

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**  
**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS**



Acreditada por Res. CEUB 1126/02

**TESIS DE GRADO**

**“FILIACIÓN Y DERECHO HEREDITARIO DEL HIJO  
NACIDO DE UNA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL  
POST – MORTEM”**

Postulante: Carlos Elio Conde Baldiviezo

Tutor : Dr. Andrés Baldivia Calderón de la Barca

La Paz – Bolivia

2008

### *Dedicatoria*

*La presente tesis la dedico con todo mi amor y cariño:*

*A mis padres Carlos y Sabina, por darme la oportunidad de superarme en la vida;*

*A mi hermana Nelly que me apoyo en todo momento.*

## Agradecimientos

*Ya hace cinco años que mi vida cambió por completo, por ello deseo agradecer profundamente a la vida que me dio la oportunidad de crecer como persona y hallar en mi camino a unos verdaderos amigos.*

*A mis padres que me proporcionaron su apoyo y su fe, dándome la fuerza para poder terminar mis estudios.*

*A mi hermana que supo darme el aliento que necesitaba en los momentos difíciles.*

*Para mi tutor Dr. Andrés Valdivia C. que me permitió proseguir con la tesis brindándome su apoyo incondicional. Admiro su calidad humana.*

*A mis amigos de colegio Edgar, Jesús, Marisol, Miriam, Mónica, Olver, Vladimir, y a todos los demás compañeros que confiaron en mí.*

*A mis amigos de la Facultad: Carmen, Delia, Dennis, Dilma, Edgar, Fraciel, Henry, Keshia, Limber, Luís, Maribel, Mary Isabel, Rossio, Sonia y mis demás compañeros.*

*A todos mis seres queridos que me rodean y me apoyaron siempre.*

*A todos ustedes MIL GRACIAS!!! de todo corazón, que Dios los bendiga, por brindarme su amistad y acompañarme en todo momento.*

## Resumen “Abstract”

*En Bolivia, pese a la existencia de investigaciones sobre la necesidad de contar con una norma que regule las técnicas de reproducción asistida, se presenta el inconveniente de no haberse legislado sobre la materia. Sin embargo en dichas investigaciones no se toma en cuenta las prácticas de inseminación artificial post – mortem y los efectos jurídicos que ésta generaría en el campo del derecho.*

*No existe una norma especializada, que por vía directa regule las diferentes situaciones que en un futuro cercano se pudieran plantear como consecuencia de este tipo de prácticas, negándole así, una debida protección y amparo al futuro ser y a las personas que acuden a éste tipo de técnicas para concebir el hijo deseado.*

*De este modo, observamos la situación de un niño que puede ser concebido en forma posterior a la muerte de su progenitor; del cuál debemos determinar la situación jurídica con relación a su padre fallecido y los demás miembros de la familia. Otorgándole de este modo certeza sobre los derechos que le asisten.*

*Por ello, a través de la presente investigación se intenta dar un panorama general de una de las distintas técnicas de reproducción asistida: “la inseminación artificial post – mortem”, y analizar las consecuencias jurídicas que esta genera en el campo del Derecho de Filiación y Derecho hereditario, haciendo abstracción del tema desde un punto de vista estrictamente jurídico.*

*Determinando de esta forma si las actuales presunciones y reglas que rigen, tanto la filiación como la sucesión, son aplicables para el caso concreto del hijo póstumo o, si en su caso debieran incorporarse algunas modificaciones o simplemente excepciones a las mismas.*

## **INDICE**

Portada.....	1
Dedicatoria.....	2
Agradecimientos.....	3
Resumen “Abstract”.....	4
Índice.....	5

### **DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

Enunciado del título del tema.....	10
Identificación del problema.....	10
Problematización.....	10
Delimitación de la investigación.....	11
- Temática.....	11
- Espacial.....	11
- Temporal.....	12
Fundamentación e importancia de la investigación.....	12
Objetivos a los que se ha arribado en la investigación.....	12
- Objetivos generales.....	12
- Objetivos específicos.....	13
Marco teórico que sustenta la investigación.....	13
Hipótesis de trabajo de la investigación.....	13
Variables de la investigación.....	14
- Variable independiente.....	14
- Variable dependiente.....	14
Métodos que fueron utilizados en la investigación.....	14
Técnicas que fueron utilizados en la investigación.....	16

## DESARROLLO DEL DISEÑO DE PRUEBA DE LA TESIS

Introducción.....	17
-------------------	----

### Desarrollo de los capítulos

Capítulo I. Antecedentes Históricos.....	23
1.1. Evolución de la familia.....	23
a) Promiscuidad absoluta o comercio sexual sin trabas.....	23
b) Familia Consanguínea.....	23
c) Familia Punalúa.....	24
d) Familia Sindiásmica.....	24
e) Familia Monogámica.....	25
1.2. Filiación: Referencias Históricas.....	26
1.2.1. Derecho Romano.....	26
1.2.2. Edad Media – Revolución Francesa.....	28
1.2.3. Legislación Boliviana.....	29
.3. Derecho Hereditario: Referencias Históricas.....	29
.3.1. Derecho Romano.....	30
.3.2. Derecho Civil Italiano.....	32
.3.3. Código Civil Santa Cruz.....	33
.4. Desarrollo de las Técnicas de Reproducción Asistida.....	33
1.4.1. Clases de Reproducción Asistida.....	35
1.4.2. Inseminación Artificial Post – mortem en la historia.....	36
Capítulo II. Filiación y Derecho Hereditario.....	38
2.1. Bases doctrinales.....	40
a) La idea de la propiedad familiar.....	40
b) Teoría del derecho natural.....	40
c) La transmisión de la propiedad individual.....	41
d) La protección a la familia.....	42

e) La cuestión biopsicológica como base de la sucesión.....	43
2.2. Fecundación Post - Mortem.....	45
2.2.1. Supuestos de la Fecundación Post – Mortem.....	46
2.3. Filiación.....	47
2.3.1. Concepto.....	47
2.3.2. Clases de Filiación.....	47
a) Legítima.....	47
b) Ilegítima.....	48
c) Adoptiva.....	48
d) Filiación matrimonial.....	48
e) Filiación extramatrimonial.....	48
2.3.3. Prueba de la Filiación.....	49
a) Filiación del hijo matrimonial.....	49
b) Filiación del hijo extramatrimonial.....	50
2.3.4 Filiación Matrimonial: Fundamento Biológico – Institucional.....	52
2.3.5 Presunción de la paternidad legítima en la I.A.P.M.....	54
2.3.6. Fuente del vínculo paterno – filial.....	56
2.3.7. Consentimiento de los cónyuges.....	60
a) ¿Qué sucedería si se otorga el consentimiento?.....	60
b) ¿Qué sucedería si no hay consentimiento?.....	63
2.3.8. Derechos del hijo póstumo.....	64
2.4. Derecho Hereditario.....	67
2.4.1. Sucesión.....	67
2.4.2. Apertura de la sucesión hereditaria.....	68
a) Lugar de la apertura.....	68
b) Momento de la apertura.....	69
2.4.3. Clases de herederos.....	69
a) Herederos Legales.....	69
b) Herederos Testamentarios.....	70
c) Herederos Contractuales.....	70

2.4.4. Capacidad para suceder.....	71
a) Requisitos válidos para la capacidad de suceder.....	71
2.4.5. Sucesión testamentaria.....	72
2.4.6. Testamento.....	73
a) Contenido del Testamento.....	74
2.4.7. Clases de testamento.....	76
a) Testamento ordinario o solemne.....	76
b) Testamentos especiales.....	77
c) Testamentos de extranjeros o celebrados en país extranjero.....	79
2.4.8. Apertura, comprobación y publicación de testamentos.....	80
a) Testamento abierto otorgado ante notario y testigos.....	80
b) Testamento cerrado, testamento abierto otorgado ante testigos solamente y testamentos especiales.....	81
c) Testamentos otorgados en el extranjero.....	82
2.4.9. Declaratoria de herederos.....	83
a) Procedimiento hasta la declaratoria de herederos.....	83
b) Prueba del fallecimiento y del vínculo de parentesco que funda el llamamiento hereditario.....	84
c) Efectos de la declaratoria de herederos.....	84
d) Ampliación de la declaratoria.....	86
Capítulo III. Marco Jurídico Nacional y Legislación Comparada.....	88
3.1. Legislación Nacional.....	89
3.1.1. Constitución Política del Estado.....	89
3.1.2. Código de Familia.....	91
3.1.3. Código Civil.....	99
3.2. Legislación Comparada.....	104
3.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	104
3.2.2. Constitución Política de Colombia.....	105
3.2.3. Constitución Política del Perú.....	106

3.2.4. Constitución Política de Guatemala.....	108
3.2.5. Constitución Política de la República de Panamá.....	109
3.2.6. Código Civil de Tabasco – México.....	110
a) Derecho Familiar.....	110
b) Derecho Sucesorio.....	115
3.2.7. España: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	119
 Capítulo IV. Diagnóstico y Propuesta.....	 121
4.1. Encuesta: Universo y Muestra.....	121
4.1.1. Tabulación e interpretación de datos.....	124
4.1.2. Análisis e interpretación estadística.....	126
a) Demografía de la encuesta.....	126
b) Contenido de la encuesta.....	128
4.2. Técnicas de Reproducción Asistida en Bolivia.....	135
4.3. Bolivia: Anteproyecto de Ley sobre Reproducción Humana Asistida.....	138
4.4. Propuesta.....	141
a) Constitución Política del Estado.....	141
b) Código de Familia.....	142
c) Código Civil.....	143
Conclusiones.....	144
Anteproyectos.....	146
Bibliografía.....	159
Anexos.....	162

# **Diseño de Investigación**

## **Enunciado del título del tema**

**“Filiación y Derecho Hereditario del Hijo nacido de una inseminación artificial post – mortem”.**

## **Identificación del problema**

Para identificar el problema debemos partir del extraordinario avance que ha ido sufriendo la ciencia médica en el desarrollo de nuevas técnicas para superar la infertilidad humana. Entre éstas se encuentra la inseminación artificial post – mortem, técnica bastante discutida en el campo del derecho por sus múltiples implicancias.

No obstante de ello, nuestro país no cuenta con una norma especializada que las regule y nuestro actual ordenamiento jurídico, así como los institutos jurídicos que lo conforman, no considera el desarrollo de las nuevas formas de procreación, negándole a la persona nacida por medio de estas técnicas, todos los elementos protectivos espirituales como materiales.

A tal efecto la presente investigación pretende determinar la Filiación y el Derecho Hereditario que deberá asistir al hijo póstumo con relación a su padre biológico, el patrimonio hereditario y los herederos llamados a la sucesión, así como también plantear excepciones a las reglas que rigen dichos institutos jurídicos.

## **Problematización**

Las Preguntas que orientaron la presente investigación son las siguientes:

- ¿Por qué la necesidad de regular la inseminación artificial post – mortem y los efectos jurídicos que de ella emergen?
- ¿Cuáles deberán ser los requisitos, en el campo jurídico, para llevarse adelante una inseminación artificial post – mortem?

- ¿Es aplicable la actual presunción de paternidad legítima, en relación a los 180 días como mínimo y 300 días como máximo para la gestación de un ser humano, en los casos de una inseminación artificial post – mortem?
- ¿Puede otorgarse el Derecho de Filiación a la persona nacida por medio de esta técnica de reproducción asistida?
- ¿Tiene el hijo póstumo derecho a suceder a su padre ya fallecido?
- ¿Cómo afectaría patrimonialmente a los herederos, declarados mediante sentencia, el nacimiento de un hijo póstumo?
- ¿Será necesario introducir modificaciones a los institutos jurídicos de la Filiación y Derecho Hereditario?

### **Delimitación de la investigación**

El tema de la Filiación y Derecho Hereditario del Hijo nacido de una inseminación artificial post – mortem, resulta ser un tema demasiado complejo, de ser estudiado desde diversos puntos de vista se tendría una investigación interminable, es por ello que en la presente investigación se hizo un estudio explicativo y propositivo sobre el tema de tesis.

#### **- Delimitación Temática**

La investigación fue realizada dentro del campo Jurídico - Doctrinal, enfocada a determinar la filiación y el derecho hereditario que deberá asistir al hijo póstumo. Por lo mencionado el área de estudio de la presente investigación fue el Derecho de Familia y Derecho Sucesorio.

#### **- Delimitación Espacial**

La presente investigación se realizó en la ciudad de La Paz como núcleo central que permitirá encontrar respuestas a nuestro propósito, no obstante de ello en las ciudades de Santa Cruz y Cochabamba también se realizan prácticas de Inseminación Artificial.

## **- Delimitación Temporal**

Para realizar la investigación se tomó en cuenta el periodo comprendido desde el año 2000 hasta marzo del presente año.

## **Fundamentación e importancia de la investigación**

La Inseminación artificial post – mortem se constituye en una práctica, resultante del avance de las ciencias médicas y por lo mismo en una alternativa de solución para la pareja que ha quedado desamparada al fallecimiento del cónyuge y que decide optar por ésta práctica médica para aliviar dicho sentimiento.

Es precisamente este hecho el que marca el inicio de la presente investigación, ya que el mismo, llega a constituirse en un nuevo hecho generador de relaciones y efectos jurídicos, que no pueden desarrollarse al margen de la ley, ni del derecho y del cuál pudieran verse vulnerados los derechos que le asisten a la persona nacida de ésta práctica médica.

