

EL CONCEBIDO DEBE SER PERSONA

LEONARDO DAVID VILLAFUERTE PHILIPPSBORN

leonardo.villafuerte@gmail.com

Resumen: Se ha considerado al ser humano, que fallece en la etapa de su gestación, como un ser que nunca ha llegado a ser sujeto de derecho. Ello corresponde a una discriminación jurídica poco razonable que, por consiguiente, es ilegal. En este documento se sustentan los argumentos que pretenden demostrar esta afirmación y la interpretación de las normas legales que rigen a esta materia, con la finalidad de justificar que la personalidad se la adquiere de manera definitiva al momento de la concepción.

Palabras clave: ser humano concebido y nacido, persona, personalidad, sujeto de derecho, derecho a la igualdad.

1. Introducción.

Interesa a este trabajo interpretar y razonar la normativa jurídica con la finalidad de establecer desde qué momento el ser humano adquiere la condición de persona. La tradición civil romana ha mantenido que es su nacimiento con vida el que marca ese momento; sin embargo, se sustenta en este documento que ello no es jurídicamente posible por afectar el derecho de igualdad y que, asimismo, ese principio ha sido ya superado.

Al efecto, y aplicando el método dogmático jurídico, se interpretará y analizará críticamente la normativa jurídica vigente en Bolivia contenida en la Constitución Política del Estado (CPE) y los códigos Civil Boliviano (CCB) y el Niño, Niña y Adolescente (CNNA). Se establecerá luego el principio de aplicación de esta interpretación y se presentarán las conclusiones obtenidas.

2. Desarrollo

El ser humano en sociedad es el origen y la razón de ser del Derecho. Ello explica el porqué el ser humano es prioritaria y materialmente relevante en su comprensión. Sin embargo el ser humano no ha sido igualitariamente considerado en todas las épocas, pues durante la historia el Derecho ha otorgado criterios de diferenciación privilegiada y discriminatoria a su respecto (1). En la actualidad se han superado, al menos en gran medida, estas discriminaciones (2). Rige la pretensión universal de otorgar trato y condición igualitarios a los seres humanos (3).

(1) Como sucedía, en calidad de ejemplo extremo, con la institución jurídica de la esclavitud. Juan Iglesias expresa "Nacido un hombre, en las condiciones antedichas, el

Efecto de esta igualdad, en lo atinente, se halla en que todo ser humano, por el sólo hecho de pertenecer a la especie biológica de *homo sapiens*, debe tener la aptitud de participar en su realidad social como sujeto (y no como objeto) de relaciones. Jurídicamente, esta aptitud ha sido denotada bajo la categoría jurídica genérica de sujeto

de derecho y, específicamente, en la especie persona individual (4).

Se observa, entonces, que la subjetividad del ser humano le determina su aptitud para ser titular de derechos y responsabilidades, El ser humano, así, concluye siendo para el Derecho un “centro unitario de

Derecho romano no le confiere, sin más, la capacidad jurídica. Contrariamente a lo que sucede en las legislaciones modernas, donde persona –sujeto capaz- es el hombre, por el solo hecho del nacimiento, exigese en Roma que el nacido sea libre –*status libertatis*- y ciudadano –*status civitatis*” (Iglesias, 121).

(2) Formalmente ello se ha inaugurado, respecto del mundo occidental, a través de la Revolución Francesa de 1789 mediante la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

(3) El art. 14.II de la CPE así lo determina (“[...] II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona. III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna. el libre y eficaz

ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos [...]”) y el CCB en su artículo 22 (“los derechos de la personalidad y otros establecidos por el presente Código, se ejercen por las personas individuales sin ninguna discriminación”).

