

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO



FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO DE ALIMENTOS DEL HEREDERO CONCEBIDO Y
OTROS SUPUESTOS FAVORABLES PARA ÉL CON RELACIÓN A
TAL DERECHO**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

Milagros García García

Milagros Del Carmen Vásquez Atoche

Chiclayo, 30 de Noviembre de 2015

**EL DERECHO DE ALIMENTOS DEL HEREDERO CONCEBIDO Y
OTROS SUPUESTOS FAVORABLES PARA ÉL CON RELACIÓN A TAL
DERECHO**

PRESENTADO POR:

Milagros García García

Milagros Del Carmen Vásquez Atoche

**Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio
de Mogrovejo para Optar el título de**

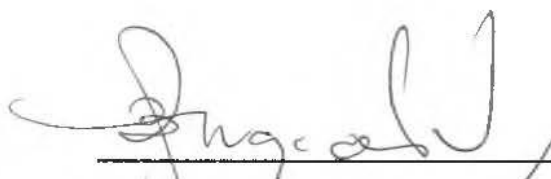
Abogado

APROBADO POR:



Mgtr. Dora María Ojeda Arriarán

Presidente del Jurado



Abog. Betty Sulmi Anaya de Pauta

Secretario del Jurado



Mgtr. Romina Viviana Santillán Santa Cruz

Vocal del Jurado

DEDICATORIA

A mis padres que son mi motivo para esforzarme a ser una mejor persona, y a ti mi ángel que desde el cielo estarás sonriendo por este gran logro.

Milagros García García

A mis padres, que son mi motivo y razón para seguir desarrollándome como persona y profesional, gracias por todo su amor y apoyo incondicional. A mis abuelitos, con quienes me hubiese gustado compartir este logro; pero sé que desde el cielo están felices y orgullosos.

Milagros Vásquez Atoche

AGRADECIMIENTO

A Dios, por habernos acompañado y guiado a lo largo de nuestra carrera, por ser nuestra fortaleza en los momentos de debilidad y por brindarnos una vida llena de aprendizaje, experiencias y sobre todo felicidad.

A nuestros padres, que gracias a ellos estamos dando un paso importante en nuestras vidas.

A nuestra asesora, por la paciencia y tiempo para con nosotras.

Y, por último, y no menos importante, a todo este tiempo de nuestra vida universitaria en el que hemos construido el símbolo de la amistad y ahora juntas estamos empezando una nueva etapa en nuestra vida.

RESUMEN

Esta investigación aborda el estudio del derecho de alimentos del heredero concebido y otros supuestos en que también podría gozar de tal derecho, dada su condición como sujeto de derecho para todo cuanto le favorece en el marco del ordenamiento peruano. Otro escenario de análisis es el relativo a la naturaleza del derecho alimentario, por cuanto, dependiendo de ello, su efectividad podría o no quedar supeditada a la condición legal del nacimiento con vida, prescrita por el Código Civil para la atribución de derechos patrimoniales al *nasciturus*.

Para el desarrollo de la temática anterior se analizó la posición reconocida al concebido en el ordenamiento civil y constitucional peruano vigente, interpretando el alcance y contenido de la expresión de los efectos favorables que le son reservados, así como de la condición legal del nacimiento con vida prevista en el artículo 1 para la atribución de los derechos patrimoniales. Asimismo se estudió la definición y contenido del derecho a alimentos, haciéndose especial referencia a los alimentos del heredero concebido en el contexto del artículo 856 del Código Civil, para determinar quién es el titular y el beneficiario en el supuesto del mencionado artículo; de igual forma se analizó, si la atribución del derecho de alimentos al concebido está suspendida o no a su nacimiento con vida y se culminó con el desarrollo de otros supuestos del derecho de alimentos para el concebido.

Del análisis realizado se concluye que el derecho de alimentos es de naturaleza extrapatrimonial, ya que el fin de este es la satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida, de tal manera el concebido puede gozar de este derecho desde el momento de la concepción, a través de su representante o beneficiaria directa que viene a ser la madre, tal como lo establece el artículo 856 del Código Civil.

Palabras claves: Derecho de alimentos, Heredero concebido, Derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, Obligación alimentaria.

ABSTRACT

This research deals with the study of the right to food intended heir and other assumptions could also enjoy that right, given its status as a subject of law in every respect under the Peruvian legal system. Another scenario analysis is related to the nature of food law, because, according to it, its effectiveness may or may not be made subject to the legal status of live birth, prescribed by the Civil Code for the allocation of property rights to the unborn child.

To develop the above theme conceived the recognized position in the current Peruvian civil and constitutional order are analyzed, interpreting the scope and content of the expression of the positive effects that are reserved, as well as the legal status of live birth provided for in Article 1 for the allocation of property rights. The definition and content of the right to food is also studied, with special reference to food heir conceived in the context of Article 856 of the Civil Code, to determine who is the owner and beneficiary in the course of that article; similarly it analyzed, if the allocation of the right to food is suspended or conceived his live birth and development culminated in other cases the right to food for the unborn.

The analysis concludes that the right food is extra-nature, as this is to the satisfaction of personal needs for the preservation of life, so the unborn can enjoy this right from the moment of conception through its representative or direct beneficiary who becomes the mother, as required by Article 856 of the Civil Code.

Keywords: food law, conceived Heir, and nonphysical Rights, maintenance obligation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	VII
CAPÍTULO 1: EL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHO PARA LOS EFECTOS FAVORABLES.....	12
1.1. La posición reconocida al concebido en el ordenamiento civil y constitucional peruano vigente.....	12
1.2. El concebido: un sujeto de derecho para los efectos favorables.....	17
1.3. Los derechos extrapatrimoniales del concebido como efectos favorables y no condicionados	22
1.4. Los derechos patrimoniales: efectos sometidos a la condición legal del nacimiento con vida	24
CAPÍTULO 2: LOS ALIMENTOS DEL HEREDERO CONCEBIDO Y OTROS SUPUESTOS PARA GOZAR DEL DERECHO ALIMENTARIO.....	31
2.1. Definición y contenido del derecho a alimentos	31
2.2. Los alimentos del heredero concebido en el marco del artículo 856 del Código Civil.....	37
2.3. El titular y el beneficiario de los alimentos en el supuesto del artículo 856 del Código Civil	43
2.4. El derecho a alimentos del concebido: atribución suspendida o no a su nacimiento con vida	45
2.5. Otros supuestos de alimentos para el concebido.....	47
2.5.1. El hijo concebido extramatrimonialmente alimentista	47
2.5.2. El hijo concebido aún no nacido judicialmente reconocido	49
CONCLUSIONES.....	53
BIBLIOGRAFÍA	55

INTRODUCCIÓN

El ser humano concebido, desde el momento mismo de la concepción, es titular de unos derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho de alimentos. En la normativa civil peruana, solo existe una breve referencia a este derecho cuando se regula lo relativo a la suspensión de la herencia por presencia del heredero concebido sin embargo, los alimentos del concebido también podrían reclamarse en otros escenarios, bajo la alegación de su condición como sujeto de derecho para lo favorable.

El concebido es el ser humano antes de nacer y, pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico, siendo centro de imputación de aquello que únicamente le favorece; es por eso que suele sostenerse que es un sujeto de derecho privilegiado¹.

Para el Derecho es indispensable saber el momento exacto en que el ser humano fue concebido, porque ello tiene consecuencias jurídicas: inicia la vida humana y ese concebido adquiere derechos, porque “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece; este es titular, por antonomasia, de derechos personales, tales como el derecho a la vida, a la integridad física, entre otros, derechos que por su naturaleza no pueden estar sujetos a ninguna condición, por

¹ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, 5ª ed., Lima, Rodhas, 2008, p. 55.

otro lado también se le atribuye derechos patrimoniales, estos se encuentran suspendidos hasta que el concebido nazca con vida”².

Dentro de esa gama de derechos de los que, como sujeto de derecho, el concebido puede ser titular, se encuentra el derecho de alimentos y siendo este un derecho encaminado a asegurar la subsistencia del ser humano en cualquiera de los estadios de su vida, también le corresponde al concebido, si hubiera necesidad de tal.

Sobre esto último, es necesario determinar ¿cuál sería la naturaleza propia del derecho de alimentos?, pues de tener naturaleza patrimonial su atribución al concebido quedaría supeditada a que este nazca vivo, pero si es considerado derecho personal, entonces será no patrimonial y su representante legal, estando el concebido en el estado en que se encuentra, podría demandar alimentos a favor de este último. Esto se plantea a propósito de lo también regulado en el artículo 1 del Código Civil, según el cual: «(...) La atribución de derechos patrimoniales [al concebido] está condicionada a que nazca vivo», pues lo que interesa es si el derecho alimentario es o no patrimonial; si se tratara de un derecho patrimonial, su atribución al concebido estará condicionada a su nacimiento³ con vida; de lo contrario, podría gozar del derecho alimentario antes de dicho nacimiento.

El artículo 856 del Código Civil, haciendo una breve referencia a los alimentos que podrían corresponderle a la madre del concebido, *ad litteram* regula: «La partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento. En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos». En el citado artículo se destaca que, en caso haya necesidad de alimentos, será la madre gestante quien podrá disfrutar de ellos.

² FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al libro Primero del Código Civil Peruano*, 10ª ed., Lima, Grijley, 2007, p. 6.

³ Entiéndase a este como aquel suceso en virtud del cual el concebido se separa del seno materno, independientemente del modo, la forma en que este se lleve a cabo, y que finalmente se concreta con la rotura o corte del cordón umbilical; cuando se haga referencia al solo nacimiento con ello se quiere indicar un nacimiento con vida, en el mismo sentido, cuando solo se alude al nacido, debe entenderse que está denominándose al nacido vivo. Cfr. SÁNTILLAN SANTA CRUZ, Romina. *La situación jurídica del concebido. Una interpretación histórica – legislativa y teleológica*, Lima, Motivensa, 2014, p. 122-123

Sobre esto cabe señalar que, si bien el concebido es sujeto de derechos, debido a su carencia de capacidad de ejercicio necesita de un representante legal⁴ que asuma su cuidado personal, cautele sus bienes frente a terceros y haga efectivos sus derechos personales.

En el caso de los alimentos, no obstante, pareciera que el titular de ese derecho fuera la gestante y no su concebido. Por ello, con relación al artículo 856 del Código Civil, la doctrina se encuentra dividida respecto a considerar quién sería el titular del derecho alimentario, si la madre gestante o el concebido. Asimismo, se debe señalar que dicho artículo se refiere propiamente a los derechos de un heredero concebido, es decir, cuando habiendo una herencia testamentaria el reparto de los bienes se encontrara suspendido por la presencia de este⁵, señalando sobre la figura de alimentos que «(...) En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos».

Otra razón que motiva la realización de esta investigación es que el supuesto de alimentos regulado en el artículo 856 es dado por la presencia del hijo póstumo con eventuales intereses sobre la herencia cuya partición se encuentra suspendida hasta su nacimiento con vida. Haciendo hincapié en lo señalado, cabe plantearse la siguiente interrogante: ¿En qué otros supuestos podría proceder una demanda de alimentos interpuesta por el representante legal del concebido a favor de este último? Esto si se tiene en cuenta que el derecho alimentario del concebido no se reduce a su expectativa con relación a la partición de los bienes hereditarios que se encuentran suspendidos con motivo de su presencia y condicionada a su nacimiento con vida, pues podría haber necesidad de alimentos sin existencia de herencia alguna suspendida a su favor.

Así también podría presentarse el caso de sujetos concebidos extramatrimonialmente respecto de los cuales la madre tiene pruebas para acreditar quién sería el padre por haber mantenido con ella relaciones sexuales durante la época de la concepción, pero respecto de quien no hay filiación

⁴ Cfr. MORENO GARCÍA, Joanna Ivette. *Derecho alimentario del hijo extramatrimonial*, Tesis para optar el título de abogada, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Perú, Chiclayo, 2009, p. 10.

⁵ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Suspensión de la partición por heredero concebido" en *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 743.

determinada con relación al concebido. ¿Se presentaría el supuesto de hijo concebido alimentista?

Otro caso podría presentarse cuando habiendo un concebido extramatrimonialmente, el presunto padre decidiera reconocerlo en la vía judicial invocando el artículo 405 del Código Civil, sobre acción de paternidad antes del nacimiento, y luego buscara desligarse de su obligación alimentaria devenida de dicho reconocimiento. ¿Podría demandársele por alimentos a favor del concebido? ¿Desde cuándo podría disfrutar de ellos si se le concedieran judicialmente?

Por estas razones, el presente trabajo está orientado a dar respuesta a cada una de las cuestiones antes planteadas para así determinar, en el marco del ordenamiento peruano, los supuestos y el momento desde el cual podría el concebido gozar de su derecho alimentario, teniendo en cuenta su condición como sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, la naturaleza de tal derecho y la existencia de una condición legal que supedita la atribución de los derechos patrimoniales a su nacimiento con vida.

Para ello, se presenta un estudio doctrinario y exegético del derecho alimentario en el Perú, para conocer su contenido y a partir de allí poder diferir su naturaleza y entender por qué la doctrina se encuentra dividida al referirse a la finalidad esencia de este derecho. Asimismo, a partir del especial tratamiento que le brinda la regulación peruana al concebido, se realiza un análisis respecto al momento del goce o disfrute de su derecho alimentario, así como de la determinación del beneficiario del derecho en mención.

