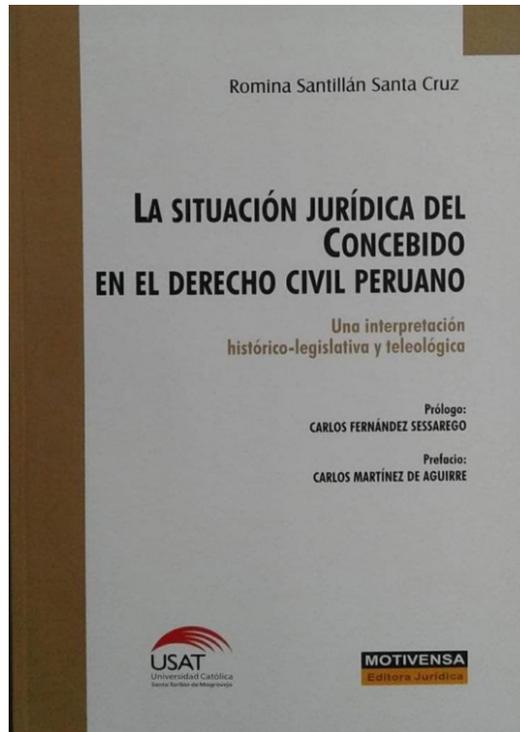


SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: *La situación jurídica del concebido en el Derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica*, Motivensa, Lima, 2014, 176 pp.



El 16 de noviembre de 2023, se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Ley N° 31935, “Ley que reconoce derechos al concebido”, cuyo escueto articulado compuesto por tan solo dos preceptos contempla, en forma condensada, lo siguiente:

“Artículo 1. Objeto de la Ley.

La presente ley tiene por objeto reconocer los derechos del concebido.

Artículo 2. Derechos del concebido.

El concebido es sujeto de derechos en todo cuanto le favorece, conforme al artículo 2 de la Constitución Política. Estos derechos se fundamentan en la dignidad humana.

Son derechos del concebido los siguientes:

- a) A la vida.
- b) A la salud.
- c) A la integridad moral, psíquica y física.
- d) A la identidad.
- e) Al libre desarrollo y bienestar.
- f) Otros derechos que le favorezcan”.

La entrada en vigor de esta Ley ha abierto un extenso debate sobre la necesidad y pertinencia de una normativa que, desde una primerísima aproximación, no haría más que recoger un conjunto de contenidos que han sido ya suficientemente regulados, por orden cronológico y con su propio alcance, primero, por el Código civil peruano de 1984 y, después, por la Constitución Política del Perú de 1993; ambos textos normativos vigentes a día de hoy. Punto de vista este, desde el que el conciso contenido regulativo de la Ley N° 31935 parecería innecesario por redundante, aunque hay también quienes se decantan por defender la pertinencia de la Ley destacando la importancia de su efecto afianzador de la protección jurídica del concebido en el ordenamiento jurídico peruano; esto último, como una forma de acentuar esa particular aportación del Derecho peruano, que, al propio tiempo, constituye una novedad en el Derecho comparado, al ser el único sistema normativo que reconoce subjetividad jurídica al concebido desde el momento de la concepción.

Junto con ello es preciso también traer a colación las palabras del Dr. LEYSER LEÓN HILARIO, profesor de Derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien, en su más reciente artículo, publicado en el núm. 113 (2023) de la Revista *Actualidad Civil*, bajo el título “Los derechos de la personalidad del concebido y su especificación mediante la Ley N° 31935”, sostiene que la citada Ley “representa uno de los hitos más destacados en el proceso de descodificación civil desarrollado en nuestro país, donde el Código de la materia está cercano a cumplir cuatro décadas”. Esta Ley especial, subraya el mencionado autor, tiene como destino, dada su temática, “integrar, complementariamente, la del Código Civil”, en cuyo marco el Dr. LEÓN HILARIO inevitablemente se pregunta: “¿Era necesaria una ley sobre derechos del concebido, todos los cuales son, por cierto, atributos inherentes a su condición humana —derechos de la personalidad— que bien se podían deducir del texto vigente del Código Civil, a pesar de su imprecisión?”, ante lo que se responde inmediatamente en forma afirmativa. La razón de su respuesta radica en que el reconocimiento del concebido como “sujeto de derechos en todo cuanto le favorece” no solo implica ventajas, sino también desventajas, pues ambas

