

EL CONCEBIDO IN-VITRO POST MORTEM Y SUS DERECHOS SUCESORIOS*

POR CARLOS ALZA BARCO

La reproducción humana asistida es uno de los mayores logros de la Biogenética, sin embargo sus ahora múltiples procedimientos producen serios cuestionamientos éticos y por supuesto jurídicos. Uno de estos procedimientos es la fertilización *in vitro post mortem*, la cual originó problemas en instituciones tales como la filiación y la sucesión del fecundado. Hallar una respuesta respecto a si el *concepturus* tiene derecho a suceder al padre fallecido en el Código Civil peruano de 1984, es el objeto del presente trabajo.

INTRODUCCION

Fernando De Trazegnies nos propone dos categorías que no se relacionan entre sí de manera pasiva: DERECHO y TIEMPO. Afirma que ambas de algún modo tratan de subordinar a la otra, de someterla a su propia lógica. El Derecho intenta tanto aprisionar el tiempo, insertándolo dentro de "...un orden formal que establece los criterios de las periodicidades, [así] como negarle su papel de patrón de los ritmos y de las medidas y trata de obligarlo a regirse..."** por rutinas y secuencias que plantea el orden jurídico. Y es que el tiempo no puede detenerse, pues para detener el tiempo, que es cambio y movimiento, en el que nosotros inevitablemente nos movemos, negáramos nuestro propio ser "mutante". Hoy, el mundo nos plantea más que la posibilidad de cambiar, de mutar, de movernos en el cosmos, y nos atrevemos a decir que esto necesariamente nos permite no sólo ser-en-el-mundo, sino hacer-en-el-mundo. Y el hombre "hace" desde siempre.

Los adelantos de la ingeniería genética y la biotecnología son tan vastos que poco a poco el hombre ha dejado de perderse en el problema filosófico del "ser", para fijarse más bien en el cómo "seguir siendo". Considerando que el hombre es-en-el-mundo y hace-en-el-mundo, no podemos negar que ese mundo le es inherente. Estar y hacer en el mundo, es hacer con otros, y en ese sentido no sólo se proyecta fenomenológicamente al mundo sino también con el mundo. He aquí que el Derecho tiene su tarea, ser reguladora y promotora de ese ser con otros, que siempre entra en conflicto. En un mundo cambiante, en movimiento, con otros, no podemos seguir considerando un Derecho bajo doctrinas positivistas que consideren la norma como inmóvil e inmutable, vale decir, sin tiempo.

En el presente trabajo, encontramos el conflicto creado por el "ser", el "hacer", y el "otro". El

hombre siendo tal, pretende perpetuarse en otro ser, haciendo para ello técnica y tecnología, que no produce sino conflicto. La fecundación *in vitro post mortem*, es creación del hacer del hombre. Bajo esta técnica el hombre puede dejar conservado su semen, para ser utilizado luego de su muerte, en la fertilización de su pareja, creando así un nuevo ser, que debe ser considerado Sujeto de Derecho. Como dice Clifford Grobstein, "por mucho tiempo hemos sido una especie-que-crea-ambiente, y hoy nos encontramos frente al problema de hacernos una especie-que-se-crea"***.

Para este propósito, hacemos en la primera parte, la exposición de algunos criterios existentes en los Códigos Civiles de 1936 y 1984, con el fin de conocer el status que tiene el concebido naturalmente, el que está por nacer (*nasciturus*). En una segunda parte, intentamos una aproximación conceptual sobre la reproducción humana asistida, y de plantear nuestro problema, surgido de relacionar dos indicadores: el derecho de sucesión, y el concebido *in vitro post mortem*. Determinar si le podemos otorgar derechos sucesorios al concebido con este procedimiento, con ayuda del Código Civil vigente, es nuestro problema.

Habiendo comprendido el tratamiento que se hace del concebido naturalmente, y conociendo los conceptos básicos de la reproducción humana asistida, iniciamos la tercera parte con un acercamiento a conceptos generales del derecho sucesorio, para pasar luego a exponer sintéticamente algunas posiciones respecto del problema, y buscando una solución en nuestro Código Civil vigente. Finalmente hacemos un esfuerzo de sincretismo y sistematicidad para exponer nuestra posición, lograda con dificultades, en base a diversas propuestas que hemos leído a lo largo de la investigación y añadiendo algunos criterios propios.

Durante el trabajo hemos querido seguir los principios de objetividad, rigurosidad, disciplina,

* El presente trabajo constituye una monografía elaborada para el curso Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica.

** DE TRAZEGNIES, Fernando. "El Derecho Civil..." p. 287.

***GROBSTEIN, C. From Chance to purpose. An appraisal of External Human Fertilization. Citado por: Maurizio MORI. La fecondazione artificiale... (Trad. nuestra).

Abelardo Carlos

Alberto Alza Barco

• Alumno del 4º ciclo
de la Facultad de

Derecho en la
Pontificia Universidad
Católica del Perú

• Miembro de la
Asociación Derecho y
Sociedad

amplitud de criterios y honestidad intelectual. Sin embargo, ya que el tema implica una postura tanto ética como jurídica, no hemos podido evitar asumir alguna, y hacerla manifiesta.

Creemos que el Derecho es —como dice De Trazegnies— una ciencia de realidades valorativamente normadas, y no podemos normativamente contradecir dicha realidad, en tanto esta no es otra que la vida humana social. Pero es necesario conocer esta realidad, esta vida. En este sentido Lady Warnock nos dice claramente: *“Je ne pense pas que la famille doive toujours avoir une seule et unique forme [...] Mais je pense que nous sommes remarquablement ignorants des alternatives possibles”*^{****}. Debemos empezar a conocer más de nuestros propios “haceres”, de nuestras propias creaciones, y aceptarlas tal y como son, realidades del hombre y para el hombre. Nuestro derecho debe recoger un nuevo paradigma, uno que tenga al hombre como centro real y no como puro imaginario. Esto no es doctrina nueva o novedosa, Diez Picazo ya lo ha planteado, es necesario constitucionalizar nuestro Derecho, no patrimonializarlo. Y entendemos ‘constitucionalizar’ como hacer del hombre ‘centro’, pero en tanto “ser”, “creador” y siempre “otro”. Tres dimensiones del hombre que no debemos olvidar.

CAPITULO I

STATUS JURIDICO DEL CONCEBIDO

1.1. El concebido en el Código Civil de 1936

El Código Civil de 1936 (en adelante C.C. 1936) parte del supuesto doctrinario de considerar al hombre como persona por el mero hecho de su existencia, que va desde su nacimiento hasta su muerte. Así pues, siendo el hombre sujeto de derecho por definición, su personalidad está determinada por el nacimiento.

Pero, en qué condición se encuentra entonces, el que está por nacer, vale decir, el concebido. Será necesario conocer el tratamiento que del concebido se hizo en el Perú, en el C.C. 1936, ya que nos

permitirá identificar criterios utilizados en la elaboración e interpretación de dicho código. Esto nos irá dando pistas para reconocer que el Derecho también responde a esquemas y modelos de pensamientos determinados.

El artículo primero del C.C. 1936:

Art. 1º.- 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.

Al igual que el artículo tercero del Código Civil de 1852 (en adelante C.C. 1852), recogen la Teoría Ecléctica del concebido, pues lo considera como una mera ficción al “reputarlo nacido”, es decir, persona sin haber nacido, pero a condición de que nazca vivo. Tiene una personalidad que no es actual, sino que encuentra su origen en un hecho futuro e incierto, por lo que se ignora cuál es la situación jurídica del concebido antes de nacer.

