

RÉGIMEN JURÍDICO DEL NASCITURUS

Por.: Santiago Osorio Arrascue (*)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: 1) NASCITURUS. 2) CONCEBIDO 3) EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA DEL CONCEBIDO. 3.1) EL CONCEBIDO EN EL DERECHO ROMANO. A) EL CONCEBIDO EN FUNCIÓN DE LA FAMILIA. B) EN FUNCIÓN DEL PROPIO CONCEBIDO 3.2) CONCEPCIÓN CANÓNICA MEDIEVAL 3.3) EL CONCEBIDO EN EL DERECHO INTERMEDIO A) EL CONCEBIDO EN LA EDAD MEDIA B) CONCEPCIÓN CANÓNICA MEDIEVAL 3.4) EL CONCEBIDO EN LA CÓDIFICACIÓN CIVIL 4) VIDA HUMANA. 5) CONCEPCIÓN. 6) EL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHO. 7) EL CONCEBIDO COMO NIÑO. 8) DERECHOS DEL CONCEBIDO. 9) DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO 9.1) DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO 9.2) DERECHO A LA INTEGRIDAD 9.3) DERECHO A NACER 10) DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL 10.1) DIGNIDAD 10.2) NUMERUS APERTUS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 11) DERECHO CIVIL 11.1) DERECHOS SUBJETIVOS 11.2) DERECHOS PATRIMONIALES 12) DERECHOS DEL CONCEPTURUS. CONCLUSIONES. RECOMENDACIONES. NOTAS. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCION.-

En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce que desde la concepción-dies a quo - hasta el nacimiento - dies a quem - es concebido. Desde el nacimiento hasta la muerte es persona. El cadáver, en cambio, es objeto de derecho con tratamiento jurídico especial, en concordancia con el respeto de creencias religiosas y en cumplimiento de valores éticos y morales. Por su parte, persona es el ser o entidad capaz de derechos. Persona física es todo ser humano. En cambio persona jurídica es la entidad independiente de sus elementos componentes a la que el Estado reconoce individualidad propia, sujeto de derechos y obligaciones, con capacidad de obrar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos de representación¹.

1 - NASCITURUS

Según Juan Espinoza², la doctrina admite una categoría genérica denominada "Nasciturus" al que habrá de nacer; la cual, a su vez, comprende dos especies, a saber:

- Conceptus o concebido
 - Concepturus al que habrá de ser concebido.
- Desde esta perspectiva tratemos de puntualizar el régimen jurídico del nasciturus en sus dos acepciones :
- Conceptus o concebido, como ente realmente existente en el claustro materno y Concepturus, al que habrá de ser concebido, como un ente "futuro" con imputaciones jurídicas.

2- CONCEBIDO

El concebido es un sujeto de derecho privilegia-

(*) Profesor Asociado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política U.N.M.S.M.



do, que se inicia desde la concepción y culmina antes del nacimiento. En mi opinión dice Espinoza³ el concebido es el ser humano antes de nacer que, pese a que depende de la madre para subsistir, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y deberes que le favorecen. Por eso es un sujeto de derecho privilegiado acota el mismo autor.

3- EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA DEL CONCEBIDO

La conceptualización del concebido ha ido perfilándose a través del tiempo. Siguiendo la clásica división de la Historia Universal, la idea lo podemos visualizar en las siguientes etapas:

- 3.1 Antigua con el Derecho Romano
- 3.2 Medieval con la concepción canónica medieval
- 3.3 Moderna con la concepción del concebido en el derecho intermedio;
- 3.4 Contemporánea, el concebido en la codificación civil.

