener su orientación humanística en cuanto a la protección jurídica de la persona, desde el momento de la concepción hasta su fin natural. No existen seres humanos que no sean personas. Ser

³⁶ GONZALES DE CASTRO, M., "Madres de alquiler...oc.", pp.170-171, donde la autora destaca que a pesar de que no exista en nuestro país sanción penal para las personas que participan en un contrato de maternidad subrogada, considera que se incurre en los delitos contra el estado civil de las personas, regulado en los artículos 144 y 145 del Código penal.



persona no es una cualidad accidental del ser humano. Conviene seguir reflexionando sobre la unicidad del cuerpo humano, sobre la irrepitibilidad del individuo, sobre la insustituibilidad real de los seres.

3. Aunque la ley prevea esta posibilidad no es lícita la producción de embriones humanos para investigación y experimentación. No es lícita la utilización de embriones humanos, a veces producidos a tal efecto, todavía vivos como material biológico abastecedores de órganos y tejidos para transplantar. Es ilícito el descarte de embriones sobrantes o supernumerarios. Es ilícita la crioconservación de embriones humanos. Con la reproducción asistida se favorecen los intereses económicos de muchas clínicas dedicadas a este negocio, que consideran *al embrión como un objeto de propiedad*.
4. La Jurisprudencia tiene una función esencial en cuanto intérprete de la Constitución y del Código civil para resolver nuevas situaciones y necesidades que la realidad social va creando, en el mundo globalizado en el que nos encontramos.
5. Las personas se reconocen por su dignidad, su libertad e igualdad. La dignidad debemos entenderla como un concepto metajurídico, más no ajurídico³⁷. Persona y dignidad son dos realidades inseparables, y toda persona merece ser tratada conforme a justicia. Al ser la persona humana el origen, sujeto y fin mismo del Derecho, todo el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger socialmente la dignidad de la persona, *fons omnis iuris*, como fuente de todo el Derecho.

6. El ser humano es social por naturaleza y el derecho regula la vida del ser humano en sociedad, es decir las relaciones bilaterales o multilaterales, por lo que amparar el derecho individual de la persona en el sentido de permitir, en atención a tal derecho un presunto cambio de sexo significa desconocer el derecho de la otra persona involucrada en la relación de que se trate.

³⁷ DOMINGO, R., *¿Qué es el Derecho Global?* ...o.c. pp. 198 y ss.