Vale aclarar que no toda discriminación es ilegal, sino sólo la que se funda en criterios injustificados, arbitrarios e irracionales. Así se ha pronunciado también la Declaración Constitucional 002/2001 de 8 de mayo de 2001 que, además de comprender en la igualdad un derecho de aplicación casi absoluta, ha identificado estos requisitos en su apartado IV.6. y ha forjado una línea jurisprudencial preclara en igual sentido (0078/2004 de 20 de julio de 2004, 0014/2006 de 4 de abril de 2006, 0022/2006 de 18 de abril

(4) También denominada persona natural o de existencia visible para diferenciarla de otros sujetos de derecho (llamados personas colectivas, de existencia no necesaria, etc.) que no corresponden a esta realidad antropológica y que su reconocimiento como persona se halla supeditado a una declaración (normalmente administrativa) constitutiva de estatus en razón al cumplimiento de ciertos presupuestos.

imputación de normas” (Espinoza, La Capacidad Civil de las Personas Naturales, 22); es decir, apto para ser potencialmente titular, activo o pasivo, de una situación, derecho o relación jurídica cualquiera (tanto en el presupuesto como en la consecuencia prevista en el ordenamiento).

Desde un punto de vista estrictamente teórico-jurídico sería posible diferenciar al ser humano y a la persona y, de hecho, las teorías formalistas, exacerbando ello, así lo han propuesto al argumentar que es la Ley la que, luego de calificar jurídicamente un interés relevante, ha decidido conferir al ser humano la calidad de persona, al igual que lo ha hecho a favor de otros entes, no obstante ser diversos a él. En otras palabras, que la calidad de persona depende del reconocimiento que el ordenamiento jurídico le realice.

(5) Barbero dice: “Niego del modo más absoluto que el ordenamiento jurídico sea árbitro de atribuir o negar ‘la personalidad jurídica’ al hombre [...] el derecho no es lo que agrada al hombre mandar o imponer, sino que es, cuando se trate de racionalidad exclusiva una realidad que el hombre tiene sobre sí, un valor superior a él, al cual debe él adaptarse. La idea que la “personalidad de derecho” sea un gracioso otorgamiento del ordenamiento jurídico, que podría también negarlo, desconociendo la realidad natural, debe ser dejada a aquel “positivismo” para el cual el derecho es lo que el legislador manda [...]” (Barbero, T. I 191-192).

Las doctrinas humanistas y naturalistas se encuentran en literal oposición a ello, argumentando la dignidad del ser humano y la necesidad de su concepción material (5). Finalmente, existen las posturas que sostienen que la única manera adecuada de conceptualizar al sujeto de derecho es considerando ambos elementos (formal y material)(6); empero, preconizan indirectamente la necesidad de un reconocimiento formal que, en definitiva, concluye reiterando el argumento de la posición formalista. Parece adecuado referirse al ser humano como persona (sujeto de derecho) por el sólo hecho de ser tal, bajo el argumento material de comprender al ser humano como fuente y justificación finalista - funcional del Derecho, que es producto de la racionalidad humana y que se halla constreñido a respetar la igualdad y dignidad de la totalidad del género

(6) Así, Víctor Pérez manifiesta que: “la persona física es el resultado de un substrato material que es el organismo humano dotado de los requisitos exigidos por la ley (en nuestro Código Civil: nacimiento con vida), los cuales constituyen los presupuestos de calificación de la figura subjetiva individual; por otra parte, es también resultado del reconocimiento formal con el cual se atribuye a este substrato de hecho la cualidad de persona en sentido jurídico” (Pérez, 32); Espinoza, por su parte, manifiesta que la calidad de persona del ser humano “es el resultado de una armónica correspondencia entre la realidad ontológica y aquella formal” (Espinoza, La Capacidad Civil de las Personas Naturales, 24).

de su creador. Debe existir correspondencia exacta y estricta entre ser humano (subjetividad) y persona (sujeto de derecho): todo ser humano, por el sólo hecho de ser tal, debe ser asimismo persona (sin discriminar esta calidad por ningún motivo).

En esta línea de pensamiento, el art. 14.I de la CPE(8) otorga personalidad y, así, la calidad de persona a todo ser humano y sin distinción alguna. Esta norma no establece sin embargo desde qué momento el ser humano debe ser considerado persona (sujeto de derechos y obligaciones) y hace remisión expresa a las leyes respecto de ésta y otras determinaciones que le sean relativas.

(7)“La noción de personalidad-aptitud se justifica en un contexto donde existe identidad entre los conceptos de subjetividad y de persona, pero frente a los sujetos de derecho que no necesariamente son personas ésta deviene insuficiente” (Espinoza, La Capacidad Civil de las Personas Naturales, 23). todo ser humano, por el sólo hecho de ser tal, debe ser asimismo persona (sin discriminar esta

(8)“ Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna”.