Hubieron algunos juristas que consideraban al concebido, parte del organismo de la madre (*portio mulieris, vel viscerum*) es decir, como una viscera cualquiera (*pars viscerum matris*). Mientras otros definían al concebido como una esperanza o potencialidad de hombre.⁽¹⁾

Angel Gustavo Cornejo, comentando el CC 1936, decía:

“El feto, el cadáver, la bestia no se consideran sujetos de derecho por falta de voluntad. La protección jurídica que en ciertas formas se les dispensa, obedece a otros motivos: al feto, porque interesa a la colectividad que llegue a hombre; ...”⁽²⁾

Vemos así como la racionalidad imperante no otorga al concebido un tratamiento especial en razón de su existencia real y diferente al ser humano nacido, sino que se le trata en

referencia a la persona humana misma. Esto sin duda se debe a los escasos avances de la genética, que el mismo Dr. Valdizán -en la exposición de motivos- manifiesta.

En dicha exposición, el problema principal es determinar el momento de la concepción y desde cuándo se le otorgaría capacidad jurídica al nacido.

El hombre
pasó de ser
una especie-
que-crea-
ambiente
a ser una
especie-que-
se crea

**** GENEVIEVE... “Procréations...”. En: Études... p. 181. “No pienso que la familia deba siempre tener una sola y única forma [de reproducción] [...] Pero sí pienso que estamos muy ignorantes de las alternativas posibles.” (Trad. nuestra)

1 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Nuevas tendencias..., p. 42.

2 CORNEJO, Angel G. Código Civil; exposición..., p. 121.

Así el Dr. Oliveira plantea la existencia de dos sistemas legislativos: el primero según el cual la adquisición de la capacidad depende únicamente del hecho de la existencia; y el segundo que exige además el requisito de la viabilidad. Este último tiene dos tipos, el tipo español, considerando viable con presunción *juris et de jure* al infante que ha vivido 24 horas, y el tipo francés, que deja el criterio de viabilidad a libre apreciación de los peritos. El Dr. Oliveira planteó para nuestro Código el primer sistema.

Para el derecho, en el CC. 1936, más relevancia tiene el nacimiento que la concepción, sólo tenida en cuenta a condición de que la gestación llegue a término y el concebido nazca vivo. (Teoría del Nacimiento).⁽³⁾

Sin embargo, el que está por nacer es protegido en lo que a filiación se refiere. El artículo 306° afirma que el marido no puede negar al hijo por nacer.

En cuanto a los bienes del concebido, el artículo 591° del C.C. 1936 dice:

Art. 591.- Los bienes que han de corresponder al que está por nacer serán encargados a un curador, si el padre falleciere estando la madre privada de la patria potestad.

Esta curatela incumbe a la persona designada por el padre para la curatela o para la tutela del hijo, y en su defecto, a la persona nombrada por el juez, a no ser que la madre hubiera sido declarada incapaz, caso en que su curador lo será también del concebido.

La norma de interés supone que hay un bebé por nacer y el padre ha fallecido y la madre está privada de la patria potestad y hay bienes que le corresponden al que está por nacer, entonces serán encargados a un curador designado por el padre o por el Juez. Con lo que se asume que los derechos patrimoniales del concebido, están también reconocidos en la ley. El artículo 613° le pone fin a la curatela de los derechos eventuales del que está por nacer, cuando el concebido nace. En lo referente a los derechos sucesorios del concebido, el artículo 789° del mismo código, señala:

Art. 789°.- Si en la partición deben comprenderse los derechos de un heredero no nacido, se suspenderá hasta el nacimiento.

En el intervalo la madre disfrutará de la herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos.

De esta manera el C.C. 1936 suspendía los derechos sucesorios del concebido, a condición de su nacimiento. Si nace vivo la suspensión se extingue y se le otorga el derecho a participar de la partición de la herencia. Si no nace vivo, no se le otorga ningún derecho sucesorio porque ya no existe, más bien nunca existió para el derecho.

En resumen, el concebido era reputado nacido, no obstante aún no había nacido, en ese sentido se crea una ficción que Fernández Sessarego considera innecesaria en tanto el concebido es una realidad distinta y previa a la persona natural: representa el momento inicial del proceso de la vida humana. Bajo este calificativo, se le otorgan derechos sucesorios, sólo si nace vivo.⁽⁴⁾

1.2. El concebido en el Código Civil de 1984

El Código Civil de 1984 (en adelante C.C. 1984), respondía no sólo a la necesidad de plantear una reforma del C.C. 1936 sino a la consideración de nuevos criterios en base a nuevas realidades socio-políticas de nuestro país. En 1979 se había dado una nueva Constitución Política, que en su primer artículo hacía de la persona humana el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como en su segundo artículo, numeral 1°, consideraba al que está por nacer como nacido para todo lo que le favorezca. Con estos antecedentes en la "ideología jurídica", el Código Civil peruano definía la suya como un "humanismo jurídico", pues contempla una visión del mundo en la que "el hombre es un fin en sí mismo y no un ser susceptible de particular explotación y opresión por los demás hombres, a través de un sistema que responde a determinados intereses particulares. La persona humana, por tanto, se constituye así, en cuanto sujeto de derecho, en centro y fin de las relaciones jurídicas, es decir, en eje insustituible del Derecho."⁽⁵⁾

A pesar de lo dicho, se sostiene que el Código Civil es aún altamente patrimonialista, y que la persona humana en dicho cuerpo legal, no es sino un elemento que gira en torno al patrimonio, ha sido convertido en un *homo economicus*. (Ver Díez Picazo, Luis. Sistema de Derecho Civil. Madrid: Tecnos, 1980. p.45-60)

Art. 1°.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución

3 Cf. CHIPOCO CACEDA, Carlos. El nacimiento de la persona..., p. 123-124.

4 Cf. FERNANDEZ SESSAREGO, Derecho de las Personas..., p. 28, 29.

5 PUC. Proyectos y anteproyectos..., tomo I.

ción de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

El C.C. 1984 en su artículo primero, plantea una nueva forma de considerar al concebido. Hace de la vida humana un continuo que comienza con la concepción y en un segundo instante el nacimiento, con la prolongación hasta la muerte. De esta manera, en su comienzo, el concebido es una especie autónoma y separada de la persona, que se inicia en un segundo instante con el nacimiento. Pero ambas categorías se encuentran inmersas en un género que el código ha denominado sujeto de derecho. Así, ser humano equivaldría a persona, definiéndola Marcial Rubio como "...el individuo perteneciente a la raza humana que existe entre su nacimiento y su muerte y, en tanto tal, tiene reconocidos unos derechos que pertenecen a la humanidad misma, que son los derechos humanos". Sin embargo, la persona también tiene deberes y obligaciones, atribución que se llama "personalidad jurídica".⁽⁶⁾

Este artículo es una novedad técnica de nuestro Código. Tiene sus precedentes en el C.C. italiano 1942 y el C.C. argentino 1869 (Vélez Sarsfield) que se ha nutrido a su vez del C.C. brasileiro (Texeira de Freitas). El artículo 70° del C.C. argentino de 1869 plantea que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de la persona. Y en el artículo 63° habla de la persona por nacer, refiriéndose al ser humano concebido en el seno materno. De esta manera, dicho código habla de "persona" para referirse a: a) sujeto de derecho dependiente (en el Perú llamado concebido) y b) sujeto de derecho independiente (llamado persona o persona natural).