3.1 - El Concebido en el Derecho Romano

Siguiendo al maestro de Derecho de Personas, el profesor Carlos Fernández Sessarego⁴, "la generalidad de los autores que han estudiado las fuentes romanas, con el deliberado propósito de precisar cuál era el tratamiento jurídico del concebido, sostienen que del examen de los textos se puede concluir que sólo el nacimiento determina el inicio de la subjetividad y, por ende, de su capacidad jurídica. Advierten que aunque en dichos textos no aparece una clara enunciación, se colige de modo implícito cuando dichos textos refieren a situaciones concretas, relativo a ciertas instituciones adscritas al concebido, se descarta la posibilidad de considerarlo sujeto de derecho o, específicamente, como persona. Aún careciendo de capacidad el concebido no era extraño al derecho, pues, en determinados casos se refiere a él:

- a).- En función de la familia, y
- b).- En función de él mismo.

a) El concebido en función de la familia

Siguiendo al profesor Fernández Sessarego, las fuentes inciden que la protección jurídica en casos singulares no tiene fundamento en el interés del propio concebido si no en el del pater familias. Así, el aborto es sancionado en función de la spes proles del marido, es decir, de la frustración de la esperanza de paternidad. Esta visión del concebido, subordinada a la institución de la familia, varía posteriormente al centrar la concepción en el nasciturus. Esta es la visión de los estratos cultos del siglo III, por la presencia creciente del Cristianismo y por las discusiones de los santos Padres de la Iglesia (San Agustín y Santo Tomás, principalmente). Pero, a pesar de estos avances conceptuales en la apreciación del concebido, con su correspondiente repercusión jurídica, no varió el antiguo principio romano de que la capacidad jurídica sólo se adquiere a partir del nacimiento con vida.

b) En función del propio concebido

En el Derecho Romano Clásico, sólo el nacimiento determina el inicio de la capacidad jurídica, se descarta la posibilidad de considerar al concebido como persona. No obstante, se suele citar algunos pasajes de jurisconsultos romanos donde se advierte que el concebido aún careciendo de capacidad, en algunos casos, se refieren a él en función de la familia y, más adelante en el período bizantino y bajo la influencia del Cristianismo, en cuanto a lo que él mismo significa. El período reservado al concebido en el Derecho Romano Clásico se deduce de algunos testimonios de juristas de los siglos II y III, sobre ciertas y concretas situaciones jurídicas con el concebido, ahí están Gayo, Celso y Juliano, principalmente. Más tarde están Paulo, Ulpiano y Papiniano. Cada uno de ellos con sus apreciaciones propias.

3.2 CONCEPCIÓN CANÓNICA MEDIEVAL

Tertuliano decía que un alma propia y distinta a la de los padres, ingresaba en el seno del conce-



bido en el momento mismo de la concepción, que al ser una criatura eterna, debía condenarse el aborto intencional.

Otros pensadores sostenían que el alma ingresaba al concebido cuando adquiría: figura humana, aspecto humano, o desde que se movía en el vientre materno. De aquí que, el aborto intencional sólo se daba a partir de esta etapa de evolución del feto.

La influencia de la tradición canónica medioeval se hace sentir en la concepción del concebido. Según Fernández Sessarego⁵ los códigos que se suceden no varían el principio forjado en el Derecho Romano, pero dándole una acepción más amplia. No es sólo la salvaguarda de los intereses patrimoniales del concebido, protegidos y reservados a la espera del nacimiento, sino que se tutela al concebido en sí mismo, aunque no llegue a ser considerado técnicamente como un sujeto de derecho, "se le valora por lo que él mismo representa: un ser dotado de alma, un ser de naturaleza humana"⁶

3.3 EL CONCEBIDO EN EL DERECHO INTERMEDIO

Se subdivide en dos:

- a) La concepción del concebido en la edad media
- b) La concepción canónica medioeval

a) EL CONCEBIDO EN LA EDAD MEDIA

A los lombardos y a los romanos, antes de los glosadores, al concebido se le reservaba bienes a título sucesorio y por donación.

Después de la vigencia del Derecho Romano, en plena Edad Media, siguió la misma consideración jurídica del concebido. Se protegió ciertos intereses con exclusión de terceros, a espera del nacimiento, con el cual recién surge la persona, otorgándole subjetividad o capacidad jurídica. Con los postglosadores, siglo XIV, específicamente con Baldo, se da la idea de la teoría de la ficción del embrión, concepción que subyacía en el pensamiento de los jurisperitos romanos, y que en el futuro estaría fijado en la casi totalidad de los códigos civiles del sistema romano germánico de Occidente.

b) Concepción Canónica Medieval

Reiteramos que Tertuliano decía que un alma propia y distinta a la de los padres, ingresaba en el seno del concebido en el momento mismo de la concepción, que al ser una criatura eterna debía condenarse al aborto intencional.