El artículo 1 del CCB (9), de data ciertamente anterior a la CPE, ha tenido a su cargo establecer las condiciones para el comienzo de la personalidad del ser humano (determinar desde qué momento el ser humano adquiere la calidad de sujeto de derecho). Se hará referencia a éste para comprender la situación jurídica que antecedió.

De su párrafo I se extrae que el ser humano, en toda su etapa de desarrollo en el seno materno: desde que ha sido concebido (conceptus) hasta su nacimiento, no tiene la condición de sujeto de derecho ya que sólo tendrá personalidad desde su nacimiento.

Existe una amplia tradición jurídica a la que responde este primer párrafo:

(9) Art. 1 (COMIENZO DE LA PERSONALIDAD).

I.El nacimiento señala el comienzo de la personalidad.

II. Al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida.

III. El nacimiento con vida se presume, salva la prueba contraria, siendo indiferente que se produzca naturalmente o por procedimientos quirúrgicos.

Valencia, sostiene que “el sistema de los romanos otorgaba personalidad al ser humano a partir del nacimiento; dicho sistema impera en casi todos los códigos actuales (Francia, Alemania, Suiza, España, Brasil, etc.)” (Valencia, T. I 278)(10) . Los Códigos Civiles del Distrito Federal de México (Art. 22), de Cuba (Art. 24), de Chile (Art. 74), de Perú (Art. 1 del Código de 1984), de Colombia (Art. 90) de Costa Rica, Francia, Alemania, Suiza, España y de Italia siguen el mismo criterio. Excepcionalmente se establece, en algunos ordenamientos, que la personalidad surge con la concepción pero bajo la condición del nacimiento con vida: si fallece antes del nacimiento, nunca ha sido persona (Código Civil Argentino, Art. 70). Victor Pérez, por su parte, manifiesta que “se ha aclarado ya que el nacimiento es el presupuesto necesario para la existencia de la personalidad jurídica de los sujetos físicos; esto, precisamente, significa que antes del nacimiento el sujeto no adquiere personalidad” (Pérez, 57).

(10) Quien cita a Savigny, Sistema del derecho romano actual, t. I, pág. 273.

(11) Arturo Valencia sostiene que “el derecho civil actual se inspira en la misma idea de los romanos, que considera al simplemente concebido como una porción de la vida misma y del cuerpo de la madre (portio mulieris), salva la advertencia de que tal porción u órgano debe considerarse como la más noble,

Este párrafo I del Art. 1 del CCB encuentra justificación en negar personalidad al concebido no nacido (conceptus y nasciturus) en el que todavía no tiene existencia individual e independiente respecto de su madre . El nacimiento marcará esta separación y por tanto, el inicio de la personalidad: “lo que interesa para el Derecho es la adquisición de independencia orgánica” (Pérez, 55). El “nacimiento es separación del nuevo ser respecto del cuerpo de la madre; pero a condición de que el ser tenga vida propia, aunque sea brevísima” (Messineo, T.II,90). Ya los romanos consideraban a feto como un miembro o porción de las vísceras de la madre (mulieris viscerum portio), con lo cual se negaba que el feto fuera simplemente cosa y se le otorgaba protección jurídica (Valencia, T.I,281). (11)

El párrafo II del art. 1 del CCB constituye excepción (12) limitada a lo establecido en el párrafo I, basada en una mera ficción legal, puesto

en virtud de su potencialidad de poder separarse en lo futuro del cuerpo de la mujer y constituirse en una vida autónoma” (Valencia, T. I 281).

(12) Este carácter de excepción es adoptado del texto de Valencia Zea (Valencia, T. I 283).

que se considera persona a quien está por nacer, no obstante que todavía no es persona por no haber nacido, ex parágrafo I referido. Savigny, citado por Aturo Valencia, manifiesta que se trata de dos concepciones que no son contradictorias: “la primera expresa la realidad de la cosas en su estado presente; la segunda es una simple ficción que no puede aplicarse sino a cierto número de hechos especialmente determinados” y que “se ocupa de la vida futura del infante” (Valencia, t. I 281).

