



**UNIVERSIDAD NACIONAL**  
**“SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO”**

---

**ESCUELA DE POSTGRADO**

**EL DERECHO A LA PENSIÓN DE LOS ALIMENTOS DE LOS  
CONCEBIDOS EN EL PERU**

Tesis para optar el grado de maestro  
en Derecho  
Mención en Derecho Civil y Comercial

**DAVID DELFÍN ANTAURCO GARRO**

Asesor: **Dr. ELMER ROBLES BLÁCIDO**

Huaraz – Ancash – Perú  
2020

Registro N° T0747



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,  
PARA OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL  
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.  
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

**1. Datos del Autor:**

Apellidos y Nombres:.....

Código de alumno:.....Teléfono:.....

Correo electrónico:.....DNI o Extranjería:.....

**2. Modalidad de trabajo de investigación:**

Trabajo de investigación

Trabajo académico

Trabajo de suficiencia profesional

Tesis

**3. Título profesional o grado académico:**

Bachiller

Título

Segunda especialidad

Licenciado

Magister

Doctor

**4. Título del trabajo de investigación:**

EL DERECHO A LA PENSIÓN DE LOS ALIMENTOS DE LOS CONCEBIDOS EN EL PERU

**5. Facultad de:**.....

**6. Escuela, Carrera o Programa:**.....

**7. Asesor:**

Apellidos y Nombres:.....Teléfono:.....

Correo electrónico:.....DNI o Extranjería:.....

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

**Firma:**  .....

**D.N.I.:**

**FECHA:**

## MIEMBROS DEL JURADO

*Magister:* VíctorEfraín Flores Leyva

Presidente

---

*Magister:* Luis WilfredoRobles Trejo

Secretario

---

*Doctor:* Elmer Robles Blacido

Vocal

---

**ASESOR**

***Doctor Elmer Robles Blácido***

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios por haberme guiado y por haberme dado fortaleza en seguir adelante.

A mi asesor de tesis, el Dr. Elmer Robles Biácido, quien ha compartido sus conocimientos para poder desarrollar esta tesis.

## **DEDICATORIA**

Esta Tesis dedico a mis padres: Luis y Alejandrina, quienes me han apoyado para poder llegar a esta instancia de mis estudios.

También dedico a mi esposa Daniela, quien es el artífice de mi superación y mis hijos Luis David y Patrick Gahel quienes han sido mi mayor motivación para no rendirme en los estudios.

## INDICE

RESUMEN.....	vii
ABSTRACT .....	viii
I. INTRODUCCIÓN.....	1-10
Objetivos .....	8
Hipótesis .....	8
Variables.....	9
II. MARCO TEÓRICO .....	11-40
2.1 Antecedentes .....	11
2.2 Bases teóricas .....	22
2.3 Definición de términos .....	39
III. METODOLOGÍA.....	41-46
3.1 Tipo y diseño de Investigación .....	41
3.2 Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....	42
3.3 Instrumento(s) de recolección de la información.....	43
3.4 Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información .....	44
IV. RESULTADOS .....	47-66
V. DISCUSIÓN .....	67-79
VI. CONCLUSIONES .....	80
VII. RECOMENDACIONES .....	81
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	82-84
ANEXO.....	85

## RESUMEN

El concebido a pesar del avance de la ciencia y la tecnología, todavía sigue siendo un problema a resolver en el ámbito del derecho, hay consenso en que el concebido es sujeto de protección, pues tiene vida, por consiguiente, merece se conserve intacto ese derecho. Los creadores del código civil peruano, llegaron a la conclusión de que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto la favorece, pero las patrimoniales quedaban condicionado a que nazca vivo, por otro lado, tampoco existe discusión respecto al derecho a los alimentos de los nacidos, el niño tiene ese derecho inalienable; Si bien hasta aquí hablamos de consensos, lo problemático se presenta cuando se discute específicamente el derecho del concebido a los alimentos: Cuál sería la justificación y la prueba para solicitar este derecho, a partir de la premisa precedente, se justificó la realización de este trabajo de investigación; pues fue la oportunidad para buscar respuestas y alternativas viables para que el derecho alimentario de los concebidos no solo quede en el reconocimiento, sino también permita ejercitar en la realidad ese derecho a través de su madre o quien detente el derecho del concebido. El presente trabajo de investigación, fue una investigación eminentemente dogmática, pues pretendió encontrar argumentos jurídico-sociales sólidos para explicar y dar alternativas a este problema. Los métodos a usar serán el deductivo, inductivo, pero específicamente en el ámbito del derecho se usará el método de argumentación jurídica, exegético y hermenéutico. En la realización del trabajo se ha seguido la metodología y técnicas que los criterios de investigación aconsejan, pues de lo contrario no haría posible llegar a conclusiones.

**Palabras clave:** Alimentos, concebido, vida, derechos fundamentales.

## **ABSTRACT**

The one conceived despite the progress of science and technology, still remains a problem to solve in the field of law, there is consensus that the conceived person is a subject of protection, since he / she has a life, therefore, that right is preserved intact, The creators of the Peruvian civil code, reached the conclusion that the conceived is subject of law for everything that favors it, but the patrimonial were conditioned to be born alive. On the other hand, there is also no discussion regarding the right to food of those born. The child has that inalienable right. Although here we speak of consensus, what is problematic is when the right of the person conceived to food is specifically discussed: What would be the justification and proof to request this right?; From the previous premise, the realization of this research work was justified; It was the opportunity to look for viable answers and alternatives so that the food law of the conceived ones not only remains in the recognition, but also allows to exercise that right in reality through their mother or who holds the right of the conceived. The present research work was an eminently dogmatic investigation, because it tried to find solid juridical-social arguments to explain and give alternatives to this problem. The methods to be used will be the deductive, inductive, but specifically in the field of law will be used the method of legal, exegetical and hermeneutical argumentation. In carrying out the work, the methodology and techniques recommended by the research criteria have been followed, otherwise it would not be possible to reach conclusions.

**Key Words:** Food, conceived, life, fundamental rights.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, bajo el título “*El derecho a la pensión de los alimentos de los concebidos en el Perú*”; tuvo dos motivaciones esenciales: Optar el grado académico, como una forma de realización personal y profesional y, por otro lado, profundizar aún más en el conocimiento del derecho.

Pasado el tiempo y cumplido parte de los objetivos, puedo afirmar que me he acercado a los fines del trabajo. En ello consiste la primera satisfacción. Si todavía hay imperfecciones, falta de comprensión de algunos acápites del problema; por lo menos el presente trabajo, presenta ya un avance importante.

Se discute mucho si el concebido es ya un ser humano. Si lo es, entonces le corresponde todos los derechos inherentes a un ser humano. Por otro lado, algunos sostienen que el concebido aún no es ser humano; entonces, como lógica consecuencia, no le corresponde derecho alguno o, en su defecto queda suspendido a una realidad probable: Que nazca vivo.

Al margen de la postura que se tome sobre este tema tan discutible, lo cierto es que el concebido, sí ya tiene la protección del derecho. Si bien no todos aceptan la prevalencia de todos los derechos, sin embargo, por lo menos de algunos ya tienen aceptación y, por su puesto sustento.

Uno de esos derechos inalienables es el derecho a la vida. No hay legislación que niegue el derecho a la vida de los concebidos. Aunque como todo derecho, no es un derecho absoluto, sin embargo, la primera muestra de racionalidad es el respeto a este derecho.

No comparto un concepto absoluto del derecho a la vida. Tampoco soy partidario de una concepción metafísica de este derecho; sino todo lo contrario. La vida es importante, inalienable, sí. Pero se puede relativizar, atendiendo a cada circunstancia, al momento, a las necesidades, etc., pero que racionalmente sean justificadas. No se puede negar por negar la existencia y prevalencia de este derecho.

Una manifestación de respeto al derecho a la vida del concebido es darles el derecho a los alimentos. Algunos sostienen, que no es necesario reclamarle o reconocerlo este derecho al concebido; pues la madre de manera natural le da los alimentos esenciales.

Es respetable este argumento, sin embargo, el recurrente ha partido de otro punto de vista. Lo natural, no puede negar esta otra posibilidad que los humanos debemos reconocer: El derecho a los alimentos de los concebidos. El hecho que exista el apoyo alimentario natural de la madre, no niega, tampoco justifica su negación y/o falta de reconocimiento.

Precisamente sobre estos problemas aparentemente insignificantes se suscita este trabajo. Mi mayor pretensión es solo coadyuvar a que los seres humanos, desde sus primeros momentos puedan ser atendidos.

La estructura organizativa del presente trabajo de investigación, ha seguido el Escuela de Post grado, el mismo que de manera didáctica está organizado de la siguiente manera.

Se inicia con la introducción al trabajo de investigación, donde además se hace referencia a la justificación, los objetivos, hipótesis y variables.

El capítulo primero, está referido al problema de investigación. En ella se detalla sobre: formulación del problema, los objetivos, la justificación y la ética de la investigación.

El segundo capítulo, se avoca al marco teórico y, en ella desarrolla los antecedentes del trabajo de investigación, las bases teóricas, la hipótesis y la definición de términos.

El tercer capítulo, refiere sobre la metodología. Y, en ella se desarrolla sobre: tipo de investigación, tipo de diseño, métodos de investigación usados en el trabajo de investigación, unidad de análisis y otros.

El cuarto capítulo, se refiere sobre a los resultados obtenidos: normativo, jurisprudencial.

El quinto capítulo, contiene la discusión. En ella se trata de confrontar el problema, los objetivos y los resultados.

Finalmente, el trabajo de investigación termina enunciando las conclusiones, las recomendaciones y, haciendo una referencia bibliográfica.

La presente investigación, tuvo en su oportunidad los siguientes objetivos:

## **Planteamiento y formulación del problema**

Los alimentos son derechos extra-patrimoniales, son derechos de los nacidos vivos, por consiguiente, son de obligatorio cumplimiento por quienes están legitimados por la ley.

Por lo menos a nivel de nuestra legislación existe ese reconocimiento, aunque sea parcial y/o unilateral; sin embargo, en el plano práctico es inexistente el reclamo y la demanda de alimentos a favor de los concebidos.

También en nuestra realidad, existen muchas o muchísimas personas embarazadas que son abandonadas por sus parejas y, buscan apoyo no solo para ellas (a las que solo se les ve), sino también para atender al concebido que llevan en su vientre), pero que nadie se preocupa por ellas, salvo su propia madre.

La respuesta superficial y, hasta irracional, responde que los concebidos aún no tienen derecho a los alimentos, pues se encuentran naturalmente atendidas por su madre.