El primer capítulo del trabajo está dedicado a desarrollar la condición del concebido como sujeto de derecho para los efectos favorables. En él se analiza la posición reconocida al concebido en el ordenamiento civil y constitucional peruano vigente, abordando el alcance y contenido de la expresión de los efectos favorables que le son reservados, así como de la condición legal del nacimiento con vida prevista en el artículo 1 para la atribución de los derechos patrimoniales.

Finalmente, en el segundo capítulo de la investigación se estudia el derecho de alimentos del heredero concebido y otros supuestos favorables. Se desarrollan

cincos puntos concretos con relación al tema en mención. En un primer lugar, se aborda la definición y contenido del derecho a alimentos, porque a partir de allí se deslindará su naturaleza jurídica, ya sea patrimonial o no patrimonial; en un segundo punto se estudia a los alimentos del heredero concebido en el marco del artículo 856 del Código Civil, verificando quién es el titular y el beneficiario de los alimentos en el supuesto del mencionado artículo. Por su parte, en un tercer momento, se analizará si la atribución del derecho de alimentos al concebido está suspendida o no a su nacimiento con vida. Se culmina este segundo capítulo desarrollando otros supuestos de alimentos para el concebido, abarcando dentro de estos los casos del hijo concebido extramatrimonialmente alimentista y el del hijo concebido aún no nacido judicialmente reconocido.

Las Autoras

CAPÍTULO 1

EL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHO PARA LOS EFECTOS FAVORABLES

1.1. La posición reconocida al concebido en el ordenamiento civil y constitucional peruano vigente

El ser humano es un ser individual, único e irreplicable. “(...) Se es ser humano solo respecto a los demás seres humanos (...)”⁶. El ser humano es aquella persona para la cual el Derecho ha sido creado. Todo ser humano es sujeto de derecho, es decir, es el “centro de imputación jurídica de deberes y derechos”⁷.

El Código Civil reconoce cuatro clases de sujetos de derecho: el concebido, la persona natural, la persona jurídica y la organización de personas no inscrita. Una parte de la doctrina considera que “(...) el sujeto de derecho (...) se divide en concebido (que se da entre la concepción y el nacimiento) y persona humana (desde el nacimiento hasta la muerte), dos especies de sujeto de Derecho. El sujeto de Derecho es el género, la persona humana es una especie de sujeto⁸ (...)”⁹.

La diferencia entre concebido y persona humana es totalmente errónea ya que se es persona humana desde la concepción; desde allí inicia una nueva vida

⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*, 3ª ed., Lima, Idemsa, 2008, p. 377.

⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, 5ª ed., Lima, Rodhas, 2008, p. 55.

⁸ Las otras especies de sujeto son el concebido, las personas jurídicas y las agrupaciones de personas no inscritas.

⁹ SANTA MARIA D´ANGELO, Rafael. *Dignidad Humana y “Nuevos Derechos” una confrontación en el derecho peruano*, Lima, Palestra, 2012, p. 296.

totalmente independiente de la madre y desde ese momento es digno de tutela y protección. “Puesto que si no existe persona antes del nacimiento, entonces ¿Quién es el titular de los derechos que el ordenamiento jurídico atribuye antes de dicho momento?, no creemos que sea coherente que nuestro ordenamiento reconozca una serie de derechos al concebido sin considerar que este ya es una persona”¹⁰.

Como sabemos, la calidad de sujeto de derecho solo es atribuible a todos los seres humanos y considerando al concebido como tal, se le reconoce la condición como sujeto de derecho y, por consiguiente, su capacidad jurídica o de goce; aunque el ordenamiento jurídico intentara negarle al concebido el atributo de persona, este le viene dado por su propio estatuto ontológico, lo que incluso es reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando considera persona a todo ser humano. En específico, su artículo 4 establece: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”¹¹, y siendo el concebido un ser humano, es persona y, por tanto, sujeto de derecho. El ser humano podrá sufrir muchos cambios que lo afectarán fisiológicamente, pero jamás modificaran o alterarán su condición de ser persona.

El sujeto de derecho es el ser humano desde la concepción hasta su muerte, porque “(...) [l]a vida humana comienza con la concepción, esto es, a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (...)”¹². Se afirma que desde este momento surge un ser humano genéticamente individualizado, un sujeto de derecho digno de protección y tutela, lo que explica que luego de enunciarse que la vida humana inicia con la concepción, se haya expresado que “el concebido” es sujeto de derecho de todo cuanto le favorece¹³.

¹⁰ SÁNCHEZ BARRAGÁN, Rosa de Jesús. “El tratamiento jurídico del derecho a la vida en relación al concebido desde el pensamiento de Carlos Fernández Sessarego” en *La persona en el derecho peruano: Un análisis jurídico contemporáneo. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, Chiclayo, Emdecosge, 2010, p. 65.

¹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹² MONGE TALAVERA, Luz. “Principio de la persona humana y de la vida” en *Código Civil comentado*, Tomo I, 2ª ed., Lima, Gaceta jurídica, 2007, p. 76.

¹³ Cfr. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. “La protección jurídica desde el principio de la vida humana: A propósito del reconocimiento de la concepción en la legislación civil peruana”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 61, enero 2013, p. 209.

El concebido es el ser humano en el inicio de su vida, que pese a que depende de la madre para su subsistencia, “está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico, y como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y deberes que le favorezcan”¹⁴, siendo por eso que se dice que es un sujeto de derecho privilegiado.

Hoy en día, en el ordenamiento peruano civil y constitucional vigente, el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece desde la concepción.

Para los romanos, el concebido era simplemente parte de la madre, estos le negaron la categoría de sujeto de derecho porque para ellos solo las personas¹⁵ podían adquirirla, debiendo cumplir, para tal efecto, los siguientes requisitos: *status libertae, status civitatis, status amiliae*¹⁶; sin embargo, admitían que se le pudiesen reservar algunos derechos hasta el momento de su nacimiento. Como puede verse, no se trataba realmente de un otorgamiento de derechos al concebido, sino a quien naciera después. Para ello, se recurría al fingimiento o ficción de que el concebido existía ya desde antes de nacer¹⁷. Este concepto se repite a lo largo del tiempo, salvo en la Edad media, cuando bajo la influencia del cristianismo frente a la primitiva idea dominante, que fue representada por la ley de las doce tablas, se mandaba matar a los niños mal formados, pues el cristianismo, en sus inicios, sostuvo que la divinidad creaba el cuerpo y después la dotaba de un alma¹⁸.

¹⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, 5ª ed., Lima, Rodhas, 2008, p. 55.

¹⁵ Para ser persona, en el Derecho Romano se necesitaba tener una personalidad completa, para lo cual era necesario reunir tres elementos o status: *Status Libertatis, Status Civitatis, Status Familiae*; estos tres estados configuraban la idea de persona reconocida como tal por el derecho. La pérdida de alguno de ellos traía como consecuencia una disminución en la personalidad, una *capitis deminutio*. Quienes eran considerados como personas eran aquellos hombres libres, en cambio aquellos hombres esclavos eran considerados como cosas.

¹⁶ Cfr. HERRERA PAULSEN, Darío y GODENSI ALEGRE, Jorge. “Derecho Romano” en *concordancia con el Código Civil y aportes doctrinarios*, Lima, Grafica Horizonte, 2002, p. 28.

¹⁷ Cfr. GUEVARA PEZO, Víctor. *Persona Natural*, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p.87.

¹⁸ Cfr. MONGE TALAVERA, Luz. Op. Cit., p. 75. El término alma o ánima se refiere a un principio o entidad inmaterial e invisible que poseen los seres vivos. La descripción de sus propiedades y características varía según diferentes tradiciones y perspectivas filosóficas o religiosas. Se usaba para designar el principio por el cual los seres animados estaban dotados de movimiento propio. Cfr. Op. Cit., p. 75.

Posteriormente, este pensamiento evoluciona para considerarse que tanto el cuerpo como el alma surgen inmediatamente con la concepción, por lo cual, el concebido no nacido está protegido por el quinto mandamiento: no matarás, el cual no hace distinción entre el hombre nacido y el no nacido. Se considera que el individuo es un ser distinto de la madre, desde el instante en el que se infunde el alma.

El ser humano desde que es concebido tiene naturaleza humana y a lo largo de su vida esta esencia ontológica no cambia; el ser humano podrá sufrir muchos cambios que lo afectarán en lo fisiológico o en lo cultural, pero jamás en su esencia¹⁹.

Respecto al tratamiento legal de la situación del concebido en la historia del Derecho peruano, puede advertirse que a lo largo del tiempo ha sido considerado de diversas maneras, existiendo distintas teorías que han tratado de señalar su naturaleza jurídica, entre ellas: la teoría *partio mulieris*, de la ficción, de la personalidad y de la subjetividad.

Nuestro Código Civil peruano de 1984 ha adoptado esta última teoría, considerando al concebido un sujeto de derecho en una condición especial amparada por la ley, se le da al concebido protección directa, actual e incondicionada, siendo un ente privilegiado puesto que lo es para todo cuanto le favorece, declarándose así la existencia de un ser humano genéticamente individualizado, que ha de ser considerado como sujeto de derecho, digno de respeto y tutela. Así lo señala el artículo 1 del Código Civil cuando declara que: «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. (...)»

Como bien se ha expresado, en el artículo 1 del Código Civil la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, pero antes de su nacimiento ya es persona humana y también sujeto de derecho, pues aunque el primer párrafo de dicho artículo no lo reconozca así, de la lectura de su párrafo segundo, sí.

¹⁹ Cfr. FEDERICO BLASI, Gastón. “¿Cuál es el estatuto jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario” en *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, Motivensa, 2009, p. 117.

El concebido es el ser humano antes de nacer y, pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico, siendo centro de imputación de aquello que únicamente le favorece, considerándosele un sujeto privilegiado. “(...) El concebido en cuanto sujeto de derecho, es el ser humano que existe dentro o fuera del útero materno y que se encuentra genéticamente individualizado, formando así una célula distinta del padre y la madre y que constituye una auténtica persona (...)”²⁰.

De otro lado, la Constitución de 1993 regula en su artículo 2 inciso 1, parte final, que: “(...) El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”²¹. Con esta norma, por un lado, el Estado peruano fue el primero en reconocer la calidad de sujeto de derecho al concebido, status jurídico por el cual el concebido deja de ser solo un bien constitucionalmente tutelado, una ficción, para constituirse en un centro de imputación de derechos²² y, por otro, acoge la llamada teoría de la subjetividad, que considera al concebido como una realidad distinta al de la persona natural, pero igual a la persona humana para reconocerle el derecho a la vida y su condición como sujeto de derecho por el solo hecho de ser vida humana.

Nuestra Constitución declara expresamente que el concebido es sujeto de derecho, lo que implica que no es un proyecto de vida o vida potencial, sino que es un sujeto con derechos, por lo mismo el ordenamiento jurídico debe regular su debida protección desde el inicio de su vida y a la vez proteger los derechos que de ella se desglosan²³.

El término sujeto de derecho viene a ser la designación que el Derecho, da al ser humano desde su concepción hasta su muerte, es decir, durante todo el transcurso del tránsito de su existencia, en su doble dimensión estructural de ser simultáneamente individual y colectivo o social. “Toda persona humana, por su

²⁰ SÁNCHEZ BARRAGÁN, Rosa. Op. Cit., p. 62.

²¹ A la letra, artículo 2° de la Constitución peruana vigente: “Toda persona tiene derecho: 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”.

²² Cfr. LLAJA VILLENA, Jeannette. *Justicia de género. El derecho a la vida del concebido y la regulación del aborto*, 2009, [ubicado el 09.VI.2014]. Obtenido en http://www.demus.org.pe/fotos/31c_seriejg_el_der_ala_vida_del_concebido.pdf

²³ Cfr. CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Comentarios a la constitución*, 5ª ed., Lima, Jurista Editores, 2010, p. 107.

misma naturaleza es sujeto de derecho (...)”²⁴, y el concebido es persona porque posee dominio ontológico, algo característico de este. El concebido no es parte de la madre, es un ser diferente a ella, con vida propia, esto se puede comprobar por la misma existencia de vida fuera del útero, elemento que se cumple en la fecundación *in vitro*, pues inclusive fuera del útero materno puede desarrollarse, afirmándose con esto el carácter de independencia de dicho concebido como persona; esto también porque, siguiendo nuestra legislación, consideramos al concebido es portador de derechos en cuanto le sean favorables.

El que atenta contra el concebido, atenta contra una disposición constitucional, porque al considerársele como sujeto de derecho, es titular de derechos, como son el derecho a la vida y a partir de ahí, de los demás derechos que de ella se despliegan, como son el de salud e integridad física, los cuales no se deben ver vulnerados, esto según su condición de persona y la defensa de su dignidad humana.

El artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, en concordancia con el Código Civil de 1984, protege al concebido en la parte final del primer numeral de artículo segundo, de acuerdo a los siguientes términos: “(...) el concebido es sujeto de derecho en todo en cuanto le favorece”.

El concebido goza de la más amplia protección en el ordenamiento jurídico peruano, ello se desprende del reconocimiento del artículo 2 de la Constitución Política de Perú y del artículo 1 del Código Civil. Ambos textos normativos consideran que el concebido es un ser humano, un sujeto de derecho, que necesita de una protección específica, aquella que se le otorga a la persona humana.

