

LOS DERECHOS DEL CONCEBIDO EN EL PERÚ

Carmen Meza Ingar

Representante Titular de la Universidad Peruana,
ante la Comisión Revisora del Código de los Niños y Adolescentes (Ley 28914).

Directora de la Unidad de Investigación de la
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- El Concebido. III.- Nuestro Origen. IV.- Algunos derechos del concebido (Der. Sucesorios), (caso de la gestante). V.- Delitos contra la vida. VI.- Propuestas. VII.- Conclusiones. VIII.- Bibliografía.

ABSTRACT.-

Civil Peruvian Code, has several precepts about children and the case of «for being born», in latin language «nasciturus». This regulation is new in the modern countries, because the State defense the life from the first time of fecundation. The nasciturus, or conceived or «for being born» are protected in Peru by Constitution Law, by Minor Code, by 1984 Civil Code and Teenagers and Children Code.

The research studying different children problems, the case of nasciturus and children ability to get the human rights.

PALABRAS CLAVES.-

Concebido Niño Familia Sociedad Derecho

I.-INTRODUCCIÓN.

El Perú ha sido reconocido por defender los derechos del «concebido» como un aporte del Código Civil de 1984. Sin embargo, la tradición jurídica peruana siempre ha defendido el derecho a la vida, en todas sus Constituciones Políticas, desde 1822, y, también en sus tres Códigos Civiles, los de 1852, 1936 y 1984.

El primer Código Civil Peruano de 1852, fue el primero de Sudamérica. Definió al concebido como «el peruano por nacer», es decir, con la esperanza que esa persona, de nacionalidad peruana, sería recibida con el sano propósito de conseguir su pleno desarrollo espiritual, físico y social, es decir, la promoción integral.

II.-EL CONCEBIDO.

El Código Civil Peruano de 1984, en su art. Primero reconoce que «El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece». Este precepto se origina en la Carta Magna de 1979, que ha sido reconocida igualmente por la Constitución vigente de 1993, en su art. 2, inciso 1.

Constitución Peruana de 1979.- Art. 2: «Toda persona tiene derecho:

Inc.1.- A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece».

Constitución Peruana de 1993.- Art. 2: «Toda persona tiene derecho:

Inc.1.- 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».

Recapitulando, el art. 1 del Código Civil de 1984 a la letra dice:

ART. 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 art. 1 del Código Civil en vigor tiene como antecedente el art. 1 del Código Civil de 1936 que a la letra decía:

«art. 1.-»EL nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo».

Los textos jurídicos referidos, proponen la importancia del concebido o del nasciturus. Sin embargo, al referirse al nacido vivo darían lugar a una orientación natalista. De todos modos la afirmación que «La vida humana comienza con la concepción» supera el debate que en medicina se ha producido sobre el hecho de la concepción, presentando varias teorías que tratan de justificar a quienes desean poner en peligro la vida y el desarrollo normal de los nasciturus. Hay también campañas transnacionales contra el desarrollo y nacimiento de los concebidos.

En Derecho se estudia los derechos de los concebidos, o nasciturus y los que están por ser concebidos, o sea, los nondum concepti, es decir, aún no concebidos, que no pueden ser titulares de derechos, por constituir una mera eventualidad.

La atribución de derechos a los nondum concepti siempre está sujeta a condición suspensiva, pues podrían o no llegar a existir.

En español, la concepción es sinónimo de fecundación, máxime si la tradición jurídica peruana siempre ha defendido el derecho a la vida.

Lo importante es que el Código Civil vigente dice: «La vida comienza con la concepción». Después hay algunas precisiones en cuanto a las diversas clases de derechos, pero lo esencial es que declara así, que el concebido es un ser humano. Nos recuerda a todos nosotros, que para nacer, primero hemos sido concebidos.

Y, lo valioso es que coloca al concebido como titular de los derechos fundamentales, particularmente el de la vida.