Partiendo de esa constatación, me veo en la necesidad de presentar las siguientes interrogantes o problemas:

### **Problema Principal**

¿Cuáles son los fundamentos socio-jurídicos para justificar y atender el derecho a los alimentos de los concebidos en el Perú?

### **Problemas Específicos**

- a) ¿Cuál (es) serían los medios probatorios para acreditar en el proceso el derecho a los alimentos del concebido?
- b) ¿Cómo se ha afrontado el derecho de alimentos de los concebidos en el derecho comparado?

### **Justificación:**

#### **Justificación Teórica.**

La presente investigación permitirá ampliar y, por tanto, generar discusión doctrinal y práctica, en consecuencia, tiene una justificación teórica fundamental.

Por otro lado, permitirá que se proponga nuevos enfoques y alternativas teóricas sobre el tema materia de investigación y que naturalmente incrementarán el conocimiento del fenómeno jurídico ya señalado y, probablemente también nos lleve a proponer modificaciones legislativas a partir de la constatación más próxima al problema.

#### **Justificación Práctica.-**

Todo trabajo por más insignificante que parezca se justifica por ser producto del esfuerzo personal o colectivo.

Pero un trabajo de investigación, no es cualquier trabajo, sino requiere más esfuerzo y dedicación, por consiguiente, este es un elemento adicional que justifica su realización.

Cuando pretendemos investigar el derecho de los concebidos, no solo ésta incumbe al ámbito teórico, sino también práctico. O mejor, este trabajo solo se justifica cuando o porque servirá para iluminar los problemas prácticos y urgentes que requieren solución.

Los resultados de este trabajo no se quedarán solo en las elucubraciones teóricas; su razón y su justificación final, está en la necesidad de aportar a la solución de un problema real y latente.

### **Justificación Legal.**

- Código Civil Peruano
- Código Procesal Civil
- Sentencias del Tribunal constitucional
- Sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos
- Doctrinas Internacionales
- Doctrinas Nacionales.
- Jurisprudencia de la Corte Suprema con carácter de vinculante o no.

### **Justificación metodológica**

En la realización de esta investigación, se aplicaron todas las reglas y exigencias que aconseja la metodología de la investigación jurídica: Etapas de la investigación Jurídica; tipo de investigación; diseño, métodos de investigación; técnicas e instrumentos de recolección de datos; entre otros. Asimismo, la investigación, al proponer analizar el fenómeno jurídico a partir

de una metodología determinada, permitió que esta no solo se repita, sino también se adecúe a nuevas exigencias y nuevos problemas, por lo que también en este extremo se justifica la presentación de este trabajo de investigación.

La metodología usada en la investigación, es propia de la investigación cualitativa o dogmática, aunque tangencialmente coja datos de la realidad para a partir de ella argumentar. Sin embargo, ello no lo convierte en una investigación mixta.

La explicación al problema y sus resultados, se han realizado mediante la argumentación jurídica.

### **Delimitación**

Atendiendo a la característica del trabajo de investigación, solo se ha tenido un ámbito espacial. El Perú; más no un ámbito temporal, precisamente atendiendo a las características del trabajo y sus objetivos.

### **Ética de la investigación.**

Todo trabajo exige ciertos límites y posibilidades. El investigador, debe demostrar además coherencia en cuanto a sus postulados y aseveraciones; pero también debe un respeto especial a las fuentes doctrinales o jurisprudenciales que le sirvieron de base para desarrollar su trabajo.

En el presente caso, se ha tratado de actuar, recabar y argumentar el trabajo, de la manera más ética posible; pues considero que una tesis de

maestría es especial y, por ello mismo, debe ser ajeno una actuación anti ética.

## **OBJETIVOS:**

### **Objetivo general**

Determinar cuáles son los fundamentos socio-jurídicos para justificar el derecho a los alimentos de los concebidos en el Perú

### **Objetivos específicos**

- Analizar y explicar cómo se está afrontando el derecho de alimentos de los concebidos en el derecho comparado
- Proponer los medios probatorios para acreditar en el proceso de alimentos el derecho a los alimentos del concebido

## **HIPOTESIS**

Asimismo, al inicio de la presente investigación, se formuló las siguientes hipótesis:

### **Hipótesis general**

Los concebidos desde el momento de su reconocimiento como tal, tienen derecho a los alimentos y demás derechos inherentes a todo ser humano; por constituir un derecho fundamental; es más, tiene pleno reconocimiento en la Constitución Política del Estado, los tratados sobre derechos humanos y del niño donde el Perú es parte y las normas internas que se refieren a ella.

### **Hipótesis específicas**

- El medio probatorio para acreditar en el proceso el derecho a los alimentos del concebido, puede ser el documento emitido por un centro hospitalario u otro similar que certifique el embarazo de la madre y, en caso de que el padre del concebido pueda negar esta obligación, existe la prueba de ADN que pueda dilucidar esta postura.
  
- En el derecho comparado se tiene diferentes concepciones sobre los alimentos de los concebidos; sin embargo, existe prescripciones normativas, que han sido elaboradas a partir del reconocimiento del derecho de los concebidos.

### **VARIABLES**

#### **Variable Independiente**

**X:** El concebido.

#### **Indicadores**

- Doctrina.
- Código del Niño y el Adolescente.
- Jurisprudencia

#### **Variable Dependiente**

**Y:** Los alimentos del concebido.

**Indicadores:**

- Doctrina.
- Jurisprudencia.
- Legislación del niño y adolescente.
- Código Civil
- Derecho comparado.

## II. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes

#### 2.1.1. Nivel local

Después de haber realizado la búsqueda y revisión de los trabajos de investigación (tesis) para optar el grado académico de maestro en la Escuela de Post Grado de la “*Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo*”, no se ha podido encontrar trabajos similares al presente.

#### 2.1.2. Nivel nacional

Se ha podido verificar las tesis de las Escuelas de Post Grado de la ciudad de Lima, sobre todo de la “Universidad Nacional Mayor de San Marcos” en busca de igual o similar información. Sin embargo, tampoco ha sido posible encontrar trabajos similares.

Pero es importante mencionar los siguientes que resaltan y ayudan a entender el problema materia de investigación:

- a) (Delgado, 2017), en tesis titulada “*Pensión alimenticia para el interés superior del niño, niña y adolescente, en la jurisdicción de San Juan de Lurigancho, 2006*”, llega a las siguientes conclusiones:

-En referencia al objetivo general de la investigación que busco “Describir como se viene dando la pensión alimenticia para el interés superior del niño, niña y adolescente, en la jurisdicción de S.J.L. 2016”

y a través del análisis estadístico. Se concluye que hay un deficiente manejo de la Pensión.

- En el desarrollo de la investigación y en mi primer objetivo específico se llegó a identificar que los alimentos no se estarían dando de manera correcta ya que el uso indebido de esta Pensión estaría dejando a los niños y adolescentes en estado de desnutrición.
- En referencia al segundo objetivo específico, se buscó Indicar cómo se viene dando la educación, en la pensión alimenticia para el interés superior del niño, niña y adolescente, en los cuadros estadísticos se manifiesta que la educación se está dando de manera deficiente con un 80% y con un 20% regular y esto se debe a la baja calidad del estudiante ya que en casa no tendría el apoyo necesario para poder aprender correctamente según su edad.
- Como ultima conclusión referente a mi tercer objetivo específico, se llegó a describir cómo se viene dando el bienestar en salud, en referencia a los niños y adolescentes con un porcentaje de 63% de deficiencia en la salud y un 38% regular esto quiere decir que está descuidando su salud y poniendo en riesgo su vida.

b) (Garcia, 2015), en su tesis titulada *“El derecho de alimentos del heredero concebido y otros supuestos favorables para él con relación a tal derecho”*, llega a las siguientes conclusiones importantes:

- 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.
  
- 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.
  
- El derecho de alimentos es de naturaleza extra-patrimonial, ya que el fin de este derecho es la satisfacción de necesidades personales para

la conservación de la vida. Se le otorga este carácter extra-patrimonial 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.

- 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 extra-patrimonial, es decir, no está condicionado a su nacimiento con vida.
- 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.

c) (Puma, 2015). En su tesis titulada *“La responsabilidad parental por el inadecuado cumplimiento del derecho alimentario de los hijos de la ciudad de Puno”*, llega a las siguientes conclusiones:

- Se concluyó que la naturaleza jurídica del derecho alimentario de los hijos en el derecho peruano es patrimonial y subjetivo (*sui generis*), debido a que la doctrina mayoritaria menciona que la naturaleza jurídica de los alimentos es derecho subjetivo familiar de contenido patrimonial pero de finalidad personal, es decir que, el derecho de alimentos es extra-patrimonial mientras que su contenido extrapatrimonial: por otro lado, de lo vertido la primera conclusión, se concluye que la aplicación del derecho alimentario de los hijos en

ciudad de Puno es de naturaleza patrimonial, puesto que los padres no se han centrado al cuidado de la persona de alimentista, en razón a que no se le está brindando una adecuada alimentación y existe altos índices de desnutrición y sobrepeso.

- Respecto a la regulación del derecho alimentario propiamente dicho se concluyó que:

✓ En la legislación nacional no se da una adecuada regulación del cumplimiento del derecho alimentario de los hijos respecto a los alimentos propiamente dichos, puesto que los menores sufren de desnutrición y sobrepeso, en razón a que no se les está brindando una adecuada alimentación, no cumpliendo de este modo nuestra legislación con los fines para los que fue creada.

✓ Se concluye que en el Derecho comparado existe una adecuada regulación del derecho alimentario propiamente dicho como sana, suficiente y nutritiva, en razón a que los índices de desnutrición y sobrepeso tienen menor incidencia a comparación de nuestro país, cumpliendo de esta forma su legislación con la finalidad para la cual fue creada, por ende, cuentan con una adecuada regulación.

✓ Los tratados internacionales regulan respecto al derecho Alimentario, que la persona tiene derecho a una nutrición adecuada, que le permita su desarrollo y crecimiento con buena salud.

- ✓ Se concluyó que, de una muestra de 93 menores, perteneciente a más del 50%, éstos presentan serios problemas de salud como desnutrición y sobrepeso, por no haberseles brindado una adecuada alimentación, generándose incumplimiento de los deberes asignados a los padres a través de la responsabilidad parental.
  