Esta confusión en los términos llevó a Orgaz a plantearse la diferencia entre "persona" y "concebido". El considera un equívoco darle al concebido el estatus jurídico de persona. Persona supone la vida individual y autónoma: "...desde la concepción, hay vida humana, pero sólo desde el nacimiento hay persona..." aunque ambos —concebido y persona— participen de la misma calidad existencial. Concebido y persona son diferentes sujetos de derecho, formalmente especiales. Concebido es el ser humano dependiente de otro que

es la madre, pero independiente de ella en tanto presencia jurídica. Existe y es diferente de la madre para el Derecho, aunque dependa de ella puesto que lo nutre y lo representa, conjuntamente con el progenitor. El nacido, "no depende más de la madre para su subsistencia, y [su] presencia física es perceptible".⁽⁷⁾

Hay que diferenciar en dichas normas, que el legislador otorga derechos patrimoniales como extrapatrimoniales al concebido. En cuanto a los derechos extrapatrimoniales⁽⁸⁾ se refiere, el concebido es un sujeto de derecho actual, es decir, sus derechos no se hallan en pendencia, no se encuentran supeditados a condición alguna. El legislador ha considerado que no es necesario "reputarlo" nacido o esperar que nazca para otorgarle derechos (tal y como lo hacía el C.C. 1936). Creemos que es contradictorio condicionar los

derechos del "por nacer" a que nazca vivo, como ocurría en el C.C. 1936. El concebido una vez nacido vivo se convierte en persona, y por lo tanto deja de ser concebido. Otorgarle derechos al concebido una vez nacido es dárselos a quien es incapaz de tenerlos por haber dejado de ser tal. Pero los derechos patrimoniales, vale decir, los derechos que tienen un contenido económico, tales como la propiedad o la herencia, también son derechos actuales, sólo que sujetos a condición resolutoria⁽⁹⁾. Enneccerus dice que: "La condición suspensiva deja provisionalmente en la duda si el efecto jurídico se producirá o no [...] En la condición resolutoria el efecto jurídico se produce, de momento, pero se resuelve si se cumple la

condición." Pues se tienen como no eficaces si el concebido no nace con vida. En otras palabras, si no nace con vida, los efectos de la resolución se retrotraen al momento de la concepción. Si nace con vida, los derechos suspendidos dejan de estarlos para ser efectivos. En este sentido, el artículo primero del Código vigente, es más claro y ofrece menos conflictos que el de 1936.

Desde la
concepción
hay vida
humana,
pero sólo
desde el
nacimiento
hay persona

6 RUBIO, Marcial. El ser humano..., p. 22

7 FERNANDEZ SESSAREGO, Nuevas tendencias, p. 38-40

8 "...aquellos que no pueden ser traducidos inmediatamente a valores económicos...", tales como el derecho a la vida, a la alimentación, a la salud, a la integridad física, etc. RUBIO, Marcial. El ser humano... p. 20.

9 "Acontecimiento futuro e incierto a cuya realización se subordina la extinción o resolución de los efectos de un negocio jurídico."

El *nasciturus* es protegido por una serie de normas del C.C. 1984. El artículo 361° del Libro de Familia, plantea la presunción “*pater ist...*” al decir que el hijo nacido durante el matrimonio dentro de los trescientos días siguientes a la disolución tiene por padre al marido”. Inclusive el *nasciturus* que nazca después de la muerte del padre, lo cual pone fin al vínculo matrimonial, tendrá por padre al pre-muerto, si nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte que disuelve el matrimonio.

En el artículo 365° (cuyo equivalente en el C.C. 1936 es el artículo 306°) se niega la posibilidad de contestar la paternidad del hijo que está por nacer, vale decir del *nasciturus*.

Por otro lado el artículo 598 protege los bienes que han de corresponder al que está por nacer, encargándose los a un curador si es que el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad. O el de la madre si ésta hubiere sido declarada incapaz. Cesando esta curatela por el

nacimiento o muerte del concebido.

El concebido
protegido
no ya como
una ficción,
sino como
una realidad
concreta

Entrando al campo del derecho de sucesiones, el artículo 856° suspende la partición de la herencia si ésta comprende los derechos de un heredero concebido. Haciendo que la madre disfrute de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos.

Asimismo los concebidos pueden ser sujetos de legados, tal como lo señala el artículo 756° y siguientes; de la misma manera que pueden recibir donaciones. (Arts. 1621° y ss.)

Como señala Chipoco Cáceda, sus representantes “...podrán también realizar todas las acciones que les otorgan al ser titulares de derechos patrimoniales...”⁽¹⁰⁾

Podemos decir entonces que el concebido es protegido ya no como una ficción, sino como una realidad concreta y diferente de la persona. Que sus derechos son actuales en todo momento, aunque los patrimoniales son condicionados resolutoriamente y tutelados por sus representantes.

Sin embargo, el concebido del que hablamos, es un concebido naturalmente. De aquel que fue concebido vía inseminación artificial o *FIV post mortem*, nada se dice. Creemos que la inseminación artificial, por ser un procedimiento intrauterino es fácilmente asimilable por nuestro Derecho. Sin embargo, no creemos que suceda lo mismo con la *FIV post mortem*. Antes de analizar los problemas sucesorios que con éste se suscitan, aclaremos los conceptos haciendo algunas aproximaciones a lo que se llama Reproducción Humana Asistida.

CAPITULO II

APROXIMACIONES A LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

2.1. Algunos procedimientos de reproducción humana asistida

La ciencia nos pone cada día frente a nuevas técnicas y tecnologías que facilitan nuestro actuar cotidiano. Las ciencias biológicas, en especial, avanzan a ritmo acelerado, de modo que cada día nos encontramos ante posibilidades que antes sólo eran ficción. Tal es el caso de la Biogenética, la cual nos ofrece hoy en día cuestionamientos éticos y jurídicos muy grandes. Así pues, la Reproducción Humana Asistida es uno de sus mayores logros. Conceptos como “clonación”, “fecundación in vitro”, o “inseminación artificial”, en pocos años dejarán de ser términos científicos o académicos, para acoplarse a los “juegos” del lenguaje cotidiano. Sin embargo, consideramos necesario aclarar algunos términos, correspondientes a procedimientos biogénéticos, que serán utilizados a lo largo del presente trabajo.