El concebido tiene derecho a nacer, es titular de su integridad física y tiene identidad genética. En los últimos años, al definir el concepto de

identidad se ha hablado de la «verdad biológica», por la situación derivada de los casos de adopción y también por la casuística derivada del fenómeno de la reproducción asistida, es decir, de personas nacidas mediante procesos artificiales o que se dan en los laboratorios trátense de elementos que pertenecen a los mismos progenitores o tal vez casos en los que intervienen donantes.

Ser «sujeto» de derecho es diferente a «objeto» de derecho. Nótese que en la legislación derivada del Código de Menores de 1962, se decía el menor es objeto de derecho, por explicar que recibía la protección de los adultos, o que sus representantes legales eran los facultados para alegar en su nombre sus diferentes reclamaciones. Sin embargo, ¿qué es la persona?. Si la Vida comienza con la concepción, esa vida es de un ser humano que tiene derechos y deberes. De ahí que no hay ninguna duda que se trata de persona titular de derechos. La familia y la sociedad no otorgan derechos, solo pueden «reconocer» los derechos que tiene cada ser humano.

Sobre el particular, debemos tener presente lo dispuesto por el art. 3 del Código Civil Peruano de 1984: «Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley».

Sabemos que no existe limitación legal alguna referida a los derechos de los niños o de los concebidos.

Además, es oportuno traer a la memoria el art. I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, dado por la Comisión Revisora, cuyo trabajo aprobó la Ley N° 27337, de 7 de agosto de 2000, que a la letra dice:

Art.- I «Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario».

Quiere decir que todo concebido es niño, por cuanto dicha norma expresamente consagra que es niño desde la concepción hasta los doce años de edad. Y, es de conocimiento universal que todo niño es persona. Además, el art. 3 del mismo cuerpo de leyes proclama que el niño goza de todos los derechos.

¿Podríamos decir los peruanos que se ha clarificado, o más bien derogado el art.1 del Código Civil de 1984, en cuanto prefiere al nacido vivo? Pues, el Código de los Niños y Adolescentes fue dado inicialmente en 1992, pero la Comisión referida entregó su trabajo en el año 2000, la ley 27337 es de 7 de agosto de 2000. Ambos textos del Código de los Niños y Adolescentes, 1992 y 2000, son de fecha posterior al Código Civil de 1984, y, por tanto lo modifican, como ocurrió con la promulgación del Código Procesal Civil en 1993, cuyos preceptos modifican varios numerales del primigenio Código Civil de 1984.

En algunos Estados se reconoce capacidad sucesoria a los concebidos, por ejemplo en la legislación regulada por el Código Civil de Chile.

En este aspecto, mejor dicho, para analizar con mayores argumentos los textos iniciales, volvemos a la lectura del art. 1 del Código Civil Peruano, la que nos lleva a varias reflexiones, en cuanto a los derechos de los concebidos y de los «nacidos vivos». En efecto, para ejercer los derechos debe nacer vivo. Está diferenciando la capacidad de goce de la capacidad de ejercicio de los derechos. Pero es universal que todos los seres humanos, desde la concepción hasta la muerte tienen capacidad jurídica general, es decir, lo que se reconoce como «capacidad de goce». Lo que ocurre es que para el ejercicio de la capacidad de goce los menores y otras personas, ejercen sus derechos mediante representantes legales.

Como expone con magistral claridad el autor de la ponencia del ante proyecto de Libro I del Código Civil Peruano, Carlos Fernández Sessarego, la capacidad de ejercicio o de obrar está ligada a factores propios de cada ser humano. El concebido, por ejemplo, por su propia situación no tiene capacidad de ejercicio, no obstante que, por su naturaleza de ser libre, está dotado de capacidad jurídica general. Es por ello un sujeto de

derecho. Su potencialidad de ser libre y capaz, se ejercita por quienes lo representan de conformidad a ley. Muchos juristas opinan que el concebido sería casi igual que un incapaz en ejercicio. Pero en esos casos, a nadie se le ocurre pensar que los incapaces no son personas.

