

Santillán Santa Cruz, Romina, *La situación jurídica del concebido en el Derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica*, Lima, Motivensa, 2014, 176 pp. (ISBN 978-612-4144-16-5)

La protección jurídica del ser humano desde su concepción es uno de los rasgos más característicos del Derecho sudamericano. Podría considerarse que es el primer momento de esta subfamilia jurídica, que lo diferencia de otras experiencias jurídicas, como la europea.

En el siglo XIX, el jurista brasileño Augusto TEIXEIRA DE FREITAS (Cachoeira, Bahía, 19 de agosto de 1816 - Niterói, 13 de diciembre de 1883) propuso considerar al concebido como “*una persona por nacer*”. Este jurista fue autor del *Esboço* (proyecto) de un Código Civil para Brasil, que se adelantó cuatro décadas al Código Civil alemán del 1900, en lo que concierne a la concepción de la denominada “parte general”, que precede dicho cuerpo normativo. Respecto a la tutela jurídica del concebido, el artículo 53 del *Esboço de un Código Civil para o Brasil* del ilustre Teixeira de Freitas, prescribía que: “*Son personas por nacer las que, aún no nacidas, se encuentran ya concebidas en el vientre materno*”.

Teixeira de Freitas se alejó y criticó la *teoría de la ficción* planteada por el jurista alemán Friedrich Carl VON SAVIGNY (Fráncfort del Meno, 21 de febrero de 1779 - Berlín, 25 de octubre de 1861), a pesar que lo consideraba como su mentor académico e intelectual, que evidencia también la identidad propia del estudioso brasileño frente al pensamiento europeo de Savigny. La añeja teoría de la ficción estima al concebido como un ya nacido, como una persona natural nacida, así como supedita sus derechos patrimoniales a una condición suspensiva, olvidando su calidad de sujeto de derecho, al que no se le puede limitar el goce y ejercicio de sus intereses existenciales dignos de tutela jurídica.

Haciendo recurso a la lectura creativa de las fuentes del Derecho romano, Teixeira de Freitas reconoció la realidad existencial del aún no nacido, “*persona no nacer*” en su terminología, en base, entre otros, a la obra del jurista clásico Juliano (*qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelleguntur in rerum natura esse* – *Digesto* 1,5,26), lo que ha llevado a un sector de los juristas italianos como Pierangelo Catalano, que se han dedicado al estudio del Derecho de América del Sur, a considerar que con esta propuesta de Teixeira

de Freitas surge el germen del Derecho latinoamericano y la formulación de la *teoría de la concepción*, posición que compartimos.

Esta lectura protectora del concebido a través de determinados textos del Derecho romano, ha conducido a la profesora italiana Maria Pia Baccari de la Universidad de Roma LUMSA, a estimar que este Derecho antiguo defendió la vida humana desde la concepción empleando una terminología concreta y simple, como de *qui in utero est, partus, partus, venter*, y no abstracciones (posición defendida en su *La difesa del concepito nel diritto romano. Dai Digesto dell'Imperatore Giustiniano*, G. Giappichelli editore, Turín, 2006). En tanto para el profesor Paolo Ferretti de la Universidad de Trieste, la consideración del Derecho romano respecto al concebido, en tanto sujeto de derecho, permite considerar su existencia como ser humano, independiente de la madre (en su *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Giuffrè editore, Milán, 2008). Esto recuerda una preciosa obra publicada en España por José Maldonado y Fernández del Torco, catedrático de historia del Derecho que fue de la Universidad de Santiago de Compostela, que sostenía que desde tiempo clásicos se fueron concediendo ciertos efectos al acto de la concepción en vista de la protección de los derechos del futuro nacido. Si bien no se le consideró como “persona jurídica perfecta”, se admitió que era en potencia un sujeto de derecho (en su *La condición jurídica del “nasciturus” en el derecho español*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946).