1.2. El concebido: un sujeto de derecho para los efectos favorables

Con todo lo mencionado en el acápite anterior, se puede afirmar que el concebido es el ser humano antes de su nacimiento. Nuestro ordenamiento jurídico lo considera como sujeto de derecho, centro de imputación de derechos y deberes,

²⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Protección jurídica al concebido” en *La Constitución comentada*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 42.

desde el momento en que inicia la vida. Por ello, cabe preguntarnos ¿cuándo inicia la vida? Ante la existencia de distintas posturas que abordan el momento del inicio de la vida, las trataremos de manera sucinta, haciendo especial referencia a la posición adoptada por el Código Civil peruano al respecto, dejando previamente sentado que no se trata aquí de mostrarse a favor de una u otra, ni de sostener que la asumida por la normativa peruana es la correcta, sino de defender aquella teoría que es reflejo de la realidad biológica del hombre.

Existe una postura que considera que la vida no se inicia, solo se transmite. Para esta, la vida del nuevo ser humano es solo la prolongación de la vida presente en el óvulo y en el espermatozoide, lo cual es vida humana; también consideran el inicio de la vida del ser humano en el momento de la singamia, es decir, el momento en el que se crea un ser irrepetible. Otra teoría es la de la anidación, para la cual la vida humana recién puede considerarse a partir del momento en que el embrión se adhiere en el útero de la mujer, es decir, cuando se anida en él, y este es un fenómeno que recién culmina a los 14 días de la relación sexual.²⁵

Por otro lado, existe también aquella que señala que la vida empieza en el momento que se inicia la actividad cerebral, relacionada con la capacidad de sentir dolor y sufrimiento, que se da cuando ya está formado el cerebro y el sistema nervioso; para los defensores de esta tesis dicho suceso determina el inicio de la vida humana. Para otra tesis para la cual el inicio de la vida se da en el momento de la concepción, esto es, con la unión del óvulo con el espermatozoide, postura a la que está adscrita nuestra legislación y que, además, es la defendida en la presente investigación.

Al unirse los gametos –espermatozoide y ovocito maduro– se inicia una nueva vida. “(...) La vida comienza en un momento preciso: en el momento de la fecundación del óvulo por un espermatozoide (...)”²⁶. Sin embargo, este primer momento fecundación-concepción es tan rápido que la fecundación implica la concepción instantánea²⁷.

²⁵ Cfr. MORALES GODÓ, Juan. “El status del concebido” en *Instituciones del Derecho Civil*, Lima, Palestra, 2009, p. 64.

²⁶ MONGE TALAVERA, Luz. Op. Cit., p. 78.

²⁷ Cfr. VARSÍ RASPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. 4ª ed., Lima, Grijley, 2001, p. 91.

La vida humana debe ser protegida y tutelada desde el inicio de la vida, esto quiere decir desde la concepción, así lo señala y corrobora nuestro Código Civil en su Artículo 1 cuando expresa que “[l]a vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. (...)”, por lo cual la vida humana debe ser protegida en todos sus estadios, incluyendo la concepción, siendo el concebido un sujeto digno de protección y tutela por nuestro ordenamiento.

El concebido es el ser humano no nacido, pero desde ya sujeto privilegiado, debido a su especial estatus legal, que no es una condición jurídica atribuida por la norma sino tan solo reconocida por ella, aunque con la referencia a los efectos favorables, de modo tal que en el Derecho peruano el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

En los albores del Derecho Romano, se negó esta condición especial al concebido –sujeto de derecho–, pues para ellos solo el nacido podía adquirir dicha condición, siempre y cuando presentara los siguientes requisitos²⁸:

- *Status libertae*: relacionado a la situación de libertad del romano, lo contrario a esto era la esclavitud.
- *Status Civitatis*: se aludía únicamente a los ciudadanos romanos, a los cuales se les aplicaba el *jus civilis*; en contraposición, a los ciudadanos romanos se les protegía por el *jus gentium*.
- *Status Familiae*: solo era otorgado para el *pater familias*, jefe del hogar, y comprendía tanto derechos personales como patrimoniales.

De no reunirse uno de los tres requisitos se consideraba al hombre carente de capacidad, y dentro de ese contingente de ideas no podría considerarse al concebido como sujeto de derecho a nivel formal.

El aporte del Derecho Romano es atribuir ciertos derechos al que está por nacer, se presumía que solo podían protegerse derechos patrimoniales, pero esta concepción cambia con las normas del *status libertae* de los hombres, como por ejemplo, cuando de una mujer esclava nacían hijos esclavos, con lo cual se

²⁸ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit., pp. 57-58.

admitía que cuando la mujer concebía siendo libre, nacía un hijo libre; el concebido por madre libre que ha pasado a ser esclava al tiempo del nacimiento nace libre, ya que la desventura de la madre no debe dañar al concebido²⁹. Así ocurre, también, respecto al *status civitatis y status familiae*, pues si es desterrada la que concibió de justas nupcias, pare un ciudadano romano y bajo la potestad del padre (D.1, 5 y 18). De lo mencionado se puede inferir que el Derecho Romano protegía básicamente los derechos patrimoniales y, aunque de manera indirecta, también los personales del que estaba por nacer (concebido).

De lo mencionado se puede señalar que, en Derecho Romano la protección al concebido aparece como una regla general para cualquiera de los efectos favorables, entre esos efectos se cuentan no solo los de carácter patrimonial (básicamente, sucesorios) sino también otros claramente extrapatrimoniales, como son los relativos al status³⁰. Se considera al concebido como beneficiario de lo favorable desde su condición; referencia a los efectos favorables que aún es mantenida en nuestra legislación.

Ante ello cabe preguntar ¿qué podría considerarse favorable al concebido hoy en día? ¿Qué quiso señalar nuestro legislador en el segundo párrafo del artículo 1 de nuestro Código Civil al referir que *el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece*?

El concepto de los efectos favorables, en principio, está aludiendo a aquellos derechos, facultades, intereses legítimos, que son favorables a su titular; no lo serán en cambio los deberes, las obligaciones, cargas; pero también cabe resaltar que las relaciones jurídicas hoy en día son complejas y de tal manera en más de una ocasión existirá una combinación de estos³¹, como por ejemplo, cuando un derecho pueda estar acompañado de una obligación o una carga, en este caso se tendrá que sopesar el mayor beneficio para su titular. No hay que olvidar que ante la presencia de un derecho correlativamente existe un deber. “(...) El concepto de “efectos favorables” (“para todo cuanto le favorece” como expresa el Código Civil

²⁹ Cfr. Ibídem, p. 58.

³⁰ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *La persona física: Comienzo y fin de la personalidad*, Barcelona, José María Bosch editor, 2000, p. 260.

³¹ Cfr. GARCÍA AMIGO, Manuel, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, 5ª ed., Lima, Rodhas, 2008, pp. 80-81.

peruano) debe ser entendido, de tal manera que, frente a los derechos y deberes que se han de contraer, sean más predominantes los resultados que beneficien, que sean positivos para el concebido, en vez de aquellos que han de ser negativos (...)³².

Por otro lado, cabe señalar que según nuestro texto legal, "(...) el concebido es "sujeto de derecho" para todo cuanto le favorece. Ello significa que posee capacidad genérica de goce tanto tratándose de derechos personales como de patrimoniales (...)"³³. El concebido se beneficia de un régimen especial privilegiado ya que esta cuenta con capacidad de goce, pero respecto de sus derechos patrimoniales existe una subordinación a la condición de su nacimiento con vida.

La capacidad de goce, también llamada jurídica o de derecho, es la aptitud o idoneidad de ser titular de derechos y obligaciones³⁴, "(...) pero tener capacidad de gozar no quiere decir gozar. Se puede ser capaz de gozar tal o cual derecho, pero se tendrá de hecho, o no se tendrá, de manera limitada, según sean el título y la medida concretos (...)"³⁵. De dicha manera, el concebido al ser un sujeto de derecho cuenta con la titularidad de los derechos no patrimoniales, y con la capacidad de goce para los patrimoniales, que además están sujetos a la condición de que nazca con vida.

Si bien es cierto el concebido presenta una capacidad de goce limitada, no por eso deja de ser persona y mucho menos sujeto de derecho.

Al cumplir con los requisitos que la ley exige, el ser humano adquiere la capacidad de ejercicio, que es la aptitud o idoneidad que tiene el sujeto para ejercer personalmente sus derechos y asumir deberes³⁶. Esta capacidad de ejercicio presupone la titularidad de un derecho porque no se puede ejercer un derecho que no se tiene, pero sí puede existir capacidad de goce y no la de ejercicio; en este último caso podríamos mencionar la situación del concebido, que teniendo

³² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit., p. 81.

³³ VARSÍ ROSPLIGIOSI, Enrique. Op. Cit., p. 739.

³⁴ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Op. Cit., p. 384.

³⁵ ZEGARRA MULANOVICH, Alvarado. *Descubrir el Derecho: las nociones elementales del derecho privado y el derecho público explicados en forma sistemática*, Lima, Palestra editores, p. 57.

³⁶ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Op. Cit., p. 389.

capacidad de goce no tiene capacidad de ejercicio y más aún, como se ha mencionado en párrafos anteriores, la capacidad de goce en el concebido cuando se refiere a derechos patrimoniales se encuentra condicionada a su nacimiento con vida.

Pero cabe la posibilidad de que el concebido pueda ser titular de derechos y obligaciones, por lo cual nuestro ordenamiento jurídico faculta a que el concebido a través de sus representantes contraiga obligaciones, siempre y cuando surjan a propósito de adquirir derechos, configurándose una situación de ventaja para el mismo y tratándose de derechos patrimoniales se condiciona a su nacimiento³⁷. Por tal razón, el concebido goza de derechos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, sin embargo, no puede ejercerlos por sí mismo, siendo necesario así que opere la figura de la representación legal, como ya lo habíamos mencionado.

Cuando el concebido tiene padre y madre, en tal caso sus representantes legales son, en principio, sus progenitores.

Si el concebido no tiene padre o este ha sido suspendido en la patria potestad, será su madre la representante legal. Pero si la madre también se encuentra suspendida en la patria potestad, su representante será un curador designado por el juez. Finalmente, se nombrará a un curador especial cuando exista de por medio un conflicto o peligro de los intereses del concebido con respecto a los de sus padres que ejerzan la patria potestad.

1.3. Los derechos extrapatrimoniales del concebido como efectos favorables y no condicionados

Como ya hemos venido señalando, el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca, un sujeto privilegiado, el cual puede ser titular de derechos extrapatrimoniales y patrimoniales, pero la atribución de estos últimos está condicionada a que nazca vivo. Se hace esta distinción porque los derechos extrapatrimoniales no están condicionados a su nacimiento con vida. “Los derechos no patrimoniales son los derechos que no pueden ser traducidos

³⁷ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit., p. 80.

inmediatamente a valor económico (...)"³⁸. Estos derechos no son susceptibles de ser valorizados en dinero; los derechos extrapatrimoniales son los derechos inherentes a la persona.

Dentro de esta gama de derechos fundamentales personales o extrapatrimoniales encontramos al derecho a la vida, a la integridad física, la filiación y protección prenatal, el derecho a conocer su origen biológico, su identidad genética, sexual y a la salud, entre otros³⁹. Cabe mencionar que en el Derecho comparado la protección a la vida no es absoluta. Existen países en los cuales este derecho no es ilimitado, permitiéndose el aborto, en lo cual se está vulnerando un derecho personalísimo, tema sobre el que no ahondaremos por no ser un tema directamente abordado en nuestra investigación.

Los derechos antes mencionados son de suma relevancia e importancia, ya que la correspondiente tutela y garantía de estos derechos permitirán al concebido que goce de otros derechos que se desprenden de los principales ya mencionados. Gracias a estos derechos, el concebido adquiere el estatus jurídico que hoy tiene dentro de nuestro ordenamiento jurídico, brindándosele respeto y protección.

Es por ello que decimos que el concebido es persona, es decir, tiene existencia como ser humano desde la concepción, y a partir de ese momento tiene la titularidad de sus derechos personales fundamentales, entonces, se podría decir que la única condición para que el concebido tenga estos derechos personales fundamentales (extrapatrimoniales) es su concepción, porque desde ese momento hay vida humana.

Los derechos personales fundamentales de los que es titular desde el momento mismo de la concepción, se adquieren irrevocablemente si el concebido nace con vida, y se extinguen si tal nacimiento no se produce. Así lo corrobora el Artículo 1 del Código Civil cuando declara que: «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. (...)».

³⁸ RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*, 2ª ed., Lima, Fondo editorial del Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, p. 17.

³⁹ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos. *Derecho de las Personas*, Op. Cit., p. 537.

1.4. Los derechos patrimoniales: efectos sometidos a la condición legal del nacimiento con vida

Después de haber hecho hincapié sobre los derechos extrapatrimoniales como efectos favorables, los cuales no se encuentran condicionados, existen otros derechos que se encuentran sometidos a una condición establecida por la ley, estos son los derechos patrimoniales. El concebido, siendo sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, goza de derechos extrapatrimoniales y tiene la capacidad para gozar de derechos patrimoniales. Esta última afirmación guarda correspondencia con la disposición civil que condiciona la atribución de los derechos patrimoniales al concebido a su nacimiento con vida.