En el Código Civil se señala una serie de incapaces, como los casos de los drogadictos, o toxicómanos, o los pródigos, o los dementes. Como explica el notable jurista pre citado, de igual modo que de los concebidos puede decirse de los infantes, que para el ejercicio de sus derechos tienen limitada o nula capacidad de ejercicio, según la edad y los casos en los que se admite la capacidad progresiva, por ejemplo, para los niños trabajadores.

Evidentemente, no se puede negar los conceptos de la libertad y de la capacidad de ejercer derechos en los niños, por ejemplo. En muchos colegios, desde pequeños les enseñan a elegir a sus representantes o líderes, para cualquier juego o paseo. Los padres de familia inteligentes, consultan a sus hijos sobre sus preferencias en paseos, o juguetes. Se trata de ejercicio del derecho a la libertad, del derecho a la opinión.

Los concebidos tienen derechos para «todo cuanto les favorece», ha suscitado también una preocupación en cuanto a que no admitirían adquirir obligaciones o deberes. Sin embargo no hay ninguna exoneración de carácter tributario, por ejemplo, si se tratare de bienes o de patrimonio que pudiera corresponder a un concebido. Si los patrimonios de mayores o menores de edad están afectos al pago del tributo, se puede clarificar que si tienen obligaciones con el fisco, según los casos.

La Legislación Peruana está conformada por la Constitución de 1993, el Código Civil de 1984, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada por la ONU el 20 de noviembre de 1989 y que fué ratificada por Resolución Legislativa N°25278 de 14 de agosto de 1990. Asimismo, por el Código de los Niños y Adolescentes, cuyo Art. I de su Título Preliminar derogó tácitamente el art.1 del Código Civil Peruano de 1984. Igualmente el Código de Niños y Adolescentes, sancionado por Ley 27337 ha sido modificado varias veces, y su texto primigenio promulgado en 1992 derogó el Primer Código de Menores de 1962.

El art. I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en vigor, por Ley 27337, a la letra dice:

Art.-I.- «Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario».

En tal virtud, el concebido es un niño desde el instante de la concepción, no después, ni como aseveran algunos, cuando el cigoto se implanta en el útero materno. Eso es un proceso del embrión que no tiene fecha cierta, en cambio la fecundación y la concepción dan al concebido, en un ciclo vital que solo pertenece al ser humano. No hay duda que el concebido es el ser humano, que somos todos nosotros.

III.- NUESTRO ORIGEN.

El gran Papa Juan XXIII dijo: «Todo ser humano es persona sujeto de derechos y de deberes».

Nos preguntamos ¿qué es Persona? Sabemos que etimológicamente viene del griego: «personare», que antes era una máscara o careta que usaba el actor cuando se presentaba en escena y que tenía por objeto aumentar o amplificar la voz. Posteriormente al personaje que intervenía en escena, se le llamaba por la careta que usaba.

En los frontispicios de los teatros se leía los nombres, mejor dicho, la relación de las personas que intervenían refiriéndose a las máscaras.

Pero como en la representación teatral, el actor que intervenía con su máscara, representaba alguna parte de la función, confundiéndose al sujeto con la función que presentaba, se le llamó por la función que cumplía. Así es como quedó confundida la función con el hombre y la palabra persona, con el correr del tiempo sirvió para nombrar o denominar al hombre, al rey de la naturaleza.

Esta es la historia del vocablo, pero su contenido, lo que es la persona humana «es el único ser de la naturaleza que tiene la facultad, la capacidad para concebir su propia existencia frente al mundo que lo rodea, como dos realidades independientes»¹.

Octavio Nicolás Derisi² dice sobre el particular: «La conciencia del Yo sujeto» como distinto del mundo circundante cual «objeto» es lo que hace que una sustancia llegue a ser «persona» y es lo que constituye su propio y exclusivo mundo en el que ella vive; del Yo y de la realidad objetiva, está bifurcada en el ser del mundo o naturaleza y en ser de Dios.