- Se concluyó que la prestación de alimentos en la ciudad de Puno es inadecuado, en razón a que: a) Los menores no consumen nutrientes necesarios puesto que los padres les envían alimentos inadecuados en la lonchera; b) Los menores no consumen nutrientes necesarios puesto que los padres les envían dinero para el recreo; c) Los menores no consumen nutrientes necesarios puesto que no se compran en el recreo los alimentos adecuados; d) Los menores no consumen los alimentos adecuados puesto que consumen gaseosa en la semana; e) Los menores no consumen los alimentos adecuados puesto que consumen pollo a la brasa por más de una vez al mes; f) Los menores no consumen los alimentos adecuados puesto que consumen frituras por más de una vez a la semana; g) Los menores no consumen los alimentos adecuados puesto que no consumen verduras al menos de 4 a 6 veces a la semana; razones por las cuales los padres no están cumpliendo sus obligaciones, generándose incumplimiento de los deberes asignados a los padres a través de la responsabilidad parental o patria potestad, es decir, existe responsabilidad parental por el inadecuado cumplimiento del derecho alimentario de los hijos en la ciudad de Puno.

### 2.1.3. Antecedentes internacionales

a) (Ojeda, 2012). En la tesis titulada “*Evolución histórico jurídico del derecho de alimentos*”, se llega a las siguientes conclusiones:

- Los sistemas penales se han establecido bajo parámetros internacionales para controlar el delito y restituir los derechos de los NNA acusados de ser autores o condenados por conductas punibles. Existe una amplia brecha entre el “ser” y el “deber ser” de estos sistemas, especialmente frente al cumplimiento y estrategias de reinserción social y reeducación.
- El sistema penal presenta una diferencia entre la judicialización de los adultos y de los menores, prevaleciendo en estos el modelo de la Justicia Restaurativa y la sanción de libertad asistida como herramienta para la restitución de derechos. Se deja como última instancia la sentencia a privación de la libertad a menores de edad. Esta fórmula se deriva de la normatividad internacional que representa la CDN, que promueve el uso de mecanismos de Justicia Restaurativa.

b) (Castaños, 2012), en su tesis titulada “*Comienzo de la personalidad jurídica desde la concepción*”, llega a las siguientes conclusiones:

**Primero:** La valoración ética y moral del tema es determinante para optar un análisis humano y no reducir el tema de la tesis a un estudio técnico-médico; de la cual se puede extraer el convencimiento

necesario que indique que la naturaleza del ser humano tiene una estructura unitaria: cuerpo, alma y espíritu, como reflejo y esencia de Dios su creador, la cual es única y es para todos los seres humanos sin diferencias ni categorías, por lo cual la vida del ser humano simplemente concebido, tiene el mismo valor que la vida de un ser humano ya nacido, la cual ya se encuentra protegida por el ordenamiento jurídico.

**Segundo:** Tratar un tema íntimamente ligado a la ciencia médica, contiene el obligatorio análisis de temas relacionados con las ciencias de la biología que nos introduce en el concepto de vida y reproducción humana avanzando por su unidad básica: la célula.

La célula es la unidad fundamental de vida, en sus diferentes niveles de organización y diferenciación. Su estructura demuestra que sus partes contienen la complejidad y contenido suficiente que diferencia a un ser humano vivo de todos los demás.

Las células humanas necesarias para su reproducción son los gametos; llamados el masculino (espermatozoide) y femenino (óvulo). Estas dos células contienen la información a su legado genético, se inicie el proceso de formación y vida de un ser humano.

**Tercero.** Es una verdad irrefutable que la ciencia médica ha dejado atrás al derecho; por lo cual el reconocer que el ser humano cuenta con personalidad jurídica desde la concepción afecta la vida,

dignidad y derechos de los seres humanos por la insuficiencia de una legislación específica al respecto.

**Cuarto:** La finalidad del reconocimiento de personalidad jurídica al concebido es la de ayudar y dar solución al problema de ser considerado persona sólo a partir del nacimiento, por lo cual actualmente lamentablemente se tiene que el ser humano simplemente concebido es tratado como objeto o producto biológico que debe alcanzar un punto apto para su protección caso contrario no es considerado; entonces no se toma en cuenta su origen y su finalidad.

**Quinto:** Como consecuencia del gran avance de las ciencias médicas en el ámbito de la reproducción asistida, también se deberá tratar el tema de los derechos del ser humano concebido artificialmente que va a nacer y no se halla protegido por el vientre materno.

En el marco de la legislación civil nacional no se cuenta con un solo artículo que disponga sobre las personas obtenidas por medios artificiales, menos su situación jurídica o sus derechos.

**Sexto:** Es esencial reiterar que el inicio de la vida de una persona se da el mismo momento en que el espermatozoide fecundo al óvulo, produciéndose la concepción del ser humano sea de forma natural o artificial. Es a partir de ese preciso segundo que el ser humano debe ser considerado persona digna de protección jurídica.

**Séptimo:** La necesidad de un marco legal de carácter específico referente al comienzo de la personalidad jurídica con la concepción, se hace evidente para su práctica en el país, confrontada con las experiencias que se viven en distintos países dentro y fuera de nuestro continente, que, a pesar de su grado de desarrollo, continúan produciendo y mejorando la legislación específica relativa al tema.

**Octavo:** El adagio romano *"infans conceptus pro nato habetur quoties et commodis egesagitur"* si bien expresa la visión romana de reconocer al concebido como nacido para todo aquello que le favorezca, y, que por su espíritu e interpretación alcanzaría a la protección de los concebidos, dicha protección no es suficiente porque no es considerado en su amplitud como sujeto de derecho, como, sería en el caso del reconocimiento de personalidad jurídica desde la concepción; por tanto esta interpretación no se expresa adecuadamente en nuestra legislación Civil, por lo cual es necesaria su modificación.

El reconocimiento que se da a un ser humano como persona, proviene de la ley. Por esto es preciso actualizar el ordenamiento civil; y de esta manera lograr que todo ser humano desde el primer instante de su vida sea protegido jurídicamente. Como consecuencia lógica adquiera personalidad y capacidad jurídica.

## **2.2.- Bases Teóricas**

### **2.2.1.- El concebido ¿sujeto de derecho?**

Si la vida humana se inicia con la concepción, entonces no hay duda de que el concebido es sujeto de derechos. Pero si se tiene en cuenta una postura contraria (aunque a la fecha minoritaria y hasta inexistente), entonces el concebido no tendrá derecho a menos que nazca en el período que la naturaleza ha determinado.

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” (Espinoza, 2008). Sobre ella tampoco existe discusión, pues la comunidad en general, ha entendido su importancia, pero también su reconocimiento, básicamente en base a experiencias funestas que han acaecido en la historia de la humanidad.

El derecho es consecuencia de una tragedia. Tiene como fuente la realidad y, expresa una circunstancia particular y cambiante. He ahí, el fundamento del derecho en general y, del derecho de familia, en particular.

El Código sustantivo civil peruano, pero también extranjero reconoce cuatro clases de sujetos de derecho: el concebido, la persona natural, la persona jurídica y la organización de personas no inscrita. El sujeto de derecho es el ser humano desde la concepción hasta su muerte, porque “(...). La vida humana comienza con la concepción, esto es, a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (...)” (Monge, 2007). 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 favorece.

### **2.2.2.- Reconocimiento legal y constitucional del concebido**

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. Por lo menos en el plazo normativo no existe discusión, han aceptación expresa o tácita, sin embargo, en la práctica- cuando se trata de tratar al concebido así-, se inician los problemas.

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 *portio 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 prescribe 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 enfatizado, 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.

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»<sup>1</sup>. Con esta prescripción normativa en nuestra Carta Magna; 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 derechos (Llaja, 2014), 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 *Lex Superior*, 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

---

<sup>1</sup> 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*”.

debe regular su debida protección desde el inicio de su vida y a la vez proteger los derechos que de ella se desglosan (Chaname, 2010).

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.

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 del 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 estos (Espinoza, 2008) 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 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 (...)” (Espinoza, 2008). 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 (...)” (Varsi, 2012).

La capacidad de goce, también llamada jurídica o de derecho, es la aptitud o idoneidad de ser titular de derechos y obligaciones (Torres, 2006), “(...) 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 (...)” (Zegarra, 2010). 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 deberes (Torres, 2006). 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 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 nacimiento (Espinoza, 2008). Por tal razón, el concebido goza de derechos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, pero no puede ejercerlos por sí mismo, siendo necesario así que opere la figura de la representación legal.

En cuanto se refiere a los derechos no patrimoniales, estos “son aquellos que no pueden ser traducidos inmediatamente a valor económico (...)” (Rubio, 1995). 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, a la salud, la filiación y protección prenatal, el derecho a conocer su origen biológico, su identidad genética y sexual, entre otros (Fernandez, 2016). 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 la titularidad natural de estos derechos, el concebido ostenta el estatus jurídico que hoy tiene dentro de nuestro ordenamiento jurídico, brindándosele respeto y protección.

Asimismo, el concebido, siendo sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, 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.

### **2.2.3.- Derecho a los alimentos del concebido?**

Los alimentos del heredero concebido y otros supuestos para gozar del derecho alimentario.

Según el diccionario de la Real Academia Española, 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 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.

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” (Aguilar, 2010). 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 existencial, tal como la educación, esparcimiento, recreación que resultan imprescindibles para el desarrollo

ético, moral e intelectual de la persona” (Varsi, 2012). 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.

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 [...]” (Zanoni, 2006).

Frente a esto, cabría entender que si este derecho fuera patrimonial podría transferirse o, incluso, podría renunciarse 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” (Varsi, 2012), 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.

Por lo tanto, 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 patrimonial (Santillan, 2010). Aun 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.

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 de la herencia ante la existencia de un heredero concebido y 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, en caso de haber necesidad, la madre podría disfrutar.

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 [...]” (Santillan, 2010). 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, “[...] 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 [...]” (Martinez, 2012), 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.

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 sucesorial, basada en la posibilidad de que el concebido no nazca con vida, para proteger así sus propios intereses y los de sus coherederos,

evitando que se realice una nueva división cuando haya quedado resuelta aquella situación de incertidumbre” (Santillan, 2010).

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 legales (Santillan, 2010). Por ello, 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” (Santillan, 2010). Y, por ende, debe corroborarse que esta se encuentre en periodo de gestación<sup>2</sup>, para que así pueda ejercer la acción en representación del concebido y pueda gozar de tal derecho, ya que es de naturaleza extrapatrimonial, es decir, no están condicionado a su nacimiento con vida sino que 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

---

<sup>2</sup> La gestación deberá comprobarse con la respectiva ecografía que acredite dicho estado.

nos encontramos frente a dos beneficiarios de este derecho: la madre y el concebido.

Debido a lo anterior, es necesario dilucidar quién es 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 de dicho derecho.

Para adoptar una de las posturas que se desprenden del artículo 856 del Código Civil, es necesario precisar que beneficiario es 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 pueden 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.