Otros pensadores sostenían que el alma ingresaba al concebido cuando adquiría: figura humana, aspecto humano, o desde que se movía en el vientre materno. De aquí que el aborto intencional solo se daba a partir de esta etapa de evolución del feto.

En efecto, la influencia de la tradición canónica medieval se hace sentir en la concepción del concebido. Anota Fernández Sessarego que los códigos que se suceden no varían el principio forjado en el Derecho Romano, pero dándole una concepción más amplia.

3.4 EL CONCEBIDO EN LA CODIFICACIÓN CIVIL

Los códigos civiles contemporáneos no reconocen subjetividad al concebido, considerándolo nacido para el efecto de reservar derechos, bajo condición suspensiva, los derechos que le concede el ordenamiento jurídico a la espera de su nacimiento. La categoría de sujeto de derecho o persona, se adquiere según lo prescrito por dichos códigos al momento de nacer vivo, instante en que la persona natural recién adquiere los derechos que se encontraban pendientes.

La teoría de la ficción, uno de los sostenedores es Savigny, es la aceptada genéricamente en doctrina, a excepción de Argentina que, conjuntamente con nuestro Código de 1984, atribuye subjetividad al concebido al reconocerle la categoría de sujeto de derecho, "con capacidad para adquirir derechos de modo actual y efectivo, sin condicionarlos a que nazca vivo", según afirma Fernández Sessarego.

A parte de la teoría romana de la personalidad jurídica y el de la teoría de la ficción, se presentan otras tesis. Algunos autores consideran que entre la concepción y el nacimiento, los derechos atribuidos al concebido carecen de sujeto, mientras otros sostienen que hay un sujeto de-



terminado. Entre la calificación de sujeto indeterminado o determinado del concebido, se presenta una situación interina o excepcional, en el entendido que hay una masa de bienes en estado de indeterminación transitoria de su titular, por lo que existe una "situación de pendencia", posición seguida por Castro y Bravo⁷. También se alega invocando derechos futuros o condicionales o, simplemente, de "protección de intereses expectantes y futuros, que por el nacimiento se convierten en derechos definitivos", afirma Castán y Tobeñas.⁸

La categorización argentina y peruana es diferente. El Art. 63 del Código de Vélez Sarsfield considera al concebido como "persona por nacer cuya existencia comienza con la concepción". Mientras el Art. 1º de nuestro Código Civil de 1984 le otorga la categoría de sujeto de derecho sin designarlo formalmente como persona.

4- VIDA HUMANA

El Derecho Natural es la base doctrinaria de los Derechos Humanos y éste, a su vez, es fuente doctrinaria del Derecho de Personas.

Pues bien, en el ciclo vital humano se presenta evidentemente tres hechos naturales que producen consecuencias jurídicas, a saber: la concepción, el nacimiento y la muerte. En tal virtud, la vida humana comienza desde la concepción, indiscutiblemente. Esta visión natural del hombre es la que inspira la *ratio legis* del Art. 1 del Código Civil de 1984 al establecer categóricamente que la vida humana comienza desde la concepción.

5- CONCEPCIÓN

"La existencia de las personas humanas comienza con la concepción", dice el Art. 15 del Proyecto de Código Civil de Argentina⁹.

Resulta completamente claro que la concepción es la conjunción del espermatozoides varonil con el óvulo femenino, entonces el hombre desde que eyacula y la mujer a partir de su inicio menstrual, pueden ambos coparticipar en la concepción. Pero la cuestión no es tan clara como parece, por la presencia de factores de ambas partes, que se debe tener presente para precisar en qué momen-

to ocurre la época de la concepción y, sobre todo, cuándo realmente ocurre.

Por un lado, hay consideraciones orgánicas femeninas que se deben tener presente. Es criterio común generalizado de que la suspensión de la menstruación es signo de gravidez, lo que no es absolutamente cierto; porque, en primer lugar, las fechas menstruales son variables, de persona a persona, se dan en tres o cuatro días, pero hay casos que duran hasta ocho días. En segundo lugar, la señora sigue menstruando pero ya se encuentra embarazada.