Y, Ernesto Casirer³ dice: «Que la característica sobresaliente y distinta del hombre, no es su naturaleza metafísica, sino su obra. El lenguaje, el mito, la religión, el arte, la ciencia y la historia constituyen los diversos sectores de este círculo». Agrega: «El hombre es su obra».

La Constitución al defender la vida protege los derechos del concebido. Y, el Código Civil Peruano de 1984 declara en su art. Primero que la vida comienza con la concepción. Sin embargo al condicionar el ejercicio de los derechos al hecho de «nacer vivo», coloca el legislador peruano al Código sustantivo como si siguiera la tendencia natalista, porque la declaración que el concebido tiene vida solo sería una frase literaria.

Pero en la defensa del derecho a la vida, que es un principio constitucional, surge también el valioso texto del Código de los Niños y Adolescentes, que –como hemos analizado–, en su versión vigente, que data de 7 de agosto del año 2000, declara en su primer precepto del Título Preliminar que el niño es tal, desde la concepción hasta los doce años.

Se entiende así, que en el Perú rige la norma que reconoce derechos a los concebidos, ya que los denomina niños. Además, en el Libro III del Cód-

¹ García Maynez, Eduardo: *«Introducción al Estudio del Derecho»*

² Derisi, Octavio Nicolás: *«Filosofía de la Cultura y de los Valores»*

³ Casirer, Ernesto: *«Antropología Filosófica»*

go Civil Peruano, Derecho de Familia, al definir la institución de alimentos, reconoce el derecho de las gestantes, sean solteras o casadas, a pedir alimentos, se entiende para garantizar debidamente el derecho a la vida y a la subsistencia del nasciturus.

IV.- ALGUNOS DERECHOS DEL CONCEBIDO

El primer derecho es vivir. Pero, siendo aún concebidos, es decir, encontrándose por nacer, la legislación comparada le reconoce muy importantes derechos.

En este campo, existe la doctrina del commodum, según la cual al que está por nacer se le tiene en el derecho de los nacidos y por tanto se le reconoce todo lo que le favorezca.

Se estudia también su realización posterior en un aforismo: infans conceptus pro iam nato habetur. Su concepción en las codificaciones decimonónicas, y en especial en la legislación chilena.

Los tratadistas del país del sur analizan las fundamentaciones que han recibido la regla y el aforismo, que han sido básicamente dos: la tesis de la paridad, de raíz romano justiniana y recepcionada en el derecho castellano, y la tesis de la ficción, de origen germano pandectístico y recibida principalmente en el Código Civil alemán BGB, y en el Código Civil italiano de 1942.

La doctrina del commodum es la de la ventaja para el concebido, por la que se le considera nacido para todo lo que le favorezca.

Y la teoría de la paridad es la que equipara al concebido, como si ya hubiera nacido. Para ciertos se finge que es una persona nacida, aunque en realidad no lo sea, y por ello se da también la tesis de la ficción.

El estudio de los artículos 74, 75 y 77 del Código Civil de Chile consagra la protección al por nacer o nasciturus, es decir, al concebido, y se le

considera nacido, es decir, siguiendo la tesis de la paridad, de conformidad a las fuentes utilizadas por el legislador, del siglo XIX, Andrés Bello, adscrito a la tradición romano – castellana.

Siguiendo dichos preceptos se ha establecido varios casos de derechos que obtuvieron algunos concebidos, incluso en el área de los derechos patrimoniales, porque se le considera niño, es decir, persona. Hay casos de jurisprudencia que han favorecido a concebidos, es decir, niños por nacer, al haber sido favorecidos patrimonialmente con seguros, por la muerte de su padre, siendo hijos póstumos.

V.- DELITOS CONTRA LA VIDA.

El Código Penal tipifica varios delitos contra la vida y contra la salud, pero en el caso de los concebidos se puede señalar los que afectan el derecho a la vida mediante varias formas de interrupción del embarazo, es decir, el aborto.

El Código Penal de 1991 consagra trece preceptos para sancionar el aborto, con excepción del denominado «aborto terapéutico», caso en el que se debe probar que se encuentra en peligro la vida de la madre.