Es por lo cuál resulta imprescindible determinar los efectos jurídicos, así como las relaciones jurídicas que ésta práctica médica llegue a generar, esto con la finalidad de dar solución a posibles conflictos, emergentes en el campo familiar y sucesorio.

## **Objetivos a los que se ha arribado en la investigación**

### **- Objetivos Generales**

- Analizar los efectos jurídicos que genere una inseminación artificial post – mortem en el derecho de filiación y derecho hereditario.
- Proponer excepciones a las reglas y presunciones que rigen dichos institutos jurídicos, así como reformas a las normas legales referentes a los mismos.

### **- Objetivos Específicos**

- Describir las técnicas de reproducción asistida.
- Describir los requisitos que deben cumplirse para otorgar efectos jurídicos a una inseminación artificial post - mortem
- Analizar la aplicabilidad de la presunción de paternidad legítima, en relación al periodo de gestación mínimo y máximo de un ser humano, para el caso de una inseminación artificial post – mortem.
- Determinar la Filiación correspondiente al hijo póstumo.
- Establecer los requisitos para otorgar el derecho hereditario al hijo póstumo.

### **Marco Teórico que sustenta la investigación**

El presente trabajo de investigación se adscribió a la Teoría Biopsicológica, debido a que se hizo un estudio sobre las normas, reglas y principios que regulan la sucesión mortis causa y la filiación de los descendientes con respecto a sus ascendientes.

### **Hipótesis de trabajo de la investigación**

“Determinar la filiación y el derecho hereditario del hijo póstumo, otorga seguridad jurídica a su situación así como certeza sobre los derechos que le asisten”.

## **Variables de la investigación**

### **- Independiente**

- Determinar la filiación y el derecho hereditario del hijo póstumo.

### **- Dependiente**

- Seguridad jurídica a su situación.
- Certeza sobre los derechos que le asisten.

## **Métodos que fueron utilizados en la investigación**

### **- Métodos Generales**

- **Método Deductivo**

Se aplicó en la mayor parte de la investigación debido a que constantemente se llegaron a concluir razonamientos partiendo de algo general.

De este modo se estudió ciertas reglas y principios que regulan de forma general tanto los institutos jurídicos de la filiación como la sucesión, para así llegar a conclusiones específicas con respecto al objeto de estudio.

- **Método Analítico**

El método analítico, como una actividad mental mediante el cuál un todo complejo se descompone en sus diversas partes y cualidades, permitiéndonos la división mental del objeto de estudio en sus múltiples implicancias y relaciones.

Se utilizó este método al momento de analizar el objeto de estudio, formando una opinión sobre cada uno de los elementos que lo integran, así como las múltiples implicancias que dicho objeto genera en el campo jurídico.

Así mismo se acudió a este método al analizar la doctrina que justifica la situación del hijo póstumo en el campo familiar y sucesorio, así como también las normas que regulan la filiación y la sucesión en el ordenamiento jurídico interno.

#### **- Método Jurídico o específico**

- **Método Jurídico Propositivo**

Se aplicó éste método al realizar un estudio de las normas que regulan la filiación y la sucesión dentro del grupo familiar y cuál la relación con la situación del hijo nacido por una inseminación artificial post – mortem,

Del mismo modo se acudió a este método en el afán de proponer la implementación de ciertas excepciones a las reglas y principios generales que rigen dichos institutos jurídicos y, en su caso, reformas a determinados cuerpos normativos.

- **Método Filosófico Jurídico**

Que nos permitió determinar lo justo de lo injusto, considerando además que son objeto de valoración, de aplicación de principios axiológicos, el estudiar e investigar lo jurídico.

De tal forma que este método orientó el desarrollo del presente trabajo de investigación, ello para dar solución a la problemática emergente del objeto de estudio, enmarcados siempre en: “lo que sea más justo”, tomando en cuenta no solo al hijo póstumo, sino también a las personas que se ven involucradas en dicha situación, como son los demás miembros de la familia.

## **Técnicas que fueron utilizadas en la investigación**

- **Técnica bibliográfica**, ya que se acudió a distintos libros que contienen información acerca del objeto de investigación y sobre la doctrina concerniente a los institutos jurídicos de la Filiación y el Derecho Sucesorio.
- **Encuesta**, que estuvo enfocada a recabar opiniones acerca del objeto de estudio, para lo cuál se formularon preguntas de tipo cerrada.

Se aplicó la encuesta a un grupo específico de personas, no ajenas al tema de investigación, como son los estudiantes de la carrera de derecho; población de la cuál se extrajo la respectiva muestra, en base a la fórmula matemática expuesta por el autor Roberto Hernández Sampieri.

- **Entrevista**, se realizó una serie de entrevistas de tipo No Estructurada, por ser de mayor flexibilidad y abierta; aunque los objetivos de la investigación rigieron las preguntas, su contenido, orden, profundidad y formulación, adaptándose a las diversas situaciones y características particulares de los sujetos entrevistados

El formato de las preguntas fue de tipo abierto, permitiendo a los entrevistados dar la respuesta que les pareciera apropiada, ello con el fin de obtener la mayor cantidad de información. Estas entrevistas fueron practicadas a personas entendidas en el tema de investigación, tanto del área médica como jurídica.

## **Introducción**

En la actualidad nos encontramos convencidos de la necesidad de no sólo analizar adecuadamente las múltiples implicancias éticas y jurídicas que derivan de las técnicas de reproducción asistida en seres humanos, sino también propender a que el Derecho, como ciencia eminentemente social, recoja su realidad y proporcione directivas básicas al respecto.

La inseminación artificial, analizada desde distintos puntos de vista, entre ellos religiosos, morales, filosóficos, etc., y a pesar de mantener en estos tiempos oposiciones de gran envergadura como es la Iglesia Católica, manifiestamente ha adquirido una dimensión y efectividad práctica.

Ahora se constituye en uno de los problemas que a nivel jurídico nos plantea la biomedicina; problema que requiere el análisis de los distintos supuestos que conlleva y el planteamiento de reflexiones en torno de los serios inconvenientes que dicha práctica médica genere a la humanidad.

Como se sabe, la inseminación artificial está estrechamente unida al descubrimiento de que el semen puede fecundar mucho tiempo después de su eyaculación, siempre que sea adecuadamente conservado.

Obtenido el semen mediante una eyaculación provocada, es luego introducido durante el período fértil del ciclo ovárico de la mujer, cuando es factible que se produzca la fecundación del óvulo maduro.

La inseminación se constituye así, en un procedimiento al cuál recurren numerosos matrimonios frente a situaciones concretas de infecundidad o infertilidad.

Se la llama homóloga cuando el semen que se introduce a la esposa pertenece al marido. Pero si éste fuere estéril se recurre a la llamada inseminación heteróloga, en la cual el semen fecundante es de un tercero o donante.

Entonces se hace común a ambas especies de inseminación artificial un replanteo de fondo: el relativo al presupuesto biológico de la concepción.

La mayoría de las legislaciones, presuponen que la concepción en el matrimonio es obra común de padre y madre que engendran al hijo mediante el coito o cópula.

Sin embargo, la inseminación artificial, y en especial una post – mortem, permiten observar que puede haber concepción humana sin cópula, aunque, como ocurre en la inseminación homóloga, biológica y genéticamente el hijo concebido es fruto de los cónyuges.

Es en estos presupuestos que se abre una importante brecha al tradicional principio de legitimidad de la concepción. Nuestro Código de Familia, como los demás, distingue la filiación matrimonial de la extramatrimonial.

Esto, por que se establece que, solo al hijo concebido durante la vigencia del matrimonio se le puede atribuir una filiación matrimonial, sin dejar de lado al concebido y nacido antes del matrimonio de sus progenitores, hijo que también goza de la prerrogativa matrimonial.

Sin embargo mediante el procedimiento de la inseminación artificial la esposa podría concebir un hijo que genéticamente es del marido, incluso después de la disolución del matrimonio por el fallecimiento de aquél.

Tal sería el caso del hijo póstumo, nacido de la viuda después de los 300 días posteriores a la muerte de su esposo, en la que la concepción se presumirá que se produjo fuera del matrimonio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código de Familia,

Sin embargo, si se probara fehacientemente que la viuda fue fecundada con semen de su cónyuge premuerto obtenido con anterioridad al deceso. ¿Podría calificarse a este hijo como matrimonial?,

O aún más complejo, ¿Podría dicho hijo ingresar a la sucesión de su padre premuerto, entendiéndose que uno de los principales requisitos para suceder, es existir al momento de abrirse la sucesión?

Visto de otra manera, se afecta el presupuesto tradicional de la presunción de la paternidad legítima que recae en el marido de la mujer que concibió el hijo, entendiéndose que esa paternidad se sustenta en las relaciones sexuales exclusivas que aquél mantiene con ésta. Y del mismo modo se altera la clásica concepción acerca de la capacidad para suceder.

Pues mediante el procedimiento de la inseminación post – mortem, podría ocurrir que:

Aún existiendo la imposibilidad material del marido de mantener con su esposa relaciones sexuales durante el período legal de la concepción, supuesto establecido por el Código de Familia en su artículo 187 que autoriza a impugnar o desconocer la paternidad presumida, la esposa podría acreditar que la fecundación se obtuvo mediante inseminación con espermatozoides del marido fallecido.

En ese sentido, podemos observar que institutos propios del Derecho Sucesorio y del Derecho de Familia como es la Filiación, se hallan en un total desajuste cuando se encuentran frente a un ser nacido por medio de este tipo de inseminación artificial, al no existir norma alguna que prevea dicha situación con respecto a los progenitores.

Creándose por lo mismo, un vacío jurídico sobre la clase de filiación que le corresponde al hijo póstumo o si éste tiene el derecho de heredar a su progenitor fallecido.

He aquí una situación completamente nueva para el derecho, como se señaló, por una parte la presunción biológica rige plenamente, pero por otra el presupuesto institucional que nutre a la primera desaparece.

Ya que genéticamente hablando, el hijo concebido es del marido fallecido, podrá responderse que aquí opera, en modo relevante, la llamada voluntad procreacional, sostenida por el autor Díaz de Guijarro, que corresponde al marido y que será desarrollado en su momento.

Esta voluntad puede constituir un medio saludable para impedir al marido desconocer la paternidad del hijo, voluntariamente asumido al consentir la inseminación de su esposa,

Pero, en términos generales y en el sentido tradicional, la paternidad no se funda en la voluntad procreacional, sino en una atribución que presupone relaciones sexuales exclusivas entre los cónyuges, exista o no la mencionada voluntad; pues categorías jurídicas como la filiación reconocen en el derecho de familia un sustento biológico.

Así se alude al matrimonio como institución jurídica que presupone la unión intersexual, y a la filiación que presupone la procreación.

En ese entendido, creemos necesario determinar las directrices fundamentales para ensayar, no sólo una consideración axiológica de los resultados a que puede conducir la aplicación de las posibilidades que brinda la genética, sino su adecuada integración, en función a la adecuada interpretación del derecho vigente.

Presentado a grandes rasgos el contorno del problema es menester el relacionar las nuevas posibilidades que brinda la embriología y la genética contemporáneas, con respuestas adecuadas en el ámbito jurídico que, como lo sugeríamos, presupone también ciertos límites éticos.

Es así que, en la presente investigación se estudia en forma específica, la influencia de una de estas técnicas de reproducción asistida: **La inseminación artificial post – mortem**, en la Filiación y en el Derecho Hereditario;

Para ello la presente investigación se realizó en una primera etapa acudiendo a la doctrina imperante sobre el tema. En una segunda con la realización de entrevistas a personas entendidas en el tema, tanto del área médica como jurídica; finalmente se realizaron encuestas, para luego contrastar la información obtenida por medio de estas últimas con lo sostenido por los diferentes autores.

Todo ello orientado a determinar la aplicabilidad de ciertas presunciones y reglas que rigen a la Filiación y al Derecho Hereditario, y en su caso planteando excepciones a las mismas; ello en el afán de regular, de manera adecuada, la situación jurídica del hijo póstumo, así como la de los demás miembros de la familia, otorgándose de esta manera seguridad jurídica a los derechos que les asisten.

*“El derecho debe aceptar los descubrimientos científicos cuya utilización no se demuestra contraria a la naturaleza del hombre, de su dignidad.*

*El derecho como la biología, parten de la observación de los hechos. Es solo en detrimento del hombre como las ciencias se ignoran”.*

*Gebler, Le Droit francais de filiation et la verité.*

# Capítulo I

## Antecedentes Históricos

### 1.1. Evolución de la Familia

De las primeras formas de la vida sexual promiscua, Lewis Morgan, establece los siguientes estadios de la evolución de la familia:

#### a) Promiscuidad absoluta o Comercio sexual sin trabas

Cada mujer pertenecía por igual a todos los hombres y viceversa. El intercambio sexual es totalmente libre.

#### b) Familia Consanguínea

*“Aquí los grupos conyugales se clasifican por generaciones: todos los abuelos y abuelas, en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí; lo mismo sucede con sus hijos, es decir, con los padres y madres; los hijos de estos forman a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes; y sus hijos, es decir, los biznietos de los primeros el cuarto.*

*En esta forma de la familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y de los deberes del matrimonio. Los hermanos y hermanas, primos y primas en primero, segundo y restantes grados, son todos ellos entre sí hermanos y hermanas y por eso mismo todos ellos maridos y mujeres unos y otros”.<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> ENGELS FRIEDRICH, El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. Primera Edición. Latinas Editores. Pág.40.