Por el lado masculino hay otras situaciones a tomar en cuenta, a saber: el de los vasectomizados y el de los operados de la próstata. Ellos no eyaculan pero pueden lubricar y si lubricando pueden embarazar, ésta es la interrogante a dilucidar. Hay posiciones encontradas: afirmativa y negativamente. Sin embargo, la jurisprudencia de Derecho Civil Internacional presenta casos de que las señoras casadas han salido embarazadas de sus esposos operados. En España, por ejemplo, el esposo demandó por daños a la Clínica que lo operó y el juez amparó la pretensión.

A parte de los protagonistas masculino y femenino en la concepción, hay un tercer factor de orden fármaco a tomar en consideración. En el sentido de que si la píldora del día siguiente interrumpe la concepción, y, en el mejor de los casos, si se produce la concepción, el uso de la píldora del día siguiente es o no abortiva. Aquí también hay posiciones contradictorias de los médicos y de los juristas. Unos sostienen que, dependiendo de la naturaleza individual femenina, hasta la tercera semana recién se produce la ovulación, al suspenderse la menstruación, en tal virtud el uso de la píldora del día siguiente ni siquiera interrumpe la concepción. Esta es la posición de los médicos, de los hombres de ciencia. Al contrario los hombres de Derecho tienen una posición diferente, los juristas civilistas y los juristas genéticos.

Los juristas civilistas, siguiendo el principio del Código Civil de que la vida humana comienza desde la concepción; sostienen que la píldora del día siguiente interrumpe el curso natural del



desarrollo celular conducente a la ovulación, paso indispensable para la concepción.

Los estudiosos del derecho genético, por su parte, explican el desarrollo del feto siguiendo la teoría evolucionista del fenómeno.

6- EL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHO

Aceptamos que desde la concepción al nacimiento es concebido y desde el nacimiento hasta la muerte es persona. Entonces, el concebido es sujeto de derecho y la persona, como tal, es también sujeto de derecho. Esto es, la persona, como tal, es sujeto de derecho.

Detengámonos en el concebido. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, prescribe el inc. 1) del art. 2) de las Constituciones de 1979 y 1993. En obediencia a este mandato Constitucional, el art. 1) del Código Civil repite la categoría de "sujeto de derecho en todo cuanto le favorece".

La atribución de sujeto de derecho al concebido es particularmente propio del sistema jurídico peruano. No la encontramos en el derecho civil comparado.

Así, el art. 2) del Código Civil de Holanda de 1998 señala "el hijo del que una mujer está embarazada se lo tiene como ya nacido, cuantas veces su interés se lo requiera. Cuando nazca muerto al mundo, entonces se le considera como si nunca hubiera existido".¹⁰

El nuevo Código Civil de Brasil de 2002 señala en su art. 2) que "la personalidad civil de la persona, comienza desde el nacimiento con vida, más la ley pone a salvo, desde la concepción, los derechos del nasciturus"¹¹.

Este dispositivo brasileño es más amplio, al reconocer derechos al nasciturus y como sabemos, el nasciturus abarca al "conceptus o concebido" como también al concepturus, o sea al que habrá de nacer. Bajo esta acepción de nasciturus (concebido y concepturus) es el sentido del régimen jurídico que en el presente trabajo estamos abordando, comenzando con el concebido y después con el concepturus.

Para mayor ahondamiento del tema, "al concebido se le considera como nacido para la protección de sus derechos y de todo aquello que pudiera favorecerle", dice 2) del art. 1) del Proyecto de modificación del Código Civil de Bolivia de 1998¹². Siguiendo a la reciente doctrina argentina contenida en el Proyecto de Código Civil Unificado¹³ con el Código de Comercio se establece lo siguiente:

- **Comienzo de la existencia.** La existencia de las personas humanas comienza con la concepción: art. 15 del proyecto

- **Tiempo de la concepción.** Duración del embarazo. Se presume que la concepción ha tenido lugar en el espacio de tiempo entre el máximo y mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, salvo prueba en contrario, que el máximo de tiempo de embarazo es de 300 días y el mínimo 180, excluyendo el del nacimiento: art. 16

- **Nacimiento con vida.** Los derechos y obligaciones que el concebido adquiere quedan irrevocables si nace con vida, sino se produce el nacimiento con vida, se considera que la persona nunca a existido, el nacimiento con vida se presume: art. 17. Obviamente si nace muerto hay que probarlo, pero cómo. Tiene que ser con la historia clínica, donde el médico deja constancia de este hecho.