En primer lugar, al hablar de concepción, aludimos a un fenómeno biológico consistente en la unión del óvulo y el espermatozoide. Esto ocurre normalmente treintiséis semanas antes del día del nacimiento del infante. Sin embargo, esto no siempre se cumple. Así pues el concebido es el producto de esta concepción, quien es vida humana que aún no ha nacido pero que tiene existencia para el Derecho, cuestión que trataremos más adelante.⁽¹¹⁾

Como habíamos dicho al iniciar el capítulo, la Biogenética ha tenido sus mayores logros en lo

10 CHIPOCO CACEDA,... El nacimiento de..., p. 19.

11 Cf. RUBIO, Marcial. El ser humano como persona natural, p. 18-19.

que se ha denominado Reproducción Humana Asistida (en adelante RHA), refiriéndonos con esto a una serie de procedimientos técnicos y tecnológicos, tratamientos médico-quirúrgicos que permiten a la pareja superar los problemas de infertilidad o imposibilidad de concepción. Los procedimientos más utilizados hasta el momento son:

a) Inseminación artificial: Que en palabras de Durand Carrión, “es el procedimiento por el cual se introduce esperma humano en el interior de los órganos genitales femeninos, prescindiendo de la relación sexual, con el fin de lograr el encuentro del espermatozoide con el óvulo y obtener la fecundación de éste”.⁽¹²⁾

Los científicos han tenido éxito utilizando tanto la Inseminación Homóloga, cuando el semen que se introduce en el útero de la esposa pertenece al marido; como la Inseminación Heteróloga, cuando el semen no es del esposo, sino de un tercero, que actúa en calidad de donante.

b) Fertilización in vitro (FIV): En este procedimiento el óvulo se recoge desde los ovarios para luego ser fertilizado con los espermatozoides también recogidos previamente, mediante un procedimiento realizado en un laboratorio en probetas de vidrio (por esto se le llama *in vitro*) para intentar la implantación en el útero de la mujer y el posterior embarazo⁽¹³⁾. Al igual que la Inseminación Artificial, puede ser Homóloga y Heteróloga.

Esta técnica es conocida también como la de “bebés de probeta” desde el nacimiento de la niña británica llamada Louise Brown en agosto de 1978, lograda gracias al trabajo de los científicos británicos Steptoe y Edwards.

c) Transferencia de embriones: Por este procedimiento, el huevo es transportado por un fino cateter no traumático e introducido en el útero por el cuello, siendo depositado sobre la mucosa uterina con una mínima cantidad de líquido de cultivos. En palabras más simples, consiste en trasladar los embriones, producidos por FIV, al interior del útero.

d) Cesión de vientre: También es llamada “vientre de alquiler” o “madre sustituta”. Es

el caso de la gestación del embrión en el útero de otra mujer.

e) Preservación de gametos y embriones: Más que un procedimiento es una técnica que permite congelar embriones humanos para su utilización futura.⁽¹⁴⁾

Loudelvi Yañez Aspilcueta, en su tesis sobre los derechos sucesorios en la RHA, muestra un cuadro de combinaciones que reproducimos a continuación, pues permite entender gráficamente lo explicado líneas arriba.⁽¹⁵⁾

OVULO	ESPERMATOZOIDE	INSEM. ARTIFICIAL	FIV	MADRE SUSTITUTA
Pareja	Pareja	Homóloga	Homóloga	Homóloga
Donante	Donante	Heteróloga	Heteróloga	Heteróloga
Donante	Pareja	No hay	Heteróloga	Heteróloga

Sin embargo, hay una posibilidad que la hemos dejado para el final y es la **Fertilización in vitro post mortem**. Esto ocurre cuando una pareja deja congelado el semen del marido con la intención de realizar la inseminación una vez ocurrida su muerte, ya sea con conocimiento pleno de la futura muerte de éste, o sin dicho conocimiento. Es una concepción provocada por medios artificiales, con la característica especial de ser realizada con posterioridad a la muerte del cónyuge. El primer caso de FIV **post mortem** se produjo en Francia (1984), cuando Corinne Parpalaix, pide al Tribunal de Créteil se le permita utilizar el semen congelado de su esposo Alain; culminando el proceso con la Sentencia del 01 de agosto de 1984, que concedía el derecho a la inseminación artificial de Corinne, realizado sin éxito debido a la insuficiencia del esperma.⁽¹⁶⁾ Así pues, cuando no es posible biológicamente, por problemas de la mujer, concebir un bebé, se buscan otras posibilidades, entre ellas la de dejar suspendida la vida del espermatozoide, vía congelación, mientras la ciencia busca la corrección de los defectos de la mujer. Después de todo, el deseo de perpetuación a través del tiempo se

12 DURAND CARRION, Julio. La fertilización asistida frente al Derecho. En: El Jurista, N° 04, 1991. p. 115.

13 Cf. DURAND CARRION, ... Ibid. p. 115-116.

14 Cf. BOZA DIBOS, Beatriz. “Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho...” En: Derecho (Lima) No. 45. 1991. Diciembre, p. 73-75.

15 YAÑEZ ASPILCUETA, Loudelvi. El Derecho Sucesorio frente a los nuevos métodos de fertilización asistida, p. 190.

16 Le Paris, 2 de agosto de 1984.

manifiesta en el deseo innato de tener hijos.⁽¹⁷⁾ Corinne declaró, después de fracasar en su intento: “Pierdo a Alain por segunda vez... ese hijo que debía llegar en mí era Alain... buscaba un segundo Alain”.⁽¹⁸⁾

2.2. Principales problemas legales en FIV post-mortem

Las grandes revoluciones científicas han promovido cambios fuertes y bruscos en la humanidad, lo que ha determinado modificaciones en los niveles en que se desarrolla el ser humano. El Derecho no escapa a esta realidad pues está inmerso en ella. Hoy más que nunca.

Las revoluciones científicas no se dan ahora con el pasar de los siglos, sino que se producen en ocasiones, año a año. Tal es el caso de la Ingeniería Genética que ha planteado nuevos problemas al Derecho, creando así, en investigadores y aplicadores del mismo, grandes cuestionamientos. Uno de esos problemas está dado por la *fertilización in vitro post mortem* (FIV *post mortem*), materia de análisis en el presente documento.

Ana María Córdova Ruiz nos anuncia un aproximado de 2 000 bebés concebidos *in vitro* en todo el mundo, cálculo hecho desde 1978 hasta 1985. Cifras que nos ponen ante situaciones muy complejas. La primera, el problema de la filiación.

a) La filiación

La misma autora nos explica:

“Para Manuel Albaladejo existe una filiación biológica y una filiación jurídica. La **filiación biológica** es ‘el vínculo que liga a generantes y a generados’. La **filiación jurídica** es ‘el vínculo que liga a quienes ante la ley son padres e hijos’.⁽¹⁹⁾

Cuando nos encontramos ante un caso de FIV *post mortem*, tenemos un concebido en probeta producto de la fecundación del óvulo con semen congelado del padre muerto al momento de la concepción, con lo que se presenta la problemática de determinar la filiación (jurídica) entre el dador del semen y el concebido.⁽²⁰⁾

17 YAÑEZ ASPILCUETA, Ibid, p. 65,67.

18 SOTO LAMADRID, Biogenética, p. 96.

19 ALBALADEJO, Manuel. Cit. En: Inseminación provocada. Ana María Córdova Ruiz. p. 85.

20 Con la filiación biológica no se presentan mayores problemas puesto que si la fecundación se hizo ‘in vitro’ el vínculo genético es claro y fácilmente demostrable.

Así pues, hay quienes consideran que un hijo concebido en estas circunstancias es un hijo sin padre:

“Ontológicamente, el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de ser. Podría afirmarse, entonces que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no **por** su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene padre.”⁽²¹⁾

Sin embargo, esta posición no es del todo satisfactoria, puesto que se basa en argumentos de derecho vigentes, pero inaplicables a una realidad biotecnológica distinta.

Zannoni plantea dos elementos que entran en juego en la filiación. Afirma que si nosotros damos trascendencia exclusiva al elemento biológico o genético determinado mediante la procreación, el razonamiento correcto sería atribuir la paternidad al marido pre-muerto que genéticamente es el autor de la concepción. Por lo tanto, como se trata de un hijo concebido por marido y mujer, el hijo es legítimo.