### **c) Familia Punalúa**

*“La palabra punalúa se dice que proviene del término polinesio o hawaiano que significa CUÑADO, también compañero íntimo; en ella existía prohibición de la relación sexual entre hermanos, y solo se permitía entre los hermanos de una gens con las hermanas de otra gens, es decir, había matrimonio entre un grupo de hermanos con otro grupo de hermanas de diferente tribu;*

*La prohibición para el matrimonio abarcaba a los descendientes en línea directa y a los primos hermanos o parientes colaterales. Tuvo su vigencia durante el estadio superior del salvajismo y estado inferior de la barbarie. En esta época, como consecuencia del matrimonio por grupos, no es aún posible determinar la paternidad de los hijos, razón porque imperó el matriarcado,*

*Siendo posible establecer el vínculo parental de la descendencia por la línea materna, y solo reconoce la línea femenina en el sentido de que cada mujer pertenecía a muchos hombres, práctica sexual llamada también POLIANDRÍA; en esta forma de familia es la madre la que carga con toda la responsabilidad de la crianza de los hijos y ejerce autoridad sobre los hijos, existiendo superioridad de mando de la mujer sobre el hombre”.<sup>2</sup>*

### **d) Familia Sindiásmica**

*“Siendo creciente la prohibición del matrimonio entre parientes colaterales, se hicieron también cada vez más dificultosas las uniones por grupos, hecho que dio lugar al raptó o compra de las mujeres, al igual que la prohibición del matrimonio por grupos, es ahí cuando surge la familia sindiásmica, que consistió en la unión temporal más o menos larga entre un hombre y una mujer.*

---

<sup>2</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Familia y sus Instituciones. Segunda Edición, Editorial Gráfica GG, La Paz – Bolivia, 2002, Pág. 43.

*Por la forma de las relaciones exclusivas entre un hombre y una mujer, es posible ya establecer la paternidad de los hijos, hecho que da lugar a la superación del matriarcado para imponerse el patriarcado y con él, la poligamia; estableciéndose la filiación por la línea del hombre, dando lugar al surgimiento de la autoridad patriarcal y relego de la mujer a las labores domésticas, razón por la que es el hombre el que procura la subsistencia de la familia;*

*Se exige la más estricta fidelidad a las mujeres mientras dure la vida en común. La infidelidad y el adulterio de la mujer se castiga cruelmente, la poligamia es un derecho solo para el hombre; el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por una y otra parte, y como antes, los hijos solo pertenecen a la madre”.<sup>3</sup>*

#### **e) Familia Monogámica**

*“La familia sindiásmica es el antecedente de la familia monogámica, es la época que sirve de límite entre el estadio medio y el estadio superior de la barbarie; su triunfo definitivo en uno de los signos característicos de la civilización naciente.*

*Se presenta con todo su vigor en Grecia. Se funda en el poder del hombre, con el fin formal de procrear hijos de una paternidad cierta; y esta paternidad se exige, por que esos hijos en calidad de herederos directos, entrarán un día en posesión de los bienes de la fortuna paterna. Se diferencia del matrimonio sindiásmico, por una solidez mucho más grande del vínculo conyugal, su disolución ya no es facultativa. Desde este momento solo el hombre puede romper el vínculo y repudiar a la mujer.*

*La monogamia nació de la concentración de las riquezas en las mismas manos, las de un hombre; y el deseo de transmitir esas riquezas por herencia a sus hijos, excluyendo a los de cualquier otro. Para eso era necesaria la monogamia de la mujer, pero no la del hombre, otorgándole el derecho de la infidelidad conyugal, por lo menos en las costumbres es solo monogamia solo para la mujer, y no para el hombre.*

---

<sup>3</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Familia y sus Instituciones. Segunda Edición, Editorial Gráfica GG, La Paz – Bolivia, 2002, Pág. 44.

*Los hombres habían logrado la victoria sobre las mujeres, pero las vencidas se encargaron generosamente de coronar a los vencedores. El adulterio, prohibido con severas penas y castigado con rigor, pero indestructible, llegó a ser una institución social irremediable junto a la monogamia y al hetairismo”.*<sup>4</sup>

## **1.2. Filiación: Referencias Históricas**

La filiación es un instituto jurídico que surge con la familia monogámica, donde por las relaciones intersexuales exclusivas entre un hombre y una mujer es posible determinar de forma cierta y exclusiva la paternidad de los hijos; la maternidad fue y es más simple de determinarla por que es la madre la que da a luz a los hijos.

Empero ese mismo hecho hizo que exista diferencia entre los hijos nacidos dentro de la familia monogámica y los nacidos fuera de ella, creando una diferencia discriminatoria otorgando derechos solo a los primeros con relegamiento de los segundos.

### **1.2.1. Derecho Romano**

*“El derecho romano ha legislado este instituto considerando los efectos del matrimonio con relación a los hijos, pues les califica como Liberi justí, a los hijos legítimos nacidos ex justí nuptis, por ese hecho estaban bajo la autoridad de su padre o del abuelo paterno, siendo el padre alieni juris; forman parte de la familia civil del padre a título de agnados (parentesco civil fundada en la autoridad paterna o marital, patria potestad=manus) y toman también el nombre y la condición social de él.*

*En los inicios del derecho romano entre los hijos y la madre solo existía el lazo de parentesco natural de cognación, en el primer grado, por que la madre en esta época era cum manu posteriormente y después de la ley de las XII tablas, la madre*

---

<sup>4</sup> JIMÉNEZ SANJINÉS RAÚL, Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor, Tomo I. Segunda Edición, Editorial Turpo Editores, La Paz – Bolivia, 2006, Pág. 29.

*se hizo sine manus, hecho que modifico la relación parental haciendo que los hijos sean agnados de su madre en segundo grado.*

*En casos en que los hijos provienen de una unión no matrimonial, pero no prohibida por la ley, en este caso el concubinato, la filiación era natural y los hijos tenían la calidad de liberi naturales; cuando los hijos nacían de una unión con impedimento entre los padre, ellos podían ser adulterinos o incestuosos, si resultaban de la adopción, en tal caso gozaban de una filiación legal llamada ADOPTIVA.*

*De esa distinción clásica surgieron las filiaciones tradicionales llamadas: legítima, natural y adoptiva. En Roma la filiación legítima era objetiva respecto a la madre que se simplificaba en los hechos de l embarazo y del parto que constituyendo hechos materiales hacían simple la determinación de la maternidad.*

*No ocurría lo mismo con la paternidad que carecía de esos caracteres directos, de manera que solo podía determinarse por índice presuntivos, al considerar que el padre del hijo nacido de la esposa, es su marido, de ahí que fundándose en esa probabilidad y verosimilitud ha nacido el adagio de que la madre es siempre cierta, el padre es que demuestra las nupcias, o las nupcias demuestran al padre.*

*A ese respecto, esa presunción no es impuesta de manera absoluta e inimpugnable, y cesa cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio o si, por ausencia o enfermedad del marido, ha sido imposible toda forma de cohabitación con la esposa durante el periodo de la concepción.*

*Para establecer una solución práctica en esas situaciones, la legislación romana había fijado en trescientos días la duración de la gestación más larga del embarazo, y el periodo más corto en ciento ochenta días, de manera que el hijo era legítimo si nacía dentro de ciento ochenta y un día después de la realización del matrimonio o de trescientos y un día a más tardar, después de la disolución del matrimonio.*

*Sin embargo la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio en las sociedad griegas y romanas en sus inicios había sufrido una discriminación total, pues ellos ni eran considerados como miembros de la familia de su progenitor, tampoco como ciudadanos, en razón de ello habían sido considerados como naturales e ilegítimos; a los ilegítimos a su vez se habían clasificado en adulterinos, incestuosos y sacrílegos.*

*Los hijos naturales al ser producto de las relaciones permitidas entre padres no casados, se hicieron acreedores de algunos derechos, pero mas tarde por influencia del cristianismo esa situación fue atenuándose, reconociéndoseles, por ejemplo, el derecho de recibir asistencia alimentaria, a su legitimación por el matrimonio posterior de sus progenitores”.<sup>5</sup>*

### **1.2.2. Edad Media – Revolución Francesa**

*“La suerte de los hijos ilegítimos o naturales continuó sufriendo la discriminación más irracional en la época de la Edad Media, al considerárseles como hijos bastardos impedidos de ocupar cargos públicos, ni contraer matrimonio con los hijos legítimos, y es más al morir sus padres no gozaban del derecho de la sucesión hereditaria, ya que sus bienes pasaban a poder del rey.*

*El advenimiento de la revolución francesa tuvo la virtud de crear un ambiente favorable para los hijos ilegítimos o fuera de matrimonio, al establecer la igualdad entre los hijos legítimos y los naturales a través del Decreto de Brumario; sin embargo no consideró lo mismo con los hijos adulterinos que continuaron siendo relegados en sus derechos; sin embargo ello significó un verdadero avance a favor de la igualdad de los hijos.*

*A partir del siglo pasado dicha ley estableció la tan ansiada igualdad de ellos, ejerciendo una fuerte influencia en los posterior en aquellas legislaciones inspiradas*

---

<sup>5</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Familia y sus Instituciones. Segunda Edición, Editorial Gráfica GG, La Paz – Bolivia, 2002, Pág. 319.

*en el modelo francés, aunque su admisión fue operándose lentamente y con rasgos distintos, en vista de que hasta entonces la mayoría de los Estados habían establecido normas protectivas del matrimonio y la familia legítima, dando lugar a la existencia de diferencias para los demás hijos”.*<sup>6</sup>

### **1.2.3. Legislación Boliviana**

De cualquier manera lo expuesto de la revolución francesa, significó un gran avance en el ámbito de la legislación familiar que más tarde influiría para abolir definitivamente esa odiosa discriminación en la mayoría de las legislaciones contemporáneas del presente siglo.

En Bolivia la igualdad jurídica de los hijos fue establecida en las modificaciones introducidas a la Constitución Política del Estado en el año 1938 sosteniéndosela en las sucesivas y estableciendo prohibiciones expresas en la utilización de adjetivos o términos discriminatorios para denominar a los hijos sin importar el origen de la familia de donde provengan.

*“Sin embargo, resulta aberrante y contradictorio que otras legislaciones aún admitan diferencias entre hijos legítimos y naturales, como sucede con la Italiana, que es considerada como moderna y fuente de inspiración de nuestra legislación Civil, que establece diferencias sustanciales para ejercer el derecho de la sucesión hereditaria, pues los hijos legítimos reciben mayor cuota de herencia que los naturales”.*<sup>7</sup>

## **1.3. Derecho Hereditario: Referencias Históricas**

Por razones de didáctica que convienen al estudio sistemático de la presente investigación, es pertinente averiguar cuales fueron las fuentes de inspiración de nuestra

---

<sup>6</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Familia y sus Instituciones. Segunda Edición, Editorial Gráfica GG, La Paz – Bolivia, 2002, Pág. 320.

<sup>7</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Familia y sus Instituciones. Segunda Edición, Editorial Gráfica GG, La Paz – Bolivia, 2002, Pág. 320.

legislación civil y al propio derecho de sucesiones, a ese respecto y de manera puramente enunciativa, nos referiremos a la historia catalogada como antigua, y en ella ubicaremos al Derecho Romano; en la historia moderna nos referiremos al Derecho Civil Italiano, y el Código Civil Santa Cruz.

### **1.3.1. Derecho Romano**

El derecho de sucesiones al igual que el derecho civil en general, tiene su origen en el Derecho Romano, que al presente constituye la madre y fuente de inspiración de casi todas las legislaciones del mundo y por ende, la nuestra.

*“Se conoce que en la sociedad romana el pater familias ejercía tuición absoluta sobre la familia, constituyéndose en el señor y soberano de los individuos libres que estaban bajo su potestad, como eran los hijos, su cónyuge en especial de los esclavos y, sobre los bienes económicos patrimoniales; actuando con un poder omnímodo sobre las personas, bienes propios y la de sus hijos, incluyendo la vida misma en sus primeros tiempos.*

*Por otra parte el pater familias representaba la suprema autoridad, constituía una forma de gobierno: el poder patriarcal o de los padres de familia, que tenía carácter absoluto y sagrado, por ser el padre a la vez monarca, legislador, juez, jefe militar y sacerdote del culto familiar en su hogar, en suma, representaba a la familia en general.*

*En los primeros tiempos de Roma, al morir el pater familias, era el hijo primogénito quién por la línea del varón ingresaba a ocupar su lugar, asumiendo la calidad de nuevo pater;*

*Posteriormente, con el transcurso del tiempo, promediando los años 450 a.C., se dictó la ley de las XII tablas en las que se legisló la sucesión testamentaria, como una nueva forma de transmisión hereditaria que posteriormente predominó en la costumbre jurídica del pueblo romano, prácticamente hasta mediados del imperio.*

*De modo que en virtud de la sucesión testamentaria el pater familias, antes de morir, tenía la potestad y el deber moral de nombrar a su heredero, es decir, a la persona que le habría de sustituir en la jefatura de la familia,*

*Y por lo tanto, en la titularidad de su patrimonio, así como en las funciones políticas, económicas y religiosas, ésta última como una de las más importantes por que el padre era también sacerdote de la religión familiar, situación que concretamente consistía en colocarse en el sitio del causante a fin de evitar que la soberanía familiar quede en vacancia.*

*Resumiendo la historia del Derecho Romano, la sucesión mortis causa. Presenta tres épocas claramente definidas en su evolución sistemática que comprende:*