El artículo 114 del Código Penal, reprime el auto aborto y el numeral 115 penaliza el aborto consentido por la gestante.

El artículo 116, castiga el aborto que se produce sin consentimiento de la voluntad de la mujer, se reprime al que hace abortar a la mujer.

El artículo 117, penaliza a los profesionales que abusan de la ciencia o arte para causar el aborto.

En la historia reciente ha habido importantes etapas de lucha contra las corrientes abortistas.

Es verdad que ninguna razón de carácter legal, científico, social, moral ni religioso puede justificar suprimir una vida. Y la vida existe desde el

primer momento de la concepción. Lo esencial es explicar y repetir que con el aborto se mata a un ser humano.

En este tema, como ilustración didáctica quisiéramos recordar un elocuente comentario:

Intelectuales de la talla de Jacques Monod, se pronunciaron en debate público, a favor del aborto, sin restricciones. Monod al hacer el uso de la palabra, preguntó: «¿quién negaría el aborto de una mujer tuberculosa y exhausta, vejada por un marido brutal y alcohólico profundo, con el feto destinado irremediabilmente a graves perturbaciones emocionales y defectos congénitos insuperables? Es un caso de evidente respuesta positiva», afirmó el Premio Nobel.

«Un minuto se silencio –interrumpió alguien- el profesor Monod acaba de asesinar a Beethoven»

Creemos que ese minuto de silencio debe ser reemplazado por muchas voces juveniles y adultas que invadan el mundo defendiendo la vida, la llegada de los niños. Todos deben vivir. Es su derecho y existe una feliz frase de Rabrindanath Tagore:

«Cada que nace un niño, es porque Dios aún espera del hombre».

VI.- PROPUESTAS

- 1.- Para defender la defensa de la vida urge difundir debidamente la legislación peruana, especialmente a los niños, en cartillas, con dibujos.*
- 2.- Si se da importancia a la educación las nuevas generaciones tendrán mayor oportunidad de hacer realidad los principios constitucionales, especialmente, los referidos a la defensa de la vida y a la promoción humana.*

VII.-CONCLUSIONES

- 1.- La principal conclusión debe ser el compromiso de la comunidad universitaria en conocer y difundir la legislación que defiende la vida.*

2.- Hay dos principios que deben estar presentes en las escuelas, colegios y universidades:

- a) La defensa de la vida en todos los niveles, y
- b) El máximo respeto al principio del «interés superior del niño»

VIII.-BIBLIOGRAFIA

- Casirer, Ernesto: «Antropología Filosófica».
- Corrales Angulo, Andrés: «Estatuto Jurídico del Embrión Humano» en *Revista Jurídica Magistri et Doctores*, UNMSM, Año VIII, N° 02, Lima, 2002.
- Derisi, Octavio Nicolás: «Filosofía de la Cultura y de los Valores», 1965, Buenos Aires.
- Fernández Sessarego, Carlos: «Derecho de las Personas», Studium, 1998, Lima.
- García Maynez, Eduardo: «Introducción al Estudio del Derecho», 1982, México.
- Henríquez Herrera, Ian: «La Regla de la Ventaja para el Concebido y el Aforismo «Infans Conceptus pro iam nato habetur» en el Derecho Civil Chileno», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, Semestre I, 2006, Valparaíso.
- Meza Ingar, Carmen: «Ideas para un Código de Familia», CONCYTEC, 1990, Lima.
- Meza Ingar, Carmen: «Más allá de la Igualdad. Los Derechos de la Mujer al Año 2000» Amaru Editores, 1986, Lima.
- Rubio Correa, Marcial: «Estudio de la Constitución Política de 1993», Tomo I, Fondo Editorial PUCP, 1999, Lima.
- Torres Vásquez, Anibal: «Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia, Concordancias, Antecedentes Sumillas, Legislación Complementaria», Tomo I, Séptima Edición, IDEMSA, 2011, Lima.