Esta excepción es limitada, y siguiendo al texto citado, en razón a que ella se aplica sólo a lo que sea favorable al que está por nacer. Su aplicación sucede en derechos patrimoniales, principalmente en sucesiones (hijos póstumos) y en materia de liberalidades a favor del concebido. En lo extrapatrimonial, en los derechos de la humanos y de la personalidad en general (derechos a la vida, integridad, igualdad, etc.).

En derecho romano, en ciertos casos se asimilaba al concebido con el nacido con el fin de otorgarle una personalidad diferente de la de su madre (Valencia T. I 281). Ficción coherente con la consideración que se tenía del concebido como una porción de la madre (portio mulieris) no autónoma e indiferenciable a la que, sin embargo, era deseable conferirle ciertos

derechos. “La ley se ocupa de los derechos del sujeto (por nacer), porque lo considera esperanza de hombre (aun cuando se preocupe de él solamente para peculiares efectos...)” (Messineo, T. II, 90).

La segunda parte del parágrafo II del art. 1 del CCB, al determinar que “[...] y para ser tenido como persona basta nacer con vida”, establece como condición sine qua non para la configuración definitiva de la persona como sujeto de derecho la viabilidad: “...solamente con el hecho de ‘nacer vivo’ viene el hombre a ser ‘persona’ y ‘sujeto de jurídico’ [...]” (Barbero, T. I 194). Antiguamente, se exigían otras condiciones adicionales: que el nacido tenga aptitud suficiente para mantenerse vivo durante al menos 24 horas (condición de la vitalidad) y/o que sea un ser humano. Respecto a esto último, para Savigny eran seres humanos los que “presentan los signos característicos de la humanidad, apreciables exteriormente: no ha de ser, según la frase romana, un monstruo ni un prodigium” (Valencia, T. I 279)(13).

En el CCB, y por principio en la legislación comparada, sólo se requiere que el ser humano nazca con vida para ser tenido como persona (ello sucede también en Italia, Colombia, Costa Rica, Argentina, Cuba, Paraguay, Chile, entre otros). Si ha nacido con vida y le ha

(13) Quien cita a Savigny, Ob. Cit., T. I, pág. 277.

seguido la muerte, se considera que el ser humano ha sido persona sin importar el tiempo de vida. En otras palabras, "sólo el 'nacido muerto' no ha existido nunca como 'sujeto jurídico'" (Barbero, T. I 193).

El CCB no determina a quiénes se consideran nacidos muertos. Arturo Valencia Zea, citando el Art. 2º del Código Civil Colombiano, manifiesta que:

Se requiere, pues, que el ser humano haya nacido vivo, ya que los nacidos muertos no alcanzan a gozar de personalidad jurídica. Nacen muertos, en primer lugar, los que mueren en el vientre materno; en segundo término, los que perecen antes de estar completamente separados de la madre, y, finalmente, los que no sobreviven a la separación 'un momento siquiera' (Valencia, T. I 278-279).

Esta condición del nacimiento con vida del ser humano para ser considerado como persona, permite comprender en sentido contrario, que el ser humano

(14) Esta prueba en contrario podrá ser una pericia médico-legal que, mediante la llamada docimasia pulmonar, establezca si ha habido o no respiración en el nacido: si la hubo habrá vivido, de lo contrario habrá nacido muerto (Barbero, T. I 193-194).

(15) Valencia, citando a Spota, expresa que "Resulta un tanto difícil comprobar si el ser humano vivió 'un momento siquiera' una vez realizada la separación completa del vientre

que no ha nacido con vida no es persona (nunca lo ha sido). Algunas legislaciones, como la italiana, coherentes con este criterio, dejan sujeta a la condición del nacimiento con vida del ser humano el otorgarle efectivamente los derechos que le fueron dados durante su gestación y, además, retroactivamente al momento mismo de la concepción (Messineo, T. II, 90). Si la condición no se cumpliere (el ser humano naciere muerto o no naciere), de acuerdo a esta teoría, se debería entender que el ser humano nunca existió, pues es ese el efecto reservado para la condición pendiente fallida.