- a) La primera época que corresponde al derecho quiritarario, ...por que es propio y exclusivo de los QUIRITES, que son los primeros ciudadanos integrantes de las tres tribus aristocráticas que fundaron la ciudad conocidos como los patricios, en el que predomina la costumbre, donde se impone la voluntad de la ley; en este periodo aún no existe el testamento.*
- b) En cambio el derecho pretorio territorial, consiste en preservar los derechos de los descendientes, simplificándose las formas solemnes de los testamentos. En esta época hace su aparición los medios jurídicos de limitar la libre disposición de los bienes por el testamento a través de la ley Falcidia que crea la legítima y la querela inoficiosi, así como la bonorum possessio (posesión de bienes).*
- c) La tercera época pertenece al derecho pretoriano, que abarca al derecho clásico y post-clásico, en la que se llega hasta la compilación efectuada por Justiniano en el siglo VI, constituidas por la Instituta, el Digesto o Pandectas, el Código y las Novelas; obra monumental legislativa, que comprende desde la fundación de Roma, 750 a.C. hasta la muerte del emperador en el año 565 de nuestra era.*

*En esta etapa se limitan estrictamente las facultades de testar libremente sobre la totalidad del patrimonio, creándose una reserva a favor de los herederos forzosos; sin embargo, es Justiniano el que se encarga de legislar todo el sistema sucesorio del Derecho Romano, llegando a establecer eficazmente la sucesión forzosa donde los cónyuges y los descendientes adquieren la igualdad jurídica para suceder.*

*Se reglamenta las causales de desheredación que hasta entonces fue motivo de abuso; se legisla sobre la aceptación y renuncia de la herencia, al igual que la aceptación con el beneficio de inventario y otros”.<sup>8</sup>*

### **1.3.2. Derecho Civil Italiano**

*“La fuente de inspiración directa de nuestra legislación civil proviene del Código Civil Italiano promulgado en el año 1.942 cuya doctrina legislativa ha servido de base esencial para la implementación sistemática de todas las instituciones que la componen especialmente en lo relativo a las sucesiones, reproduciendo textualmente el cuerpo legal contenido en sus diferentes artículos,*

*Aunque en algunos casos se han introducido modificaciones de acuerdo con la idiosincrasia y costumbres jurídicas de nuestra nación, complementada en su conformación con otras legislaciones contemporáneas, como el Código Civil Alemán de 1.900, el Código Civil Español de 1.908 y otras.*

*Dentro del aspecto general, se han introducido nuevas orientaciones con relación a los institutos tradicionales como las mandas, las sucesiones fideicomisarias, la representación, etc., apartándose del modelo italiano”.<sup>9</sup>*

---

<sup>8</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Sucesiones Mortis Causa, Tercera Edición, Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia, 2004, Pág. 23.

<sup>9</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Sucesiones Mortis Causa, Tercera Edición, Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia, 2004, Pág. 25.

### **1.3.3. Código Civil Santa Cruz**

*“Como última fuente legislativa, citaremos al Código Civil abrogado, vigente desde el 2 de abril del año de 1.831, y promulgando durante la presidencia del Mariscal Andrés de Santa Cruz, el que a su vez tenía por fuente al derecho francés resumido en el código de Napoleón de 1.804, y la legislación española a través de las partidas y la novísima recopilación.*

*En lo relativo a las sucesiones, prácticamente mantuvo los principios del sistema antiguo colonial que se regía por el sistema romano y el propio derecho indiano, que pos su obsolescencia ésta legislación no otorgaba un tratamiento sistemático y didáctico en sus instituciones”.*<sup>10</sup>

## **1.4. Desarrollo de las Técnicas de reproducción asistida**

La esterilidad, infecundidad, sin duda es un gran drama para muchas personas, ya que en la antigüedad no tenía solución, el estéril tenía que conformarse, resignarse a su suerte de no tener descendencia.

Sin embargo, durante las últimas décadas se ha visto un gran avance en la medicina, en el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción para dar solución al problema de la infertilidad humana. Sin embargo las técnicas y procedimientos para llevar a cabo una inseminación no son una novedad de los tiempos modernos.

Los primeros ensayos se iniciaron con vegetales, después con animales.

*“Ya a fines del siglo XVIII, la inseminación se practicaba en la mujer casada utilizando esperma del marido, conocido como inseminación artificial por cónyuge (IAC), Posteriormente en 1785 se conocieron los trabajos de Thouret, decano de la facultad de medicina de París, quien logró fecundar a una mujer con una inyección*

---

<sup>10</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Sucesiones Mortis Causa, Tercera Edición, Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia, 2004, Pág. 26.

*intravaginal utilizando su propio semen, antecedente de inseminación artificial conocido como material genético de donante (IAD)”.<sup>11</sup>*

Las prácticas se continuaron, pero es a principios del siglo XX cuando las técnicas se multiplican en los estados más avanzados y de religión protestante, frente a la resistencia de la Iglesia católica para impedir las prácticas inseminatorias.

*“En 1940 se establece en Estados Unidos, por primera vez, un banco de semen y, durante la Segunda Guerra Mundial, fue práctica común la realización de inseminaciones en forma masiva, transportándose el esperma de los soldados americanos en aviones con el objeto de fecundar a sus esposas”.<sup>12</sup>*

Durante los años siguientes se hicieron numerosos intentos de fecundar el óvulo en laboratorio para su implante posterior en la misma de quien provenía, es así que:

*“El 26 de julio de 1978 el mundo entero fue conmovido por la noticia pública del nacimiento del primer bebé concebido fuera del seno materno mediante la fecundación de un óvulo de su madre, lograda en el laboratorio”.<sup>13</sup>*

*“Los doctores Steptoe y Edwards, lograron por este procedimiento el nacimiento de Louis Brown, llamada la niña de probeta, por que la fecundación se logró In Vitro, es decir en forma extracorpórea (F.I.V.)”.<sup>14</sup>*

Este hecho importó la culminación de una larga serie experimental en el campo de la ectogénesis o “gestación de un tubo de ensayo” que se vincula, a su vez, con los logros científicos alcanzados por la moderna embriología médica. Un auténtico factor de conmoción fue la posibilidad de concebir extrauterinamente y obtener después que el

---

<sup>11</sup> JIMÉNEZ SANJINÉS RAÚL, Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor, Tomo I. Segunda Edición, Editorial Turpo Editores, La Paz – Bolivia, 2006, Pág. 358.

<sup>12</sup> <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm>

<sup>13</sup> ZANNONI EDUARDO A., Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Pág. 19.

<sup>14</sup> JIMÉNEZ SANJINÉS RAÚL, Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor, Tomo I. Segunda Edición, Editorial Turpo Editores, La Paz – Bolivia, 2006, Pág. 358.

embrión pueda ser implantado en el útero en condiciones biofisiológicas tales que permiten un desarrollo fetal ulterior regular.

Hasta entonces se había logrado solo el primer paso: la fecundación in Vitro, pero no el ciclo genético completo.

*“Publicaciones, no médicas, aluden a logros similares obtenidos con anterioridad, así por ejemplo, se dice que un médico británico, Douglas Bevis, anunció públicamente en 1974 tres implantaciones de embriones en tubos de ensayo que culminaron en nacimientos normales. La verdad es que el hecho no fue comunicado científicamente a los centros de investigación”.*<sup>15</sup>

*“Por otro lado se considera a los investigadores australianos los primeros de la reproducción humana en laboratorio, se calcula que en Australia nacieron hasta 1983 entre 130 y 340 bebés concebidos en laboratorio. En éste mismo país se lograron los primeros “gemelos probeta” en 1981”.*<sup>16</sup>

Actualmente, las técnicas han avanzado considerablemente y son numerosos los países que permiten la práctica de la inseminación artificial, creyéndose que la ciencia no podrá detenerse jamás y que el hombre es un ser con fines de búsqueda.

### **1.4.1. Clases de reproducción asistida**

Entre los tipos de reproducción asistida que se desarrollaron, y según Lederberg<sup>17</sup>, tenemos:

**a) Inseminación artificial con semen del esposo**, que consiste en la fecundación con células reproductoras en una probeta para implantarlas posteriormente en el útero materno.

---

<sup>15</sup> ZANNONI EDUARDO A., Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Pág. 21.

<sup>16</sup> JIMÉNEZ SANJINÉS RAÚL, Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor. Segunda Edición, Editorial Turpo Editores, La Paz – Bolivia, 2006. Pág. 359.

<sup>17</sup> JIMÉNEZ SANJINÉS RAÚL, Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor. Segunda Edición, Editorial Turpo Editores, La Paz – Bolivia, 2006. Pág. 359.

- b) **Inseminación con semen de donante extraño**, en este caso cabe hacerse la pregunta, de si el niño tiene derecho a saber quien es su padre.
- c) **Transplante de óvulo de una mujer a otra, para su fecundación con semen del marido o de un donante seleccionado**, en el caso de mujeres cuyo organismo es incapaz de mantener el embrión durante la gestación. “prestan sus células fecundadas a otra mujer que cumple el papel de transportadora del feto hasta su nacimiento”.
- d) **Fecundación In Vitro o probeta para su ulterior implantación en la mujer**, se considera a los investigadores australianos los primeros de la reproducción humana en laboratorio.
- e) **Gestación extracorporal**, el bebé de tubo de ensayo.
- f) **Partenogénesis**, o desarrollo de un óvulo no fecundado.
- g) **Transplante del núcleo celular o clonning**, que da un exacto duplicado del donante, masculino o femenino.
- h) **Fusión de embriones mediante ensamble**, o unión de dos embriones individuales que forman un ser humano con 4 progenitores biológicos en lugar de los dos tradicionales.

Aunque no todas las alternativas del nuevo método son factibles ahora mismo, se espera que lo sean próximamente.

Como consecuencia de todo esto, vemos cómo las técnicas de reproducción asistida, son practicadas desde hace mucho tiempo atrás, ello no obstante la inexistencia de una norma que las regule.

#### **1.4.2. Inseminación Artificial Post – mortem en la historia**

Sobre esta técnica de reproducción asistida, objeto de la presente investigación, en la historia se conoce de un solo caso, ocurrido en Francia, en que la labor de la viuda, tendiente a obtener el esperma de su marido fallecido, dio lugar a un proceso judicial.

Fue presentado en 1984 por Corinne Parpalaix, una joven mujer que reclamaba y obtuvo por decisión del Tribunal de Créteil, que el centro de conservación del esperma le devolviera los tubos que contenían los espermatozoides de su marido, muerto de un cáncer en los testículos.

Este juicio fue ampliamente organizado por los abogados, que trataron de darle valor de ejemplo. Pero el Tribunal se abstuvo de fallar sobre el fondo y únicamente se pronunció a favor de la restitución del esperma congelado y no sobre los problemas de filiación relacionados con la criatura que podría nacer. Finalmente Corinne Parpalaix se hizo inseminar con el esperma de su marido, pero los espermatozoides eran insuficientes y no obtuvo el resultado que esperaba.

Este comentado asunto no tuvo, curiosamente, el valor de ejemplo esperado por los que habían tomado partido por la joven viuda, ya que los dirigentes esperaban recibir numerosas demandas de mujeres exigiendo que se les devolviera el esperma de su marido muerto, pero no apareció ninguna.

*“Lo que demostró según el Profesor David, del centro de conservación de esperma del hospital de Kremlin – Bicêtre, que este pedido se realiza esencialmente para reemplazar al ser amado y que este afán se atenúa con el paso del tiempo. “Corinne declaro, después de fracasar en su intento: pierdo a Alain por segunda vez...ese hijo que debía llevar en mí era Alain...buscaba un segundo Alain”.*<sup>18</sup>

Entendiéndose en este sentido que su verdadera motivación era revivir a su marido muerto a través de ese hijo póstumo y llenar en cierta manera el vacío dejado en el corazón de la joven.

---

<sup>18</sup> SOTO LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990, Pág. 96.

## Capítulo II

### Filiación y Derecho Hereditario

He aquí un supuesto atrayente que evidentemente no pudo ser imaginado por el legislador. Ya que se tiene la presunción de que solo los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio tienen por padre al marido de ella, y en ello queda involucrada la presunción de legitimidad en función del período legal de la concepción del hijo (Art. 179 Código de Familia),

Por el que se supone concebidos durante el matrimonio a los hijos que nacieren después de los 180 días del casamiento de los progenitores y trescientos días después de la disolución del mismo. Es obvio que los hijos nacidos después de los trescientos días desde que el matrimonio quedó, *ipso iure*, disuelto por el fallecimiento del marido, no se presumen concebidos en ese matrimonio, por lo mismo el marido premuerto no será reputado como su padre.

Pero, ¿Qué ocurriría si la viuda alegara y en su caso probara que ese hijo fue concebido con semen del marido, obtenido antes de su fallecimiento?. Desde esta perspectiva, podría discutirse sobre la legitimidad, o no, del hijo nacido después de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio.

De ser así, el hijo o su representante legal, es decir su madre, podría alegar y probar que la concepción tuvo lugar, de manera post – mortem, con semen del marido, adecuadamente conservado.

Entonces cabe preguntarse, si la madre (viuda), podría en representación del hijo póstumo reclamar la filiación legítima, esto, si puede probar fehacientemente, claro está, que la concepción post – mortem se obtuvo mediante inseminación con esperma de su marido premuerto.

Si diéramos trascendencia exclusiva al elemento biológico o genético que, mediante la procreación determina la filiación, el razonamiento sería más o menos éste: “la paternidad debe atribuirse al marido premuerto que genéticamente es el autor de la concepción”; en consecuencia, como se trata de un hijo concebido por marido y mujer, el hijo es legítimo.