En cambio, desde una perspectiva institucional: sólo son legítimos los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio, con lo que el autor estima que de *lege lata* el hijo concebido con semen del marido pero con posterioridad a la disolución del matrimonio, es hijo extramatrimonial.⁽²²⁾

Si bien en ningún artículo se habla de la muerte como fin del matrimonio. A este se puede llegar mediante un método de integración analógica *a fortiori* del artículo 64° del C.C. 1984 que dice:

“La declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido.”

Con mayor razón la muerte biológica originará este mismo efecto. Así pues, una vez disuelto el vínculo, el hijo concebido en estas circunstancias será un hijo extramatrimonial, pero nunca un hijo sin padre.

21 ZANNONI, Eduardo. Inseminación artificial y..., p. 75.

22 ZANNONI, Ibid. p. 75 “...una cosa es plantear que, [...] el hijo pueda ser legítimo no obstante haber sido concebido después de la disolución del matrimonio, y otra —distinta— plantea que el hijo tenga por padre al marido pre-muerto.”

b) La sucesión

Una vez determinada la filiación (problema en realidad más complejo que el expuesto hasta aquí), se produce el problema de la sucesión en el fecundado *in vitro post mortem*.

Con la FIV *post mortem*, tendremos un padre muerto, una herencia, al menos herederos forzosos, y un concebido con posterioridad a la muerte del padre.

Como hemos visto en el capítulo anterior, la legislación peruana reconoce al concebido la categoría de sujeto de derecho. Le reconoce derechos para todo lo que le favorece, y condiciona la atribución de derechos patrimoniales a que nazca vivo. Siendo la herencia un derecho básicamente patrimonial, surge el cuestionamiento si el concebido mediante FIV *post mortem* tiene o no derechos sucesorios. El propósito de este trabajo se encuentra en determinar si nuestra legislación le otorga al concebido en esa modalidad derechos sucesorios.

Este problema es el centro de nuestra investigación, y es uno de los mayores cuestionamientos a nivel ético y jurídico en los países donde dicho procedimiento se realiza con frecuencia. En las páginas siguientes trataremos de conciliar los criterios estudiados en el primer capítulo con una nueva realidad vital, el concebido *in vitro post mortem*, y con los derechos sucesorios que podemos otorgarle.

CAPITULO III

EL DERECHO DE SUCESION DEL CONCEBIDO IN VITRO POST MORTEM

Ante la pregunta:

¿Tiene el *concepturus* derecho a suceder al padre fallecido en el Código Civil peruano de 1984?

Es necesario analizar los conceptos básicos contenidos en el Libro IV del mismo Código para buscar luego una respuesta.

3.1. Conceptos generales

La Ingeniería Genética —hemos dicho— ha planteado problemas en todos los ámbitos, pero con mayor incidencia en el plano ético y jurídico.

La FIV *post mortem* es uno de los procedimientos posibles en esta Ingeniería Genética, que permite la perpetuación de la vida, mediante la procreación de hijos sin relación sexual. Sin embargo, los problemas no se hacen esperar. Otorgarle o no

otorgarle sucesión al concebido por dicho procedimiento, es nuestra interrogante, nuestro problema.

El profesor Rómulo Lanatta, quien fuera ponente del Derecho de Sucesiones en el C.C. 1984, sostiene que este derecho es "...la regulación de la transmisión patrimonial, por causa de muerte...".⁽²³⁾

Para Enrique Holgado Valer, el Derecho de Sucesiones, "...es el conjunto de normas jurídicas, que regulan las relaciones sucesorias de orden patrimonial, que se producen entre los herederos y terceros, con motivo del fallecimiento de una persona."⁽²⁴⁾

León Barandiarán insiste en definir la sucesión, como aquella "...transmisión hereditaria de carácter patrimonial, en virtud de la cual un bien, pasa de una persona a otra, que le sucede, que toma como propietaria".⁽²⁵⁾

De estas definiciones podemos obtener importantes características del derecho de sucesión, que se repiten en cada una de ellas. Una primera es el carácter patrimonial de la sucesión. Por otro lado, siempre se produce una transmisión de bienes de una persona a otra, u otras. Sin embargo, es necesario marcar la diferencia entre sucesión y herencia, ambos términos utilizados con frecuencia en algunas definiciones.

La sucesión es la transmisión del derecho que tiene una persona, sobre un patrimonio, en favor de sus herederos.

Esta transmisión hereditaria está definida en el artículo 660 del C.C. 1984, cuando dice: "Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores".

La herencia —en cambio— es el conjunto de bienes, derechos y acciones que quedan en beneficio de los herederos al morir una persona. Es decir, el objeto de sucesión, también definido en el artículo anteriormente transcrito.

Pero esta transmisión de bienes, derechos y acciones del difunto a sus herederos, se inicia con la apertura de la sucesión en el preciso instante de su muerte, que puede ser real o presunta. (Ver Libro I, Sección Primera, Título VII del C.C. 1984). En el caso de una sucesión intestada (no existe testamento válido), se procede a realizar la partición sucesoria, es decir, un acto jurídico por el

23 Cit. por HOLGADO VALER, Las sucesiones hereditarias, p. 7.

24 HOLGADO VALER, Ibid. p. 7.

25 Cit. por HOLGADO VALER, Las sucesiones..., p. 9.

cual se pone fin al condominio de la herencia, dándosele a cada sucesor lo que le corresponde. Según el caso puede ser inmediata, mediata o sujeta a suspensión.

A nosotros nos interesa de manera especial el tercer caso, la partición sujeta a suspensión, pues esta puede presentarse en tres figuras diferentes:

- a) La partición se difiere o suspende por acuerdo unánime (Artículo 991°).
- b) Se suspende por acuerdo de todos los herederos o por restricción judicial. Esto no se produce por más de dos años.
- c) Si comprende derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta que nazca. Mientras tanto, su madre disfruta de la herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos. (Art. 856).⁽²⁶⁾

Es necesario
dar una
normatividad
adecuada
que proteja
al concepturus.

En la figura c) encontramos un derecho sucesorio concedido al *nasciturus*. Es decir, podemos concluir que el concebido tiene derechos sucesorios, los cuales se otorgarán cuando nazca.

Sin embargo, nuestro caso presenta un concebido *post mortem*, lo que Fernández Sessa-

regio llama el *concepturus*. Si el *nasciturus* es aquel que está por nacer, el *concepturus* es aquel que está por concebirse. Dicho de otra manera, es el futuro concebido, el *nondum concepti*. ¿Qué hacer con él? ¿Tiene derechos sucesorios?

3.2. Posibilidad de respuesta en el C.C. 1984

En cuanto al otorgamiento de derechos sucesorios al *concepturus*, la doctrina nacional es casi unánime en señalar que no es posible hacerlo. No es posible darle sucesión a quien no existe al momento de la muerte del causante. Así pues, Cornejo Chávez afirma que “la existencia es un elemento indispensable para heredar, negándose esta posibilidad a quién no existe por lo menos en

estado de concepción al momento de la muerte del causante”.⁽²⁷⁾

Hay quienes opinan que no es posible otorgarle derechos sucesorios al *concepturus*; y que tienen derecho a la herencia solamente los que son “cier-tos” (“existen”), al momento de la muerte del sujeto.