Ante la regulación de tal condición, la doctrina no es unánime en determinar si lo establecido en el artículo 1 del Código Civil es una condición suspensiva o resolutoria, e incluso ha llegado a considerarse que el propio texto de la norma permitiría interpretar la condición en los dos sentidos⁴⁰, pero ello deberá ser aclarado, ya que los efectos a favor del concebido van a ser distintos dependiendo del tipo de condición que se adopte. Desarrollaremos estas posturas con los argumentos que cada una sustenta y se hará mención a la postura adoptada en este trabajo de investigación.

Nuestro Código Civil, en el párrafo segundo de su artículo 1 señala: «(...) 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»⁴¹. Toda vez que en la parte final de este último párrafo, donde existe la controversia, el legislador no señaló de manera expresa si se trataba de una condición suspensiva o resolutoria, la doctrina nacional aún

⁴⁰ Con relación a la condición legal establecida por el artículo 1 del citado código, Ninamanco Córdova señala: una primera idea se debe tomar en cuenta [...] es que el texto de la norma, que finalmente es el límite de toda interpretación, permite interpretar tanto a favor de la subordinación suspensiva, como a favor de la condición resolutoria, de tal manera ninguna de las dos posiciones puede ser acusada del falsa. NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. "Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1 del Código Civil peruano" en *La persona Volumen IV*, Lima, Motivensa, 2010, p. 176, 177

⁴¹ A la letra, artículo 1 del Código Civil: "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".

debate su naturaleza, para lo cual cabe hacer referencia a las notas generales de esta figura jurídica.

En el Código Civil peruano, la condición es un tipo de modalidad del acto jurídico⁴², es decir, es todo aquel evento futuro e incierto que las partes añaden en la declaración de voluntad y lo cual originará consecuencias en el acto jurídico⁴³. También es definido como aquel acontecimiento futuro e incierto del cual van a depender los efectos del negocio jurídico.

La función de la condición no es afectar la validez del acto en sí mismo, sino su eficacia, la que queda subordinada a la verificación de un hecho futuro e incierto⁴⁴. Con relación a sus efectos, puede ocurrir que al verificarse la condición el acto adquiera eficacia, o bien que se extingan sus efectos.

En ese orden de ideas, se hará mención, entonces, a dos tipos de condiciones⁴⁵: suspensiva y resolutoria. La primera configura un acto válido, cuyos efectos quedan subordinados hasta que se cumpla con la condición; la segunda, un acto válido que ya produce efectos jurídicos provisionales, los cuales pueden extinguirse en todo o en parte si es que sucede o no la condición⁴⁶. Respecto de esta última, se sostiene, además, que una condición es resolutoria cuando al presentarse el hecho en la cual consiste esta condición, se transforman en definitivos los efectos jurídicos que con anterioridad a ella ya venían produciéndose como provisionales⁴⁷.

La condición es también denominada “presupuesto legal de eficacia e implica una norma que subordina de modo suspensivo o resolutorio la eficacia de un negocio

⁴² El acto jurídico en el libro II del Código Civil, denominado negocio jurídico en la doctrina alemana.

⁴³ Cfr. IDROGO DELGADO, Teófilo. *Teoría del acto jurídico*, 2ª ed., Lima, Idemsa, 2004, p. 119.

⁴⁴ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto jurídico*, 3ª ed, Lima, Idemnsa, 2008, p. 509.

⁴⁵ Distintos autores clasifican de distinta manera a este tipo de modalidad; en su libro de VIDAL RAMIREZ, Fernando. *El acto Jurídico*, 4ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p.281, desarrolla una clasificación de esta modalidad de condición teniendo en cuenta la clasificación que realiza LEÓN BARANDIARÁN en su libro *Acto Jurídico*, en este plantea las condiciones pueden clasificarse en: a) expresas y tacitas; b) positivas y negativas; c) potestativas, casuales y mixtas; d) suspensivas y resolutorias; e) propias o impropias, y ,f) perplejas. En este apartado nos evocaremos a la clasificación suspensiva y resolutoria, lo cual nos concierne.

⁴⁶ Cfr. NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. “Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1 del Código Civil peruano” en *La persona Volumen IV*, Op. Cit., p. 176.

⁴⁷ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA Juan. *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Gaceta jurídica, Lima, 2008, p. 27.

jurídico al margen de lo que indiquen las partes contratantes, por eso se señala que en estos casos la vigencia del negocio jurídico se vincula al cumplimiento de la condición legal desde afuera, no en virtud de una disposición establecida por las partes (...)”⁴⁸. Por lo tanto, se puede afirmar que la condición voluntaria es establecida por las partes, mientras que la condición legal es establecida por mandato legal, y las partes estarían inderogablemente sometidas a ella.

Visto así, el artículo 1 del Código Civil contempla una condición legal como se mencionó, pero no especifica si se refiere a una condición suspensiva o resolutoria, aunque se hace referencia a que la atribución de derechos patrimoniales al concebido está condicionada a su nacimiento con vida, aunque sin hacerse expresa mención a su naturaleza jurídica.

Ante esta discrepancia existen dos posturas totalmente contrarias:

- 1) La primera sostiene que si la condición a la cual se refiere el artículo 1 del mencionado Código tuviera carácter suspensivo, los derechos patrimoniales que podría obtener el concebido no le serían atribuidos sino que quedarían en suspenso hasta su nacimiento con vida; y,
- 2) la otra postura menciona que si la condición fuera de tipo resolutorio, siendo el concebido un sujeto jurídico, goza de sus derechos patrimoniales de manera actual dicho goce queda confirmado si nace con vida.

Entre los seguidores de la doctrina mayoritaria, para los que la condición sería suspensiva, se encuentran Monge Talavera y Espinoza Espinoza. Consideran que el Código Civil en su artículo 1 establece una condición legal suspensiva para la atribución de derechos patrimoniales al concebido⁴⁹. De tal manera, “(...) [!]a norma es razonable en la medida que el goce de derechos patrimoniales solo

⁴⁸ FLUME, Werner, citado por NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. “Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1 del Código Civil peruano” en *La persona Volumen IV*, Lima, Motivensa, 2010, p. 174.

⁴⁹ A la letra, 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.

puede ser ejercitado a partir del nacimiento, cuando puede utilizar directamente y no a través de su madre, los bienes que produce la sociedad (...)”⁵⁰.

Para Monge Talavera⁵¹, la suspensión a que se refiere el artículo 1 del Código Civil estaría señalando una condición suspensiva; los derechos patrimoniales del concebido serán atribuidos una vez que este nazca con vida. Este artículo propone que debe interpretarse junto con lo regulado en materia de familia y sucesiones de modo sistemático, debiendo entenderse que se trata de una misma condición.

La citada autora hace referencia a los artículos 598 y 856 del Código Civil⁵², los cuales, respectivamente, establecen la posibilidad del nombramiento de un curador para que se encargue de los bienes que le corresponderá al que está por nacer y la suspensión de la partición de la herencia que comprende el derecho a un heredero concebido, hasta su nacimiento con vida. Esta última disposición se encuentra fundamentada en que si se realiza dicha partición antes del nacimiento, y posteriormente el concebido nace muerto, se tendría que realizar una segunda partición, lo cual se trata de evitar con esta teoría.

Comparte esta postura Espinoza Espinoza⁵³, para quien el artículo 1 del Código Civil se refiere a una condición suspensiva, debido a que se debe esperar el nacimiento con vida del concebido para poder atribuirle derechos patrimoniales, debido a su naturaleza como ser humano en formación. Para el autor, los derechos patrimoniales quedan suspendidos a su nacimiento con vida, pero el legislador no solo ha tenido en cuenta los intereses del concebido sino de otros

⁵⁰ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La constitución de 1993 análisis comparado*, 5 ed., Lima, Rao editora, p. 118.

⁵¹ Cfr. MONGE TALAVERA, Luz. Citada por NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. “Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1 del Código Civil peruano” en *La persona Volumen IV*, Lima, Motivensa, 2010, p. 175.

⁵² A la letra, artículo 598.- Curatela de bienes del hijo póstumo. A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad. Esta curatela incumbe a la persona designada por el padre para la tutela del hijo o la curatela de sus bienes, y en su defecto, a la persona nombrada por el juez, a no ser que la madre hubiera sido declarada incapaz, caso en el que su curador lo será también de los bienes del concebido. Artículo 856.- Suspensión de la participación por heredero concebido: La partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento. En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos.

⁵³ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. Cit.*, pp. 76-77.

sujetos de derecho, cuya legítima expectativa respecto de la atribución de los derechos patrimoniales suspendida también debe ser protegida. Monge Talavera añade que tendría que interpretarse este artículo en concordancia con los artículos 598 y 856 del mismo Código.

Entre quienes critican la postura predominante se encuentra el profesor Fernández Sessarego⁵⁴. Para él, la interpretación que debe darse al artículo en controversia es que se trata de una condición resolutoria, debido a que el concebido es sujeto de derecho actual y, por lo tanto, no se debe esperar a su nacimiento para poder reputársele titular de dichos derechos. El concebido desde ya tiene derechos y su nacimiento con vida determinaría la eficacia de estos derechos, es decir, si nace con vida esos derechos continuarían siendo suyos, y en caso de que naciera muerto, los derechos dejarían de existir y retornarían a la persona que le otorgó tales derechos patrimoniales y para corroborar su postura, Fernández Sessarego hace mención al artículo 617 del Código Civil⁵⁵, que establece: «la curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte».

La teoría minoritaria considera que al concebido podrían otorgársele derechos patrimoniales desde su concepción y no solo los extrapatrimoniales, los cuales son inherentes a él desde ese momento; se considera que también se le pueden otorgar derechos patrimoniales, los cuales no deberían estar supeditados a su nacimiento con vida.

Al igual que la teoría mayoritaria, adoptamos la postura sobre el carácter de la condición suspensiva, la cual no afecta el estatus jurídico del concebido como sujeto de derecho ya que dicha condición legal lo que hace es suspender la atribución de los derechos patrimoniales. La concepción de una condición suspensiva tiene su origen desde el Derecho Romano, especialmente en lo que concernía a los derechos sucesorios del póstumo donde los efectos jurídicos patrimoniales quedaban suspendidos hasta que se produjera el nacimiento con vida o la muerte de quien o quienes iban a ser titulares del derecho. Lo que

⁵⁴ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Op. Cit., p. 40.

⁵⁵ A la letra, artículo 617: “la curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte”.

buscaba este mecanismo era la protección de las personas que tenían en la herencia un derecho de tal naturaleza que podía desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo; y, la protección del mismo póstumo.

Este esquema legal se presenta como una medida precautoria⁵⁶, es decir, que gozando el concebido de su derecho a la herencia, la misma merece ser protegida en tanto se produzca su nacimiento, allí se encuentra la medida de cautela y defensa que garantiza la correcta determinación de quienes serán finalmente los titulares de los derechos patrimoniales cautelados y aun no atribuidos; por ejemplo en aquellos casos en que uno de los herederos sea concebido, la partición será suspendida hasta su nacimiento; como es de verse, lo que se suspende es el acto jurídico de la partición, no su condición de sujeto de derecho ni su titularidad como heredero, de manera que dicha partición no se realizará sino hasta que se produzca el nacimiento con vida, dada la incertidumbre que existe acerca de si se producirá o no.

Asimismo, si se realiza una lectura detenida del precepto: «La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo», podría concluirse que la condición que establece el Código Civil en su artículo 1 se refiere a una condición suspensiva. Por ende, y a partir de una interpretación histórica y teleológica, la condición legal a la que se viene haciendo referencia es una condición suspensiva, en virtud de la cual la atribución de los derechos patrimoniales del concebido quedará en pendencia hasta su nacimiento con vida.

Para concluir este análisis, es también oportuno hacer hincapié que en temas económicos o de índole patrimonial, con relación al concebido, la expresión “para todo cuanto le favorece” comporta una limitación para sus representantes, a fin de que estos no puedan accionar contrayendo obligaciones poco beneficiosas o totalmente desfavorables para aquel, excediéndose de sus facultades en contra de su representado: el concebido⁵⁷. Los representantes no pueden ejercer su

⁵⁶ Cfr. LETE DEL RIO, Citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El heredero concebido suspensión de la partición de sus bienes (un análisis creativo del artículo 856 del código civil peruano)” en *Persona derecho y libertad*, Lima, Motivensa, 2009

⁵⁷ Cfr. SANTILLAN SANTA CRUZ, ROMINA. “Atribución de derechos patrimoniales al concebido a condición de que “nazca vivo”, ¿Condición suspensiva o resolutoria?”, en *Gaceta Civil*, Tomo 18, diciembre 2014.

función como tal con respecto a este en cuanto se refiere a derechos patrimoniales, los cuales se encuentran condicionados a su nacimiento con vida.

CAPÍTULO 2

LOS ALIMENTOS DEL HEREDERO CONCEBIDO Y OTROS SUPUESTOS PARA GOZAR DEL DERECHO ALIMENTARIO

2.1. Definición y contenido del derecho a alimentos

En este apartado analizaremos la definición de derecho de alimentos recogida en los distintos textos legales vigentes, tanto a nivel nacional e internacional, así como el contenido de este a fin de poder dilucidar si tal es extrapatrimonial o patrimonial. El discernimiento de este aspecto esencial de los alimentos es necesario con relación a la situación del concebido pues, dependiendo de ello, su atribución al mismo podría quedar condicionada o no al nacimiento con vida.