Sin embargo abordando este tema desde un punto de vista institucional: sólo son hijos legítimos los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio. En tal exigencia institucional, no juega la voluntad de los progenitores, puesto que la legitimidad es una atribución que depende de la presunción operante, de que la concepción del hijo se produjo durante el matrimonio.

He aquí por qué pueden, conceptualmente, distinguirse las acciones de desconocimiento de la paternidad, de las acciones de impugnación de la legitimidad. En estas últimas, no se discute la paternidad: lo que se discute es la existencia o validez del matrimonio, o en su caso, se afirma que el hijo fue concebido fuera del matrimonio.

*“Es cierto que en virtud del **favor legitimatis** también quedan en situación de legítimos o legitimados, los hijos concebidos antes del matrimonio, pero nacidos durante de él. Pero ello constituye una dispensa secular acogida por el derecho positivo que no hallamos para el caso que analizamos”.*<sup>19</sup>

Ahora bien, ello no es obstáculo para que el hijo póstumo, reclame judicialmente la paternidad, probando que antes de morir, el marido aceptó expresamente la extracción del esperma para su conservación con el fin de engendrar un hijo con su mujer y que la concepción se produjo con ese esperma.

Presentado a grandes rasgos el contorno problemático del tema a ser investigado, es menester e ineludible reordenar nuestras ideas. Diremos que constituye una obligación urgente conjugar las novísimas posibilidades que brinda la embriología y la

---

<sup>19</sup> ZANNONI EDUARDO A., Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires – Argentina. Pág. 74.

genética contemporáneas, esto en el afán de hallar respuestas adecuadas en el ámbito jurídico que, como lo sugeríamos, presuponen ciertos límites éticos.

Para ello emprenderemos este segundo capítulo analizando las teorías vigentes en el campo sucesorio; ello al considerar, como veremos en su momento, que el principal problema con respecto a la inseminación post mortem se halla en el campo del derecho sucesorio. Al respecto existen diversas teorías que la justifican, entre las que se encuentran:

## **2.1. Bases Doctrinales**

### **a) La idea de la propiedad familiar**

*“Su principal sostenedor fue RIPERT, según esta teoría es la idea más antigua que explica el derecho sucesorio. Considera que la propiedad tiene un carácter familiar suponiendo una coexistencia de un derecho de propiedad individual y un derecho de propiedad que pertenece a la familia,*

*De ese modo, el jefe de familia ejerce los derechos de la comunidad familiar, a su muerte, es reemplazado por uno de los miembros de la familia convertido a su vez en jefe. El heredero ocupa el lugar del difunto, asegura el culto privado y mantiene unido al grupo familiar, se la concibe como la forma de sucesión primitiva;*

*Por ello, se ha llegado a considerar que seguramente el derecho romano en sus inicios tuvo conocimiento de esa idea común”.*<sup>20</sup>

### **b) Teoría del derecho natural**

*“Sustentada por Santo Tomas de Aquino. Es un derecho natural que los padres alleguen riqueza para los hijos y estos sean sus herederos. Esta teoría es apoyada por la*

---

<sup>20</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Sucesiones Mortis Causa, Tercera Edición, Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia, 2004, Pág. 28.

*iglesia católica en las encíclicas RERUN NOVARUM (Papa León XIII) y CUADRAGESIMO ANNO (Pió XII).*

*Estas señalan que es un deber natural de los padres de familia atender a sus hijos, a facilitarles los medios para defenderse en la vida mediante la herencia”.*<sup>21</sup>

### **c) La transmisión de la propiedad individual**

*“Según esta idea, al desaparecer el carácter de la propiedad familiar, el derecho de sucesión apareció como complemento necesario a la propiedad individual:*

*Justificándose que una propiedad temporaria no permitiría al hombre asegurar la educación de sus hijos y no le incitaría a conservar y aumentar el patrimonio. Por esa circunstancia, la transmisibilidad de los bienes se hace necesario desde el punto de vista MORAL Y ECONÓMICO;*

*Fundamentándose además, que no sería justo que por el azar de una muerte prematura dejara sin recursos a la esposa y los hijos, aparte de que toda sociedad admite una cierta transmisión de bienes a los miembros de la familia,*

*Y que siendo ésta una agrupación natural, el Estado está interesado en su unidad y no hay mejor medio de asegurarla que permitiendo la transmisión de los bienes. Sin embargo se nota también que el aspecto relevante de ésta idea radica en que el titular del patrimonio tiene plena libertad de testar a favor de los miembros de la familia y otros sujetos a su libre elección,*

*Solo a falta de testamento, la ley suple la voluntad del causante; se decía que el hombre tiene derecho a disponer de sus bienes y la ley se limita a suplir su voluntad, si no se ha expresado”.*<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> [http://html.rincondelvago.com/derecho-de-sucesion-boliviano\\_1.html](http://html.rincondelvago.com/derecho-de-sucesion-boliviano_1.html)

<sup>22</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Sucesiones Mortis Causa, Tercera Edición, Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia, 2004, Pág. 28.

#### **d) La protección a la familia**

*“Para MAZEAUD, el derecho de sucesión no es el corolario de la autonomía de la voluntad y del absolutismo del derecho de propiedad; El fundamento del derecho sucesorio descansa sobre la necesidad de proteger a la familia y el patrimonio familiar que debe estar afectado.*

*Reconocer la utilidad de la familia como célula de la nación, dice, obliga admitir la transmisión del patrimonio familiar, por que la defensa de ella implica asegurarte la perpetuidad de un patrimonio”.*<sup>23</sup>

Pero todas estas teorías, aunque ingeniosas y sostenidas por hombres entendidos en la materia, no pasan de ser, a criterio de José D` Aguanno:

*“Opiniones individuales fundadas sobre argumentos de carácter más ó menos apriorista, pero no sobre hechos indiscutibles; por esto se han podido sostener otras teorías opuestas a ellas”.*<sup>24</sup>

Pues resulta más lógico sustituir tanto trabajo de abstracción mental con datos ciertos e indiscutibles sobre el hombre, más aún cuando se habla sobre la herencia biopsicológica.

Esto es lo que nosotros procuraremos hacer tan brevemente, como lo requieren los límites de este trabajo. Bastando para nuestro objeto dejar demostrado que, también la investigación filosófica de los derechos de sucesión puede y debe hacerse exclusivamente con el auxilio de los datos que nos presenta la biopsicológica.

Es por ello que el presente trabajo de investigación tomará en cuenta principalmente la teoría de la escuela biopsicológica, como base de la sucesión y filiación del hijo póstumo.

---

<sup>23</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Sucesiones Mortis Causa, Tercera Edición, Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia, 2004, Pág. 29.

<sup>24</sup> D` AGUANNO JOSÉ, Génesis y Evolución del Derecho Civil Tomo Segundo. Imprenta de Gabriel L. Horno, San Bernardo, Madrid – España. Pág. 202.

### e) La cuestión biopsicológica como base de la sucesión

El principal precursor de esta idea es el tratadista José D` Aguanno, quien manifiesta en su obra <<Génesis y evolución del derecho civil>>, que el derecho sucesorio tiene su origen en las leyes biopsicológicas que todos los hombres reconocen en sus descendientes; puesto que las personas a través de sus descendientes transmiten sus cualidades biológicas y psicológicas de sus antepasados...

*“Cuando la célula ovular ha sido fecundada por el germen del macho, pierde su núcleo y se reduce a un simple cigote, esto es, á un grumo de sustancia protoplasmática enucleada, monérula, como lo llama Haeckel.*

*Ésta monérula, convirtiéndose en una verdadera célula, se desarrolla por multiplicación endógena, y de esta manera se forma un agrupación globulosa de células homogéneas que dan después lugar a la vesícula blastodérmica, la cuál se desdobra en dos hojas germinativas primarias y luego en cuatro secundarias que contienen en su interior la cavidad intestinal primitiva.*

*Después el embrión humano comienza a tener los caracteres de un vertebrado, por que aparecen los metameros, mientras que cada una de las hojas, por sucesiva multiplicación y diferenciación de células, empieza a dar lugar a los distintos tejidos.*

*La extremidad anterior del tubo medular, ahuecándose poco a poco, llega a formar cinco ampollas, que son las que más tarde darán lugar a los hemisferios cerebrales, a los tálamos ópticos, a los tubérculos cuadrigéminos, al cerebelo y a la médula oblongada. Al propio tiempo aparecen dos pares de extremidades en forma de aletas.*

*Debajo de la cabeza se forman los surcos bronquiales semejantes a los de los peces, surcos que originarán más tarde los maxilares, el hueso hioides y los huesosillos del oído. Del canal intestinal se forman los pulmones y luego el páncreas y el bazo. De*

*éste modo el embrión va adquiriendo la forma de un mamífero superior, hasta que por fin adquiere la de un hombre.*

*Pasando a la vida extrauterina, el hombre se pone en relación inmediata con el mundo externo, y todos sus órganos verifican un cambio activísimo de materiales con el ambiente. Las células que han realizado un cierto trabajo, como ya no son aptas para la activísima función orgánica, son expulsadas, al que otras se refuerzan, se desdoblán, se multiplican y mantienen la vida, gracias a la asimilación de nuevas moléculas orgánicas y minerales.*

*La actividad de la integración y desintegración de las células es tal que, como varias veces ha observado los fisiólogos, al cabo de algunos años puede decirse que todas las células del cuerpo humano han sido renovadas. Cuando el crecimiento ha llegado ya a adquirir un cierto grado de desarrollo, se forman en el organismo células especiales, que son las germinativas, encerradas en cavidades particulares y distintas en los sexos.*

*Al ponerse en contacto la célula ovularia con la espermática, vuelve a producirse la monérula, la cual por sucesiva multiplicación endógena y sisiparidad, forma un nuevo ser de la manera que dejamos descrita. He aquí expuesto de una manera sintética el ciclo vital”<sup>25</sup>*

En efecto, si es verdad que, hablando biológicamente, todos los hombres renacen en sus descendientes, por cuanto éstos tienen un organismo parcialmente idéntico y conformado de la misma manera que el de sus progenitores, y el desarrollo de dicho organismo se verifica de una manera uniforme al de éstos, y a decir del mismo autor:

*“Claro es que la ley debe reconocer esta no interrumpida cadena que liga a los padres con sus descendientes y debe reconocer la intimidad biológica que existe entre los unos y los otros.*

---

<sup>25</sup> D' AGUANNO JOSÉ, Génesis y Evolución del Derecho Civil Tomo Segundo. Imprenta de Gabriel L. Horno, San Bernardo, Madrid – España. Pág. 205.

*Y si la ley admite y garantiza la propiedad personal en el individuo, debe reconocer el derecho de transmitir esta propiedad a sus descendientes, que son una continuación fisiológica y psicológica de los padres”.*<sup>26</sup>

Como complemento de aquello, expresa que:

*“Como una consecuencia de la herencia biológica, debe resultar la herencia patrimonial o económica, es decir, la transmisión a los descendientes de todo lo que una persona ha podido adquirir en propiedad durante su vida mediante su esfuerzo, acuciado por el imperativo de su propio bienestar y el de su familia”.*<sup>27</sup>

Habiendo determinado la teoría en la que fundamentaremos el presente trabajo, resulta menester aclarar ciertos conceptos y situaciones que nos ayudarán a comprender de mejor manera el problema a ser investigado.

## **2.2. Fecundación post – mortem**

*“La fecundación post – mortem, se presenta en la inseminación artificial de una mujer con semen del marido o varón ya fallecido y en la implantación de un embrión formado con semen del marido o compañero ya fallecido”.*<sup>28</sup>

En este entendido, la presente investigación se circunscribe solamente a la primera situación, es decir a la inseminación con semen del marido premuerto; ello, y a decir de la Dra. Jaquelin Cortez por que: al hablar de un embrión (crioconsevado), se habla de un: *ser humano potencialmente hablando*,<sup>29</sup> ya concebido y formado al momento del fallecimiento del cónyuge, por lo mismo no constituye parte relevante del tema a ser investigado.

---

<sup>26</sup> D<sup>o</sup> AGUANNO JOSÉ, Génesis y Evolución del Derecho Civil Tomo Segundo. Imprenta de Gabriel L. Horno, San Bernardo, Madrid – España. Pág. 212.

<sup>27</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Sucesiones Mortis Causa, Tercera Edición, Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia, 2004, Pág. 30.

<sup>28</sup> JIMÉNEZ SANJINÉS RAÚL, Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor, Tomo I. Segunda Edición, Editorial Turpo Editores, La Paz – Bolivia, 2006, Pág. 362.

<sup>29</sup> Entrevista realizada a Dra. Jaquelin Cortez, La Paz – Bolivia. 05/03/08. Ver Anexo 1.

Por otro lado, al hablar de inseminación artificial post – mortem, nos referimos a una inseminación homóloga, ya que la inseminación de la viuda se realizará con el espermatozoides de su esposo o conviviente fallecido.

### **2.2.1. Supuestos de fecundación post – mortem**

Según Corral Talciani existen cinco supuestos en que se puede dar la fecundación post – mortem:<sup>30</sup>

1. Inseminación artificial de la mujer con semen del marido o conviviente ya difunto.
2. Fecundación In Vitro con óvulos de la mujer fallecida que es llevada a cabo antes de su muerte (criopreservación de óvulos).
3. Implantación de un embrión en el útero de la madre después de la muerte del marido o conviviente varón.
4. Implantación de un embrión crioconservado en el seno de una tercera mujer, después de la muerte de la madre genética por disposición del marido o conviviente superviviente.
5. Embrión crioconservado no destinado a la donación, cuyos padres genéticos mueren, siendo transferidos o implantados a otra mujer.