El aporte de Texeira de Freitas fue acogido por el jurista argentino Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD (Amboy, 18 de febrero de 1800 - Buenos Aires, 30 de marzo de 1875), autor del Código Civil argentino de 1869. Este notable estudioso destacó nítidamente en el panorama jurídico de América del Sur del siglo XIX. En su Código Civil recogió los aportes del Código Civil chileno elaborado por el jurista venezolano Andrés BELLO (Caracas, Capitanía General de Venezuela, 29 de noviembre de 1781-Santiago, 15 de octubre de 1865), que en su artículo 75 establece que “*La ley protege la vida del que está por nacer*”, y más abundantemente de Augusto TEXEIRA DE FREITAS. Su influencia es evidente en la doctrina y en la obra de la codificación civil en Sudamérica a partir de 1869. Puede citarse el caso del Paraguay, que en 1877 adoptó el Código Civil de VÉLEZ SARSFIELD, así como su influencia en los códigos civiles y en la doctrina de Uruguay, Guatemala y también en España.

La obra de VÉLEZ SARSFIELD se destaca por su espíritu práctico, su trabajo estuvo dirigido en sentido realista, en resolver, con criterio pragmático, los numerosos problemas creados por las relaciones intersubjetivas desde la esfera del Derecho civil. Más que un jurista afiliado a una determinada corriente de filosofía del Derecho, pese a la influencia de Savigny, o una tendencia ideológica, se evidencia en el codificador argentino un profundo conocimiento del quehacer jurídico, del funcionamiento de la ciencia jurídica de su tiempo, de la cotidiana permanente confrontación entre la norma, el valor y la conducta social. Su oficio casi artesanal, de filigrana, vinculado a sus conocimientos, no solo jurídicos, su experiencia política, su capacidad de lectura e interpretación del diario acontecer comunitario, le proporcionaron una capacidad excepcional para regular la vida humana con perspectiva realista, para adquirir una ductilidad y flexibilidad capaces de desafiar el tiempo. No debe olvidarse que su código, sancionado en 1869, se mantuvo vigente hasta el 2015 en la República Argentina, y para muchos estudiosos del código argentino actual, el antiguo código de Vélez Sarsfield sigue siendo insuperable, en variados aspectos, respecto al código de 2015.

En el Código Civil argentino elaborado por Vélez Sarsfield, en su artículo 63, se establecía que: “*Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*”. Vélez Sarsfield, con extraordinaria lucidez y con realismo, en la nota (exposición de motivos) al artículo 63 del Código Civil argentino expresa que “*las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre*”. Vélez Sarsfield, como el Código Civil peruano de 1984, se aparta de la tendencia dominante en la legislación comparada al desestimar normativamente la teoría de la ficción de SAVIGNY, la que reputaba persona al concebido solo bajo la condición de que nazca vivo.

Siguiendo esta tradición sudamericana, el profesor Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO (Callao, 07 de marzo de 1926 - Lima, 28 de julio de 2019), autor del Libro Primero del Código Civil peruano vigente de 1984, dedicado al “Derecho de las personas”, propugnó la teoría de la subjetividad respecto al concebido.

Así se declara en el artículo uno del citado código:

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

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

El planteamiento de Fernández Sessarego otorga protección realista y acorde al concebido, sin reputar algo que no es (persona natural o física) y reputándolo desde su aparición como sujeto de derecho.

Para Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI, jurista perteneciente a la Escuela de Fernández Sessarego, la teoría de la subjetividad tutela al concebido en virtud de lo que es, un ser humano, reconociendo su calidad de sujeto derecho *sui generis*, especial, que merece máxima protección.

Juan ESPINOZA ESPINOZA, jurista también formado por Fernández Sessarego, estima que el tratamiento del concebido en el artículo 1 del Código Civil de Perú es el más completo y revolucionario en su fondo, no obstante, advierte algunas contradicciones en su forma y redacción. Se recoge en dicho precepto, indica este jurista, tanto la tutela jurídica de sus derechos patrimoniales como no patrimoniales, estos últimos no estando sujetos a condición alguna.