El tercer párrafo del art. 1 del CCB expresa que el nacimiento con vida se presume, salva prueba contraria (14) (en aplicación del Art. 1318 del CCB) de quien tenga un interés legítimo a ello (tal el caso de otro sucesible que se halle perjudicado en su derecho por ser excluido de acuerdo al orden sucesorio), siendo indiferente que se produzca naturalmente o por procedimientos quirúrgicos (15).

materno. Una doctrina firmemente establecida enseña que, realizado el nacimiento, se presume la vida, pues, por lo general, los seres humanos nacen vivos y no muertos [...] En consecuencia, cuando alguien pretende que un niño muerto no alcanzó a ser persona por no haber sobrevivido 'un momento siquiera' a la separación del claustro materno, le corresponde suministrar la prueba de que murió antes de la separación". (Valencia, T. I 279)

Obsérvese que, según estos principios, el concebido que fallece antes de su nacimiento (aunque sea por instante y así es comprobado) no es considerado persona y si lo ha sido por una mera ficción legal, deja de serlo retroactivamente como si nunca hubiera sido persona. Los derechos que pudo haber adquirido nunca los habrá adquirido.

Muy a pesar del art. 1 del CCB, el ser humano principia su existencia en la concepción y es a partir de ella que debe ser persona. La antigua concepción romana, que por lo demás mantenía vigencia en el CCB y que se hallaba ilustrada por el rudimentario conocimiento y los prejuicios de aquella época, es insuficiente ante los avances científico-tecnológicos actuales (16). No resulta exagerado, pues, considerar primitiva a la normativa prevista en el artículo 1 del CCB. Actualmente es innecesario recurrir a la ficción legal del art. 1.º del CCB para otorgar protección al concebido no nacido o para diferenciar su personalidad de la de su madre, pues se sabe que es ya un ser humano per se (17). ¿Para qué otorgar la personalidad o calidad de

sujeto de derecho recién desde el nacimiento y no antes? ¿Qué diferencia práctica o jurídica trascendente existe al presente si el nasciturus falleció durante el parto antes de ser separado de su madre o inmediatamente luego de la separación? ¿Qué diferencia existe si el ser que se hallaba con vida (y por eso mismo se desarrolló en el seno materno) ha podido respirar o no luego del parto? ¿Por qué discriminar al ser humano en sus derechos por la simple prolongación de su vida a un momento posterior al nacimiento?

La discriminación que pretendía el art. 1 del CCB se asemeja a la que existía entre las teorías romanas de la viabilidad y vitalidad que discutían calificar como persona (ser humano, incluso) a quien sumaba mayor tiempo de vida: o un instante cualquiera o 24 horas adicionales desde el nacimiento. Así sucedía porque se desconocía que el ser humano efectivamente había vivido en el seno materno durante su gestación como un ser diverso a la madre aunque dependiente, porque existían creencias y mitos absurdos de la gestación como un ser diverso a la madre aunque dependiente, porque

(16) "Los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos de la persona, así como la aparición de nuevos

derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos" (Varsi, 155)

(17) La tipificación delictiva del aborto en el Código Penal demuestra la tutela que se concede a esta realidad.

existían creencias y mitos absurdos de la gestación de monstruos no humanos, porque habían creencias, ahora infundadas por los avances médicos, respecto a la fortaleza del recién nacido para afrontar la vida, porque no se podía ver al humano en gestación con imágenes como ahora; en fin, porque el Derecho respondía al conocimiento de esa época. Al presente, ello ha

cambiado. Aún así, el CCB, siguiendo a la primera teoría referida, pretende persona sólo al ser humano que prolonga su vida un instante luego de su nacimiento, olvidando que es la vida y no su prolongación, es el ser humano y no su separación del seno materno los que fundan (o al menos deberían fundar) el criterio de existencia del ser humano y su calidad de persona (18).