Para el Dr. Raúl Jiménez Sanjinés los casos segundo, cuarto y quinto constituyen una figura jurídica totalmente diferente: la maternidad subrogada, ya que en estos casos intervendrá una tercera persona que será la encargada de la gestación y nacimiento de la criatura.

---

<sup>30</sup> JIMÉNEZ SANJINÉS RAÚL, Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor, Tomo I. Segunda Edición, Editorial Turpo Editores, La Paz – Bolivia, 2006, Pág. 362.

## **2.3. Filiación**

La filiación es uno de los institutos jurídicos del derecho de Familia que por sus caracteres se constituye en uno de los ámbitos más controvertidos, pues tiene que ver directamente con las relaciones jurídico familiares de ascendencia o de descendencia y el apellido de las personas naturales que dan lugar a los vínculos de parentesco que existen entre el padre, la madre y el hijo.

### **2.3.1. Concepto**

*“La filiación es la relación que existe entre los hijos y sus padres dentro del campo biológico y espiritual, generando derechos y obligaciones”.*<sup>31</sup>

*“Es la relación existente entre el nacido y el progenitor (o progenitores) en virtud de la cuál, el primero se dice hijo del segundo (o de los segundos), Esto es, se atribuye el status de hijo y adquiere los derechos (además de ser objeto de los deberes) inherentes a tal estado”.*<sup>32</sup>

Cabe notar que en ambos conceptos, se resalta el factor biológico, como en fundamento de los derechos que asiste recíprocamente tanto a los progenitores como a los hijos.

### **2.3.2. Clases de filiación**

Se conoce la existencia de las siguientes clases de filiación:

#### **a) Legítima**

Que correspondía a los hijos nacidos de la unión legítima matrimonial de sus progenitores.

---

<sup>31</sup> JIMÉNEZ SANJINÉS RAÚL, Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor. Segunda Edición, Editorial Turpo Editores, La Paz – Bolivia, 2006, Pág. 332.

<sup>32</sup> MESSINEO FRANCESCO, Manual de Derecho Civil y Comercial Tomo III, Derechos de la Personalidad – Derecho de la Familia – Derechos Reales. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires. Pág. 125.

**b) Ilegítima**

Que correspondía a los hijos nacidos de padres no casados entre sí o fuera del matrimonio.

**c) Filiación adoptiva**

Que Pertenece a los hijos ficticios, a aquellos que no tienen vínculos de consanguinidad con los adoptantes, se les considera como legítimos.

A partir de la reforma de la Constitución Política del Estado en 1938 que establece la igualdad jurídica de los hijos, se determinaron prohibiciones expresas en la utilización de adjetivos discriminatorios para denominar a los hijos, esto sin importar el origen de familia de donde provengan, unificando de esta manera la filiación en Bolivia.

Sin embargo, al realizar un análisis del Código de Familia, en su libro Segundo, título II se pueden establecer dos clases de filiaciones:

**d) Filiación matrimonial**

*“La filiación matrimonial es aquella que tiene el hijo nacido dentro del matrimonio de sus progenitores, es decir de padres casados entre sí, o concebidos antes del matrimonio y nacidos después de las nupcias, De igual modo abarca a los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio de sus padres”.*<sup>33</sup>

Que se deduce del artículo 178 del Código de Familia: “el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido de la madre”

**e) Filiación extramatrimonial**

Emergente del Título II, Capítulo II del Código de Familia.

---

<sup>33</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Familia y sus Instituciones. Segunda Edición, Editorial Gráfica GG, La Paz – Bolivia, 2002, Pág. 322

*“La Filiación extramatrimonial o fuera del matrimonio, es aquella que corresponde a los hijos nacidos de las uniones intersexuales pasajeras o permanentes de padres no casados entre sí”.*<sup>34</sup>

Sin embargo la clasificación entre filiación matrimonial y extramatrimonial establecidas en el Código de Familia, resulta intrascendente para clasificar a la persona nacida de una inseminación post – mortem, ya que en ésta situación, como veremos más adelante, se presenta una contradicción entre el fundamento biológico y el fundamento institucional dentro de la filiación matrimonial.

De modo tal que, en el estado actual en que se encuentra la normativa respecto de este tema, solo llegaría a aplicarse una de estas filiaciones: la filiación extramatrimonial, misma que deberá ser probada mediante proceso judicial, ya que dicho hijo no goza de una presunción de paternidad legítima como ocurre en la filiación matrimonial.

### **2.3.3. Prueba de la filiación**

#### **a) Filiación del hijo matrimonial**

De acuerdo al art. 181 (Cód. de Fam.) esta filiación se prueba de la siguiente manera.

- **Certificado de matrimonio de los padres**

La partida de matrimonio asentado en el libro de registro Civil constituye el documento público que reviste todo el valor probatorio de la filiación del hijo.

- **Certificado de nacimiento del hijo**

Es la inscripción en el registro civil lo que deja constancia de que una persona ha nacido y tiene existencia legal.

---

<sup>34</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Familia y sus Instituciones. Segunda Edición, Editorial Gráfica GG, La Paz – Bolivia, 2002, Pág. 323

- **Posesión de estado.**

Esta a falta de los documentos señalados anteriormente, la filiación puede ser probada por la posesión de estado que requiere de la existencia de tres requisitos esenciales:

- **Nomen**, que se refiere al uso consentido del apellido de los padres.
- **Fama**, que haya sido considerado como hijo en las relaciones sociales por la familia de los progenitores.
- **Tractatus**, es decir que el hijo haya recibido un trato público por sus progenitores.

- **Prueba testifical**

Que se presenta cuando existe la falta, destrucción o extravío de la partida y de los certificados o testimonios, cuestión que ameritará la comprobación judicial de la filiación a demanda de quién tenga interés directo y legítimo.

*“Según lo explica el Dr. José Deker Morales la prueba testifical es una prueba simple y la comprobación de la filiación requiere de una compuesta, en suma la prueba testifical requiere de un principio de prueba literal, de prueba escrita”.*<sup>35</sup>

## **b) Filiación del hijo extramatrimonial**

En cuanto a la **filiación extramatrimonial**, la filiación se determina mediante:

**Reconocimiento**, *“que es un acto jurídico familiar por el cuál una persona declara que otra es hijo suyo”.*<sup>36</sup>

*“Es la confesión de paternidad que hace una persona de ser autor de la vida de un niño”.*<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Familia y sus Instituciones. Segunda Edición, Editorial Gráfica GG, La Paz – Bolivia, 2002, Pág. 327.

<sup>36</sup> MENDEZ COSTA MARIA JOSEFA, La Filiación. Editorial Rubinzal – Culzoni S.C.C. Editores, Santa Fe – Argentina. Pág. 213.

Según nuestro ordenamiento jurídico existe:

- **Reconocimiento Expreso**

Es expresa cuando él o los progenitores la otorgan de manera libre, voluntaria, espontánea y por escrito, admitiendo la paternidad del hijo.

Jurídicamente la filiación extramatrimonial se determina por el reconocimiento del hijo, el cuál crea el vínculo de filiación entre el progenitor que admite la paternidad del mismo. El reconocimiento de hijo, así como la declaración judicial de la paternidad, tiene la virtud de producir efectos jurídicos referidos al status de hijo extramatrimonial.

En los hechos puede que sea notorio que haya nacido de un determinado progenitor, pero no hay lugar a la existencia de efecto alguno de derecho familiar mientras no se produzca el reconocimiento de hijo.

Entre las formas de reconocimiento expreso se hallan:

- ✓ **Partida de nacimiento**

El reconocimiento se lo puede hacer ante el oficial de registro civil firmando la partida de nacimiento.

- ✓ **En instrumento público o testamento**

Es decir otorgado ante notario de fe pública con los ritos y formalidades exigidas por ley, estableciendo la filiación extramatrimonial en forma indubitable, mereciendo por lo mismo plena fe probatoria.

---

<sup>37</sup>JIMÉNEZ SANJINÉS RAÚL, Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor Tomo I. Segunda Edición, Editorial Turpo Editores, La Paz – Bolivia, 2006, Pág. 342.

✓ **En documento privado**

Que se hace mediante documento privado otorgado por el progenitor en presencia de dos testigos y con el reconocimiento de firmas y rúbricas ante el notario de fe pública.

Es precisamente este reconocimiento expreso, específicamente el reconocimiento en instrumento público o testamento, el que nos conducirá a posibles soluciones de los problemas planteados por la inseminación post – mortem; punto que será desarrollado en su momento.

• **Reconocimiento Tácito**

Que resulta de la declaración incidental hecho en un acto procesal o un documento que perseguía otro objeto o finalidad, por ejemplo un testamento.

### **2.3.4. Filiación Matrimonial: Fundamento Biológico – Institucional**

*“El derecho de filiación matrimonial se asienta en dos pilares fundamentales. Uno, de **naturaleza biológica**: el hijo es legítimo por que fue concebido por marido y mujer. El otro, de **naturaleza institucional**: el hijo es legítimo por que fue concebido durante el matrimonio. El primer fundamento implica una exigencia genética, el segundo una exigencia institucional”.*<sup>38</sup>

Ambos fundamentos son recogidos en nuestro derecho positivo, al prever que: “El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido de la madre”. La presunción de paternidad va ineludiblemente unida a la certidumbre de maternidad y, a su vez, tanto la maternidad como la paternidad operan calificando la concepción durante el matrimonio.

---

<sup>38</sup> ZANNONI EDUARDO A., Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires – Argentina. Pág. 39.

El fundamento institucional se infiere de la presunción de legitimidad determinada por el hecho de que el hijo nazca después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o durante los trescientos días posteriores a su disolución o anulación.

De tal modo es perfectamente coherente sostener que el medio utilizado para lograr la concepción del hijo es indiferente, siempre que en tal concepción intervengan exclusivamente los componentes genéticos del marido y la mujer y que la misma se produzca durante el matrimonio.

Ésta es la premisa básica del razonamiento, y como consecuencia de ello, ha de afirmarse que el hijo concebido durante el matrimonio por la esposa, mediante inseminación homóloga, es decir con semen del marido, es legítimo.

De igual modo el hijo concebido mediante fecundación extrauterina, durante el matrimonio y utilizándose un óvulo de la esposa y espermatozoides del marido fallecido, es también legítimo. Cabe recalcar que en ambos supuestos, coinciden tanto la exigencia biológica, como la institucional.

Del mismo modo es permitido que la ley cree un vínculo jurídico sin correlación con el presupuesto biológico, que, generalmente sustenta ese vínculo. Así por ejemplo, la filiación sin procreación biológica en la adopción de menores.

En este caso la realidad jurídica no responde a la realidad biológica, *la realidad jurídica tiene sustento y creatividad propia*,<sup>39</sup> la ley atribuye un vínculo jurídico paterno – filial, a los casos en que juzga ética y socialmente beneficioso crearlo. Desde ésta perspectiva jurídica y no biológica, la filiación adoptiva es idéntica a la que emerge de la procreación.

---

<sup>39</sup> ZANNONI EDUARDO A., Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Pág. 37.

Sin embargo, y gracias a las modernas conquistas de la genética y de la biología, nos permitimos plantear el caso de una concepción genéticamente conyugal aunque institucionalmente extramatrimonial.

Este es el caso de la inseminación post – mortem, tema específico de la presente investigación, en el que puede ocurrir que el fundamento genético y el fundamento institucional no coincidan. A continuación pasamos a desarrollar el tema de investigación, con relación a institutos del derecho de familia.

### **2.3.5. Presunción de paternidad legítima en la inseminación artificial post - mortem**

Ya desde Roma la filiación legítima era objetiva respecto a la madre, esto por limitarse a los simples hechos del embarazo y el parto, que constituyéndose en hechos materiales hacían simple la determinación de la maternidad.

No ocurría lo mismo con la paternidad, que carecía de dichos caracteres, de manera que solo podía determinarse por simples presunciones, que no eran impuestas de manera absoluta e inimpugnabile, disipándose cuando el hijo no había sido concebido durante el matrimonio o si, por ausencia o enfermedad del marido, resultaba imposible toda forma de cohabitación con la esposa durante el periodo de la concepción.

*“Para dar solución a esta situación, la legislación romana había fijado en trescientos días la duración de la gestación más larga del embarazo y el periodo más corto en ciento ochenta días, de manera que el hijo era legítimo si nacía dentro de ciento ochenta y un día después de la realización del matrimonio, o de trescientos y un día a más tardar, después de la disolución del matrimonio”.*<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Familia y sus Instituciones. Segunda Edición, Editorial Gráfica GG, La Paz – Bolivia, 2002, Pág. 319

Este es el criterio que recoge el actual Código de Familia al establecer, que: “Se presume concebido durante el matrimonio al hijo que nace después de los ciento ochenta días de su celebración hasta los trescientos días siguientes a su disolución o anulación”.

*“En nuestro antiguo y abrogado código civil Santa Cruz (1831), los casos de presunción eran “jure et de jure” no admitiendo prueba en contrario”, hecho que llevó a muchas aberraciones jurídica y a negaciones de la paternidad; el código moderno y actual ya soluciona esto con la presunción iuris tantum”.*<sup>41</sup>

Con respecto a la aplicabilidad de dicha presunción, en una inseminación artificial post – mortem, si el hijo nace antes de los 300 días del fallecimiento del cónyuge, se presume la paternidad del marido fallecido.