Luego de haber manifestado quiénes 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”( tal como lo señala la Real Academia de la Lengua

Española), es decir, es toda aquella sustancia que es esencial para la subsistencia de los organismos vivos.

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, asistencia médica y psicológica, según la situación y posibilidades de la familia[...]». Como se analizó, 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 legal. 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 espiritual (Gonzales, 2007).

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 alimentos (Cortes, 2014).

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” (Peralta, 2008), siendo estos últimos los que abarcaremos a continuación.

Entre los otros supuestos a desarrollar, tenemos primero al del hijo alimentista que es el hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado

judicialmente por su padre, y a 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 concepción (Mejia, 2005). Esta es una presunción legal de paternidad para el solo efecto alimentario, no constituyendo un verdadero estado paterno filial.

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».

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 sexuales (Aguilar, Instituto Jurídico de los alimentos, Lima, 1998). En realidad, lo que ha hecho el legislador peruano es conceder un derecho alimentario a este hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado como tal.

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.

El supuesto planteado se encuentra regulado en el artículo 405 del Código Civil, haciendo 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 [...]” (Lledo, 2000), queda así establecida una relación paterno filial, la que genera tal obligación alimentaria. Y en el 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 misma (Wong, 2014).

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 aún cuando ya existe un reconocimiento judicial de paternidad.

### **2.3.- Definición de términos.**

**Concebido.-** (... este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada

la que origina la condición de concebido...( )”. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 02005-2009 PA/TC, FJ 38).

**Derecho.**- Facultad natural de obrar de acuerdo con nuestra voluntad, salvo los límites del derecho ajeno, de la violencia de otro, de la imposibilidad física o de la prohibición legal. Potestad de hacer o exigir cuanto la ley o la autoridad establece a nuestro favor, o lo permitido por el dueño de una cosa. Consecuencias naturales derivadas del estado de una persona, o relaciones con otros sujetos jurídicos. Acción sobre una persona o cosa. Conjunto de leyes(Diccionario Jurídico Elemental).

**Derechos fundamentales:** “... son derechos fundamentales todos aquéllos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, y por “status” la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (Ferrajoli, 2001)

### **III. METODOLOGIA**

#### **3.1. Tipo y diseño de Investigación**

##### **3.1.1. Tipo de Investigación**

Correspondió a una investigación dogmática- normativa, que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación: El estudio dogmático de la posibilidad de fundamentar el derecho a los alimentos de los concebidos.

##### **3.1.2. Tipo de Diseño**

Correspondió a la denominada no experimental, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no hubo grupo de control ni experimental; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema.

##### **3.1.3. Diseño Específico:**

Se empleó el diseño descriptivo explicativo (Calderon, 2011) de manera general, toda vez que el propósito fue identificar e investigar por qué ocurre o debe ocurrir el fenómeno descrito en las variables.

Se empleó más exactamente el diseño “Descriptivo-Explicativo-Comparativo”, ya que se estudiará los factores, circunstancias y otros que justifiquen el derecho a los alimentos de los concebidos

### 3.2. Plan de Recolección de datos

Los métodos específicos de investigación, usado y advertidos en este trabajo, fueron:

**Método hermenéutico.-** Pues en el presente trabajo de investigación se buscó explicar las relaciones existentes entre un hecho y el contexto en el que acontece.

Es un método de interpretación de textos legales, o de la legislación positiva en su conjunto. La hermeneuta busca la compatibilidad del significado transmitido con el "todo". En el caso del derecho, el "todo" se compone no sólo por la totalidad de disposiciones que forman el orden jurídico, sino por las reglas y principios que constituyen la doctrina aplicable al orden jurídico en cuestión. Pues en la investigación se toma en cuenta la situación concreta que es la comisión de delitos cometidos por los adolescentes vinculando lo particular con lo general.

**Método de la Argumentación Jurídica.-** El objetivo fundamental del método jurídico es la racionalidad de las soluciones jurídicas. El método jurídico debe ser concebido como la actividad de justificar soluciones particulares usando normas generales.

La argumentación jurídica consiste básicamente, en articular razones que justifiquen objetivamente una posición ante cuestiones jurídicas controvertidas.

En el presente trabajo de investigación se buscó a través del análisis de la norma las razones por las cuales se planteó una posición del tema sujeto a investigación.

**Método exegético.**- Porque permitió el estudio y análisis de la legislación vigente con respecto al tema en análisis e investigación.

**Método Dialéctico.**- Porque **permitió** discutir, confrontar las posturas referentes la posibilidad de alimentos a los concebidos.

### **3.3.- Instrumentos de recolección de datos**

Respecto al proceso o los momentos o fases de la investigación, estos se plantearán de la siguiente manera:

- a) Planteamiento del problema: comprendió la individualización y descripción del problema, el planteamiento de la hipótesis de trabajo y la adopción de métodos, hasta la obtención del informe final.
- b) Construcción: Es la búsqueda de las fuentes del conocimiento jurídico, en ella observamos lo que se requirió como sustento para nuestra investigación de autores conocidos, de revistas serias, las cuales fueron recopiladas y revisadas para la utilización en el trabajo de investigación.
- c) Discusión: Es la etapa en la que se revisó toda la recopilación obtenida para la sustentación de nuestro proyecto.
- d) Informe Final: El mismo que fue redactado siguiendo el estilo y técnica del Vancouver.

### **3.4. Plan de procesamiento y Análisis Estadístico de la Información.**

Estrategia o procedimientos de recogida de información

Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales y de resumen.

Para la sistematización de la información se utilizó el método de la argumentación jurídica.

Para la obtención de información de la presente investigación se hizo a través del enfoque cualitativo en base al problema planteado. Por tal razón la presente investigación no persiguió la generalización estadística.

Análisis e interpretación de la información

Análisis del contenido.

- a) Selección de la comunicación que fue estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizaron;
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del sistema de recuento o de medida

#### **Criterios:**

- Identificación del lugar donde se buscó la información
- Identificación y registro de las fuentes de información

- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información
- Análisis y evaluación de la información

### **Contexto**

El lugar donde se desarrolló la investigación fue en la ciudad de Huaraz

### **Unidad de Análisis o informantes.**

La unidad de Análisis en la presente investigación estuvo conformada por:

Documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad.

Estructura de la unidad de análisis estuvo conformada por:

- ✓ Unidad Temática: Consiste en el tema del contenido que se va a analizar
- ✓ Categorización del tema: esta es una de las partes esenciales de la metodología, ya que establece y especifica las categorías dentro del análisis.
- ✓ Unidades de registro: en esta etapa se delimitan y dan curso al análisis de categorías. Aquí se cuentan las apariciones de las referencias, las que estuvieron delimitadas según los objetivos.

### **Análisis de datos**

Los datos que se obtengan con los instrumentos fueron evaluados en base a la teoría de la argumentación jurídica, señalando las razones que justifiquen objetivamente una posición ante cuestiones jurídicas controvertidas.

## **IV. RESULTADOS**

### **4.1. Presentación de Resultados**

#### **A) Resultado normativo:**

##### **i) Código de los niños y adolescentes**

###### *Artículo 1º*

###### **A la vida e integridad**

El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción.

El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.

###### *Artículo 2º*

###### **A su atención por el Estado desde su concepción**

Es responsabilidad del Estado promover el establecimiento de condiciones adecuadas para la atención de la madre durante las etapas del embarazo, el parto y la fase postnatal. El Estado otorgará atención especializada a la adolescente madre y promoverá la lactancia materna y el establecimiento de centros de cuidado diurno. La sociedad coadyuvará a hacer efectivas tales garantías.

## **INTERPRETACIÓN.**

Nuestra norma especial referido a los niños y adolescentes, reconoce con derechos al concebido, es más, le la protección legal correspondiente. Esta disposición es concordante con el contenido de la Convención del Niño donde nuestro país es parte.

### **ii) Código Civil**

#### **Sobre los alimentos**

**Artículo 472°.-** 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 madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.

## **INTERPRETACIÓN.**

Al definir la institución de alimentos, reconoce el derecho de las gestantes, sean solteras o casadas, a pedir alimentos, se entiende, para garantizar debidamente el derecho a la vida y a la subsistencia del *nasciturus*, es decir, del que va a nacer.

Aunque la lectura literal de la norma, solo menciona a gastos de embarazo, ello no enerva el derecho a los alimentos de los concebidos.

#### **Sobre derechos de los concebidos sobre sucesiones**

**Artículo 805°.-** El testamento caduca, en cuanto a la institución de heredero:

1.- Si el testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento y que vivan; o que estén concebidos al momento de su muerte, a condición de que nazcan vivos.

**Artículo 856°.-** La partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendido hasta su nacimiento. En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos.

### **INTERPRETACION**

Protege indirectamente el derecho de alimentación del concebido al asegurar el suministro de estos en la madre. En este punto se plantea la discusión de considerar al derecho de alimentación como patrimonial o no.

El derecho de alimentos se considera dentro de los derechos no patrimoniales puesto que no está sujeto a ninguna condición (de que nazca vivo el concebido). Sin embargo, aunque el derecho de alimentos no tiene naturaleza patrimonial, la prestación que nace de la obligación alimentaria es valorizable patrimonialmente.

**Artículo 365°.-** No se puede contestar la paternidad del hijo por nacer.

**Artículo 405°.-** La acción puede ejercitarse antes del nacimiento del hijo.

### **INTERPRETACION**

Con respecto a la determinación de la paternidad del concebido el Código Civil peruano señala la condición del nacimiento con vida.

**Art. 365:** “no se puede contestar la paternidad del hijo por nacer”. Sin embargo, el art. 405 del mismo Código señala que la demanda de declaración judicial de filiación extramatrimonial “puede ejercitarse antes del nacimiento del hijo” por lo que se le reconoce una “situación favorable” al sujeto de derecho: el concebido, lo que estaría en concordancia con el art.1.

**iii) Ley N° 23849<sup>3</sup>**

**Artículo I:**

Para los efectos de la presente Convención, entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley le sea aplicable, haya antes alcanzado la mayoría de edad.

**INTERPRETACIÓN.**

Como se puede inferir, la norma precedente que aprueba la Convención del Niño en nuestro país, no determina el límite mínimo para ser considerado niño. Entonces, suponemos que no está descartado incluso antes de su nacimiento.

**iv) Tratados sobre derechos humanos**

**a) Convención Americana de Derechos Humanos<sup>4</sup>**

**Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos**

...