(18) La Sentencia Constitucional 1092/2006-R de fecha 30 de octubre de 2006 establece igual criterio al manifestar en su apartado III.1. que “Para el análisis de la problemática presente ahora sólo haremos referencia a la persona natural que conforme a la previsión del art. 19.II de la CPE está legitimada siempre y cuando sea la persona directamente afectada o agraviada con la acción u omisión ilegal que vulnera sus derechos fundamentales o garantías constitucionales; en otras palabras, tendrán capacidad para ser parte en el proceso de amparo quien tenga aptitud de ser titular de los derechos fundamentales, en virtud de que todo individuo, por el simple hecho de serlo, puede ser titular de tales derechos, todas las personas físicas pueden ser parte del proceso de amparo. Gozan de esta capacidad las personas desde su nacimiento, incluso antes (nasciturus), hasta su muerte. En este tema es necesario hacer una distinción, para evitar confusiones posteriores; una cosa es la legitimación activa y otra la capacidad procesal para interponer el recurso de amparo,

esta última está referida a la aptitud para comparecer en juicio y realizar actos procesales válidos, capacidad que tienen conforme lo dispone el art. 4 del Código Civil (CC), los mayores de edad, quienes tienen capacidad de obrar. Conforme a ello, los menores de edad, si bien pueden tener legitimación activa, no tienen capacidad procesal, por ello para interponer un recurso de amparo, tendrán que ser representados, conforme a las normas del Código Civil (...)” (el subrayado ha sido adicionado para resaltar la idea esencial).

La Sentencia Constitucional 0124/2007-R, de 12 de marzo de 2007, establece protección en salud y seguridad al concebido expresando en su apartado III.1.: “En ese contexto, la protección que brinda el Estado a la mujer trabajadora embarazada y en la etapa posterior al parto, está directamente relacionada con el derecho al trabajo, reforzándose en ese particularísimo caso -por su vinculación directa con la salud y seguridad de la madre y del nasciturus, o hijo o hija- con la estabilidad e inamovilidad de su fuente de trabajo(...)”.

Desde un punto de vista objetivo, comprobable, y por tanto científico, el ser humano ha iniciado su existencia y desarrollo desde su concepción, ha vivido desde ese momento y durante toda su gestación. Por tanto, ese ser humano debe ser persona desde ese entonces (todo ser humano es persona). Lo contrario correspondería a sostener una discriminación por tiempo de vida o edad, que al presente no se puede juzgar razonable y que, por tanto, debe estar prohibida por ley.

El CNNA sigue esta línea de pensamiento. Así, con amplio interés en la tutela integral del menor de edad, ha tenido la virtud de considerar al ser humano como persona desde el momento en que es concebido.

El art. 2 del CNNA, manifiesta bajo el nomen iuris de Sujetos de protección, que “se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos”. Su art. 5, bajo la sumilla de garantías, declara que “los niños, niñas o adolescentes, como sujetos de derecho, gozan de todos los derechos fundamentales y garantías

constitucionales inherentes a toda persona, sin perjuicio de la protección integral que instituye este Código. Además, es obligación del Estado asegurarles por Ley o por otros medios, todas las oportunidades y facilidades tanto a mujeres como a varones, con el fin de garantizarles su desarrollo integral en condiciones de igualdad y equidad”

La suma de ambas normas trascritas tiene por producto la equivalencia exacta entre ser humano y persona desde el mismo momento de su existencia. Es que, si se tienen las premisas que el niño y la niña son sujetos de derecho y que todo ser humano desde su concepción hasta los doce años son niños y niñas; entonces, todo ser humano desde su concepción es persona. Estas normas, además, ya no tienen la necesidad de acudir a ficciones legales y condiciones.

Las posiciones del CCB y del CNNA al respecto son inconciliables en consecuencia. Si se acepta esta hipótesis, se debe admitir también que sólo una de ambas normas actualmente está vigente sobre el tema de la adquisición de la calidad de sujeto

(19) La CPE en su art. 58 declara el principio que “se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites

establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones” .

de derecho. Las disposiciones derogatorias y abrogatorias del CNNA no se refieren expresamente a la derogación del art. 1 del CCB sobre este tema, pero sí la ordena en su disposición tercera (20) en cuanto a toda norma que le sea contraria (21). Por ello, se concluye que el art. 1 del CCB ha sido derogado por los arts. 2 y 5 del CNNA en lo atinente a la adquisición de la personalidad del ser humano ante su nacimiento con vida.