Y es que en realidad, salvo casos excepcionales, el nacimiento de una persona producto de una inseminación post mortem, ocurrirá siempre después de los 300 días del fallecimiento del cónyuge, es decir, cuando ya no opera la presunción de paternidad legítima, aunque la inseminación se realice dentro de ese periodo.

Lo cuál nos lleva a las siguientes interrogantes: ¿cuál la filiación que debe otorgarse al hijo póstumo?, ¿le asiste un filiación matrimonial o una filiación extramatrimonial?; ambas son filiaciones establecidas en la normativa familiar vigente, y que fueron anteriormente señaladas. Con respecto a estas interrogantes, se manifiesta el autor García Mendieta al decir que:

*“En el estado actual de nuestra legislación, un hijo que fuese producto de una inseminación artificial con semen del esposo fallecido, no podría considerarse legalmente hijo del matrimonio, si su nacimiento se produjese pasados los 300 días de la muerte de su progenitor”.*<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> MAMANI MAMANI JAIME, Apuntes Derecho Civil I: Personas y Derechos Reales, Clases 2004, Universidad Mayor de San Andrés.

<sup>42</sup> SOTO, LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990, Pág. 102.

Por lo mismo y de acuerdo a un análisis dogmático de lo establecido en el Código de Familia podemos deducir que:

Al haber nacido después de dicho plazo, no puede considerársele como un hijo matrimonial, por que ni en el momento de su concepción ni en el de su nacimiento, se hallaba vigente el matrimonio de sus padres, ya que el mismo fue disuelto al momento de la muerte de uno de ellos.

**No operando, de esta forma, la actual presunción de paternidad para el caso particular de una inseminación artificial post – mortem**, lo cuál no significa que pierda su derecho a establecer la filiación que le corresponda, ya que si bien el hijo póstumo no goza de la presunción de paternidad, en virtud de mandato constitucional tiene abierto el camino para probarla por cualquier medio que sea conducente a demostrarla.

Correspondiéndole de esta manera al hijo póstumo, de acuerdo a la normativa vigente, una filiación extramatrimonial, ya que dicho hijo, si bien nació después de los 300 días de disuelto el matrimonio, desciende biológicamente de ambos progenitores; hecho del cuál resulta fácil concluir que: *“Las pruebas biológicas prevalecerán frente a la presuncional”*.<sup>43</sup>

### **2.3.6. Fuente del vínculo paterno - filial**

Al respecto, es necesario abordar lo referente a la fuente de la filiación, tema que nos ayudará a comprender de mejor manera las razones por las que debe otorgarse uno u otro tipo de filiación al hijo póstumo.

Sobre este tema se generan dos corrientes: Por un lado se presenta la corriente clásica que sostiene que la verdadera fuente de la filiación se halla en la *fuerteza de la naturaleza*, es decir en el vínculo biológico.

---

<sup>43</sup> SOTO, LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990, Pág. 63.

Vale decir que:

*“Las categorías jurídicas, la filiación y en particular la filiación matrimonial o legítima, reconocen en el derecho de familia un sustento biológico”.*<sup>44</sup>

Ya, en el caso particular de una inseminación artificial post mortem, entendida como una inseminación homóloga:

*“Donde no existe un acto copulatorio, la parentalidad surge de la aportación de los gametos utilizados para producir el nuevo ser, incluso en el caso de que la inseminación se realice sin el consentimiento del marido, pero usando sus espermatozoides...y a pesar de la ausencia absoluta de voluntad procreacional, el vínculo paterno – filial quedará igualmente constituido”.*<sup>45</sup>

Y como afirma Bossert:

*“El lazo filial no depende del consentimiento del marido, sino de la realidad biológica”.*<sup>46</sup>

Con respecto a ello, en la inseminación post – mortem no existiría problema alguno al aceptar esta corriente, ya que el hijo póstumo desciende biológicamente de la persona fallecida; sin embargo podemos decir también que:

*“Cuando se alude al presupuesto biológico no necesariamente se lo proyecta como única realidad constituyente de la institución jurídica”.*<sup>47</sup>

Por ello, se presenta la corriente defendida por el autor argentino Díaz de Guijarro quién dice:

---

<sup>44</sup> ZANNONI EDUARDO A., Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires – Argentina. Pág. 35.

<sup>45</sup> SOTO LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990, Pág. 73.

<sup>46</sup> SOTO LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990, Pág. 71.

<sup>47</sup> ZANNONI EDUARDO A., Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires – Argentina. Pág. 36.

*“Que tanto en la filiación extramatrimonial como en la matrimonial, hay una objetivización jurídica de la relación biológica; pero cuando las teorías se afirman en este criterio de la objetividad y dicen que al hecho biológico corresponde el hecho jurídico, no advierten que la filiación, como categoría jurídica, es más que un hecho jurídico, es un acto jurídico familiar,*

*Por que el surgimiento de la filiación no existe hasta que haya una manifestación de voluntad...y sólo a falta de tal voluntad, surge la declaración judicial que atribuye, ahora sí, las consecuencias de lo biológico. Esta voluntad...puede comenzar a exteriorizarse antes del hecho biológico mismo; en la voluntad procreacional sin unión sexual...,*

*En ésta voluntad procreacional sin unión sexual, hay el fundamento para la declaración jurídica de la filiación, por que en la inseminación artificial con sustancia del propio marido, pese a que no hay unión sexual, tenemos la voluntad procreacional y por lo mismo la calidad jurídica de padre”.*<sup>48</sup>

Es por ello que la voluntad, sostiene este autor, es la base de la relación jurídica – familiar y específicamente de la relación jurídica filial que nos ocupa.

Desde nuestro punto de vista, a la filiación no debe entenderse como una sumisión irrestricta al principio de la realidad biológica, por el contrario, ésta debe ser acompañada por la voluntad procreacional, como el complemento indispensable para que la parentalidad cumpla con sus fines.

Debemos entender que el acto de decidir que el niño naciera y el deseo de asumir la responsabilidad material de la filiación pueden ser más nobles que muchos nacimientos productos de un proceso natural.

---

<sup>48</sup> SOTO LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990, Pág. 69.

*“Por ello, también las acciones de investigación o impugnación de la paternidad, por lo que toca a las nuevas técnicas de reproducción deben partir de un elemento distinto, el verdaderamente relevante en este tipo de filiación; el de la voluntad o decisión que naciera, causa eficiente, última e infungible, dice Rivero Hernández, por que los demás elementos biológicos pueden ser sustituidos todos”.*<sup>49</sup>

En los últimos años, y a partir de la posibilidad de demostrar fehacientemente la vinculación genética,

La idea de que cada persona debe ostentar la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos por vínculo matrimonial, ha empezado a imponerse en las legislaciones modernas.

*“Ahora se sostiene que cada sujeto debe figurar como padre o como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien responda al vínculo biológico, puesto que dispondrá de unos medios que el derecho pone a su alcance, las acciones de filiación y las pruebas biológicas, para rectificar la situación en que vive, si no está conforme con ella; es decir para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo, si tal unión no consta legalmente”.*<sup>50</sup>

Este es el criterio que toma Delgado Echeverría al decir que:

*“Es innegable, que el principio de verdad biológica ha tenido un papel de primera importancia en la reforma del derecho de la filiación, aunque solo sea por que gracias a él ha desaparecido la categoría de los hijos llamados hijos ilegítimos no naturales de modo que todo nacido pueda pretender encontrar un padre y una madre, el principio y quienes lo defendieron merecerían nuestro reconocimiento”.*<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> SOTO LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990, Pág. 76.

<sup>50</sup> SOTO LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990, Pág. 52.

<sup>51</sup> SOTO LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990, Pág. 53.

*“Maria Josefa Méndez Costa, quien establece que el hecho biológico de la generación es siempre el mismo, cualquiera haya sido la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción del hijo”.*<sup>52</sup>

Entendiendo que la filiación es una institución jurídica que ordena las relaciones familiares, no sólo del hijo con el padre y la madre, sino que lo entronca con todo el grupo familiar paterno y materno: hermanos, abuelos y tíos.

Al negarle al menor el derecho a un padre se le niega el derecho a una relación paterno - filial. Si deliberadamente se priva al hijo de tener un padre, se le niega una filiación paterna y se priva de una serie de vínculos afectivos y de derechos a que tendría acceso con una filiación paterna.

### **2.3.7. Consentimiento de los Cónyuges**

El consentimiento, *“entendido como aquél encuentro, acuerdo, concatenación de voluntades, tanto del ofertante como del aceptante”*,<sup>53</sup> llega a constituirse en un requisito sine qua non, sin el que no puede llevarse adelante dicha práctica médica; materializándose en el hecho de que el cónyuge o compañero fallecido haya permitido la realización de esta práctica en forma fehaciente e indubitable, y de igual modo la pareja supérstite acepte la realización del mismo.

#### **a) ¿Qué sucedería si se otorga el consentimiento?**

Debemos partir del hecho de que el consentimiento debe ser otorgado necesariamente con la mediación de ciertas formalidades, ello debido fundamentalmente a la importancia que reviste el acto. El consentimiento debe ser otorgado mediante instrumento público o testamento, con las debidas formalidades de ley; al mismo tiempo debe ser expresa e indubitable la decisión de que su material genético pueda ser utilizado, dentro de un periodo de tiempo señalado por la ley,

---

<sup>52</sup> MENDEZ COSTA MARIA JOSEFA, La Filiación. Editorial Rubinzal – Culzoni S.C.C. Editores, Santa Fe – Argentina. Pág. 14.

<sup>53</sup> MAMANI MAMANI JAIME, Apuntes de Derecho Civil I: Personas y Derechos Reales, Clases 2004, Universidad Mayor de San Andrés.

El cuál, a nuestro parecer y coincidiendo con la legislación española, no debe exceder de “seis meses desde el fallecimiento del marido, y siempre que lo haya consentido en escritura pública o testamento”.

Plazo sobre el que Lledó Yagüe sostiene:

*“El presupuesto necesario para la calificación del hijo **como matrimonial**, es que el nacimiento de éste se produzca dentro de los 480 días siguientes al fallecimiento del esposo, ya que al plazo para inseminar debe sumarse el término general de 300 días en que se presupone la paternidad del marido”.*<sup>54</sup>

Sobre las formalidades de dicho acto no existe mayor problema, ya que la normativa vigente lo prevé de cierta manera; es así que el Código Civil en su artículo 1112, al regular la sucesión testamentaria, establece de manera taxativa que:

Por un acto revocable de última voluntad (testamento) **una persona puede realizar disposiciones de carácter no patrimonial, además que ese acto puede surtir efectos después de su muerte.**

El problema se encuentra en la clásica concepción que se tiene de la filiación, por la que al hijo póstumo se lo excluye de una filiación matrimonial, entendiéndose que la misma se halla destinada al hijo nacido dentro del matrimonio de sus progenitores, vale decir de padres cuyo vínculo matrimonial se halla vigente, o hijos concebidos antes del matrimonio y nacidos después de las nupcias.

Limitándose a otorgar al hijo póstumo, una filiación extramatrimonial, en el entendido de que es un hijo concebido y nacido fuera del matrimonio o más propiamente dicho, después de disuelto el mismo, por el fallecimiento de uno de los ellos.

---

<sup>54</sup> SOTO LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990, Pág. 527.

Por otro lado, no podemos dejar de lado a las uniones libres o de hecho, caso en el cuál el conviviente tiene también la posibilidad de autorizar la utilización de su material reproductivo, para el caso de una posible inseminación post – mortem; para lo cuál deberá cumplir con los requisitos exigidos a las personas unidas por vínculo matrimonial, aunque claro está, la filiación de este hijo póstumo sí deberá ser la extramatrimonial.

Finalmente, en ambas situaciones este consentimiento debe ser considerado como el reconocimiento de paternidad que hace el progenitor premuerto con respecto al hijo póstumo. Tal y como lo afirma el autor Miguel Ángel Soto al decir que:

*“Tal consentimiento servirá como reconocimiento de la paternidad a fin de iniciar la inscripción ante el registro civil, sin perjuicio de que, con base en ese mismo documento, se promueva la acción judicial de reclamación de paternidad”*.<sup>55</sup>

Sin embargo dicho consentimiento, en el caso específico del hijo póstumo que fue concebido de padres que se hallaban unidos por vínculo matrimonial, a criterio nuestro no debe limitarse al simple reconocimiento de paternidad, *“por el que el progenitor quiere regularizar solamente la relación de filiación”*,<sup>56</sup>

Sino que en base a este consentimiento (reconocimiento), deben producirse los efectos jurídicos de una legitimación, la cuál según Francesco Messineo

*“Le atribuye la cualidad de hijo legítimo como si hubiese sido concebido y nacido durante el matrimonio. Por tanto entra a formar parte, a todos los efectos, del núcleo familiar legítimo; y las relaciones y los derechos y deberes entre él y el progenitor, son – de ese momento en adelante – los que median entre progenitor e hijo legítimo”*.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> SOTO LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990, Pág. 528.

<sup>56</sup> MESSINEO FRANCESCO, Manual de Derecho Civil y Comercial Tomo III Derechos de la Personalidad – Derecho de Familia – Derechos Reales. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. Pág. 148.

<sup>57</sup> MESSINEO FRANCESCO, Manual de Derecho Civil y Comercial Tomo III Derechos de la Personalidad – Derecho de Familia – Derechos Reales. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. Pág. 144.