implicancias son correspectivas de la subjetividad jurídica, siendo necesario que se determine adecuadamente, en relación con el concebido, el alcance de los efectos que incumbe para el mismo el reconocimiento de su subjetividad jurídica con tal especial condición. Este planteamiento me recordó el acertado tratamiento que una autora hispano-peruana —a quien también cita en su artículo el Dr. LEÓN HILARIO— había dedicado al concepto de los “efectos favorables” del concebido, pues su condición como sujeto de derecho en el Código civil peruano (artículo 1 párrafo segundo) —así como en el texto constitucional (art. 2 inciso 1)— aparece expresamente reconocida “para todo cuanto le favorece”; la autora a quien me refiero es la profesora ROMINA SANTILLÁN SANTA CRUZ, Doctora en Derecho tras la defensa de su tesis doctoral en la Universidad de Zaragoza en diciembre de 2019 y actualmente profesora de Derecho civil en esta misma universidad.

Y es que todo lo anterior, en su conjunto, como no podía ser de otra manera, ha dado lugar a una más que oportuna actualización de la monografía que la profesora ROMINA SANTILLÁN SANTA CRUZ publicó en el año 2014 bajo el sello editorial de Motivensa, titulada *La situación jurídica del concebido en el Derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica* —que es la obra en que leí ese estudio de los efectos favorables del concebido como sujeto de derecho al que antes he hecho alusión—, y que fuera elaborada sobre la base de la investigación que defendió para obtener el título de Máster en Especialización e Investigación en Derecho en la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección del Dr. CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, catedrático de Derecho civil en la mencionada universidad y quien además elabora uno de los prólogos de la obra. Y junto con este prólogo se encuentra también el que elaboró el recordado Dr. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO[†], renombrado jurista peruano que actuó precisamente como ponente del Libro Primero del Código civil, dedicado al “Derecho de las Personas”, ante las Comisiones Redactora y Revisora del anteproyecto del Código civil peruano de 1984 (hoy vigente), y que traspasó fronteras con sus investigaciones de Derecho civil, entre las que destacan ampliamente, pero no solo, aquellas en defensa de la protección jurídica de la persona y de la subjetividad del concebido.

Ambos prólogos resultan de enorme interés y utilidad para situar al lector en contexto y prepararle para encarar con solvencia la lectura del libro. Dando cumplimiento a este objeto, el profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ sostiene en su prólogo que “el artículo 1 del vigente Código civil peruano representa una aportación importante, no suficientemente conocida ni valorada, al afirmar tajantemente que ‘la persona humana es sujeto de derecho desde el 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’”, para luego señalar que: “Estas reglas, que no es posible entender bien en todo su alcance, ni en toda su novedad, sin conocer la

larga evolución que les precede, son las que estudia con detalle el trabajo que ahora presento”. Por su parte, se pronuncia el profesor CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO[†] en su respectivo prólogo destacando que: “Es notoria la escasa bibliografía nacional que aborda el tema de la presente obra en torno al estatus jurídico del concebido. Poco se ha escrito en el Perú, de manera orgánica, sobre este capital asunto que concierne al primer período de la existencia humana, la que se inicia con la concepción o fecundación. De ahí una, pero no la única, de las razones que avalan la importancia y oportunidad de la edición del presente libro”, tras lo cual sostiene —en opinión que comparto— que: “El presente volumen cumple, así, con llenar un sentido vacío en relación con la temática relacionada con la posición del concebido dentro del ordenamiento jurídico nacional”.