3. Principio de aplicación

La interpretación sustentada en este trabajo tiene aplicación en todo derecho, situación o relación jurídica que pueda ingresar en el campo jurídico del ser humano, sin limitación alguna y de manera definitiva, desde que ha sido concebido.

Se podría objetar que el CCB también permitía semejante aplicación, pero se olvidaría en ese caso que éste se hallaba condicionado a que el concebido nazca con vida. Vía esta interpretación, en cambio, ya no debe ser trascendente el nacimiento con vida del

concebido para que él conserve su calidad de persona. En este entendido, todos los derechos sucesibles que le hubieren correspondido durante su gestación, y no obstante su ulterior fallecimiento antes del nacimiento, deben ser transmitidos a los herederos que pueda tener este concebido y ya no se considerarán resueltos retroactivamente a su fallecimiento como si él nunca hubiera existido, de acuerdo a la derogada disposición civil. En otras palabras, el concebido fallecido podrá tener patrimonio en su calidad de sujeto de derecho.

Asimismo, su calidad de persona le otorga la potencialidad de titularidad jurídica para gozar de todos los derechos que pueda adquirir por medio de su(s) representante(s) legal(es) mediante los actos y negocios jurídicos admitidos por el ordenamiento jurídico, sin limitación y de manera definitiva.

Se advierte que esta interpretación y su aplicación son susceptibles de no ser aceptadas. Este riesgo emerge de la costumbre que tiene la tendencia de predominar sobre la razón (22).

(20) "PRIMERA.- A partir de la vigencia del presente Código, abrógase la Ley Nº 1403, Código del Menor de 18 de diciembre de 1992. SEGUNDA.- Se derogan los Artículos 32 y 33 de la Ley de Registro Civil de 26 de noviembre de 1898. TERCERA.- Se derogan los Artículos 215 al 243 y 276 al 281 de la Ley 996, Código de Familia, de 4 de abril de 1988 y todas las disposiciones contrarias al presente Código".

(21) Se aclara que no todo el contenido del art. 1 del CCB es necesariamente contradictorio a los arts. 2 y 5 del CNNA, puesto que el CCB prevé que el concebido tenido como persona puede ser condicionalmente titular de derechos, siempre que ellos le sean beneficiosos. Al respecto, el CNNA no establece nada.

(22) Recuérdese como ejemplo el que se celebran los cumpleaños el día del nacimiento y no el de la concepción

4. Conclusiones.

- i. El ser humano, por ser tal, debe ser persona.
- ii El art. 1 del CCB establece que:
 - a. El ser humano es persona desde su nacimiento con vida.
 - b. El ser humano que no ha nacido con vida no es persona y nunca lo ha sido.
 - c. Vía ficción, al concebido se le tiene por nacido (rectius: persona) para lo que le favorezca.
 - d. Se presume el nacimiento con vida, salva la prueba en contrario.
- iii. El nacimiento con vida o no del nasciturus no es criterio suficiente para otorgar personalidad.
- iv. El ser humano inicia su vida desde que es concebido.
- v. El concebido, por tanto, debe ser persona.
- vi. El CNNA otorga personalidad definitiva al ser humano desde su concepción.
- vii. El CNNA ha derogado el Art. 1 del CCB en lo atinente a que:
 - a. El ser humano es persona desde su nacimiento con vida.
 - b. El ser humano que no ha nacido con vida no es persona y nunca lo ha sido.
 - c. Vía ficción, al concebido se le tiene por nacido y por tanto, por persona.
 - d. Se presume el nacimiento con vida, salva la prueba en contrario.

5. Bibliografía

- i. Barbero, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Buenos Aires Argentina, Ediciones Jurídicas Europa América.
- ii. Iglesias, Juan. Derecho Romano. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1986
- iii. Espinoza, Juan. La capacidad civil de las personas naturales. Lima Perú, Grijley.
- iv. Messineo Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1979.
- v. Pérez, Víctor. Existencia y capacidad de las personas. San José, Costa Rica, Lex Loci Limitada, 1977.
- vi. Varsi, Enrique. Derecho Genético y Procreático. La Paz Bolivia, ABIODGE.
- vii. Valencia, Arturo. Derecho civil. Bogotá – Colombia, Editorial Temis, 1989.