Según el diccionario de la Real Academia Española⁵⁸, constituye alimento cualquier sustancia que puede ser asimilada por el organismo y usada para mantener sus funciones vitales, caso especial de los seres humanos. Sin embargo, toda persona requiere además, para su normal desarrollo, de otros factores distintos a los alimentos así entendidos, como: salud, educación, vivienda, recreo, entre otros. Es por esta razón que en el campo del Derecho se ha elaborado un concepto jurídico con un sentido más amplio, que es recogido por las legislaciones de cada país: «Los alimentos».

En el Perú, el artículo 472 de Código Civil señala: «Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la

⁵⁸ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española (DRAE), 22ª ed., publicada en 2001, acceder a <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

madre desde la concepción hasta la etapa de postparto». Siguiendo la misma línea, el artículo 92 del Código del Niño y Adolescente considera alimentos a «lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente [...]». Este es un derecho humano fundamental reconocido, respetado, protegido y garantizado por el Estado peruano.

El derecho de alimentos es un atributo que no solo se encuentra inmerso en nuestro ordenamiento jurídico, pues es también desarrollado en el orden internacional. La Declaración Universal sobre los Derechos Humanos⁵⁹ establece en su artículo 3:

«Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona». Asimismo, en su artículo 25 incisos 1 y 2, respectivamente, prescribe: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad»; «La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social».

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁰ contiene expresas disposiciones sobre el derecho de alimentos, conforme al siguiente tenor:

«Artículo 24: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. 2. Los

⁵⁹ Aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 (III) suscrita y proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; aprobada en el Perú.

⁶⁰ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres (...)

«Además de ello, la citada norma agrega en su Artículo 27: 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados»⁶¹.

A nivel internacional, los alimentos constituyen un factor indispensable para la vida, sin los cuales el individuo perecerá indefectiblemente, y en el caso de que no sean suficientes, se verá limitado en su desarrollo integral, físico mental y psicológico, por cuya razón consideramos que toda omisión en su cumplimiento es un verdadero atentado contra los derechos humanos.

En el mismo sentido, el ordenamiento jurídico peruano considera a los alimentos como lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Estos son "(l)as asistencias que por ley, contrato o testamento se dan a

⁶¹ Declaración de los derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

alguna persona para su manutención y subsistencia [...]”⁶². “Entre los alimentos también se incluyen los gastos de embarazo y parto, desde la concepción hasta la etapa del postparto, cuando no estén cubiertos de otro modo”⁶³.

Los alimentos apuntan a la satisfacción de las necesidades básicas materiales y espirituales del ser humano, buscando la preservación de la dignidad humana, siendo por ello definidos como “el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra”⁶⁴. Este deber u obligación debería nacer de la libre determinación de una persona de dar a otra lo que corresponde, sin que nadie se lo haya impuesto, esto es, en forma voluntaria reconociendo que existe un deber de justicia frente al titular del derecho de alimentos.

En cuanto a su contenido, “el derecho de alimentos tiene un aspecto material, el cual comprende, comida, vestido, alimentos propiamente dichos, como un aspecto espiritual o existencia tal como la educación, esparcimiento, recreación que resultan imprescindibles para el desarrollo ético, moral e intelectual de la persona”⁶⁵. La discusión sobre la naturaleza del derecho está básicamente fundada en la identificación que a nivel doctrinario se hace entre derecho y obligación, lo que hace pensar que esa es la razón por la que se sostiene que el derecho de alimentos tiene carácter patrimonial.

Después de haber definido al derecho de alimentos, ahora corresponde deslindar su naturaleza jurídica como patrimonial o no patrimonial. Esta ha sido materia de controversia debido a que la doctrina está dividida. Unos consideran “que es de carácter patrimonial en tanto que los alimentos se materializan, se concretizan en algo material con significado económico (dinero o especie) [...]”⁶⁶, es decir, tienen semejanza con la obligación en sentido estricto, porque la estructura, contenido y sujetos son iguales que la propia obligación, pero poseen especialísimos

⁶² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario jurídico* [Ubicado el 06 IX 2014] obtenido en <http://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Juridico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres>.

⁶³ CANALES TORRES, Claudia. Criterios en la determinación de la pensión de alimentos en jurisprudencia, Lima, Gaceta jurídica, 2013, p. 7.

⁶⁴ AGUILAR LLANOS, Benjamín. La familia en el Código Civil peruano, 2ª reimpresión, Lima, Ediciones legales, 2010, p. 395.

⁶⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*, Tomo III, Lima, Gaceta jurídica, 2012, p. 419.

⁶⁶ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Op. Cit., p. 498.

caracteres que les dan fisonomía propia, y esto se establece aun en el hecho de pensar en una obligación, que sería una institución propia del derecho de familia.

Además, una parte de la doctrina sustenta este carácter patrimonial en el hecho que este derecho de alimentos está constituido por dinero o bienes con lo que el alimentista provee sustento, vestido, vivienda, asistencia de su salud y educación al alimentante y “el deber de pasarlos es un deber jurídico patrimonial que configura una obligación legal exigible [...]”⁶⁷.

Frente a esto, cabría entender que si este derecho fuera patrimonial podría transferirse o, incluso, podríase renunciar a él, características que no se presentan en los alimentos, sino todo lo contrario.

Para otra parte de la doctrina, el derecho de alimentos es de contenido extrapatrimonial, ya que el fin de este derecho es la satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida; los alimentos pueden ser atendidos de la manera que la autonomía privada lo establezca, con prescindencia de la continuación o no de la convivencia, salvo que se haya dejado su fijación al organismo jurisdiccional. “Se le otorga este carácter extrapatrimonial en virtud del fundamento ético - social y del hecho que el alimentista no tiene ningún interés económico”⁶⁸, ya que la prestación recibida no aumenta su patrimonio ni sirve de garantía a sus acreedores, presentándose como una de las manifestaciones del derecho a la vida, a la integridad, a la salud, al bienestar, todos de orden personal. Esto se comprende, más aún, recordando las características del derecho de alimentos, cuales son, ser intransmisible, irrenunciable, intransigible, incompensable y se extingue por la muerte del alimentante o del alimentista.

El derecho de alimentos es lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica, psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia, a diferencia de la obligación alimentaria, que es aquella que la ley impone a determinadas personas, de suministrar a otros (cónyuges, ascendentes, descendentes) todos los recursos necesarios para su subsistencia.

⁶⁷ ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia*, 5ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 451.

⁶⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. Cit., p. 428.

Para Bautista Toma, el derecho a alimentos se trata de “un derecho extrapatrimonial o personalísimo, el alimentista no tiene ningún interés económico, la prestación recibida no aumenta su patrimonio”⁶⁹. No se pretende la satisfacción de un interés de naturaleza patrimonial, sino que, fundado el vínculo obligacional en la relación de familia, su finalidad es permitir al alimentista (sea el cónyuge, cualquier pariente, o un hijo menor de edad) satisfacer sus necesidades materiales o espirituales, con la extensión que corresponda según el supuesto.

El derecho de alimentos se presenta, entonces, como una de las manifestaciones del derecho a la vida que también es personalísima, ya que se encuentra en juego la conservación de la vida, es decir, nace con la persona e incluso se adquiere antes de que nazca y se extingue con ella, es decir, es inherente a la persona, de la cual no puede separarse. “Estos alimentos sirven para la subsistencia de la persona cuando esta se encuentra en estado de necesidad”⁷⁰. La finalidad de esta institución es brindar el sustento para que la persona humana pueda desarrollarse íntegramente, no solo se contribuye al desarrollo biológico del ser sino al mantenimiento y sustento social.

El ordenamiento jurídico contempla, incluso, alguno de los caracteres propios y específicos que conforman la naturaleza personalísima de la obligación de alimentos: es una obligación de carácter legal, porque viene creada y ha sido impuesta por la Ley; ese carácter de obligación legal viene dado por un carácter de personalidad, porque se impone a un determinado alimentante en favor de un concreto alimentista (personas concretas)⁷¹. Asimismo, se configura el derecho derivado como un derecho indisponible, del que se derivan que no es compensable, no es renunciable.

El derecho de alimentos genera una obligación recíproca entre los sujetos que están obligados a ellos; también tienen el carácter de relatividad, ya que la obligación de alimentos depende de la necesidad del alimentista y de las

⁶⁹ BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. Op. Cit., p. 300.

⁷⁰ BOSSERT, Gustavo. Op. Cit., p. 3.

⁷¹ Cfr. PLÁCIDO, Alex. *Los alimentos desde una perspectiva de derechos del niño* [Ubicado. 06 IX. 2014], Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/item/144564/los-alimentos-desde-una-perspectiva-de-derechos-del-nino>.

posibilidades del obligado. Existe variabilidad, porque la cuantía de la prestación de alimentos varía cuando cambian las circunstancias anteriores y también porque puede variar en la forma de la prestación, de pecuniario a especies. Y por último, la imprescriptibilidad establece que el derecho a recibir alimentos no prescribe nunca porque está entroncada con el derecho a la vida.

Normalmente se dan por personas que tienen algún rasgo de parentesco, quien los solicita no debe encontrarse en posibilidad de atender a sus necesidades con sus propios recursos ya que carece de ellos; asimismo se debe tener en cuenta la posibilidad económica que tiene aquella persona que debe prestarlo.

A modo de síntesis, el derecho de alimentos se encuentra entre los derechos fundamentales de la persona, por cuanto la tutela de este derecho se funda en la necesidad de suministrar al alimentista de todo aquello que mínimamente puede asegurar su subsistencia, siendo por esta razón que el derecho de alimentos no tiene naturaleza patrimonial⁷². Aún cuando la prestación que nace de la obligación alimentaria pueda ser valorizable patrimonialmente esto no hace patrimonial a tal derecho, ya que es un derecho netamente personal que se encuentra adherido a la persona y persiste a lo largo de su vida, extinguiéndose solo con la muerte del titular.

2.2. Los alimentos del heredero concebido en el marco del artículo 856 del Código Civil

Después de haber precisado la naturaleza que tiene el derecho de alimentos, es necesario referirnos a lo establecido en el artículo 856 del Código Civil, el cual alude propiamente a la suspensión de la partición ante la existencia de un heredero concebido y que en la última parte *ad litterae* señala: « [...] En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos [...]». Este artículo hace una breve referencia a los alimentos que podrían corresponder a la madre del concebido, protegiéndose de manera indirecta a este último al asegurar su suministro a la madre.

⁷² Cfr. SÁNTILLAN SANTA CRUZ, Romina. *La situación jurídica del concebido. Una interpretación histórica – legislativa y teleológica*, Op. Cit, p. 145.

El concebido goza de la más amplia protección en el ordenamiento jurídico peruano. Ello se desprende del reconocimiento que se enuncia en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución peruana de 1993, en el sentido que considera al concebido un “sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”. En la misma idea lo encontramos en el artículo primero del Código Civil de 1984. “[...] Este reconocimiento de la calidad jurídica del concebido como sujeto de derecho rompe con la tradición de considerar al concebido como una nada jurídica, es decir como una mera y simple ficción [...]”⁷³. No se podría considerar como una ficción al concebido, ya que él por su propia condición de ser humano es calificado como sujeto de derecho digno de protección y tutela.

Sobre la consideración legal como sujeto de derecho, cabe señalar que “el concepto de sujeto de derecho es un género que incluye, en lo que a seres humanos se refiere, tanto al concebido como a la persona [...]”⁷⁴, tal como lo señala el artículo 1 del Código Civil. El concebido, en cuanto ser humano y sujeto de derecho, posee derechos sobre sus bienes jurídicos inherentes, como son el derecho a la vida, a la integridad física e incluso derechos patrimoniales. No hay duda que nadie puede privar al concebido de la existencia de estos derechos, que dimanen y se fundamentan en su propia naturaleza y en su intrínseca dignidad⁷⁵.

El concebido es el ser dotado de existencia autónoma del cuerpo de la madre⁷⁶, desde el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide, y como tal posee y goza de derechos extrapatrimoniales y patrimoniales, si bien supeditados a cuanto le favorece debido a su condición de sujeto de derecho privilegiado⁷⁷. De allí que el concebido pueda ser titular de derechos, pueda recibir bienes por testamento, donación o herencia.

Con relación a la posibilidad del concebido para heredar, es preciso hacer mención a lo que entendemos por herencia. Se ha denominado herencia a la

⁷³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Suspensión de la partición por heredero concebido” en *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, op. Cit., p. 739.

⁷⁴ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit., p. 23.

⁷⁵ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas. Análisis artículo por artículo al libro primero del Código Civil Peruano*, 12ª ed., Lima, Motivensa, 2012, pp. 63-64.

⁷⁶ Cfr. GARCIA TOMA, Víctor. *Los derechos humanos y la Constitución*, Lima, Gráfica Horizonte, 2001, p. 27.

⁷⁷ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit., p. 76.

masa hereditaria total, constituida por el conjunto de bienes y obligaciones que el causante ha estipulado, incluyendo todo lo que este tiene (activo) y todo lo que debe (pasivo)⁷⁸. Algunos creen que la palabra herencia es sinónimo de sucesión, pero esto es erróneo, ya que herencia es el conjunto de bienes, derecho y obligaciones que pertenecieron a una persona que ya falleció, a diferencia de la sucesión, que es el modo legal de cómo esos bienes pasan a personas que sobreviven al que murió⁷⁹.