La obra se divide en tres capítulos, cada uno de los cuales se refiere a ámbitos fundamentales de la temática abordada para procurar la comprensión de su regulación y alcance, y aunque se centra especialmente en el Derecho peruano, en todos ellos hay una oportuna remisión comparativa a los Derechos español y argentino, a los que recurre la autora para apoyarse en su labor de construcción de la obra, pues, como antes se anticipó de la mano del profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO[†], existe escasa bibliografía sobre la materia en el Derecho peruano. En cada uno de los capítulos la autora asume posturas claras y definidas, haciendo uso de una redacción dinámica, elegante e impecable que permite al lector adentrarse en la obra y realizar una lectura llana, apacible y sostenida. Además, el libro se conduce de lo general a lo particular sentándose así en cada uno de los capítulos las bases sobre el que se construye el siguiente, lógica de la que se sirve la autora hasta llegar al último capítulo. Todo lo cual viene acompañado de un riguroso trabajo exegético, con el empleo adecuado de los cánones histórico-legislativo, sistemático y teleológico de la interpretación jurídica que conducen el desarrollo de la monografía.

En el primer capítulo, que lleva por título “Desarrollo histórico-legislativo de la protección del concebido en el orden civil peruano”, la autora hace un recorrido legislativo por los tres Códigos civiles que ha tenido Perú desde su vida republicana (1821). Abre este capítulo con el tratamiento de la situación del concebido en el Código civil peruano derogado de 1852, que, en sus palabras, sobresale por su fidelidad a la tradición romanista, por cuanto recurre a la ficción de reputar nacido al concebido para otorgarle lo que podía resultarle favorable, exigiendo la concurrencia de una serie de condiciones para que el nacimiento del mismo pudiera generar efectos civiles, más en concreto: i) el nacimiento con vida debía producirse cuando menos al sexto mes desde su concepción, ii) el nacido debía poseer figura humana, y iii) vivir como mínimo veinticuatro horas contadas desde el nacimiento. En 1936 entra en vigor un nuevo Código civil que viene a derogar varias de las circunstancias antes anotadas, pero mantiene la técnica de la ficción

como mecanismo para la tutela del concebido, condicionándose el inicio de la personalidad solo al momento del nacimiento. En este punto, la autora destaca lo llamativo que resulta que en 1936 las exigencias legales de la “figura humana” y de la “viabilidad” dejaron de ser circunstancias para condicionar la protección del concebido en el Código civil peruano, en tanto que en el Código civil español (en vigor desde 1889) tales exigencias fueron derogadas muchos años más tarde, para ser exactos en 2011 con ocasión de la reforma introducida por la Disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en el artículo 30 del Código civil español (que decía: “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”, y ahora dice: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”; norma esta que, pese a su modificación, dice la autora, mantiene el mismo sentido de su redacción anterior, “por cuanto solo considerará nacido (vivo), a efectos de la adquisición de la personalidad, a aquel concebido cuyo nacimiento presente un requisito, que de acuerdo con la regulación vigente se reduce al entero desprendimiento del seno materno, el mismo que —como señalara la doctrina mayoritaria con relación a la derogada redacción del artículo 30— se produce con la rotura del cordón umbilical”).

En este mismo capítulo, tras el tratamiento de la situación del concebido en los Códigos civiles derogados de 1852 y 1936, la autora expone brevemente cuál fue el cambio que, en relación con este asunto, introdujo el Código civil de 1984, reservando ya el estudio de las cuestiones de fondo para el segundo capítulo. El primer capítulo de la obra contiene, además, en su parte final un breve análisis de la regulación del concebido en la Constitución peruana de 1993, pues esta elevó al ámbito constitucional la posición jurídica del *nasciturus* adoptada inicialmente por el Código civil de 1984, así como del panorama jurídico constitucional en el que entró en vigencia este último Código —pues en ese momento se encontraba en vigor la Constitución peruana de 1979, cuya regulación sobre el concebido reposaba en la técnica de la ficción: “Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece” (artículo 2 inciso 1, segundo párrafo), de la que el Código de 1984, como hemos visto antes, decide desmarcarse—.