7- EL CONCEBIDO COMO NIÑO

Según el Código del Niño y Adolescente, es niño desde la concepción hasta los 12 años y adolescente desde los 12 hasta los 18 años. A cuya edad se adquiere capacidad civil, según es de público conocimiento.

La protección privilegiada del niño es un mandato expreso Constitucional y del Código del Niño y Adolescente, que se debe cumplir forzosamente.

Entonces, el concebido con la sobreprotección jurídica de niño, tiene que ser amparado sus derechos en forma privilegiada.

8- DERECHOS DEL CONCEBIDO

El concebido en su calidad de sujeto de derecho tiene tres clases de derechos, a saber:



- 8.1 Derechos Fundamentales
- 8.2 Derecho Civil Constitucional, y
- 8.3 Derecho Civil

9 - DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO

Dentro de esta esfera el concebido, a su vez, tiene tres clases de derechos, siguientes:

- 9.1 Derecho a la vida
- 9.2 Derecho a la integridad, y
- 9.3 Derecho a nacer

9.1 DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

Obviamente el derecho a la vida se plasma como ser dependiente de la salud de la madre. La madre, en esta situación, tiene la sobreprotección del mandato constitucional. Pero es ella como persona, el concebido acaso no lo tiene también por su calidad individual de sujeto de derecho. Esta es la razón por la cual debe protegerse al concebido, independientemente del cuidado de la integridad física de la madre. El derecho lo hace a través de la prohibición del aborto, con lo cual se tiende a la pervivencia del feto. Pero, aquí también hay situaciones que distinguir: el aborto terapéutico y la eutanasia a la madre.

En el aborto terapéutico hay la prelación de un valor mayor con la sobreprotección de la vida de la madre, en aras de valores "mayores" justificables debidamente, frente a su propia integridad física o derechos morales de la madre con su familia (otros hijos menores, esposo, etc.). Pero aquí chocamos con la estimación del derecho fundamental de la vida del concebido. Si con la prelación favorable a la madre hacemos distinciones valorativas, entonces no hay justicia social, sustento valorativo de la vigencia de los derechos humanos. Si hacemos la diferenciación de la prelación favorable a los derechos de la madre, sacrificando el derecho "menor" del concebido, entonces no estamos haciendo justicia social, no hay equidad, menos justicia social, estamos practicando al contrario una jus-

ticia selectiva. Acaso justicia distributiva o conmutativa, en cuyo caso no se da en toda su dimensión el reconocimiento y vigencia de los derechos humanos.

Otro problema es la eutanasia a la madre. Si ella por azares de la vida resulta un ser inerte (descerebrado), pretende la eutanasia. Claro está, nuestro ordenamiento penal tipifica el delito como homicidio piadoso, contra quien induce o practica la eutanasia. Bajo ciertos presupuestos se admite la eutanasia en el Derecho Civil Comparado. Pero aquí también hay que distinguir dos aspectos: la vida de la madre y la vida del feto, conforme al Derecho Penal Comparado. En Estados Unidos una señora embarazada solicitó la eutanasia, el juez le denegó, pero cuando alumbró a la criatura reiteró su pedido, el juez accedió a la eutanasia según su respectivo ordenamiento jurídico permisivo. Aquí, pues, en el primer caso ocurriría el homicidio del concebido, en el segundo caso, ya no hay homicidio del concebido, entonces se ampara la pretensión de eutanasia de la madre, legalmente permitida y que aplica el juez.

Por último, dentro de este rubro, tenemos los efectos de la píldora del siguiente día. Obviamente aquí se trunca el camino natural de la existencia humana, asunto que hemos tratado anteriormente a lo cual nos remitimos.