Sin embargo, hay otro sector que se inclina por favorecer al *concepturus*, considerando que el hecho de no cumplir con los requisitos necesarios para ser instituido heredero no puede restringir la condición sucesoria del menor, porque hacerlo sería atentar contra la Constitución, que protege la igualdad de derechos de todos los hijos.⁽²⁸⁾

Buscando en el C.C. 1984, encontramos que al abrirse la sucesión, el *concepturus* es un futuro concebido, es decir, existirá en un futuro, a lo que el artículo 734° indica:

Art. 734.- La institución de heredero [...] debe recaer en persona cierta, designada de manera indubitable por el testador...”

Por este artículo, el padre que deja su semen congelado para que sea utilizado con posterioridad a su muerte, no podría instituir a su futuro hijo como heredero en su testamento, pues este no es persona cierta.

Por otro lado, el artículo 856° del C.C. 1984, en su interpretación literal, suspende la participación por la existencia de un “heredero concebido”, no “por concebir”. La partición es suspendida por el *nasciturus* no por el *concepturus*. Por lo tanto, al no haber testamento válido, el *concepturus* carecería totalmente del derecho de sucesión al padre muerto.

Durand Carrión plantea una solución al problema:

“...el marido o compañero debe establecer en el testamento un albacea para que administre la herencia por el tiempo en que eventualmente se va a ejecutar la inseminación en su esposa o compañera, debiendo sujetarse a lo dispuesto en el art. 778 y siguientes del Código Civil. Transcurrido dicho período recién se efectuará la transferencia real de la masa hereditaria se haya o no llevado a cabo la fertilización asistida post-mortem.”⁽²⁹⁾

27 CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Cit. por YAÑEZ ASPILCUETA, El derecho sucesorio..., p. 99.

28 Cf. YAÑEZ ASPILCUETA, Ibíd, p. 108.

29 DURAND CARRION, La fertilización... **En:** El Jurista N° 4, p. 121.

26 FERRERO COSTA, Augusto. Derecho de sucesiones, p. 785-788.

Sin embargo, esta posibilidad no considera que nuestro Código exige la existencia al menos como concebido al momento de la apertura de herencia, para participar de ésta, con lo que su solución exige modificaciones.

Córdova Ruiz propone una solución más interesante cuando nos dice que el *concepturus* puede heredar al padre muerto siempre y cuando éste haya dejado en testamento una asignación con **condición resolutoria** en favor de un heredero cierto cualquiera, consistente en otorgar la asignación al heredero si el hijo concebido con semen del testador después de su muerte no nace o no se concibe. En otras palabras, si se da la concepción y el ulterior nacimiento, "...fenece el derecho del heredero cualquiera sobre la asignación y nace el derecho del hijo concebido por inseminación provocada artificialmente, sobre la misma".⁽³⁰⁾

Nos parece una propuesta favorable para el *concepturus*, pero de existir herederos forzosos, estos podrían argumentar en aplicación al artículo 738° que si bien permite imponer condiciones, exige que éstas no sean contrarias a la ley, a las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona. Y por el artículo V del Título Preliminar, si interpretamos la inseminación artificial *post mortem* como un procedimiento que va en contra de las "buenas costumbres", es decir de la reproducción natural, estaríamos dando nulidad al acto jurídico testamentario. Por otro lado sería necesario encontrar un heredero que acepte sin objeción esta condición, puesto que de lo contrario podría solicitar su nulidad en aplicación del mismo artículo. Pero lo que nos parece más grave en esta propuesta es que el otorgar la sucesión al heredero con condición resolutoria, significa, solamente, poder decir que si la concepción y el posterior nacimiento ocurren, el heredero no heredará, pero nunca podríamos decir que la herencia pasará al nuevo ser. Para lograr ello se requeriría especificarlo indubitablemente en el testamento, con lo que se estaría testando en favor de un ser incierto, inexistente; y ya hemos visto la imposibilidad de hacerlo esto con nuestro Código.

Llegado a este punto, podemos decir en líneas generales que el Código Civil peruano de 1984 no considera la posibilidad de disponer **directamente** ni con seguridad, bienes, a título oneroso o gratuito, en favor del *concepturus*. Aunque hayan propuestas como la de Córdova Ruiz.

3.3. Nuestra posición

Hasta ahora hemos visto que no podemos otorgar con seguridad ni directamente sucesión al *concepturus*. El C.C. 1984, responde a una determinada forma de pensar, dirigido y dispuesto a regir una realidad que se avizoraba moderna, pero carente de proyección al futuro en lo que a técnicas de RHA se refiere. Queremos decir parafraseando a Thomas Kuhn que el C.C. vigente, responde a otro *paradigma*, al paradigma de una modernidad que, aún en esa época, imposibilitaba creer en el arribo de la fecundación *post-mortem* al Perú. Ese paradigma les impedía ver el nuevo, el de las revoluciones científicas biogénicas. Y es que cada revolución modifica la perspectiva histórica de la comunidad que la experimenta, afectando la estructura de los libros de texto y las publicaciones de investigación posteriores⁽³¹⁾ —para nosotros— afectando la doctrina, la ley, el Derecho mismo.

Creemos, entonces, en la necesidad de proclamar un Derecho nuevo, y en especial un Derecho Civil despatrimonializado, un Derecho que otorgue al hombre el derecho a convivir y hacer uso de su propio desarrollo, buscando para él una protección segura y viable. Es necesario, por lo tanto, dar una normatividad adecuada que proteja al *concepturus*. En ese sentido, Suiza ya ha planteado protección al *concepturus* en la ley del 20 de diciembre de 1984. De igual manera se acepta la inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido en EE.UU. (Georgia y Oklahoma). Dirigiéndonos a Oriente, China tiene normas sobre el tema, y Francia ha legalizado la inseminación artificial en sus variadas formas.⁽³²⁾

Spencer Reiss dice que "en Gran Bretaña, en julio de 1984, un comité, designado por el Gobierno, recomendó crear una autoridad legal para vigilar y controlar la aplicación de la FIV, las donaciones de esperma y óvulos, y otros aspectos [...] En noviembre de 1984, el Estado Australiano en Victoria promulgó la primera ley general sobre la reproducción artificial [...donde...] se deben llevar registros detallados [...] de la verdadera identidad genética del niño..." El Ministro de Salud decide en última instancia sobre embriones huérfanos y prohíbe la donación, reproducción entre especies diferentes y maternidad sustituta.

Sin embargo, hay países en los que no se ha aceptado fácilmente este procedimiento, el Con-

30 CORDOVA RUIZ... Inseminación provocada..., p. 131.

31 KUHN, Thomas. La estructura de las revoluciones..., p. 15.

sejo de Europa, en el artículo 11º de su Proyecto de Recomendaciones de 1984, no acepta la FIV *post mortem*, a no ser que se determinen los derechos del nacido por este procedimiento.⁽³³⁾ En el punto 13 de las recomendaciones del informe presentado por la Comisión Española de Estudios de la FIV y la IAH al Congreso de los Diputados de España en 1987, se afirma:

“13. Deberá legislarse que el hijo nacido por I.A. con semen del marido o varón de la pareja estable, o por FIV con transferencia de embriones con un embrión congelado originado con semen de aquellos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquellos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o de la herencia del fallecido.”⁽³⁴⁾

En el mismo informe, en su punto 61, permite la FIV *post mortem*, pero niega la sucesión al concebido, diciendo:

“61. Los gametos de un miembro o de una pareja estable o matrimonio, ya fallecido, podrían ser utilizados por el otro y para lograr su propia descendencia, pero en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido.”⁽³⁵⁾

En Inglaterra, uno de los informes más importantes, el Informe Warnock⁽³⁶⁾, afirma en sus conclusiones:

“Ningún niño nacido por el procedimiento de la FIV (y el mismo criterio operará para la fecundación *post mortem*) que no estuviese en el seno materno en la fecha de la muerte del marido será tenido en cuenta a efectos de sucesión y herencia en la ley.”⁽³⁷⁾

32 Cf. CARDENAS QUIROZ, “Acerca de la...” **En:** DERECHO Nº 42, p. 36-37.

33 Cf. HERRERA CAMPOS, La Inseminación artificial, p. 42.

34 INFORME AL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, 1987. Punto 13. (El subrayado es nuestro)

35 *Ibidem.* (El subrayado es nuestro)

36 “La ‘Commissione Warnock’ —dal nome del Presidente Dame Mary Warnock— è stata istituita dal governo britannico nel luglio 1982 [...] e composta da sedici studiosi di varie discipline, rappresentanti diversi orientamenti diologici e religiosi, in due anni d’intenso lavoro ha esaminato e discusso le opinioni proteste dagli studiosi e dalle più svariate organizzazioni interessate alla tematica, producendo un Rapporto che [...] presenta una concisa, chiara analisi di tutti i principali problemi in materia, con relative raccomandazioni per eventuali proposte legislative;...” (MORI, Maurizio. La Fecondazione Artificiale. p. 121-122)

37 SERRANO ALONSO, ..., “El depósito de...” **En:** La filiación a fines..., p.379.

De igual manera la Propuesta de Ley presentada por el grupo parlamentario socialista en España (Abril 1987) se inclinaba por la no prohibición de la FIV *post mortem* pero, el nacido mediante ella debería ser privado de los derechos sucesorios respecto de la persona cuyo fallecimiento se toma en cuenta por que no cumple con los requisitos de existencia y sobrevivencia, necesarios para suceder.⁽³⁸⁾

Asimismo, el artículo 9.1 de la Ley Española Nº 35/88 del 22 de noviembre de 1988, nos dice:

“No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”.

Estos criterios nos parecen totalmente arbitrarios e inconsecuentes con el desarrollo científico. No toman en cuenta la finalidad de la inseminación *post mortem*, bien expresada en la siguiente cita: “Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces”.⁽³⁹⁾

Por el contrario, si tomamos como ejemplo los Códigos Civiles italianos de 1865 y de 1942, encontraremos que otorga derechos sucesorios al concebido, y al *nondum concepti*, ya sea por testamento o por donación. (Ver artículo 462º, 643º, 715º y 784º C.C. italiano 1942). De igual forma lo hace el C.C. alemán de 1900 en su artículo 2178º el cual prescribe:

“Si al tiempo de la muerte del causante no hubiese sido aún engendrado el legatario o si su personalidad hubiese de determinarse por un suceso posterior al fallecimiento, se efectuará la entrega del legado; en el primer caso, en el momento del nacimiento, y en el segundo, cuando el acontecimiento se realice”.

Sostenemos que el problema sucesorio del *concepturus* plantea una situación especialísima, dado que sólo podrá adquirir los bienes aquel que exista al menos como concebido al momento de la muerte del padre, pero éste no está ni siquiera concebido, sino por concebir, con lo que sería

38 RIVERO HERNANDEZ, ..., “La fecundación artificial...” Cit. por YÁÑEZ ASPILCUETA, p.70.

39 Ley Española No. 35/88.

necesario tomar nuevas consideraciones importantes.

Es imprescindible marcar algunas reglas, que son producto de la sistematización de una serie de propuestas encontradas inorgánicamente en diversos textos, ensayos y comentarios sobre el tema.

En primer lugar, debemos obtener una legislación que permita la FIV *post mortem*, como expresión del avance biotecnológico y la utilización de éste para la procreación, como medio de realización del ser humano. Así pues se deberá seguir con el principio de que el concebido es sujeto de derechos y como tal es la primera etapa de la vida humana.

Pero para autorizar el empleo de la FIV *post mortem* deberá cumplirse que los peritos se cercioren de problemas serios para concebir, presentes en la mujer. Asimismo que el varón adolezca de alguna enfermedad que amenace sus posibilidades de supervivencia al período de estudio y tratamiento de la infertilidad de su mujer. A todo esto, ambos deben ser capaces absolutos.⁽⁴⁰⁾

Hay que valorar el consentimiento otorgado por el varón. La manifestación de su voluntad debe cumplirse con las dos formalidades siguientes, a propuesta de Loudelvi Yañez:

1. Autorizar la conservación de su sustancia germinal.
2. Manifestar la voluntad del empleo de los gametos en su cónyuge o compañera (clara e indudablemente especificada), después de su muerte mediante FIV.

Este último requisito implica siempre que el sujeto está asumiendo la responsabilidad de la paternidad del menor que nace, con lo que se solucionarían el problema de la filiación, considerándola —evidentemente— matrimonial⁽⁴¹⁾. De igual modo debe existir la posibilidad de revocación por parte del varón con los mismos requisitos formales.

40 SOTO LAMADRID, ..., *Las Técnicas de...*, p. 95. "Además de garantizar la procreación futura, en los casos de vasectomías inoportunas, la hipótesis puede darse, con mucho mayor dramatismo, cuando una persona sea tratada con remedios químicos a causa de un cáncer, o con radiaciones que puedan dejarle estéril. En estos casos —dice Robert Clarke—, el paciente puede acudir a un banco de esperma para depositar ahí sus espermatozoides, los que serán cuidadosamente conservados a -196 grados, en una bombona refrigerada con azoe líquido, y podrá recuperarlos después, cuando desee tener hijos."

41 Cf. YÁÑEZ, ..., *El derecho sucesorio...*, p. 86.

La FIV *post mortem* deberá intentarse por un plazo máximo de dos años contados desde la muerte del causante, y puesto que plantea la necesidad de suspender la atribución de derechos hereditarios a otros, será improrrogable.

La Ley Española No. 35/88, en el artículo 9-2, establece una autorización a la cónyuge del donante para que su semen sea utilizado en un plazo no superior a seis meses. Este plazo no parece, sin embargo, algo reducido, tomando en cuenta que el procedimiento requiere de varios intentos prolongados.

Por lo tanto, en caso de no existir consentimiento (el que siempre deberá darse en documento público), la FIV *post mortem* no deberá ser autorizada. Si aún así se realiza, el menor no será hijo matrimonial del difunto sin posibilidad distinta alguna, careciendo de derecho sucesorio alguno.⁽⁴²⁾

De esta manera, la ley debe intentar contemplar "todas las posibilidades con el fin de permitir a los seres el libre ejercicio de su voluntad como el derecho inalienable que es y que debemos salvaguardar".⁽⁴³⁾

Nuestro país muy pronto dejará de ser ajeno a estos avances biotecnológicos aquí tratados, será entonces que veremos claramente que las sociedades sufren procesos de cambio. Hoy, el hombre puede manipular su propia genética, su propio ser más íntimo, su propia creación. Será necesario, entonces aceptar que la sociedad cambia. Y este cambio se realiza cada vez más pronto, el tiempo es cada vez más importante, en tanto en él se manifiestan estos cambios bruscos, estas revoluciones científicas. Así pues, la sociedad exige un debate interdisciplinario, una real colaboración entre sociedad y ciencia, sin apasionamientos, con mentalidades positivas y amplitud de criterios. El progreso científico y tecnológico debe continuar, siempre bajo el límite del respeto a los derechos humanos y la dignidad del individuo. Para ello está el Derecho, para avanzar con la sociedad y con su ciencia —expresión creadora del hombre—, para avanzar con ella y no detrás de ella, porque "este asincronismo entre la Ciencia y el Derecho origina un vacío jurídico respecto de los problemas concretos, que debe solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión".⁽⁴⁴⁾