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

---

<sup>3</sup>Ley N° 23849 que aprueba La Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>4</sup>Aprobado en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

#### **Artículo 4. Derecho a la Vida**

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

#### **Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal**

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

#### **Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad**

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

#### **INTERPRETACION**

Pues bien, en su análisis del significado de estos dos preceptos –y en particular en relación con las palabras persona, ser humano, concepción y en general–, se tiene que pueden suscitarse dos interpretaciones:

- i) Como afirmación más general, el ser concebido y no nacido, si bien no es persona o ser humano en el sentido de la Convención, debe ser legalmente protegido desde el momento de la concepción. Es decir, con las excepciones que se derivan del posible conflicto entre el valor “gradual e incremental” de esa vida y los derechos a la vida y a la autonomía de la mujer embarazada.
- ii) Desde el ámbito más específico, la concepción consiste en la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero, por lo que

hasta ese momento el artículo 4 de la Convención no resulta aplicable y no impone en absoluto ninguna obligación legal de protección del cigoto.

Pero esta interpretación podría considerarse muy arriesgada, es más, muy literal, toda vez que esta forma de interpretación nos llevaría a volver a una etapa en la que el hombre determinaba quién tenía esa condición y quién era simplemente objeto o cosa sin derechos.

Si esta última razón es la más adecuada para interpretar las normas precedentes, se tiene que el concebido es sujeto de derechos y, por tanto, de protección. Y, esta tiene una razón adicional: El concebido ya constituye un nuevo ser humano individual y con cromosomas diferentes al de sus padres que lo engendraron.

**v) Derecho comparado:**

**a) Código Civil Colombiano**

**Art. 91:** “La ley protege la vida del que está por nacer...”

**INTERPRETACION**

El código Civil Colombiano, protege no solo la vida del nacido, sino también del que está por nacer. Es semejante a la prescripción que tenemos en nuestro ordenamiento sustantivo civil.

## **b) Código Civil de México**

**Art. 22:** “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en este código”.

### **INTERPRETACION**

La norma sustantiva civil mexicana, no le quita protección al concebido, sino por el contrario, le hace mención de una protección general, aunque no especial.

## **b) Código Civil de Argentina**

### **De la existencia de las personas antes del nacimiento**

**Art. 70.** Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

**Art. 71.** Naciendo con vida no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica.

**Art. 72.** Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer o por nacer antes de tiempo.

## INTERPRETACION

La norma sustantiva civil argentina, igual reconoce algunos derechos a los concebidos. Es una reiteración de las demás normas que se tiene en casi toda Latinoamérica.

### c) Constitución Política de España

**Artículo 15.** Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

## INTERPRETACION

El Tribunal Constitucional<sup>5</sup>, interpretando el art. 15 de la Constitución española, declaró que el *nasciturus* no era titular del derecho a la vida, pero sí un *bien jurídico constitucionalmente protegido*, que debía ser tutelado por el Estado, el cual ha de establecer "un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma". El argumento para fundamentar esta tesis es que "la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación", la cual "ha generado un *tertium existencialmente* distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta"; si la Constitución protege la vida, "no puede desprotegerse en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro

---

<sup>5</sup>En la emblemática STC de 11 de abril de 1985, n. 53, *RTC*, 1985, 53; y en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 28, 1986, pp. 247-252, con nota de Cuerdo Riezu, A. R.: "Comentario a la sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre el recurso de inconstitucionalidad del proyecto de ley orgánica que introduce en el código penal un artículo 417 bis (despenalización parcial del aborto)".

materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma"<sup>6</sup>.

## **B) Resultado jurisprudencial**

### **i) Expediente N° 02005-2009-PA/TC<sup>7</sup>**

#### **4.2. El concebido como sujeto de protección jurídica.**

##### **Tratamiento del concebido en el ordenamiento jurídico peruano**

15 . El Código Civil de 1852, siguiendo una corriente trazada ya desde el Derecho romano, establecía en su artículo 10 que "El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer", y en el artículo 30 que "al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo le favorece"; para finalmente agregar en el artículo 40 que "El nacido y el que está por nacer necesitan para conservar y transmitir estos derechos que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tenga figura humana".

16. El proyecto de Código Civil de 1890 era, por su parte, hasta más preciso al establecer en su artículo 149 que "el hombre, según su estado natural, es

---

<sup>6</sup>Esta doctrina del Tribunal Constitucional no ha sido del gusto de la toda la doctrina, existiendo autores críticos con la misma, en particular, con la categoría del *bien constitucionalmente protegido*, bien por considerarla insuficiente en orden a garantizar la vida del *nasciturus*, bien, por todo lo contrario, esto es, por entender que constituye un límite artificial a la posibilidad de que la mujer pueda abortar: v. por ejemplo, en la primera dirección, Calvo Mejida, A.: "El nasciturus como sujeto del Derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista", *Cuadernos de Bioética* (2004), 2, pp. 283 e ss.; o Díaz Pintos, G.: "La concepción «totémica» del «nasciturus» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: STC 53/1985, de 11 de abril", *Persona y Derecho*, n. 54 (2006), pp. 185-212; y, en la segunda, entre otros, Vives Antón, T.S.: "Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 15 (1985), septiembre-diciembre, pp. 145-146.

<sup>7</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 02005-2009-PA/TC LIMA ONG "ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCION".

concebido o nacido", agregando que "al concebido se le reputa nacido para todo lo que le favorece". Ya el Código Civil de 1936 no utiliza el término "concebido", como se preveía en el proyecto antes glosado, sino que establecía que "El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo".

17 . El Código Civil de 1984, en su artículo 1 ° declara que " la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento", agregando que " la vida humana comienza con la concepción", y que "El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece". Por su parte, el Decreto Legislativo No 346 - Ley de Política Nacional de Población, establece en el artículo IV inciso I del Título Preliminar que "La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: a la Vida" y que "El concebido es sujeto de derecho desde la concepción"; la Ley No 26842 - Ley General de Salud, cuyo título Preliminar, artículo III, estipula que "toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley ... ", así como que "El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud". El Código Sanitario aprobado en marzo de 1969 mediante Decreto Ley No 17505, establecía en su artículo 17 que "Con la concepción comienza la vida humana y n el derecho a la salud. El cuidado de la salud durante la gestión comprende a la madre y al concebido"; agregaba también (artículo 31 °) que "Al niño desde la concepción hasta la adolescencia le corresponde un esmerado cuidado de la salud ...."; de otro lado en el artículo 113° estipulaba que "Las acciones de salud comprenden al hombre

desde la concepción hasta la muerte y deben ejercitarse en todas las etapas de conforman su ciclo vital ".

18 . El derogado Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Decreto Ley N.O 11102, en el artículo I del Título Preliminar definía: "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad"; y, en cuanto a los derechos, señalaba en su artículo 1° que "Todo niño y adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental" . Ambas disposiciones se repiten prácticamente de manera literal en el vigente Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley N° 27337.

19 . Tanto por la normativa internacional como la nacional (constitucional como infraconstitucional) resulta evidente que la vida es protegida desde la concepción; si do ésta, por lo menos desde la perspectiva del Derecho aplicable a nuestro país, una cuestión ya determinada, y sobre la cual no tendría utilidad hacer en este momento disquisiciones mayores.

20 . Aun así, y he ahí una de las claves de la controversia, del conjunto de normas anotadas, que por cierto no agotan a todas las que en nuestro ordenamiento hacen referencia a la vida y su protección jurídica desde la concepción, se aprecia que ninguna de ellas explica o define en qué momento del proceso vital se produce la concepción. Sin embargo, debe

remarcarse que sí existe una norma, actualmente vigente, que de alguna manera compromete su posición respecto al momento desde el cual se debe brindar atención y protección al ser humano, fijándolo en este caso a partir de la fecundación.

21 . Se trata del documento denominado "La Salud Integral; Compromiso de Todos - Modelo de Atención Integral de Salud", aprobado por Resolución Ministerial N° 729- 2009-SA/DM de 20 de junio de 2003, como "marco conceptual referencial que establece las acciones y estrategias para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud de las personas, la familia y la comunidad"(resaltado nuestro). En este documento, cuyo cumplimiento e implementación corresponde tanto a la Dirección General de Salud de las Personas como a las Direcciones Regionales y Sub Regionales de Salud, se dispone entre otros aspectos, la implementación de programas de Atención Integral, y para ello, el punto 1.1 "Grupos Objetivo para los Programas de Atención Integral" prevé que "Cada Programa de Atención Integral de Salud por Etapa de la Vida, contiene un grupo objetivo diferenciado por cada etapa de vida los cuales se constituyen de la siguiente manera: **\*Programa de Atención Integral de Salud del Niño, que comprende desde la fecundación hasta los 9 años ...** " (resaltado y subrayado nuestro). La misma disposición señala la necesidad de que cada programa a fin de optimizar la atención se divida su grupos por etapas de la vida; y, en lo que corresponde a los niños, establece como primero de ellos al de "Niño por nacer: desde la fecundación hasta antes del nacimiento" (resaltado y subrayado nuestro). En el anexo 2 del mismo documento se

establecen los "Cuidados Esenciales para los programas de Atención integral de salud por Etapas de la Vida", el cual en el punto denominado "Atenciones Individuales Específicas del Niño. Estimulación Prenatal y temprana" prevé lo siguiente "Atención periódica durante la gestación, a fin de estimular el desarrollo psicoactivo del niño. Conjunto de procesos y acciones que potencian y promueven desarrollo físico, mental, sensorial y social del ser humano desde la fecundación hasta el nacimiento .. ." (resaltado y subrayado nuestro).

#### **4.3. El concebido para la doctrina jurídica**

22 . Es importante, en primera instancia, indagar cómo ha sido entendido el término concepción en el mundo jurídico a través de los diccionarios jurídicos; por lo que se recurrirá a uno histórico de nuestro país y a dos de los más usados en el mundo hispano: los diccionarios de GARCÍA CALDERÓN, CABANELLAS Y OMEBA, respectivamente. Es así que estas fuentes definen el término concepción de la siguiente manera:

- (i) "Unión de los materiales suministrados por ambos sexos en el acto procreativo, para la formación de un nuevo ser", y se remite, entre otros al término preñez [GARCIA CALDERÓN, Francisco. Diccionario de la Legislación Peruana, tomo 1. Lima: Grijley, edición en facsímil de la segunda edición, 2003, p. 501]. En cuanto a esta última palabra, indica: "Se llama preñez o preñado el estado de una mujer que ha concebido un hijo ... " [Op. cit. Tomo 11, p. 1571].