9.2- DERECHO A LA INTEGRIDAD

La integridad abarca dos aspectos: física y moral. En principio, la manipulación genética está prohibida, pero es permisible la manipulación genética para superar imperfecciones orgánicas del feto. Pero cuando se irroga desventuras sólo procede la acción resarcitoria por daño genético. La integridad moral lógicamente se exige a la madre porque su inconducta afecta lógicamente al niño (concebido), ser supremamente protegido. Entonces frente a las posibilidades de la madre y su hijo, obviamente prevalece la supremacía proteccionista del niño-concebido. En teoría esto estaría absolutamente claro, sin embargo, en la práctica no se da, porque vemos a señoras embarazadas en casas de tolerancia, loca-



les que funcionan lícitamente mediante la expedición de licencias especiales para que trabaje la madre embarazada, descuidándose al ser más noble e indefenso que es el niño.

9.3 DERECHO A NACER

Siguiendo el ciclo natural de la vida, el concebido tiene el derecho a venir a este mundo, cualquier interrupción del curso de este derecho natural, sustento de los derechos humanos, es una flagrante infracción del derecho fundamental del niño. Desde esta perspectiva, pues, cualquier obstáculo promovido de interrupción, afecta al Derecho y al Estado, además afecta a normas de orden público. Bajo esta perspectiva estaría: el aborto, la eutanasia de la madre embarazada, la píldora del día siguiente, etc.

10- DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL

Bajo este rubro el concebido tiene:

10.1 Dignidad

10.2 Numerus apertus de los derechos fundamentales

10.1 DIGNIDAD.

El Artículo 1 de la Constitución establece la dignidad de la persona humana frente al Estado y al Derecho. Si el concebido no es persona pero sí sujeto de derecho, además prioritariamente niño, se colige que tiene dignidad y, por tanto, se encuentra incurso en el supuesto de hecho y de derecho del Artículo 1º de la Constitución. En consecuencia, el concebido tiene dignidad.

10.2 NUMERUS APERTUS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En su calidad de sujeto de derecho, el concebido está amparado en la teoría del numerus apertus de derechos fundamentales referidos en los Artículos 2 y 3 de la Constitución.

11- DERECHO CIVIL

El concebido civilmente tiene los siguientes:

1.1. Derechos Subjetivos, y

1.2. Derechos Patrimoniales.

11.1 DERECHOS SUBJETIVOS.

En derechos subjetivos, estatuto personal, el concebido es fruto de la concepción de filiación matrimonial y de la filiación extramatrimonial. En la filiación matrimonial, el concebido goza de la más absoluta protección de sus padres casados, quienes al contraer matrimonio asumen deberes y obligaciones de mantener a la prole. En la filiación extramatrimonial, nuestro sistema civil reconoce el derecho de alimentos. Pues bien, si aplicamos esta figura jurídica mutatis mutandi, el concebido entonces tiene derecho a los alimentos. Claro está independientemente de los alimentos de la madre a que tiene derecho sólo antes y después del parto. Además, la madre puede ser resarcida por el daño moral que ha sido víctima.

Sobre alimentos al concebido, no dice nada nuestro Código Civil, pero se ha dado en los fueros judiciales. Así, se presentó una demanda en el Distrito Judicial de Huánuco, el juez declaró improcedente la demanda, se apeló y la Sala Civil de la Corte Superior revocó la resolución y reformándola declaró admisible la demanda. Antes de emitirse sentencia el demandado reconvino en una pensión alimenticia, originando de este modo, una valiosa jurisprudencia que se debe tomar muy en cuenta para casos similares.

11.2 DERECHOS PATRIMONIALES.

En derechos patrimoniales el concebido puede ser sujeto patrimonial: intervivos o mortis causa. Intervivos, mediante la donación y mortis causa con el legado. En ambos casos, lógicamente tiene que nacer vivo como exige el Código Civil, en razón de que naciendo vivo recién es persona y, por lo tanto, es sujeto de derecho patrimonial. Al contrario, si nace muerto, no es persona, por ende no puede ser sujeto de derecho patrimonial. Sin embargo, debemos dejar sentado que como todo acto jurídico puede tener condición suspensiva, la donación con la calidad de condición suspensiva, consistiría en que surta sus efectos después de la muerte del donante. Cosa totalmente diferente del legado que obviamente es eficaz post mortis.



12- DERECHOS DEL CONCEPTURUS

Bajo este rubro el concepturus tiene, a su vez, los derechos siguientes:

11.1 Derechos pendientes

11.2 Derechos efectivos

- **Derechos pendientes.** Aplicando la teoría de la pendencia, el concepturus se convierte en un ente jurídicamente protegido de derechos patrimoniales *inter vivos* por donación o derechos patrimoniales *mortis causa* con la herencia y el legado.