Habiendo hecho la diferencia entre estas dos palabras –herencia y sucesión–, que muchos confunden por considerarlas sinónimos, es necesario desarrollar las formas de adquisición de la herencia que nuestro Código Civil regula. Por un lado tenemos a la sucesión testamentaria, que es expresión de la autonomía de la voluntad, mediante “la cual se expresa de manera jurídicamente válida esa voluntad de disponer los bienes para después de la muerte”⁸⁰; por otro lado, tenemos a la sucesión intestada, que “es la transmisión mortis causa que se produce en virtud del llamamiento hecho por la ley al margen de las disposiciones testamentarias del causante”⁸¹.

Con relación al concebido, en específico, el artículo 856 regula que «la partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento [...]». En el contexto de este dispositivo legal se afirma que el concebido puede ser heredero. Heredero es “aquel que continúa la persona del causante, sin que haya intervalo de tiempo entre la muerte y la transmisión; el heredero es dueño de las cosas que eran de propiedad del causante y acreedor de quienes eran sus deudores [...]”⁸². De tal manera, para que cada heredero pueda tener su derecho concreto con la transformación del derecho abstracto de los coherederos sobre la comunidad hereditaria, se realiza la partición, que, en sentido amplio, constituye el conjunto de operaciones que permiten formar los

⁷⁸ Cfr. FERRERO, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 6^a ed., Lima, Grijley, 2002, p. 115.

⁷⁹ Cfr. FALCÓN, Modesto, citado por *Ibíd*em, p. 115.

⁸⁰ ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de Sucesiones*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 83.

⁸¹ CÓRDOBA Levy y SOLARI WAGMAISTER, *Derecho Sucesorio*, Tomo II. reimpresión, UNIVERSIDAD, Argentina, 1992, p. 223.

⁸² *Ibíd*em, p. 15.

diferentes lotes o porciones que habrán de entregarse a cada partícipe sea este heredero o legatario.

En sentido estricto, la partición constituye el procedimiento por el que se pone fin a la indivisión e inicia con la muerte del autor de la herencia y concluye al consumarse la atribución individual de la propiedad respecto de los bienes que le corresponden⁸³. La partición “[...] es el conjunto de operaciones a través de las cuales se pone fin a la situación de comunidad nacida en aquellos casos en que son varios los herederos. Es decir, se trata de la división de la herencia entre los coherederos [...]”⁸⁴, y esta división se realiza por la presencia de más de un heredero, ya que si solo existiera un heredero, no habría lugar a la partición.

Por obra de la partición, la cuota aritmética y abstracta que a cada uno de los coherederos le corresponde sobre la comunidad hereditaria ha de convertirse materialmente en bienes determinados⁸⁵.

De acuerdo con el supuesto previsto en el artículo 856 del Código Civil, “cuando en una sucesión hay derechos destinados al concebido, la partición de los bienes hereditarios debe quedar suspendida hasta que se produzca el nacimiento con vida. Esta suspensión de la partición se fundamenta en la incertidumbre sobre el posible número de participantes en el reparto del patrimonio sucesoral, basada en la posibilidad de que el concebido no nazca con vida, para proteger así sus propios intereses y las de sus coherederos, evitando que se realice una nueva división cuando haya quedado resuelta aquella situación de incertidumbre”⁸⁶.

La suspensión del acto jurídico de la partición es impuesta por ley e incluso ante la negativa de los herederos, esto se hace con la finalidad de proteger los intereses del que está por nacer, ya que el concebido conjuntamente con los ya llamados, son herederos, siendo por ello que “[...] se suspenderá la partición por

⁸³ Cfr. JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de Derecho de Sucesiones*, Lima, Juristas Editores, 2009, p. 423.

⁸⁴ MARTÍNEZ ESCRINAO, Celia. “La partición de la herencia” en *La sucesión hereditaria y el juicio divisorio*, España, Lex Nova, 2012, p. 297.

⁸⁵ Cfr. MAFIA O., Jorge, *Tratado de la Sucesiones*, Tomo I, 3ª edición, actualizada por Lidia Beatriz Hernández y Luis Alejandro Ugarte, Argentina, Argentina Abeledo Perrot S.A., 2012, p. 619.

⁸⁶ SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. *La situación jurídica del concebido. Una interpretación histórica – legislativa y teleológica*, Op. Cit., p. 151.

duda en el número de herederos [...]”⁸⁷. Esta limitación o restricción del ejercicio del derecho de los herederos a la partición antes de su nacimiento es distinta a las otras particiones tratadas en el Código Civil.⁸⁸ Después de todo lo dicho se concluye que los efectos de la herencia quedan suspendidos por la presencia de un heredero concebido, el cual es considerado sujeto de derecho para lo favorable, que posee capacidad sucesoria y la adquisición de derechos condicionados a su nacimiento con vida.

Existe discusión sobre el referido artículo 856 al señalar los derechos de un heredero concebido, ya que existen autores que mencionan que el concebido no hereda, mientras no nazca, ya que de lo contrario, si el concebido tiene calidad de heredero y no naciera se convertiría en causante y estaría dejando patrimonio a sus sucesores⁸⁹. Por otro lado, existen autores que refieren que en “el ámbito sucesorio la atribución de derechos hereditarios al concebido se encuentra condicionada a que nazca vivo; *ergo*, si nace vivo, entonces hereda. Pero que la atribución efectiva de los bienes hereditarios tenga que realizarse cuando nazca vivo, no impide que antes de ello el concebido pueda ser llamado “heredero”, toda vez que lo que se encuentra bajo la condición suspensiva del nacimiento no es su *status* de heredero, sino la atribución de los derechos patrimoniales que deriva de este *status*”⁹⁰.

A diferencia de lo que sucede con el derecho a heredar del concebido, este puede gozar desde la concepción de derechos extrapatrimoniales, como es el caso del derecho a la vida, a la integridad física, a los alimentos, entre otros; estos derechos se harán efectivos a través de sus representantes legales⁹¹. Por ello, la

⁸⁷ ALBALADEJO citado por JARA QUISPE, Rebeca. Op. Cit., p. 434.

⁸⁸ Las otras particiones según la doctrina son: la realizada por el causante, que es aquella que permite el artículo 852 del Código Civil al testador dejarla hecha en testamento; efectuada por los herederos, cuando todos los herederos son capaces y están de acuerdo en la partición, pueden hacerla por escritura pública o ante el juez, y por último hecha judicialmente, cuando no hay acuerdo entre los herederos, a solicitud de uno de ellos o de cualquiera acreedor de la sucesión o de cualquiera de ellos.

⁸⁹ Cfr. OLAVARRIA VIVIAN, Juan A. *Derecho de Sucesiones, Exegesis Sustantiva y Procesal*, Adrus, 2012, p. 339.

⁹⁰ Cfr. SÁNTILLAN SANTA CRUZ, Romina. *La situación jurídica del concebido. Una interpretación histórica – legislativa y teleológica*, Óp. Cit., p. 153.

⁹¹ En el ordenamiento jurídico peruano, el concebido se presenta como un sujeto de derecho “incapaz absoluto de ejercicio”, por ello es razonable que se establezca un mecanismo representativo que permitan la actuación de ciertos derechos cuya titularidad le es reconocida; la

última parte del artículo mencionado en el párrafo anterior regula que: «[...]En el intervalo [en lo que dura la suspensión de la partición] la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos».

Es decir, “durante ese periodo la madre gestante podrá requerir alimentos si se encontrara en estado de necesidad, porque –como es lógico– tales no serán para su disfrute sino también para proteger al concebido; en este supuesto la herencia soporta los gastos que impliquen los alimentos”⁹². Y, por ende, debe corroborarse que esta se encuentre en periodo de gestación⁹³, para que así pueda ejercer la acción en representación del concebido y pueda gozar de tal derecho.

En lo que atañe a los alimentos, no hay nada más inmediato que beneficie al concebido que el suministro de los alimentos a la gestante, porque se protege así la subsistencia del concebido. Sin embargo, ante el supuesto regulado por la parte final del artículo 856 se plantean dos hipótesis⁹⁴:

- a) Que la madre que no sea heredera del causante y carezca de recursos económicos para alimentarse, caso en el que puede solicitar el disfrute de la herencia de su hijo concebido. Para disfrutar temporalmente la herencia deberá acreditar que el concebido es hijo del causante.
- b) Que la madre tenga la calidad de heredera del causante, lo cual significa que el goce de la herencia es de propio derecho, no teniendo que solicitar alimentos a cuenta de la cuota hereditaria del concebido a menos que sea insuficiente.

Cabe señalar que en ambos supuestos el concebido goza del derecho de alimentos. Si bien es cierto, en el primer supuesto planteado el concebido es el heredero y la herencia se encuentra suspendida hasta su nacimiento con vida, este desde su *status* como heredero puede gozar del derecho de alimentos; en el segundo supuesto, tanto la madre como el concebido son coherederos y por la

actuación del representante debe ser genérica bajo el siguiente parámetro: defender los derechos personales del concebido, cautelar sus intereses patrimoniales, como contraer obligaciones en su nombre siempre que le genere un beneficio. Cfr. *Ibíd.*, pp. 141,142.

⁹² *Ibíd.*, p. 144.

⁹³ La gestación deberá comprobarse con la respectiva ecografía que acredite dicho estado.

⁹⁴ Cfr. FERNANDEZ ARCE, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El heredero concebido suspensión de la partición de sus bienes (un análisis creativo del artículo 856 del código civil peruano)” en *Persona derecho y libertad*, Op. Cit., pp. 584-585.

presencia de este último, la herencia que le corresponde a ambos se encuentra suspendida hasta su nacimiento. Sin embargo, la madre podría solicitar el derecho de alimentos para el concebido por encontrarse en estado de necesidad, y este puede gozar de tal derecho, ya que es de naturaleza extrapatrimonial, es decir, no están condicionados a su nacimiento con vida porque le correspondería desde su condición como tal.

Con base en lo expuesto cabe afirmar que, el derecho de alimentos es de titularidad del hijo concebido, pero la madre ejercita estos derechos en nombre y en bienestar de su hijo, por lo cual la doctrina nacional señala que nos encontramos frente a dos beneficiarios de este derecho: la madre y el concebido.

2.3. El titular y el beneficiario de los alimentos en el supuesto del artículo 856 del Código Civil

En este apartado se intenta dilucidar quién es el titular y el beneficiario del derecho de alimentos. Esta interrogante nace del propio tenor del artículo 856 del Código Civil, el cual no determina de manera expresa quién es el beneficiario y titular de dicho derecho. Con relación al particular, la doctrina nacional se encuentra dividida. Por un lado, se afirma que el artículo enunciado protege indirectamente el derecho que tiene el concebido a los alimentos al asegurar su suministro a la madre, quien sería la beneficiaria directa. Por otro lado, se considera que es el concebido el beneficiario principal del derecho de alimentos, porque no hay nada que pueda beneficiarlo más directamente que el bienestar de su gestante⁹⁵.

Para adoptar una de las posturas que se desprenden del artículo 856 del Código Civil, es necesario saber que el titular de un derecho es aquella persona que posee tal derecho en virtud de un título, “[...]que es aquello en lo que tiene origen el derecho, o dicho de otra manera, es lo que causa la atribución de la cosa a un sujeto determinado”⁹⁶. Después de haber definido qué significa ser titular de un derecho, es necesario también saber el significado de beneficiario. Beneficiario es

⁹⁵ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI citado por SÁNTILLAN SANTA CRUZ, Romina. *La situación jurídica del concebido. Una interpretación histórica – legislativa y teleológica*, Óp. Cit., p. 144.

⁹⁶ HERVADA, Javier. *¿Qué es el derecho?*, Bogotá, Temis, 2005, p. 35.

aquel que teniendo título de un derecho, lo usa y disfruta de él; asimismo podría disfrutar de un derecho aquella persona que actúa en representación del titular.

Dicho esto, cabría precisar que respecto de un mismo derecho podrían existir dos beneficiarios, un beneficiario directo, y otro, indirecto. Beneficiario directo es aquel que usa y disfruta de un derecho, sin intermediarios; por otro lado, beneficiario indirecto es aquel que va a gozar de un derecho, pero que para beneficiarse con el mismo necesita de la intervención de otro sujeto.

En lo que atañe a determinar quién es el beneficiario del derecho de alimentos, como lo señala la parte final del artículo 856 de Código Civil, es necesario interpretarlo conjuntamente con lo prescrito en el artículo primero del mismo texto legal, de cuyo análisis conjunto aparece que los beneficiarios del derecho a alimentos son dos: el concebido y su madre.

Para poder calificar el tipo de beneficiario que sería cada uno de ellos, se tiene que analizar dos situaciones específicas⁹⁷:

1. Por la situación en que se encuentra el concebido, este solo podría disfrutar y beneficiarse materialmente de los alimentos si su madre antes se beneficia de ellos. En este supuesto la madre sería la beneficiaria directa, y el concebido, el beneficiario indirecto.
2. Lo que facilita a la madre a solicitar los alimentos para su beneficio es su condición de mujer embarazada, que se acredita con la presencia del concebido gestado; dichos alimentos se le otorgaran siempre y cuando se corrobore su estado de necesidad, porque se entiende que así también se beneficiará el concebido. Desde esta óptica, el concebido sería el beneficiario principal, y la madre, la beneficiaria intermediaria.