En tanto que para Yuri VEGA MERE, profesor de la Universidad Lima, también de la escuela jurídica de Fernández Sessarego, el tratamiento jurídico del concebido en el Perú es un salto de calidad respecto a lo realizado a nivel de la legislación comparada. El Código Civil peruano se aleja del camino tradicional haciendo primar la vida humana del sujeto concebido.

De acuerdo al aporte peruano del Código Civil de 1984, el concebido es sujeto de derecho, *sui generis*, que merece especial protección. La atribución de sus derechos patrimoniales se encuentra en forma resolutoria (otra lectura sería inconstitucional, como bien ha expresado el profesor Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, debido a que el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política de 1993, reconoce al concebido como sujeto de derecho, en todo

cuanto le favorece, con sus plenos derechos desde que existe). En tal sentido, tiene plena atribución de sus derechos existenciales, como de los patrimoniales.

Pierangelo CATALANO, profesor emérito de la Universidad de Roma “La Sapienza” y estudioso del Derecho latinoamericano, ha declarado que el artículo 1 del Código Civil peruano de 1984 se conecta con la tradición del Derecho romano, hispánico y de América del Sur, mediante la utilización del concepto abstracto de “*sujeto de derecho*”, reconociendo el aporte del profesor Carlos Fernández Sessarego, como autor del articulado. Para el ilustre romanista el planteamiento del referido jurista peruano contribuye al pensamiento jurídico iberoamericano centrando su atención en el valor de la vida humana y rechazando la teoría de la ficción, recurriendo a la conceptualización del sujeto de derecho para la defensa concreta de los concebidos.

Para el Código Civil peruano, conforme a los dictados de la ciencia moderna, se le considera al concebido, por vez primera en la codificación comparada, como un “sujeto de derecho”, reconociendo su dignidad y tutela plena de sus derechos.

Recientemente, mediante la Ley N° 31935, promulgada el 16 de noviembre de 2023, se ha reconocido al concebido el derecho a la vida, a la salud, a la integridad moral, psíquica y física, a la identidad, al libre desarrollo y bienestar y otros derechos que le favorezcan. Se remarca la subjetividad del concebido, como lo reconoce el artículo 2 de la Constitución Política peruana de 1993.

En este contexto, la obra de la profesora hispano-peruana Romina SANTILLÁN SANTA CRUZ titulada “*La situación jurídica del concebido en el Derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica*” (Motivensa editora jurídica, Lima, 2014) se torna de gran actualidad, y que es parte de las contribuciones que ha realizado la autora sobre la tutela de la vida humana antes del nacimiento (por ejemplo, sus estudios sobre el derecho a la sepultura del nacido fallecido son los trabajos más serios, y únicos, de la doctrina peruana sobre un tema tan poco tratado: recordamos así su *Antígona rediviva: sobre el derecho a la sepultura del nacido muerto*, publicado en “El Derecho”, diario de doctrina y jurisprudencia, el 2 de febrero de 2015, en Buenos Aires-Argentina, así como *La problemática de la sepultura al concebido nacido muerto*, en la “Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional” de Lima, en febrero de 2014).

El libro de nuestra autora, actualmente profesora de Derecho civil en la afamada Universidad de Zaragoza de España, que lleva el prefacio del catedrático de Derecho civil del referido centro académico español, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (reconocido por su interés, entre otros, en la tutela jurídica de la persona con discapacidad, plasmado en su obra *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica. Reflexiones para una reforma legal*), y el prólogo del maestro peruano Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO.

Conformado por tres capítulos, la obra realiza un estudio profundo de la evolución histórico-normativa de la protección peruana del concebido, en los tres códigos civiles peruanos, a saber: el de 1852, el de 1936 y el actual de 1984, poniendo atención en los efectos de los derechos existenciales y patrimoniales del concebido en la legislación civil de Perú.