- (ii) "El acto de la fecundación y comienzo del proceso vital". Se agrega que fisiológicamente "La concepción se efectúa en el momento en el cual la cabeza del espermatozoide penetra en el óvulo. La concepción no es inmediata a la cópula carnal; pues a veces puede transcurrir algún tiempo desde ésta al instante en que el espermatozoide, o elemento masculino, fecunda el óvulo o elemento femenino". En cuanto al aspecto estrictamente jurídico señala que "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas ... " [CABANELLAS, G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II. Buenos Aires: Heliasta, 16° edición, 1981, p. 253].
- (iii) "Del latín (concepto-ónis). Acción y efecto de concebir. Biológicamente es el momento de fecundación del óvulo, que determina en el orden jurídico, el comienzo de la existencia de la persona" [Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Bibliográfica Argentina, sine data, T ITI, p. 578].

23 . Dentro del campo jurídico, como se encuentra glosado supra, si bien se reconoce reiteradamente al concebido como sujeto de derechos, la normativa no define ese estado, salvo un caso en el que, como se ha señalado, expresamente se inclina a considerar a la vida como un proceso que se inicia con la fecundación. Dentro de esa de controversia anotada, es posible identificar:

- i) Un importante grupo de juristas que se han pronunciado a favor de ubicar la concepción en la etapa de la fecundación y específicamente a partir de la fusión de los pronúcleos y la formación de la nueva célula distinta a la que le dieron origen. Entre ellos se encuentran, sólo para citar a los peruanos, MARCIAL RUBIO CORREA, CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO y ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, reconocidos juristas y especialistas en derecho constitucional, derecho civil y derecho genético, respectivamente. Esta posición considera que toda la información constitutiva del nuevo ser ya está contenida en esa primera y única célula; ella contiene el código de la vida que igualmente se encuentra en cualquier ser humano nacido. Todo lo que le ha de permitir evolucionar, toda la información necesaria y a la vez suficiente que define las características de un nuevo ser humano, única e irrepetible, surge de la unión de los 23 cromosomas femeninos con los 23 masculinos. Es un ser humano en una etapa inicial y en proceso de desarrollo, pero ello no debe implicar que se le condicione o niegue la titularidad de los derechos que surgen de su propia naturaleza, menos aún el de la vida, que es el presupuesto para el goce de todos los demás. De otro lado, condicionar los derechos dependiendo de la edad o de la etapa de desarrollo implicaría una vulneración del principio derecho de igualdad, reconocido tanto por nuestra constitución como por todos los tratados internacionales de derechos humanos.
- ii) Por su parte, se encuentran aquellos que consideran la anidación del óvulo fecundado en el útero materno como el inicio de la vida humana,

la gestación y por ende el embarazo de la mujer. Entre ellos se encuentran LUIS BRAMONT ARIAS, LUIS BRAMONT-ARIAS TORRES, RAÚL PEÑA CABRERA, LUIS Roy FREIRE, FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS y JOSÉ HURTADO POZO, todos juristas reconocidos en el ámbito penal, siguiendo así la corriente mayoritaria en este campo del Derecho.

24. Corresponde a la ciencia describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas del íter vital del ser humano; y, sobre esa base, apoyándose en lo que la ciencia médica señala, correspondería al mundo jurídico resolver las controversias que se le presenten, Como la ciencia médica se encuentra dividida, y no puede arribar a una respuesta definitiva, el mundo jurídico también se encuentra dividido. Es por ello que, para la solución del ente caso, adquieren singular relevancia algunos principios de interpretación de los derechos fundamentales, como el *pro homine* y el *favor débilis*.

#### **4.4. Aplicación de los principios de interpretación constitucional: La posición del Tribunal Constitucional respecto a la concepción**

##### **4.4.1. Principios de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales.**

Si se hace referencia a los derechos fundamentales, evidentemente que al mismo tiempo se hace mención también a la parte dogmática de la Constitución que a su vez los reconoce y garantiza; tanto a partir de su condición de derechos subjetivos, por la que no solo se protege a sus

titulares de las injerencias injustificadas y arbitrarias de cualquiera (sea el Estado o un tercero), facultándolos también para exigir del estado determinadas prestaciones concretas; como a partir de su naturaleza de derecho objetivo, es decir como elementos que legitiman y constituyen todo el ordenamiento jurídico, toda vez que "comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado Constitucional" TC N.O 3330-2004-PA, fundamento 9].

26. De allí que, para el presente caso, tan controvertido y con posiciones encontradas tanto en la ciencia médica como en la jurídica, resulta necesario acudir al criterio de interpretación constitucional denominado por la doctrina como "interpretación institucional", y que ya ha sido utilizado y definido en la jurisprudencia de este Colegiado”.

### **INTERPRETACION**

El Tribunal Constitucional, haciendo referencia normas superiores e inferiores existentes sobre el concebido en nuestro país, le da una interpretación integral.

Le reconoce derechos, determina aproximativamente desde cuándo estamos hablando de concebido.

Y como es lógico, luego de esa determinación, surge algunas reglas a tener en cuenta cuando se trata de concebidos.

## ii) Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica<sup>8</sup>

“ ...

185. Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales<sup>9</sup>, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida<sup>10</sup>. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones

---

<sup>8</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitida el 28 de noviembre del 2012, en el caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica

<sup>9</sup> Respecto a decisiones de tribunales constitucionales: Corte Suprema de los Estados Unidos, *Caso Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973) (“No necesitamos resolver la difícil cuestión de cuándo comienza la vida. Si los que están formados en sus respectivas disciplinas de la medicina, filosofía y teología no logran llegar a consenso alguno, la judicatura [...] no está en situación de especular una respuesta”). Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido, *Caso Smeaton Vs. The Secretary of State for Health*, [2002] EWHC 610 (Admin), Voto del juez Munby, párr. 54 y 60 (“No es parte de mi función, tal como lo concibo, determinar el momento en que comienza la vida [...]. Así, aún la biología y la medicina no pueden decirnos el momento preciso en que “la vida” realmente empiece”). Corte Suprema de Justicia de Irlanda, *Caso Roche Vs. Roche & Ors*, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, [2009] IESC 82, Voto del juez Murray C.J (“En mi opinión, no debe ser un tribunal de leyes, confrontado con las opiniones más divergentes, aunque las más eruditas disponible en las citadas disciplinas, pronunciarse sobre la verdad del momento preciso cuando comienza la vida humana); Voto del juez Denham J, párr. 46 (Esto no es el arena adecuada para tratar de definir “la vida”, “el comienzo de la vida”, “el momento que el alma entra en el feto”, “vida en potencia”, “la singular vida humana”, cuando comienza la vida, u otros imponderables relacionados con el concepto de la vida. Esto no es el foro apropiado para decidir principios de la ciencia, la teología o la ética. Esto es un tribunal de leyes a que se ha sido solicitado interpretar la Constitución y tomar una decisión jurídica acerca de la interpretación de un artículo de la Constitución.). Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006 (Considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión). TEDH, *Caso Vo. Vs. Francia*, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 84.

<sup>10</sup> Maureen L. Condic; ‘*Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos*’ (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo III, folios 6580 a6594). En particular, se indicó que “[h]oy día hay poco consenso entre científicos, filósofos, eticistas y teólogos acerca del momento en que comienza la vida humana. Mientras que muchos afirman que la vida comienza en “el momento de la concepción”, no se ha definido rigurosamente precisamente cuando ocurre este momento. De hecho, los órganos legislativos de diferentes países han definido el “momento” de concepción de manera muy diferente. Por ejemplo, el Canadá define el embrión humano como “un organismo humano durante los primeros 56 días de su desarrollo luego de la fecundación o la creación, que es muy similar a la definición propuesta en

que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que les confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

*186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no*

---

los Estados Unidos de América. Recientes declaraciones de parte de bioeticistas, políticos y científicos han sugerido que la vida humana comienza aún más tarde, a la etapa de las ocho células (aproximadamente 3 días después de la fecundación) (por ejemplo, Peters 2006); cuando el embrión se implanta en el útero (5-6 días después de la fecundación; Agar (2007), Hatch (2002), o al momento de la formación del estría primitiva (2 semanas después de la fecundación).

*recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (supra párr. 180).”*

*“189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones”.*

## **INTERPRETACION**

La CIDH, tan igual como nuestro Tribunal Constitucional, hace referencia a las etapas por las que pasa el concebido. Desde cuándo tiene esa protección especial.

Esta es una manifestación, de que los Estados siempre han estado preocupados por la defensa de los concebidos.

## V. DISCUSION

### a) **Sobre los derechos humanos del concebido**

El ser humano desde la óptica dogmática jurídica, es una categoría que involucra dos subcategorías: El sujeto del derecho concebido y al sujeto de derecho persona natural.

Es decir, no solo es el nacido, sino también el concebido, Hasta aquí no hay muchos conflictos, pues hay consenso, incluso a nivel normativo.

El asunto conflictivo se inicia cuando se pretende que tenga todos los derechos el recién concebido, sin limitación alguna.

Para algunos, solo pueden tener derechos patrimoniales, además siempre que nazca vivo, más no así otros derechos, por ejemplo extra patrimoniales.

Pero hay una pregunta adicional ¿Cuál es la limitación para sostener la postura precedente? La respuesta es que aún no nace vivo.

¿Pero el hecho que aún no nazca, no significa que no tenga vida y, por ende necesidades, precisamente para mantener esa vida?. Mi criterio, es que requiere más derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, sin limitación alguna, precisamente por reconocer como ser vivo al concebido.

Por otro lado, seguramente el goce de esos derechos, el concebido no lo hará en forma directa. Pero eso es la razón suficiente, para sostener que no tiene mayores derechos que solo las patrimoniales.

**b) Sobre si solo es sujeto de derecho el nacido o, también puede serlo el concebido**

Si la concepción de sujeto de derecho es aquel que existe, entonces será sujeto de derecho también el concebido, pues existe en la realidad objetiva.

Pero el concebido no es parte de la madre que lo contiene o cobija en su vientre; sino es un ser independiente. Razón que abona a favor de su consideración como ser humano en formación. Pero hay algo más importante o trascendente: Tiene vida propia, personalidad y formación particular.

Como dice el maestro Sessarego (Carpio, 2018)“( )... Para el hombre de derecho para el jurista propiamente interesado en tutelar la vida humana y todas sus expresiones, no existe actualmente duda sobre el hecho biológico de que el concebido es un ser genéticamente independiente tanto del padre como de la madre que lo gesta. El embarazo o gestación no supone una identidad ontológica entre la madre e hijo, una asimilación o fusión de dos seres en un solo ser (...).La pregunta por el ser concebido no encuentra otra respuesta que aquella que lo considera como “ser humano” (...).

Si tiene vida propia y, es considerado “ser humano”, entonces es sujeto de derechos. No hay argumento para negar tal situación.

Y si es sujeto de derecho, por tanto, un derecho elemental es el derecho a la vida, a la salud del “ser humano”, por ende, le corresponde al concebido, no solo derechos patrimoniales, sino también extrapatrimoniales.