A la luz de los artículos 1 y 856 del Código Civil, se desprende que son dos los beneficiarios del derecho de alimentos: el concebido, como beneficiario principal e

⁹⁷ Cfr. SÁNTILLAN SANTA CRUZ, Romina. *La situación jurídica del concebido. Una interpretación histórica – legislativa y teleológica*, Óp. Cit., pp. 144 – 145.

indirecto, y su madre, como beneficiaria directa pero intermediaria, ya que se trata de un derecho que corresponde al hijo concebido, pero que la madre –siendo esta extraña a la herencia– ejercita en nombre y en bienestar de su hijo, debido a que no existe nada que beneficie más directamente al concebido que el bienestar de su gestante, lo que conlleva a que esta tenga la facultad de valerse de los bienes materia de la herencia de aquel, siempre que lo requiera⁹⁸, es decir, que se encuentre en estado de necesidad.

2.4. El derecho a alimentos del concebido: atribución suspendida o no a su nacimiento con vida

Luego de haber manifestado quienes son los beneficiarios directo e indirecto del derecho de alimentos, es importante determinar si la atribución de este derecho se encuentra supeditado al nacimiento con vida del concebido, pero para ello debemos primero hacer mención a que en su acepción común los alimentos “son sustancias que un ser vivo toma o recibe para su nutrición”⁹⁹, es decir, es toda aquella sustancia que es esencial para la subsistencia de los organismos vivos.

Desde una perspectiva jurídica, “por alimentos debe entenderse la prestación en dinero o en especie que una persona, en determinadas circunstancias puede reclamar de otras, entre las señaladas por la ley, para mantenimiento y sobrevivencia; ya que es todo aquello que por ministerio de ley o resolución judicial un individuo tiene derecho a exigir (acreedor) de otro (deudor) para vivir”¹⁰⁰, es decir, los alimentos constituyen una obligación prestacional por parte de un deudor alimentario a favor de un acreedor alimentario, lo cual permitirá la subsistencia de este último, entendiéndose que aquellos podrán prestarse en dinero o en especie.

Sobre el particular, el Código Civil en su artículo 472 expresa que: «[s]e entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y

⁹⁸ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Suspensión de la partición por heredero concebido” en *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Op. Cit., p. 746.

⁹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española (DRAE), 22ª ed., publicada en 2001, acceder a <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

¹⁰⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. *Derecho de Familia*, 2ª ed., México, Oxford Universidad Press, 2012, p. 33.

asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia[...]». Como se analizó en acápite anterior, existe una discusión doctrinaria sobre la naturaleza y contenido del derecho de alimentos, habiéndose definido anteriormente que el derecho de alimentos es de carácter extrapatrimonial aunque la forma de prestarse pueda ser dineraria. Asimismo, con relación a los derechos del concebido, el artículo 1 del Código Civil establece un régimen distinto en el tratamiento de aquellos, dependiendo si su naturaleza es patrimonial o no patrimonial.

De la última parte de dicho artículo se desprende que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a su nacimiento con vida; a *contrario sensu*, aunque no lo refiera expresamente, sus derechos extrapatrimoniales no estarán suspendidos a la producción de dicha condición. Y el derecho de alimentos es un derecho que se ha destinado a proteger la supervivencia de la persona, su desarrollo biológico y su formación, a fin de que esta pueda insertarse activamente en la sociedad y paralelamente generarse la oportunidad de concretar su proyecto de vida, que comprende la realización de la persona en el ámbito material y espiritual¹⁰¹.

En tal sentido, el concebido, en su situación como tal, es titular del derecho de alimentos y como este es un derecho suyo, en aplicación del citado artículo 1, ha de entenderse que podría gozar de ese derecho desde la concepción, siempre que concurren las circunstancias del artículo 481 del Código Civil, que se refieren al estado de necesidad, lo cual se traduce en una indigencia o insolvencia que impide la satisfacción de los requerimientos alimentarios, y a las posibilidades económicas, que están referidas a los ingresos del obligado a dar alimentos¹⁰².

Cuando nos referimos al estado de necesidad en que debe encontrarse el alimentista, significa que este carezca de recursos para atender sus propias necesidades. De otro lado, cuando se hace mención a las posibilidades del obligado quiere decir que este esté en las condiciones económicas suficientes

¹⁰¹ Cfr. GONZÁLEZ FUENTES, Cecilia Gabriela. *Alimentos: El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*, Lima, Biblioteca Nacional del Perú, 2007, p. 15.

¹⁰² Cfr. CORTÉS PEREZ, Cesar Daniel y QUIROZ FRÍAS, Alvin Paul. "Derecho fundamental a los alimentos: En nombre del padre y por derecho del hijo" en *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, p. 172.

para brindar dicha pensión al alimentista, sin que ello ponga en peligro su subsistencia.

A estos requisitos planteados se le pueden sumar dos más. Uno de ellos es la norma legal que establezca la obligación, pues para ejercer el derecho tiene que existir una regla genérica que ordene la prestación; generalmente se da a partir de los vínculos familiares existentes entre el acreedor y deudor. Otro requisito que podría tenerse en cuenta es la proporcionalidad en su fijación, la cual supone dentro de una obligación alimentaria, por una parte, la existencia de una norma legal que la establezca y, por otra, dos personas –acreedor, deudor–. Pero, además, implica que su regulación se establezca en una suma determinada o fijada en un porcentaje de acuerdo con los ingresos o remuneraciones del obligado¹⁰³.

2.5. Otros supuestos de alimentos para el concebido

En el acápite anterior se concluye que siendo el derecho de alimentos un derecho personalísimo, y en tanto es indispensable para el desarrollo del concebido, este no se encuentra condicionado a su nacimiento con vida por la misma naturaleza de tal derecho, por ello es cierto que la obligación de los progenitores de sostener a los hijos es el más importante deber moral y jurídico.

Este derecho se origina en la consanguineidad y otros factores jurídicos que la reafirman, como: el matrimonio de los padres, el ejercicio de la patria potestad, el goce del usufructo legal, la presunción de paternidad por haber mantenido trato sexual en la época de la concepción, etc. “Por mandato constitucional todos los hijos tienen iguales derechos, sin embargo estos pueden estar colocados en diversas situaciones con respecto a los padres como la del hijo matrimonial y extramatrimonial”¹⁰⁴, siendo estos últimos los que abarcaremos a continuación.

2.5.1. El hijo concebido extramatrimonialmente alimentista

Entre los supuestos para desarrollar tenemos primero al hijo alimentista que es el hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente por su padre, y a

¹⁰³ Cfr. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando, p. 173.

¹⁰⁴ PERALTA ANDIA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. 4ta ed., Lima, Idemsa, 2008, p. 572.

quien se le debe proveer una pensión alimenticia, hasta cierta edad. Para la determinación de la valoración entre el hijo y el posible padre, la norma exige probar que el varón ha mantenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción¹⁰⁵. Esta es una presunción legal de paternidad para el solo efecto alimentario, no constituyendo un verdadero estado paterno filial.

Para efectos de nuestro trabajo, es relevante destacar la vinculación que existe entre la relación sexual de la madre con el varón al momento de la concepción, de quien no se puede decir con seguridad que es el padre. Este supuesto se encuentra fuera de los casos del artículo 402 del Código Civil, que establece las situaciones en las que procede la declaración judicial de filiación extramatrimonial, siendo que el artículo exacto para desarrollar este punto es el artículo 415 del Código Civil, el cual establece que: «Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental».

Existe una circunstancia de cuya gravedad no puede desentenderse el Derecho, y es el estado de necesidad en que tal hijo se encuentra y que exige, por razones elementales, que alguien lo satisfaga¹⁰⁶. De esta consideración surge una vocación alimentaria de tal hijo, que si no se basa en la relación familiar legalmente establecida, se funda en el derecho a la vida que tiene todo ser humano por el hecho de serlo.

Para determinados autores, se genera una responsabilidad en el varón aludido, a pesar de que no existen condiciones para establecer judicialmente su paternidad. Por ello precisamos que la denominación de hijo es incorrecta, ya que no es otra cosa que acreedor alimentario por parte de quien mantuvo relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción o de quien negó a someterse a

¹⁰⁵ Cfr. MEJÍA SALAS, Pedro. *Derecho de alimentos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2005, p. 33.

¹⁰⁶ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *Las reglas del amor en probetas de laboratorio. Reproducción humana asistida y derecho*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 56.

las pruebas biogenéticas decretadas en un proceso de declaración judicial de paternidad¹⁰⁷. En ese sentido, se alega que la obligación nace al existir un indicio, no probado, de que aquel sea el padre, lo que determina una presunción alimentaria de paternidad.

Después de haber hecho un análisis concreto acerca del hijo alimentista, se concluye que el hijo concebido extramatrimonialmente alimentista es un sujeto pasivo del derecho de alimentos, ya que la madre puede acreditar el trato sexual con el varón en la época de la concepción, es decir, la madre en su condición como gestante y encontrándose en estado de necesidad, puede actuar en representación del concebido, entonces tiene derecho a accionar no por filiación sino por alimentos, y los pedirá a favor de su hijo a aquel varón con el que mantuvo relaciones sexuales¹⁰⁸. En realidad, lo que ha hecho el legislador peruano es conceder un derecho alimentario a este hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado como tal.

2.5.2. El hijo concebido aún no nacido judicialmente reconocido

Otro de los supuestos a tomar en cuenta es del hijo concebido aún no nacido pero judicialmente reconocido, en el cual los lazos de parentesco son variados y múltiples, de diverso origen e intensidad. Se extienden como un vínculo familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza (consanguineidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción). De todas estas relaciones parentales la más importante y de mayor jerarquía es la filiación, entendida como aquel vínculo existente entre padre e hijos, aquella calidad que el hijo tiene con respecto de su padre o madre¹⁰⁹. La filiación puede ser matrimonial y extramatrimonial. La primera deriva del matrimonio, otorgando a los hijos del justo matrimonio todos sus derechos civiles y políticos.

¹⁰⁷ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*, Lima, Fondo Editorial Universidad de Lima, 1999, p. 62.

¹⁰⁸ Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Instituto Jurídico de los alimentos*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1998, p. 51.

¹⁰⁹ Cfr. ALFARO PINILLOS, Roberto. *Diccionario Práctico de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Lima, Motivensa, 2014, p. 858.

La filiación matrimonial se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo su causal esencial. Por ende, son hijos matrimoniales los concebidos y nacidos dentro del matrimonio, así también, los concebidos fuera pero nacidos dentro del matrimonio, y los concebidos dentro y nacidos fuera (dentro de los 300 días de la disolución)¹¹⁰. Esta filiación se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres.

La filiación extramatrimonial, por su parte, es aquella filiación sin nexo con el matrimonio entre los progenitores, siendo que puede existir un vínculo matrimonial de los progenitores o de uno de ellos, con otra persona (extraña a la filiación)¹¹¹. En este tipo de filiación se puede dar un reconocimiento forzoso y voluntario; el forzoso es cuando no se obtiene espontáneamente el reconocimiento de los hijos, a diferencia del reconocimiento voluntario, el cual consiste en virtud de la manifestación espontánea de la voluntad de uno o ambos progenitores para aceptar como hijo al que no tiene reconocido como tal.

“Este reconocimiento pueden efectuarlo los padres de modo conjunto o separado y debe hacerse por medio de alguna de las formas legales: en la partida de nacimiento ante el juez del Registro Civil, en el acta especial de reconocimiento ante la misma autoridad, incluso cuando el nacimiento se haya registrado con anterioridad, mediante escritura ante notario público, por testamento, por confesión judicial directa y expresa”¹¹².

Con respecto a esta última forma legal del reconocimiento voluntario, la cual es dada por confesión judicial, es la que se abarca en este supuesto cuando el hijo concebido aun no nacido es reconocido judicialmente; aquí la madre puede pedir alimentos en representación del concebido para la subsistencia de este.

¹¹⁰ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia. Derecho de filiación*, Tomo IV, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, pp. 125, 129.

¹¹¹ Cfr. GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Juristas Editores, 2008, p. 297.

¹¹² BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Op. Cit., p. 231.

El artículo 414 del Código Civil refiere que «en los casos del artículo 402¹¹³ del mismo texto legal, así como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y sesenta días posteriores al parto, así como el pago de los gastos ocasionados por este y por el embarazo». Como se puede observar de la misma norma, se trata de los alimentos, los cuales cubren todos los conceptos que encierran, y a los cuales se adicionan los gastos propios del embarazo y parto¹¹⁴.

Respecto a esta norma habría que tener presente lo señalado por el Código de los Niños y Adolescentes en la parte final de su artículo 101, cuando refiere que también deben considerarse como parte de los alimentos a los gastos de embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de post parto. Entendemos que la norma ha sido pensada en función del artículo 1 del Código Civil, que señala que la vida humana comienza con la concepción. Y, desde tal perspectiva, hay que alimentar a la madre desde ese momento pues así estamos protegiendo su vida y la del concebido.