- **Derechos efectivos.** Aplicando la teoría de la personalidad jurídica de la persona con el nacimiento vivo, se instituye como sujeto de derecho patrimonial.

CONCLUSIONES

1. El nasciturus es el ser humano que habrá de nacer. Comprende dos aspectos: el Conceptus o concebido, que es el que realmente existe latente en el claustro materno y el Concepturus, que es el que habrá de ser concebido, en consecuencia, el nasciturus es el género y las especies son el concebido y el concepturus.

En términos precisos, el nasciturus es la institución jurídica, el concebido y el concepturus son entes con imputación jurídica.

2. Los antiguos códigos civiles identificaron al concebido con el nasciturus, hasta que el nuevo Código Civil de Brasil del 2002, aclarando conceptos en su art. 2) regula al nasciturus en sus dos aspectos: concebido y concepturus. Nuestro Código Civil de 1984 sólo regula al concebido.

3. En el Derecho Civil Comparado, nuestro Código Civil del 84 es el único que le otorga la calidad de sujeto de derecho al concebido. Haciendo distinción de sujeto de derecho al concebido y sujeto de derecho a la persona. Le otorga calidad de sujeto de derecho al concebido, sin condición alguna del hecho posterior de nacer vivo.

4. En nuestro ordenamiento jurídico, al concebido además se le otorga la categoría de niño. Se es niño desde la concepción hasta los 12 años

y adolescente desde los 12 a los 18 años. En tal sentido, el concebido - niño tiene una sobreprotección jurídica privilegiada por mandato de la Constitución y del Código del Niño y el Adolescente.

RECOMENDACIONES

1. El Código Civil debe regular al nasciturus como género. Al concebido y al concepturus como entes con sus respectivas imputaciones jurídicas.

2. Al concebido, el reconocimiento de derechos subjetivos y patrimoniales y al concepturus, el reconocimiento de sus derechos civiles, a condición de que nazca vivo.

NOTAS:

1. Las personas jurídicas pueden ser de interés público (personas jurídicas de derecho público) y de interés privado (personas jurídicas de derecho privado); éstas, a su vez, son: civiles, comerciales y cooperativas. Las públicas son creadas por mandato de la ley, las privadas son creadas por voluntad de las partes.
2. Juan Espinoza. Derecho de las Personas.
3. El concebido es un sujeto de derecho privilegiado.
4. Ver Carlos Fernández Sessarego. Tratamiento jurídico del concebido. Libro homenaje al Dr. Mario Alzamora Valdez, pp. 154
5. *Ibid.* pp. 159
6. *Ibid.* pp. 160
7. De Castro y Bravo, Derecho Civil de España, II - 1. Madrid, 1953. pp 9
8. Castán y Tobeñas. Derecho Civil de Español, común y foral. Tl. Vol. 2 Madrid 1963 pp. 103
9. Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio. 2001
10. Neerlandés. Derecho patrimonial. España
11. Ley No. 10.406 de enero del 2002
12. Comisión de revisión y actualización del Código Civil Boliviano de 1999
13. Proyecto Código civil Argentino

BIBLIOGRAFIA:

1. Juan Espinoza Espinoza "Derecho de las personas" Gaceta Jurídica S.A. 4a. edic. 2004. p. 45. 3. *Idem* p. 46. 4. Carlos Fernández Sessarego. Tratamiento jurídico del concebido. Libro Homenaje al Dr. Mario Alzamora Valdez, Pág. 154.
2. Fernández Sessarego, Carlos. La Noción Ju-



Santiago Osorio Arrascue

- rídica de Persona. Talleres de la Editorial San Marcos. Lima 1962
3. De Castro y Bravo "Derecho Civil de España". II - 1. Madrid, 1953.
4. Castán y Tobeños "Derecho Civil Español, común y foral". T. I. Vol. 2 Madrid 1963 pp. 103.
5. Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio. Editorial Estudio S.A. Bs. As. 2001.
6. Derecho Patrimonial Neerlandés Gráficos Urania S.A. Málaga 1996. España.