La profesora SANTILLÁN SANTA CRUZ respecto al primer Código Civil peruano de 1852, el primero de los códigos latinoamericanos que no fue una copia literal del *Code Civil* francés de 1804, sostiene que se caracteriza por su fidelidad a la tradición romanista, al asumir la teoría de la ficción, en tanto consideraba al concebido como nacido, requiriendo la presencia de una serie de circunstancias para que su nacimiento ocasionase efectos civiles. No obstante, como hemos sostenido en nuestra reciente obra *Derecho de las Personas* (Instituto Pacífico, Lima, 2023), el artículo 1 del primer Código Civil de Perú constituye un antecedente de la teoría de la concepción. Así establecía que “*El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer*”, confiriendo tutela jurídica al concebido, siendo innecesario lo afirmado por su artículo 3 que “*al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece*”. Sea como fuere, fue un antecedente valioso para las propuestas de protección de la vida humana antes del nacimiento por parte del brasileño Augusto Texeira de Freitas y del argentino Dalmacio Vélez Sarsfield.

El segundo Código Civil peruano, promulgado en 1936, fiel al planteamiento de Savigny, comulgó con la técnica de la ficción al estimar que el nacimiento principia la tutela jurídica de la vida humana, reputando nacido al que estaba por nacer (pocas normas también dedicó a otra importante materia como la capacidad jurídica), lo que llevó al profesor Carlos Fernández Sessarego, el mayor estudioso peruano del Derecho de las personas, a denominarlo como “*pobre*” respecto a la tutela jurídica del ser humano.

El tercer y vigente Código Civil peruano, el de 1984, representa un gran avance en la tutela jurídica del concebido, al considerarlo sujeto de derecho. Como han afirmado los mayores estudiosos del Derecho de las personas en Perú (Juan Espinoza Espinoza, Yuri Vega Mere y Enrique Varsi Rospigliosi), el reconocimiento de los cuatro sujetos de derecho en el referido Código Civil (concebido, persona natural o física, persona jurídica o colectiva y organización de personas no inscritas) constituye sin duda el mayor aporte del referido código al Derecho comparado.

Resalta nuestra autora que el precitado Código Civil es el primero a nivel de la legislación en reconocer la subjetividad jurídica del concebido. Esto es muy notable, ya que incluso representa una identidad propia respecto al modelo jurídico que sirvió a la elaboración del Código Civil peruano, esto es, el *Codice Civile* de 1942.

Como es conocido, en el Derecho italiano, con la promulgación de la Ley N° 194 del 22 de mayo de 1978, titulada *Normas para la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo*, se permite el aborto hasta los noventa días, cuando el embarazo podría comportar un peligro serio para la salud física o psíquica, considerando también su estado de salud y sus condiciones económicas, sociales o familiares, o que el concebido presente anomalías y malformaciones. Asimismo, se dispone que el embarazo puede ser interrumpido después de los noventa días, cuando produzca o el parto origine un grave peligro para la vida de la mujer, así también cuando se comprueben procesos patológicos, manifestados en anomalías o malformaciones en el concebido, que determinen un grave peligro para la salud física y psíquica de la madre. Dicha norma generó un vivaz debate sobre la condición jurídica del concebido, plasmada, entre otros, en la prestigiosa revista jurídica italiana *Le Nuove Leggi Civili Commentate* (N° 06, año I, Cedam, Padua, noviembre-diciembre de 1978), con el aporte de juristas de la talla de Cesare Massimo Bianca, Francesco Donato Busnelli, Francesca Giardina, Liliana Rossi Carleo, entre otros. Así también se presentaron posiciones como la del constitucionalista Carlo Emilio Traverso, profesor de la Universidad Milán-Bicocca, que planteaba que la constitución italiana de 1947 reconoce al ser humano antes del nacimiento el derecho subjetivo público de defensa del inviolable proceso natural de su desarrollo en el vientre materno (en su *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, Giuffrè editore, Milán, 1977).