En el segundo capítulo, titulado “La situación del concebido en el Código civil de 1984: alcance y contenido de la posición reconocida en el artículo 1”, la autora estudia la situación jurídica del concebido en el Código civil de 1984 para desarrollar el contenido y alcance de la posición que aquel le ha reconocido en su artículo 1 y que antes he transcrito al hacer referencia al prólogo del profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. Este capítulo cumple con desarrollar el objeto central de la obra en torno a cinco puntos bien delimitados. En el primer punto se explica el alcance del término “concepción” que el mencionado artículo 1 emplea en una

de sus disposiciones para referirse al comienzo de la vida humana, destacando la autora su coincidencia con el hecho biológico de la fecundación; cuestión sobre la que también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano en la conocida sentencia del Expediente N° 02005-2009-PA/TC, de 16 de octubre de 2009, en la que se discute la posible afectación del derecho a la vida del concebido con la distribución gratuita de la píldora del día siguiente.

Este capítulo se destina así mismo, en su segundo punto, al desarrollo de una serie de consideraciones doctrinales que plantea la autora para intentar demostrar que, según el artículo I del Código civil, el concebido no es solo sujeto de derecho sino también “persona humana”. Esta discusión tiene su origen en la inadecuada técnica legislativa que emplea el mencionado precepto en su párrafo primero, que en un primer momento parecería negar que el concebido es persona humana —me parece oportuno reseñar aquí, como lo hace la autora, que el Código civil peruano de 1984, además de en otras fuentes, se inspiró en el Código civil argentino de Dalmacio Vélez Sarsfield de 1971 (que fuera derogado por el Código civil y comercial de la Nación en 2015), el cual en su artículo 63 reconocía al concebido como “persona por nacer” (expresión que el actual Código argentino también recoge, pero en el artículo 24 a), precepto que, en general, se refiere a las “Personas incapaces de ejercicio”)—. Al respecto, me parece conveniente citar literalmente lo que, con un acertado y bien estructurado razonamiento, sostiene la autora: “Para el Derecho civil peruano el concebido no solo sería sujeto de derecho para lo favorable sino también persona humana, toda vez que cuando en el artículo I se dispone que *la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento*, está admitiéndose simultáneamente que se es persona humana antes y después del nacimiento, así como que la persona humana sujeto de derecho después del nacimiento no es otra que la persona individual o natural. El concebido es sujeto de derecho ‘para todo cuanto le favorece’ mas no, según la terminología de la doctrina jurídica peruana, ‘persona natural’. Dicha disposición no despoja al concebido de su condición de persona humana, así como tampoco le resta subjetividad jurídica, si se tiene en cuenta que el propio Código Civil reconoce también al concebido como sujeto de derecho. Solo una lectura segmentada del citado artículo I permitiría concluir que el concebido no es sujeto de derecho; de ahí la necesidad de interpretar el artículo en su conjunto”.

El tercer punto desarrolla la condición del concebido como sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece” al objeto de determinar el alcance de su capacidad jurídica, para lo cual la autora define en sentido amplio el concepto de los “efectos favorables” —que, en sus propias palabras, es el concepto en que puede condensarse la expresión normativa “para todo cuanto le favorece” que recoge el Código civil peruano en relación con el concebido—, pero no sin antes advertir que el mismo ha generado diversas opiniones sobre su significado; todas

estas opiniones como aquella que asume finalmente la autora podrá encontrarlas el lector en la obra y no las desarrollo intencionadamente para despertar una bien avenida curiosidad. El cuarto punto sirve a la autora para proponer una interpretación histórica y teleológica de la condición legal establecida por el artículo I para la atribución de derechos patrimoniales al concebido. Y, finalmente, en el quinto punto se hace referencia a los supuestos de extinción de la calidad jurídica de concebido.