El supuesto planteado hace alusión a aquel padre que ha reconocido voluntariamente al concebido, y siendo el reconocimiento “[...] un acto de poder, en el sentido de que el ordenamiento jurídico lo concede al padre para producir los efectos que la ley determina, poder que es ejercitado reconociendo y cuyo efecto es la constitución de un estado de filiación [...]”¹¹⁵, queda así establecida una relación paterno filial, la que genera tal obligación alimentaria. Y en el

¹¹³ Ad litterae el artículo 402 prescribe *La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: 1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita. 2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia. 3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales. 4. En los casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. 5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitada. 6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.*

El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

¹¹⁴ Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Instituto Jurídico de los alimentos*, Op. Cit., p. 62.

¹¹⁵ LLEDÓ YAGUE, Francisco. *Compendio de derecho de familia*, Madrid, 2000, p. 378.

supuesto caso que el padre quisiera desligarse de dicha obligación, podría exigírsele el cumplimiento de su obligación alimentaria por cuanto los alimentos son de carácter extrapatrimonial, y le son atribuidos al concebido desde el momento de la concepción, ya que el derecho de alimentos encuentra su real dimensión en su interrelación con los demás derechos fundamentales, tales como: el respeto a la dignidad, la protección de la familia, el bienestar, la salud y por supuesto con la alimentación misma¹¹⁶.

Dicho así, en su condición de gestante y representante del concebido, la madre podrá ejercitar la acción legal correspondiente para que los órganos jurisdiccionales garanticen el cumplimiento de la obligación alimentaria en beneficio de su hijo concebido por ser este último titular del derecho de alimentos, pudiendo gozar del mismo, más aun cuando ya existe un reconocimiento judicial de paternidad.

¹¹⁶ Cfr. WONG ABAD, Juan Jesús. La asignación anticipada de alimentos y el impedimento de salida del país en *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, p. 196.

CONCLUSIONES

1. La vida humana debe ser protegida desde que biológicamente existe. El Código Civil peruano en su artículo primero declara que la vida humana comienza con la concepción, siendo desde ese momento digno de protección; pero la norma mencionada no se limita a reconocer que el concebido es sujeto de derecho, sino que además precisa que tal condición solo le corresponde “para todo cuanto le favorece”, posicionando al concebido como sujeto de derecho privilegiado, titular de derechos primarios como: el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a los alimentos los cuales le corresponden por el solo de ser persona, razón por la cual el concebido puede gozar del derecho de alimentos.

2. En el derecho de alimentos para el heredero concebido son dos los beneficiarios, el concebido, beneficiario principal e indirecto, y su madre, beneficiaria directa pero intermediaria, ya que se trata de un derecho que corresponde al hijo concebido, pero que la madre –siendo extraña a la herencia– ejerce en nombre y en bienestar de su hijo, debido que no existe nada que beneficie más directamente al concebido que el bienestar de su gestante, lo que conlleva que esta tenga la facultad de valerse de los bienes materia de la herencia de aquel, siempre que lo requiera, es decir, que se encuentre en estado de necesidad.

3. El derecho de alimentos es de naturaleza extrapatrimonial, ya que el fin de este derecho es la satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida. Se le otorga este carácter extrapatrimonial en virtud de las necesidades que busca satisfacer su debida garantía de un fundamento ético - social y del hecho de que el alimentista no tiene ningún interés económico, ya que la prestación

recibida no aumenta su patrimonio ni sirve de garantía a sus acreedores, presentándose como una de las manifestaciones del derecho a la vida, a la integridad, a la salud, al bienestar, todos de orden personal. Por lo cual la atribución del derecho alimentario al concebido no está condicionada a su nacimiento con vida.

4. El hijo póstumo es aquel que nace después del fallecimiento de su padre, pero aquel no podría gozar de la herencia ya que la partición de esta se suspende hasta su nacimiento con vida, sin embargo teniendo el concebido su status como heredero puede gozar del derecho de alimentos. En tal caso la madre podría solicitar el derecho de alimentos para el concebido de encontrarse en estado de necesidad, y este puede gozar de tal derecho, ya que es de naturaleza extrapatrimonial, es decir, no está condicionado a su nacimiento con vida.
5. La protección que le otorga el artículo 856 del Código Civil al concebido, en cuanto a la partición de la masa hereditaria y el disfrute de la herencia en tanto la madre tenga necesidad de alimentos, no sería el único caso en que el concebido puede disfrutar del derecho alimentario antes de su nacimiento. También puede ser contemplado el supuesto del concebido extramatrimonialmente, en donde la madre tiene pruebas para acreditar quién sería el padre pese a que no existe filiación determinada con relación al concebido (hijo alimentista), y finalmente cuando el presunto padre lo ha reconocido en la vía judicial, pero decide desligarse de su obligación alimentaria.

Estos tres supuestos pueden desprenderse de la sistemática estructura del Código Civil de 1984, que formula una interpretación a la luz de su artículo 1 como regla de protección que se extiende a favor de todo concebido y respecto a cualquier efecto que le sea favorable no importando el tipo de filiación (matrimonial o extramatrimonial) que respecto del padre tuviera el concebido.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

1. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*, 2ª reimpresión, Lima, Ediciones legales, 2010.
2. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Instituto Jurídico de los alimentos*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1998.
3. ALFARO PINILLOS, Roberto. *Diccionario Práctico de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Lima, Motivensa, 2014.
4. BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. *Derecho de Familia*, 2ª ed., México, Oxford Universidad Press, 2012.
5. BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Manual de derecho de familia*, Lima, Ediciones jurídicas, 2006.
6. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La constitución de 1993 análisis comparado*, 5 ed., Lima, Roa editora, 1999.
7. BOSSERT, Gustavo. *Régimen jurídico de los alimentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004.
8. CANALES TORRES, Claudia. *Criterios en la determinación de la pensión de alimentos en jurisprudencia*, Lima, Gaceta jurídica, 2013.
9. CÓRDOBA Levy y SOLARI WAGMAISTER, *Derecho Sucesorio*, Tomo II. reimpresión, UNIVERSIDAD, Argentina, 1992,
10. CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Comentarios a la constitución*, 5ª ed., Lima, Jurista Editores, 2010.

11. ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de Sucesiones*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999.
12. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Gaceta jurídica, Lima, 2008.
13. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, 5ª ed., Lima, Rodhas, 2008.
14. FERRERO, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 6º ed., Lima, Grijley, 2002.
15. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas .Análisis artículo por artículo al libro primero del Código Civil Peruano*, 12ª ed., Lima, Motivensa, 2012.
16. FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al libro Primero del Código Civil Peruano*, 10ª ed., Lima, Grijley, 2007.
17. GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Juristas Editores, 2008.
18. GARCIA TOMA, Víctor. *Los derechos humanos y la Constitución*, Lima, Gráfica Horizonte, 2001.
19. GUEVARA PEZO, Víctor. *Persona Natural*. 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
20. GONZALEZ FUENTES, Cecilia Gabriela. *Alimentos: El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*, Lima, Biblioteca Nacional del Perú, 2007.
21. HERVADA, Javier. *¿Qué es el derecho?*, Bogotá, Temis, 2005.
22. IDROGO DELGADO, Teófilo. *Teoría del acto jurídico*, 2ª ed., Lima, Idemsa, 2004.
23. JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de Derecho de Sucesiones*, Lima, Juristas Editores, 2009,

24. LEÓN BARANDIARAN, José. *Tratado de derecho civil*, Tomo I, Lima, WG Editor, 1991.
25. LLEDÓ YAGUE, Francisco. *Compendio de derecho de familia*, Madrid, Lex Nova, 2000.
26. MAFIA O., Jorge, *Tratado de la Sucesiones*, Tomo I, 3ª edición, actualizada por Lidia Beatriz Hernández y Luis Alejandro Ugarte, Argentina, Argentina Abeledo Perrot S.A., 2012.
27. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *La persona física: Comienzo y fin de la personalidad*, Barcelona, José María Bosch editor, 2000.
28. MARTÍNEZ ESCRINAO, Celia. “La partición de la herencia” en *La sucesión hereditaria y el juicio divisorio*, España, Lex Nova, 2012.
29. MEJIA SALAS, Pedro. *Derecho de alimentos*, Perú, Ediciones Jurídicas, 2005, p. 33.
30. MORALES GODO, Juan. *El status del concebido: Instituciones del Derecho Civil*, Lima, Palestra, 2009.
31. OLAVARRIA VIVIAN, Juan A. *Derecho de Sucesiones, Exegesis Sustantiva y Procesal*, Adrus, 2012.
32. PERALTA ANDIA, JAVIER ROLANDO. *Derecho de familia en el código civil*. 4ºed., Lima, Idemsa, 2008
33. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de familia en el Código Civil*, 3ª ed., Lima, Idenmsa, 2002.
34. RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*, 2ª ed., Lima, Fondo editorial del Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.
35. RUBIO CORREA, MARCIAL. *Las reglas del amor en probetas de laboratorio. Reproducción humana asistida y derecho*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.
36. SANTA MARIA D´ ANGELO, Rafael. *Dignidad Humana y “Nuevos Derechos” una confrontación en el derecho peruano*, Lima, Palestra, 2012.
37. SÁNTILLAN SANTA CRUZ, Romina. *La situación jurídica del concebido. Una interpretación histórica – legislativa y teleológica*, Lima, Motivensa, 2014.

38. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto jurídico*, 3ª ed., Lima, Idemnsa, 2008.
39. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*, 3ª ed., 1ª reimpresión, Lima, Idemsa, 2008.
40. VARSÍ RASPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*, 4ª ed., Lima, Grijley, 2001.
41. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia. Derecho de filiación*, Tomo IV, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.
42. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*, Tomo III, Lima, Gaceta jurídica, 2012.
43. VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE. *Filiación, derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*, Lima, Fondo Editorial Universidad de Lima, 1999.
44. VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. *Derecho de familia: teórico – práctico*, Lima, editorial Huallaga, 1998.
45. VIDAL RAMIREZ, Fernando. *El acto Jurídico*, 4ª ed., Perú, Gaceta Jurídica, 1999.
46. ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia*, 5ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2006.
47. ZEGARRA MULANOVICH, Alvarado. *Descubrir el Derecho: Las nociones elementales del derecho privado y el derecho público explicados en forma sistemática*, Perú, Palestra editores, 2009.

Obras Colectivas:

48. CORTES PEREZ, Cesar Daniel y QUIROZ FRÍAS, Alvin Paul. “Derecho fundamental a los alimentos: En nombre del padre y por derecho del hijo” en *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014.
49. FEDERICO BLASI, Gastón. “¿Cuál es el estatuto jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario” en *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, Motivensa, 2009.
50. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Protección jurídica al concebido” en *La Constitución comentada*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2006.

51. HERRERA PAULSEN, Darío y GODENSI ALEGRE, Jorge. “Derecho Romano” en *concordancia con el código civil y aportes doctrinarios*, Lima, Grafica Horizonte, 2002.
52. MONGE TALAVERA, Luz. “Principio de la persona humana y de la vida” en *Código Civil comentado*, Tomo I, 2ª ed., Lima, Gaceta jurídica, 2007.
53. NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. “Notas sobre la problemática en torno a la condición contemplada en el artículo 1 del Código Civil peruano” en *La persona Volumen IV*, Lima, Motivensa, 2010.
54. SÁNCHEZ BARRAGÁN, Rosa de Jesús. “El tratamiento jurídico del derecho a la vida en relación al concebido desde el pensamiento de Carlos Fernández Sessarego” en *La persona en el derecho peruano: Un análisis jurídico contemporáneo. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, Lima, Emdecosge, 2010.
55. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Suspensión de la partición por heredero concebido” en *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003.
56. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El heredero concebido suspensión de la partición de sus bienes (un análisis creativo del artículo 856 del código civil peruano)” en *Persona derecho y libertad*, Lima, Motivensa, 2009.
57. WONG ABAD, Juan Jesús. *La asignación anticipada de alimentos y el impedimento de salida del país en Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014,

Revista:

58. SANTILLAN SANTA CRUZ, Romina. “Atribucion de derechos patrimoniales al concebido a condición de que “nazca vivo”, ¿Condición suspensiva o resolutoria?”, en *Gaceta Civil*, Tomo 18, diciembre 2014.
59. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. “La protección jurídica desde el principio de la vida humana: A propósito del reconocimiento de la concepción en la legislación civil peruana”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 61, enero 2013.

Tesis:

60. MORENO GARCÍA Johanna Ivette. Derecho alimentario del hijo extramatrimonial, Tesis para optar el título de abogada, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo del Perú, Chiclayo, 2009.

Legislación:

61. *Constitución Política del Perú*, 4ª ed., Lima, Editora Perú, 2001.
62. *Código Civil*, 6ª ed., Lima, Grijley, 2005.
63. Declaración Universal sobre los Derechos Humanos proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; aprobada en el Perú.
64. Declaración de los derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Recurso electrónico:

65. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario jurídico* [Ubicado el 06 IX 2014] obtenido en <http://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Juridico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres>.
66. LLAJA VILLENA, Jeannette. *Justicia de género. El derecho a la vida del concebido y la regulación del aborto*, 2009, [ubicado el 09.VI.2014]. Obtenido en http://www.demus.org.pe/fotos/31c_seriejg_el_der_ala_vida_del_concebido.pdf.
67. PLÁCIDO, Alex. Los alimentos desde una perspectiva de derechos del niño [Ubicado. 06 IX. 2014], Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/item/144564/los-alimentos-desde-una-perspectiva-de-derechos-del-nino>.
68. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española (DRAE), 22ª ed., publicada en 2001, acceder a <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.