Como indica la profesora SANTILLÁN SANTA CRUZ, el artículo 1 del Código Civil de 1984 establece en el Perú que la vida humana es protegida desde la concepción, sin hacer distinciones. El comienzo de la vida del ser humano no es, como bien afirma nuestra autora, un dato legal (y no fue la intención del legislador de 1984 suplantarlo al científico ni al genetista), sino un dato biológico. La vida humana es protegida y reconocida desde que biológicamente existe, disponiendo que comienza con la concepción y desde ese momento existe vida humana digna de protección para lo jurídico. Para la jurista hispano-peruana, en posición que compartimos, también los embriones *in vitro* o fecundados artificialmente se constituyen en vida humana que merece ser protegida, y no pueden ser excluidos del ámbito de aplicación del referido artículo 1.

El concebido como sujeto de derecho, en el planteamiento del Código Civil peruano, no es solo sujeto capaz de derechos, sino también de contraer obligaciones, como efecto de la adquisición de un derecho y como contraprestación de gozar de los efectos favorables de un negocio o acto jurídico.

Respecto al goce de los derechos patrimoniales, si bien nuestra autora considera que deben interpretarse en condición suspensiva, estimamos por nuestra parte (junto a los profesores Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO y Fort NINAMANCCO CÓRDOVA) que, siendo un sujeto de derecho, el concebido ya tiene plenamente sus derechos existenciales como los patrimoniales. Si el concebido fallece durante la gestación o en el nacimiento, sus derechos patrimoniales se extinguen inmediatamente, es decir, se resuelven. Debemos recordar que el concebido es un ser humano al que el ordenamiento jurídico peruano le atribuye derechos y deberes de forma actual, sin dilación ni espera, desde el momento de la concepción.

Por último, queremos resaltar otro aporte de la profesora SANTILLÁN SANTA CRUZ, constituido en los daños subjetivos que pueden ocasionarse al concebido. De una lectura combinada de los artículos 1 y 1985 del Código Civil peruano (que reconoce la reparación del daño a la persona o subjetivo), al concebido se le debe reconocer su derecho a ser indemnizado por los daños que se le pueden ocasionar, en tanto ente psico-somático. El nivel de la ciencia médica moderna permite evidenciar las lesiones, malformaciones y afectaciones que pueden ocasionarse, dolosa o culposamente, al concebido, sin que sea

un requisito esperar hasta el momento de su nacimiento. En la experiencia jurídica italiana, también se ha ocupado recientemente de este valioso tema el Dr. Giovandomenico Gemelli en su libro *La Tutela risarcitoria del concepito* (Giuffrè Francis Lefebvre editorial, Milán, 2022).

Por todo lo expuesto, la obra de la profesora Romina SANTILLÁN SANTA CRUZ se constituye en un estudio serio académicamente para el conocimiento de la tutela jurídica del concebido y para la defensa de la vida humana antes del nacimiento. Su obra expresa el personalismo o humanismo jurídico, tan característico del Derecho civil latinoamericano que, a partir de la base constitucional y de los derechos humanos, entiende que lo que se debe centrar en lo jurídico es la defensa plena de la vida humana, en todas sus etapas y momentos. Así, la protección jurídica del concebido en el Código civil peruano de 1984, cuyo estudio aborda la autora en la comentada obra, representa, sin un ápice de duda, un aporte del Derecho sudamericano para el Derecho comparado.

Carlos Antonio Agurto Gonzáles ¹

Doctor en Derecho, Persona y Mercado por la Universidad de Turín, Italia

Contacto: carlosantonioagurto@gmail.com

¹ Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú. Fue Secretario Técnico del Grupo de Trabajo encargado de la revisión y mejora del Código Civil Peruano, nombrado por la Resolución Ministerial N°183-2017-JUS del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. Doctor en Derecho, Persona y Mercado por la Universidad de Turín, y Magíster por la Universidad de Bolonia, Italia