En el tercer y último capítulo la autora se sumerge en el estudio de “Los efectos civiles para el concebido y su protección a partir de la regulación civil vigente”. La autora desarrolla este capítulo en dos partes: la primera, dedicada a los derechos personales como efectos favorables y actuales para el concebido, y la segunda, a sus derechos patrimoniales como efectos sometidos a una condición legal suspensiva. Una vez expuestas las nociones fundamentales de ambos efectos, se presentan aquellos derechos personales del concebido que la autora tuvo a bien desarrollar en su obra: el derecho a la vida, a la integridad física, a los alimentos, la filiación, la representación del concebido y la adquisición de la nacionalidad, y a los que aplica, con perspectivas teórica y práctica, las reglas del artículo I del Código civil peruano. Finaliza este tercer capítulo con la exposición de algunos supuestos de atribución de derechos patrimoniales al concebido, entre los que aparecen su posibilidad de recibir herencia, de recibir donaciones, de contratar y ser indemnizado por los daños físicos que pudiera padecer durante la gestación como producto de la actuación dolosa o culposa de algún sujeto en su contra.

Estamos, en definitiva, ante una obra rigurosa y bien cuidada, tanto en el fondo como en la forma, cuya consulta es recomendada. La autora desarrolla con solvencia y maestría cada uno de los capítulos de la obra que antes se han reseñado, demostrando ser una académica versada en la materia. Tanto es así que, con posterioridad a la publicación de este trabajo —el cual, al propio tiempo, le sirvió de base—, la Dra. SANTILLÁN SANTA CRUZ publicó otro sobre “La problemática de la sepultura al concebido nacido muerto” en la Revista *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, núm. 74 (2014), el cual, dada su trascendencia teórico-práctica, en forma más extensa y con unos nuevos matices, luego fue publicado en la primera plana de *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (UCA)* con el título “Antígona rediviva: sobre el derecho a la sepultura del nacido muerto”. En él, la autora aborda el estudio de la problemática de la sepultura al concebido nacido muerto en el orden jurídico peruano, generada por la existencia de una directiva interna de la Dirección de Salud que condiciona la expedición del certificado de defunción fetal —que autoriza el entierro— al requisito de un peso, artificial y arbitrariamente establecido, que deben presentar los nacidos muertos al momento del nacimiento; asunto que se hizo mediático a propósito de la sentencia emitida

por el Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima en el marco del Expediente de *Habeas Corpus* 3189-2013-26-JPL. La obra ahora recensionada fue fundamental para que la autora pudiera elaborar este trabajo académico de hondo calado sobre la sepultura del concebido, por lo que sobran razones para invitar a los lectores a introducirse en su lectura y posibilitar así que sobre su base se puedan seguir construyendo nuevas investigaciones en la materia, sobre todo ahora que se ha publicado la Ley N° 31935, de la que seguro no poco se dirá en lo sucesivo.

Ese último acontecimiento legislativo al que hice referencia al inicio de esta recensión vuelve a colocar, por consiguiente, sobre la palestra esta obra que hoy se convierte en una más que necesaria para afrontar, con ese realismo con que lo hace la autora, un tema tan crucial e indispensable como es la protección jurídica de la persona en la fase inicial de su vida. Por ello, recomiendo como material básico de lectura el libro *La situación jurídica del concebido en el Derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica*, escrito por la Dra. SANTILLÁN SANTA CRUZ con una rica exégesis, sistemática y armonía que permitirá adentrarse en el estudio de este tema tanto a los juristas peruanos como a aquellos de otras latitudes, por un lado, para conocer y/o profundizar en el mismo y, por otro lado —en referencia a los segundos destinatarios—, para dar lugar a ese oportuno trabajo comparativo que es capaz de enriquecer el Derecho en su conjunto y posibilitar el perfeccionamiento de la técnica legislativa o, de ser el caso, incluso la importación de las previsiones del Código civil peruano sobre la materia que aquí concierne en otros Derechos. Y es que considero que la obra bajo comentario acrece su valor intelectual cada día y se constituye en un interesante derrotero y guía para futuros estudios y publicaciones en torno a los derechos del concebido en Hispanoamérica.

Emilia Bustamante Oyague

Jueza Suprema Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú
Profesora Asociada de la Academia de la Magistratura de Perú. Integrante del Comité Directivo de la Academia de la Magistratura de Perú, Período 2023-2025
Profesora de Derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú
Integrante del subgrupo de Derecho de Familia que colaboró con el Grupo de Trabajo conformado por el Ministerio de Justicia para revisar y proponer mejoras al Libro III del Código civil, Período 2017-2019