42 YÁÑEZ, ..., *Ibid.*, p. 108.

43 YÁÑEZ, *Ibid.*, p. 109-110.

44 Exposición de Motivos. Ley Española N° 35/88.

CONCLUSIONES

- 1 El concebido ha logrado el status jurídico de sujeto de derecho, tomando así un lugar especial y autónomo en el plano jurídico, en respuesta a su existencia real.
- 2 En tanto existencia real, el por nacer (*nasciturus*) es protegido para todo cuanto le favorece. Por lo tanto su derecho a la sucesión es actual, aunque se le atribuya a condición resolutoria de que nazca vivo.
- 3 No podemos negar los avances de la Ingeniería Genética, ni la probabilidad de su arribo a nuestro país. Uno de los casos más complejos es el de la FIV *post mortem*.
- 4 La FIV *post mortem* nos coloca ante el problema de otorgar o no derechos sucesorios al que está por ser concebido (*concepturus*).
- 5 El Código Civil de 1984 no nos otorga una solución directa y segura para proteger y otorgar derechos sucesorios al *concepturus*, ya que sólo respondía a las necesidades de una época que hoy ha sido superada.
- 6 Hay autores y legislaciones extranjeras que no permiten la sucesión al *concepturus*. Esta posición responde a un "facilismo jurídico" o a una interpretación cerrada y atemporal del Derecho.
- 7 El *concepturus*, creado mediante FIV *post mortem*, merece ser protegido mediante una legislación nueva, flexible y en concordancia con la realidad del desarrollo científico.
- 8 Para la nueva legislación debemos tomar en cuenta la manifestación de voluntad del padre, lo que permitirá solucionar el problema de filiación, considerándolo matrimonial, por haberse expresado la voluntad durante el matrimonio.
- 9 La manifestación de voluntad del padre, permitirá lograr la atribución de derechos sucesorios al *concepturus*, suspendiendo la apertura de la sucesión hasta que este nazca.

BIBLIOGRAFIA

- CONSTITUCION POLITICA DEL PERU 1933. Lima: Gil S.A., 1956. 54 p.
- NUEVA CONSTITUCION POLITICA DEL PERU 1993. Lima: Inkari. E.I.R.L. 1993, 63 p.
- CODIGO CIVIL (Peruano) 1936. Edic. Ofic. Lima: Americana, 1939. 295 p.
- CODIGO CIVIL (Peruano) 1984. Trujillo: Normas Legales S.A., 1933. 369 p.
- LEY ESPAÑOLA SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA No. 35 del 22 de noviembre de 1988, publicada en el Boletín Oficial del Estado No. 282 del 24 de noviembre de 1988, cuyos errores fueron corregidos por el Boletín Oficial del Estado No. 284 del 26 de noviembre del mismo año.
- ALCANTARA SAMPELAYO. "Atribuciones patrimoniales a favor del *concepturus*". En: Revista de Derecho Privado; Madrid, 1953. Tomo XXXVII, p. 93 y ss.
- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. "Genética y Derecho". Diario El Comercio. Lima, 17 de noviembre de 1985, p. A2, Columna Opinión.
- BOZA DIBOS, Beatriz. "Los adelantos de la Ciencia y la permeabilidad del Derecho: Reflexiones en torno a la Reproducción humana asistida". En: Derecho (Lima) N° 45. 1991. Dic. p. 71-110.
- CARDENAS QUIROZ, Carlos. "Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación intrauterina". En: Derecho (Lima) N° 42. 1988. Dic. p. 9-44.
- CHIPOCO CACEDA, Carlos. El nacimiento de la persona natural: Análisis del artículo primero del Código Civil. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1985-86. 24 p.
- COCCA, Aldo. "Nacer con dignidad (manipulación del embrión humano)". En: Revista Jurídica Argentina La Ley (Buenos Aires). 1985-D. p. 1127-1138.
- CONGRESO MUNDIAL VASCO. La filiación a fines del siglo XX. Madrid: Victori-Gasterz, 1987. 450 p.
- CORDOVA RUIZ, Ana María. Inseminación provocada por medios artificiales, fecundación extrauterina y transferencia embrionaria: Ubicación general y situación jurídica. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, 1985.
- CORNEJO, Angel Gustavo. Código Civil; exposición sistemática y comentarios. Lima: Gil S.A., 1937.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. "Los avances de la genética". Diario La República, Lima, 21 de noviembre de 1985, Columna editorial.
- DE TRAZEGNIES, Fernando. "El Derecho Civil ante la Post-Modernidad". En: Derecho N° 45. 1991. Dic. p. 287-333.
- DIEZ PICASO, Luis. Sistema de Derecho Civil. Madrid: Tecnos, 1980. p. 45-60.
- DELAISI DE PARSEVAL, Geneviève. "Procréations artificielles et intérêt de l'enfant" En: Études. (París). 370. 1989. Février. p. 173-185.
- DURAND CARRION, Julio. "La fertilización asistida frente al Derecho". En: Revista El Jurista Año 1 N° 4, Dic. 1991. p. 114-125
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Reforma del Código Civil Peruano. Ica: U.N. San Luis Gonzaga, 1977. 36 p.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. La persona en la doctrina jurídica contemporánea. Lima: Universidad de Lima, 1984. 117 p.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "Los embriones de Melbourne". Diario El Comercio, Lima, 8 de julio de 1984, p. Dominical, Columna Opinión.

- Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas. Lima: Universidad de Lima, 1990. 421 p.

FERRERO, Augusto. Derecho de Sucesiones. Lima: Cultural Cuzco, 1993. 134 p.

GUZMAN FERRER, Fernando. Código Civil 1936. 2da. Edic. no oficial. Lima: Universo S.A., 1977. 2 tomos.

HERRERA CAMPOS, Ramón. La inseminación artificial: Aspectos doctrinales y regulación legal española. Granada: Universidad de Granada, 1991.

HOLGADO VALER, M. Enrique. Las sucesiones hereditarias en el Nuevo Código Civil peruano. Cusco: Peñarol, 1985.

KUHN, Thomas. La Estructura de las Revoluciones Científicas. México: Fondo de Cultura Económica, 1962. 320 p.

LE PARIS, 2 de agosto de 1984. Diario Francés.

LEON BARANDIARAN, José. Comentarios al Código Civil Peruano. Lima: Gil S.A., 1939.

MORI, Maurizio. La fecondazione artificiale: Questioni morali nell'esperienza giuridica. Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1988.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil. Lima: Fondo Editorial-PUC, 1980. 2 tomos.

RUBIO CORREA, Marcial. El ser humano como persona natural. "Biblioteca para leer el Código Civil". Lima: Fondo Editorial-PUC, 1992. vol XII. 217 p.

SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho. Buenos Aires: Astrea, 1990.

YAÑEZ ASPILCUETA, Loudelvi. El Derecho sucesorio frente a los nuevos métodos de fertilización asistida. Tesis Bchr. PUC, 1990.

ZANNONI, Eduardo. Inseminación artificial y fecundación extrauterina: Proyecciones jurídicas. Buenos Aires: Astrea, 1978. 124 p.