El Tribunal Constitucional<sup>11</sup> ha señalado con mucha razón lo siguiente:

“27. La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida; y la vinculación entre ambos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de efectuar las acciones para instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento destinado a atacarlas manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o proliferar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar al enfermo los medios que le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social.

El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida. Ello comporta una inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del

---

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 2016-2004-AA/TC LIMA JOSÉ LUIS CORREA CONDORI, fundamento jurídico 27 y 29.

servicio de salud, así como la puesta en marcha de políticas, planes y programas en ese sentido.

...

29.- La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo, tanto en el aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Así, la salud supone el goce del normal desarrollo funcional de nuestro organismo; en tal sentido, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha precisado que dicho concepto no se limita a la ausencia de enfermedad, sino al reconocimiento de una condición física mental saludable.

El artículo 7° de la Constitución, cuando hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad.

La salud de una persona debe ser abordada en tres perspectivas, a saber: del individuo en particular, dentro de su contexto familiar y en un contexto comunitario”.

Aquí es donde tiene su justificación abogar por la salud del concebido. Es verdad que el Estado, tiene programas para coadyuvar en la salud del concebido en el contexto familiar y comunitario; pero no tiene programas especiales, individuales para concebidos. Por ejemplo, el SIS requiere partida de nacimiento. El concebido no lo tiene, por ende, no le corresponde este seguro integral de salud. Entonces también, se justifica la atención con los alimentos a los concebidos, que a su vez también engloba el apoyo a la salud.

Por otro lado, nuestra realidad conflictiva aún más dramática. En muchos sectores del país, no se recibe el apoyo de salud comunitaria y familiar. El Estado no llega a todos por igual. Si esa es la realidad, entonces, con mayor razón se justifica la necesidad de reconocer el derecho a los alimentos a los concebidos.

### **c) Sobre el derecho a los alimentos del concebido**

Como podemos advertir el derecho de la madre a ser asistida durante el embarazo está respaldado por un consenso virtualmente universal. Con similar intensidad aparece consagrado con grandes rasgos también el derecho del concebido a recibir lo necesario para su subsistencia.

Surge ahora una cuestión que cabe dilucidar para que el derecho consagrado no quede desvirtuado en su operatividad. ¿Cómo asegura el Estado esta asistencia? ¿Sobre quién recae la obligación de prestarla?

Por nuestra parte tenemos la convicción de que, como en todos los terrenos donde el Estado ejerce actividad, la misma debe ser subsidiaria de

la que llevan a cabo quienes se encuentren en primer término obligados a prestarla conforme dispone la propia norma, interpretando elementales principios de ética y solidaridad social.

Si el derecho que compete al niño de recibir alimentos de sus padres deriva del deber de mantenimiento o de crianza, debe comenzar desde el instante en que éste se manifiesta: la concepción. El proceso de gestación de un ser humano acarrea necesidades vitales que, dado el mecanismo procreativo, pasan necesariamente en principio por la persona de la madre. Es esta quien deberá procurarse el propio sustento para que el hijo en gestación lo aproveche y se nutra a su turno. Deberá cuidar su salud, para que no se resienta la de quien lleva en su seno. Deberá asegurar las condiciones mínimas del entorno ecológico para que el *nasciturus* no sea afectado por elementales carencias, ni por agresiones actuales o potenciales.

Si son claras las obligaciones (naturales y de sobrevivencia, así como legales) que tiene la madre, porque tienen directa atinencia con su condición de portadora de la vida del sujeto que alberga en su seno, no menos lo son las del progenitor del por nacer, es decir, del padre. Este debe prestar todos los medios a su alcance para que la gestante pueda culminar su invaluable y privilegiada misión y, como es lógico traer a este mundo al nuevo ser que concebido por ellos.

No pueden de ninguna manera uno y otro claudicar en los apoyos requeridos para ese desarrollo pleno. No hay justificación legal o moral que sea racional y suficiente, para eludirla. Es su elemental responsabilidad que

todas las necesidades emergentes del proceso procreativo sean cubiertas con suficiencia.

El nacimiento implica sólo una contingencia más en el proceso de crianza del hijo procreado, cuya principal característica es la separación física de la madre y consecuentemente la directa aplicación de los medios de subsistencia y desarrollo necesarios a la misma y propia persona del vástago.

Cabe recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3, reiterado en los artículos 18, inciso 1 y 21, consagra el principio del interés superior del niño, en tanto que el artículo 18 responsabiliza a ambos padres por su crianza y desarrollo, y compromete la asistencia del Estado para el desempeño de las funciones de aquellos resaltando que la preocupación fundamental de los Estados será el interés superior del niño.

El artículo 27 de la misma Convención, procura asegurar a todo niño un nivel de vida adecuado para su desarrollo, responsabilizando para su concreción a los padres y al Estado para que aquella responsabilidad pueda ser asumida, si es necesario mediante el aseguramiento del pago de la pensión alimenticia.

Si bien la Convención exactamente no hace mención al concebido, pero tampoco niega la existencia y necesidades, por lo tanto, existen razones plausibles, objetivos para atender con los alimentos a los concebidos.

#### **d) Sobre el alcance legal de protección al concebido**

Todas normas revisadas, sin excepción alguna reconocen y protegen al concebido.

Dice la Constitución que el concebido “es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. En aplicación de este precepto, podemos decir, con Fernández Segado (Carpio, 2018), que es lógico que se deba tener al concebido “por titular del derecho a su propia vida, a una vida que en cuanto ser humano que es tiene como propia y diferente de la de su madre. Como se ha puesto de relieve, ¿cómo le va a tener o considerar la ley respecto al favor más nuclear para él como es permitirle nacer?”. Para este autor, existe un ser humano “desde el momento de la fecundación” , “una vida existencialmente diferente a la de la madre [...], [por lo que] no pueden establecerse distingos entre el nacido y el no nacido, por lo menos en lo que a la titularidad del derecho a la vida se refiere”.

Si bien el concebido o nasciturus se encuentra en una especialísima relación de dependencia respecto de la madre, ello no puede negar su titularidad del derecho a la vida. Como dice Hervada, “es legítimo preguntarse, ¿dónde hay un individuo humano? La respuesta, si se atiende a la verdad científica, es bien clara: allí donde hay un nuevo ser vivo, que, si bien está en la madre, ya no es la madre. (...) Vida independiente no significa que no necesite de otros seres para vivir, sino que reúne dos condiciones: primera, que se trata de un ser distinto de aquel del que acaso dependa, se trata de un ser individualizado; segunda, que el principio de vida es propio y no recibido de otros. (...) Vida independiente significa la

independencia del principio vital, que cada ser tiene en sí su propio principio de vida” (Díaz, 2019).

Pero la protección del derecho a la vida del concebido, solo es formal. Es decir, se le protege de cualquier agresión que ponga en peligro su normal desarrollo. Pero no reconoce que también el derecho a la vida, tiene una dimensión sustancial o material, que protege no solo la existencia, sino una existencia digna. Es decir, el amparo del concebido, no solo para que viva; sino que esta vida que ya tiene, sea estrechamente ligada a la dignidad humana.

#### **e) Sobre la tutela legal del concebido sobre el derecho alimentario**

¿Llegado hasta aquí, podemos afirmar que legalmente se puede y debe tutelar el derecho alimentario de los concebidos? La respuesta es afirmativa. Entre otros, por las siguientes consideraciones:

- Porque así lo obliga la dimensión material o sustancial del derecho a la vida, que vía interpretación lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional y la doctrina nacional e internacional.
- Porque el concebido es ser humano. Si bien aún depende de la madre, ello no le quita o enerva el derecho que tiene.
- Porque el derecho a los alimentos, no solo es la trasmisión de alimentos que le puede atender la madre, de manera natural; sino también el apoyo en el cuidado de otros derechos, como a la vida y a la salud.
- Porque el concebido tiene derecho a la vida y a la salud. Es verdad que el Estado atiende de modo general, a través de sus programas, la salud

familiar y comunitaria, Pero la salud individual del concebido, no es atendida.

**f) La representación materna como fuente de legitimación activa del concebido para exigir los alimentos.**

Si hay razones suficientes para amparar el derecho a los alimentos de los concebidos, entonces, existe una pregunta crucial ¿Cómo se podría viabilizar una reclamación de esta índole?

La persona que tendría titularidad para reclamar el derecho alimentario del concebido, sería la madre. Esta tiene todo el derecho directo, elemental y hasta natural para ello. Aunque no tenga hoy el amparo legal, pero moralmente está obligado a reclamarle al progenitor el alimento para el concebido.

Esta función en la práctica lo hace, aunque como no tiene amparo legal, no tenga los resultados esperados.

Pero podría presentarse ciertas circunstancias especiales, donde la madre de manera directa y personal, no podría activar la reclamación de los alimentos, a favor del concebido: Por ejemplo, el estado vegetativo de la madre; alguna enfermedad sobrevenida al embarazo, alguna anomalía psíquica que sufriría la madre gestante, entre otras posibilidades ciertas y, a veces inevitables.

De presentarse estas circunstancias especiales, el derecho debe viabilizar activar el derecho alimentario, cualquier familiar directo e la

madre gestante. En este caso, se aplicaría el principio tuitivo del derecho alimentario. Los formalismos o, el vacío normativo, no puede dejar al desamparo a los concebidos.

Aquí debe tener un criterio informador y obligatorio, el principio del interés superior del niño. Si bien el concebido aun no es niño, pero la Convención del Niño no la prohíbe o limita, el uso de este principio en la interpretación a realizar a favor de los concebidos.

Nuestro Tribunal Constitucional<sup>12</sup>, ha señalado con mucha claridad, la importancia, alcances y uso del principio del interés superior del niño, bajo los siguientes criterios:

“12. En esta línea, el Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del interés superior del niño en la sentencia recaída en el [Expediente N.º 06165-2005-HC/TC](#) (Fundamento 14), en la que precisó la responsabilidad de la salvaguardia del principio del interés superior de los niños y adolescentes, y su percepción al señalar:

“La tutela que ha sido prevista en la Norma Fundamental es permanente, pero como se ha ido estableciendo, la responsabilidad no sólo es del Estado, pese a que siempre los reclamos son dirigidos a éste, sino de la comunidad toda.

---

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC LIMAL.J.T.A. e I.M.T.A, fundamento jurídico 12 y 13.

Entonces, por más que se reconozca una protección superlativa a los niños y adolescentes (...), ello no es óbice para que este Colegiado acepte y apoye cualquier tipo de actividad que se realice para con ellos” (énfasis agregado).

13. En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de

interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa”.

#### **h) Sobre los requisitos para demandar los alimentos para el concebido**

Ahora viene otro problema ¿cómo acreditar la necesidad alimentaria del concebido, para luego reclamarla ante la autoridad competente?

Lo primero que debe probarse, es el estado de gestación de la madre. Es decir, el concebido tiene que existir. Sin este requisito esencial, no hay posibilidad de reclamar ningún derecho del concebido.

Por otro lado, es indispensable acreditar la vinculación del obligado progenitor, con el concebido. Es verdad, que no será posible por la urgencia de la atención y necesidades del concebido, realizar pruebas científicas como el ADN entre concebido y progenitor, para probar dicha vinculación; sino por el contrario, sería suficiente presentar algún indicio concurrente de la relación entre la madre del concebido y el supuesto progenitor. La libertad probatoria y el principio tuitivo del derecho alimentario, juegan y deben jugar un rol esencial.

Los errores que pudieran cometerse en este proceso, por ejemplo, cuando después se acredite que el progenitor obligado, no fue padre del entonces concebido, pueden subsanarse por otros medios menos lesivos, incluso pueden repararse los errores. Pero la vida, la salud y la subsistencia del concebido, son derechos esenciales, por ende la flexibilidad probatoria, debe ser la regla.

## VI. CONCLUSIONES

- 1.- Los concebidos tienen una protección muy general en los sistemas jurídicos de Latinoamérica. Esa misma línea sigue en nuestro país. Es decir, señalan que sus derechos se restringen a condición de que nazca vivo. La consecuencia lógica de esa protección general, es que los concebidos no tiene efectivamente el derecho a los alimentos. Es decir, se encuentran en desamparo.
- 2.- Existen razones sociales y jurídicas, para poder sustentar la necesidad de habilitar o, mejor, reconocer el derecho a la pensión de alimentos de los concebidos. Con esa propuesta, no se restringe derechos de nadie; no se invade los derechos de terceros, menos el derecho que tiene el padre frente a su hijo concebido. Si no, por el contrario, se reconoce el derecho fundamental del concebido a los alimentos. En el derecho comparado, se tiene igual tratamiento que el sistema peruano, respecto al derecho a los alimentos de los concebidos. Es decir, se reconoce el derecho a condición de que nazca vivo. Esta postura, es antigua y, tiene una tradición y explicación, también antigua. El derecho a los alimentos a favor de los concebidos, se fundamenta en el derecho fundamental a la vida y la salud que tienen éstos.
- 3.- Para acreditar en el proceso por alimentos del concebido, no hay medio probatorio privilegiado. Todos los medios de prueba son necesarios e igual de convincentes, aunque la prueba del embarazo y la vinculación con el obligado a pasar los alimentos, serían indispensables, para no actuar con arbitrariedad; sino con certeza.

## VII. RECOMENDACIONES

- 1.- Se presente un proyecto de ley para modificar el Código Civil, donde se reconozca de manera expresa e indubitable el derecho a la pensión de alimentos de los concebidos.

Esta propuesta, debe ser el siguiente:

**a) La norma actual:**

**Artículo 1º.-** 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.

**b) Propuesta de modificación normativa.**

**“Artículo 1º.-** La persona humana es sujeto de derecho desde su concepción.

El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR, B. (1998). *Instituto Jurídico de los alimentos, Lima*. Lima: Cultural Cuzco.
- AGUILAR, B. (2010). *La familia en el Código Civil Peruano*. Lima: Ediciones Legales.
- CALDERON, L. (2011). *Metodología de la investigación*. Chiclayo: UNPRG.
- CARPIO, G. (02 de abril de 2018). *El reconocimiento jurídico del concebido y el debate sobre el aborto*. Obtenido de <https://ucsp.edu.pe/imf/investigacion/articulos/el-reconocimiento-juridico-del-concebido-y-el-debate-sobre-el-aborto/>: <https://ucsp.edu.pe/imf/investigacion/articulos/el-reconocimiento-juridico-del-concebido-y-el-debate-sobre-el-aborto/>
- CASTAÑOS, B. (2012). *Comienzo de la personalidad jurídica desde la concepción*. La Paz: UNMSA.
- CHANAME, R. (2010). *Comentarios a la constitución*. Lima: Jurista Editores.
- CORTES, C. (2014). *Derecho fundamental a los alimentos: En nombre del padre y por derecho del hijo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- DELGADO, S. (2017). *Pensión alimenticia para el interés superior del niño, niña y adolescente, en la jurisdicción de San Juan de Lurigancho, 2006*. Lima: UCV.

DIAZ, O. (05 de agosto de 2019). <https://constitucion.wordpress.com/2008/04/17/la-proteccion-constitucional-del-derecho-a-la-vida-del-concebido>. Obtenido de La protección constitucional del derecho a la vida del concebido: <https://constitucion.wordpress.com/2008/04/17/la-proteccion-constitucional-del-derecho-a-la-vida-del-concebido>

ESPINOZA, J. (2008). *Derecho de las personas*. Lima: Rodhas.

FERNANDEZ, C. (2016). *Derecho de las personas*. Lima: Pacífico.

FERRAJOLI, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

GARCIA, M. (2015). ). “*El derecho de alimentos del heredero concebido y otros supuestos favorables para él con relación a tal derecho*. Lima: UCSTM.

GONZALES, C. (2007). *Alimentos: El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Lima: Biblioteca Nacional del Peru.

LLAJA, J. (09 de Junio de 2014). *El derecho a la vida del concebido y la regulación del aborto*. Obtenido de [http://www.demus.org.pe/fotos/31c\\_seriejg\\_el\\_der\\_ala\\_vida\\_del\\_concebido.pdf](http://www.demus.org.pe/fotos/31c_seriejg_el_der_ala_vida_del_concebido.pdf)

LLEDO, F. (2000). *Compendio de derecho de familia*. Madrid: S/E.

MARTINEZ, C. (2012). *La partición de la herencia” en La sucesión hereditaria y el juicio divisorio*. Madrid: Lex Nova.

MEJIA, P. (2005). *Derecho de alimentos*. Lima: Ediciones jurídicas.

- MONGE, L. (2007). *Principio de la persona humana y de la vida*. Lima: Gaceta Juridica.
- OJEDA, A. (2012). *Evolucion histórico juridico de los alimentos*. Santiago: UNCH.
- PERALTA, J. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Idemsa.
- PUMA, S. (2015). *“La responsabilidad parental por el inadecuado cumplimiento del derecho alimentario de los hijos de la ciudad de Puno*. PUNO: UNDA.
- RUBIO, M. (1995). *El ser humano como persona natural*. Lima: PUCP.
- SANTILLAN, R. (2010). *La situación jurídica del concebido. Una interpretación histórica, legislativa y teleológica*. Buenos Aires: Astrea.
- TORRES, A. (2006). *Derechos Reales*. Lima: Idemsa.
- VARSÍ, E. (2012). *Tratado de derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*. Lima: Gaceta Juridica.
- WONG, J. (2014). *La asignación anticipada de alimentos y el impedimento de salida del país en Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*. Lima: Gaceta Juridica.
- ZANONI, E. (2006). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea.
- ZEGARRA, A. (2010). *Descubrir el Derecho: las nociones elementales del derecho privado y el derecho público explicados en forma sistemática*. Lima: Palestra Editores.

## VI. ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA

### TITULO: EL DERECHO A LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS CONCEBIDOS EN EL PERU

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	MARCO TEORICO	ASPECTOS METODOLÓGICO
<p><b>Problema general:</b> ¿Cuáles son los fundamentos socio-jurídicos para justificar y atender el derecho a los alimentos de los concebidos en el Perú?</p> <p><b>Problemas específicos:</b> c) ¿Cuál (es) serían los medios probatorios para acreditar en el proceso el derecho a los alimentos del concebido? d) ¿Cómo se ha afrontado el derecho de alimentos de los concebidos en el derecho comparado?</p>	<p><b>Objetivo general</b> Determinar cuáles son los fundamentos socio-jurídicos para justificar el derecho a los alimentos de los concebidos en el Perú</p> <p><b>Objetivos específicos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Analizar y explicar cómo se está afrontando el derecho de alimentos de los concebidos en el derecho comparado.</li> <li>Proponer los medios probatorios para acreditar en el proceso de alimentos el derecho a los alimentos del concebido</li> </ul>	<p><b>Hipótesis general</b> Los concebidos desde el momento de su reconocimiento como tal, tienen derecho a los alimentos y demás derechos inherentes a todo ser humano; por constituir un derecho fundamental; es más, tiene pleno reconocimiento en la Constitución Política del Estado, los tratados sobre derechos humanos y del niño donde el Perú es parte y las normas internas que se refieren a ella.</p> <p><b>Hipótesis específicas</b> - El medio probatorio para acreditar en el proceso el derecho a los alimentos del concebido, puede ser el documento emitido por un centro hospitalario u otro similar que certifique el embarazo de la madre y, en caso de que el padre del concebido pueda negar esta obligación, existe la prueba de ADN que pueda dilucidar esta postura. -En el derecho comparado se tiene diferentes concepciones sobre los alimentos de los concebidos; sin embargo, existe prescripciones normativas, que han sido elaboradas a partir del reconocimiento del derecho de los concebidos</p> <p><b>VARIABLES</b> <b>Variable Independiente</b> <b>X:</b> El concebido. <b>Indicadores</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Doctrina.</li> <li>Código del Niño y el Adolescente.</li> <li>Jurisprudencia</li> </ul> <p><b>Variable Dependiente</b> <b>Y:</b> Los alimentos del concebido</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El concebido ¿sujeto de derecho?</li> <li>Reconocimiento legal y constitucional del concebido.</li> <li>¿Derecho a la pensión de alimentos del concebido?</li> <li>Concebido</li> <li>Derecho</li> <li>Derechos fundamentales</li> </ul>	<p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</b> Dogmática <b>TIPO DE DISEÑO:</b> No Experimental <b>DISEÑO GENERAL:</b> Transversal <b>DISEÑO ESPECÍFICO:</b> Explicativa <b>UNIDAD DE ANALISIS:</b> Estará será Documental conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. <b>PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Identificación del lugar donde se buscó la información.</li> <li>Identificación y registro de las fuentes de información.</li> <li>Recojo de información en función a los objetivos y variables.</li> <li>Análisis y evaluación de la información.</li> <li>Sistematización de la información</li> </ul> <p>Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías. <b>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</b> Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido. <b>ANALISIS DE LA INFORMACIÓN</b> Para el análisis de la información se empleó la técnica cualitativa y la triangulación de teorías. <b>VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS:</b> Método de la argumentación jurídica.</p>