**b) ¿Qué sucedería si no hay consentimiento?**

Si careciendo del consentimiento del marido, la mujer igualmente utilizase ese material genético y se prosiguiera con la fecundación asistida, los gametos del hombre deberán ser considerados como los de un donante ajeno; por lo tanto, no produciría los efectos legales que derivan de una filiación matrimonial.

De otra manera, si el marido ante la inminencia de su muerte, manifiesta su deseo ante testigos o de otra manera indubitable, pero no en las formas dispuestas por la ley, el hijo póstumo no gozará de la prerrogativa matrimonial.

Sin embargo, que la falta de forma impida la filiación matrimonial es una cosa, pero que impida toda vinculación paterno – filial es otra cosa muy distinta, ya que a través de pruebas biológicas que puedan favorecerle, o de otros indicios, el hijo póstumo puede determinar su filiación, aunque ésta sea extramatrimonial, debiendo procederse a un proceso para determinar la filiación y la paternidad de dicho hijo.

Por otro lado el consentimiento para la realización de ésta práctica médica no es inmutable, ya que el mismo podrá ser revocado en cualquier momento hasta antes del fallecimiento del otorgante, o por el cónyuge supérstite, hasta antes de la realización de la misma.

Debemos concluir estableciendo que: cuándo la inseminación post – mortem se realice sin autorización del cónyuge fallecido, o cuando el consentimiento se exprese en forma distinta a la exigida, o cuando se realice fuera del plazo establecido,

El hijo póstumo no quedará amparado con la presunción de paternidad, por lo que deberá llevar adelante un proceso de declaración judicial de paternidad para establecer su filiación correspondiente, esto al no poder negarse el vínculo biológico que une a dicho hijo con su progenitor premuerto.

Deberá considerarse como una infracción grave, la omisión de dichos requisitos, lo que supondrá sanciones de tipo administrativo e incluso penal, para el equipo médico que intervenga culpablemente en la inseminación irregular, al igual que para la viuda que la solicite.

### **2.3.8. Derechos del hijo póstumo**

El “derecho al hijo” se enfoca desde el punto de vista del adulto, de las personas que consideran tener el derecho a reproducirse, lo cual lleva a considerar al menor como un objeto y no como un sujeto. La cosificación del ser humano es uno de los precios que se paga en beneficio de la procreación artificial.

*“Si instituciones como la patria potestad y la tutela que aparecieron en el derecho romano para beneficiar al pater-familiae o al que no tenía descendencia que recibiera su herencia, fueron transformándose en instituciones que se preocupan por el bienestar de los hijos, sean naturales o adoptivos, no se encuentra la razón para que la inseminación artificial no atienda de manera preeminente a los derechos del menor que nazca como consecuencia de una inseminación artificial”.*<sup>58</sup>

Derechos como la filiación matrimonial, y los derechos que de ésta se desprenden, como el derecho a llevar el apellido de los padres, a heredarlos, a recibir alimentación y educación, etc., deben ser observados y establecidos a favor de los hijos nacidos por medio de estas prácticas de reproducción asistida.

No obstante, de que la clasificación entre filiación matrimonial y extramatrimonial, **una vez establecida**, para calificar al nacido de la inseminación post – mortem resulte intrascendente, Más aún en legislaciones, como es el caso de Bolivia, que han unificado la filiación, dando iguales derechos a los hijos, cualquiera que sea su origen.

---

<sup>58</sup> <http://www.judflicas.unam.mx./publica/rev/boletin/cont/82/art2.htm>

Como explica YOLANDA GOMEZ SÁNCHEZ, se debe:

*“Tener en cuenta que el reconocimiento de la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de que sus progenitores estén o no casados entre sí, lleva implícito el reconocimiento de que el matrimonio no es requisito jurídico necesario para la procreación. Siendo así jurídicamente, las mujeres pueden acceder a la maternidad sin necesidad de que su status esté legitimado por determinado vínculo jurídico ni por la presencia de un hombre”.*<sup>59</sup>

De modo tal, que en la Argentina se modificó profundamente el capítulo de la filiación.

*“Sus Principales comentaristas, Bossert y Zannoni sostuvieron entonces que la reforma al Código Civil, introducida por la ley 23264 en materia de filiación, sancionada en septiembre de 1985, tiende, entre otros objetivos a dar preeminencia a la realidad biológica, facilitando las vías judiciales para conocerla y adaptar a ella la solución jurídica.*

*Es así que por ejemplo, admite con amplitud la utilización de todo género de pruebas científicas, las que pueden ordenarse aún de oficio y ha reemplazado el sistema de causales taxativas para la impugnación de la paternidad legítima, por un régimen abierto”.*<sup>60</sup>

Ya que desde el punto de vista jurídico:

*“El medio utilizado para lograr la concepción del hijo es indiferente siempre que en tal concepción intervengan exclusivamente los componentes genéticos del marido y mujer...”.*<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200206-6561322410231411.html>

<sup>60</sup> SOTO LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990, Pág. 54.

<sup>61</sup> SOTO LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990, Pág. 93.

Sabemos ahora, que la filiación natural o consanguínea otorga normalmente al hijo el derecho a llevar el apellido de sus padres; a emparentar con la familia de éstos; a recibir alimentos y a heredar. Es decir, que los hijos nacidos por este procedimiento, sean matrimoniales o extramatrimoniales, no implica, en principio, ninguna disminución jurídica en los derechos que debieran derivarles de este tipo de vinculación.

Y es que, en realidad, no es el derecho filiatorio el que restringe los derechos del hijo que fue concebido con semen del marido fallecido, sino otra rama del derecho, a saber: el derecho sucesorio, específicamente el artículo 1008, parágrafo I del Código Civil, que establece que: “Para suceder es preciso existir en el momento de abrirse la sucesión, nacido o concebido”

Al respecto podría argumentarse que, tratándose de embriones congelados, la incapacidad para heredar no procedería, pues el hijo ya estaba concebido, aunque congelado, al morir el progenitor. Pero aún admitiendo que el hijo nacido de la inseminación post – mortem no tuviera derechos hereditarios, según resulta de las disposiciones vigentes en materia sucesoria,

Su carácter de matrimonial o extramatrimonial no le priva de las demás prerrogativas, como serían: llevar el apellido del padre y emparentar con la familia de éste, exigiendo a sus miembros que le provean de alimentos en caso de necesidad. Debe quedar claro que el hijo póstumo tiene todos los derechos derivados de la filiación incluyendo, desde nuestro punto de vista, el derecho a heredar, pero con la participación de ciertos requisitos que serán desarrollados en su momento.

Y es que en realidad no debieran cuestionarse qué derechos tiene el hijo póstumo, sino cuáles son los que no puede ejercitar en razón de la forma y época en que se produjo la concepción. Finalmente debemos establecer que una situación de hecho es distinta a una situación deliberada de negar a un menor el derecho de establecer su filiación paterna.

Resulta una contradicción que, por un lado, se permita la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, para constituir las relaciones biparentales y que por el otro se propicie el nacimiento de hijos sin padre al no regular dicha situación y no permitirles establecer la filiación que les corresponda.

## 2.4. Derecho Hereditario

Habiendo concluido el punto referido a la filiación del hijo póstumo, y determinado que, es en realidad el derecho sucesorio y no la filiación, la que restringe los derechos del mismo; abordaremos ahora el segundo punto central de la presente investigación, el cuál va orientado a establecer el derecho hereditario del hijo póstumo, para lo cuál primeramente debemos hablar de la sucesión y sus institutos.

### 2.4.1. Sucesión

*“La sucesión hereditaria significa, ocupar una persona viva denominada heredera, el lugar vacante dejado por una persona que ha fallecido en todo lo referente a sus derechos patrimoniales susceptibles de transmisión, O sea, en sus relaciones jurídicas compuestas por derechos, acciones, obligaciones y cargas”*.<sup>62</sup>

*“La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cuál la ley o el testador llama para recibirla...”*.<sup>63</sup>

Es preciso resaltar en este punto, que ambas definiciones hablan de la transmisión de un patrimonio; pero lo fundamental es que, la misma se ofrece a personas llamadas a suceder por voluntad del causante o en su defecto por voluntad de la ley.

---

<sup>62</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Sucesiones Mortis Causa, Tercera Edición, Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia, 2004, Pág. 16.

<sup>63</sup> ZANNONI EDUARDO A., Derecho de las Sucesiones Tomo I, 3ra Edición ampliada y actualizada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires 1982. Pág. 56

Vale decir que las personas que el de cujus nombre en el testamento y a las que beneficie con algún bien, serán sus herederos; más aún cuando nombre a un heredero forzoso, como lo es un hijo, aunque en éste último caso, no necesariamente deba asignársele un bien determinado, ya que por el simple hecho de ser descendiente del causante, ingresará a la sucesión, sobre la parte de la legítima que le corresponda.

#### **2.4.2. Apertura de la sucesión hereditaria**

*“Es el hecho jurídico que constituye el momento a partir del cuál se da inicio a la transmisión universal del patrimonio de una persona; se origina con la muerte o el fallecimiento presunto de una persona. RIPERT Y BALANGER señalan que la apertura de la sucesión es el hecho que produce la transmisión del derecho del de cujus, de su patrimonio a sus sucesores”.*<sup>64</sup>

Es fundamental para la presente investigación, tomar en cuenta la apertura de la sucesión hereditaria, en especial el momento en que la misma se produce, esto para poder determinar las personas capaces de ingresar a la sucesión y los requisitos que deben reunir para ello;

Todo esto nos permitirá observar los impedimentos del hijo póstumo para poder ingresar a la sucesión y del mismo modo poder plantear posibles modificaciones a las disposiciones legales referidas a este tema.

##### **a) Lugar de la apertura**

Que llega a determinarse considerando el último domicilio que el fallecido tuvo en vida. Es necesario establecerla en razón de determinar cual la jurisdicción territorial en la que se realizarán los trámites jurídico – administrativos.

---

<sup>64</sup> [http://html.rincondelvago.com/derecho-de-sucesion-boliviano\\_1.html](http://html.rincondelvago.com/derecho-de-sucesion-boliviano_1.html)

## **b) Momento de la apertura**

Su determinación reviste gran importancia por que es el momento en el que el patrimonio cambia de titularidad.

Según Manuel Somarriva Undurraga:

*“Determinar el momento preciso de la muerte puede tener importancia en varios aspectos: El momento preciso de la muerte del causante determina cuáles son sus herederos; las incapacidades e indignidades para suceder, de que hablaremos más adelante, deben ser entendidas en relación con el momento del fallecimiento. Dicho de otra manera, el asignatario debe ser capaz y digno de suceder al producirse la muerte del causante”.*<sup>65</sup>

Es precisamente la determinación del momento de la apertura de la sucesión, la que nos presenta el primer obstáculo, ya que por principio general, es menester inexcusable el existir o estar mínimamente concebido al momento del fallecimiento del de cuius, de lo contrario, no se ingresa a la sucesión. Este punto será desarrollado con posterioridad.

### **2.4.3. Clases de herederos**

Del estudio analítico de la legislación civil vigente, se distinguen tres clases de herederos:

#### **a) Herederos legales**

Que son las personas llamadas a la sucesión por voluntad de la ley, con el único requisito de hallarse vinculado mediante la relación de parentesco en la línea directa, sea ascendiente o descendiente. Entre estos herederos se distinguen:

---

<sup>65</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL, Derecho Sucesorio 4ta. Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile 1988, Pág. 21.

- **Herederos forzosos**

Que ingresan a la sucesión por derecho propio y por mandato de la ley, esto por la relación parental inmediata que tienen con el de cujus, ya sea en calidad de **hijos**, padres o cónyuge.

Sin embargo ésta clase de heredero solo toma en cuenta a hijos nacidos o concebidos antes del fallecimiento del de cujus, dejando de lado al hijo póstumo que, aunque posee un vínculo biológico con su padre premuerto, por mandato de la ley, no puede heredarlo.

- **Herederos simplemente legales**

Son las personas llamadas a la sucesión a falta de los herederos forzosos o cuando éstos fueron excluidos de la sucesión por alguna de las causales establecidas en la ley, o de otra manera no han querido asumir la calidad de heredero, habiendo renunciado a la herencia.

Ante tales situaciones la ley llama a la sucesión a los parientes siguientes en grado, en base a la proximidad de la línea colateral, como son los hermanos, sobrinos del causante.

**b) Herederos testamentarios**

Son aquellos que fueron llamados a la sucesión por expresa voluntad del causante mediante testamento, quienes pueden estar vinculados, o no, parentalmente con el de cujus.

**c) Herederos contractuales**

Que se originan del Código Civil, cuando se refiere a la sucesión mediante contrato, por la que ingresan a la sucesión personas vinculadas con el de cujus mediante actos jurídicos o contratos celebrados inter – vivos.

#### **2.4.4. Capacidad para Suceder**

*“Es la aptitud o idoneidad de la que se halla investida una persona para recibir una herencia, o ser titular de derechos provenientes de otra persona”.*<sup>66</sup>

Podemos citar también a la llamada: Capacidad para recibir por Testamento, entendida como:

*“La aptitud para recibir por testamento, sea a título de heredero, de legatario de cuota, de legatario particular y aún de beneficiario de un cargo. Se refiere...y comprende tanto a la persona individual, como a las personas de existencia ideal o jurídica”.*<sup>67</sup>

Es menester observar que ninguna de las dos capacidades toma en cuenta ni a las personas, ni a las situaciones que se generan a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida.

##### **a) Requisitos válidos para la capacidad de suceder**

De acuerdo con la doctrina y legislaciones modernas, acerca de la persona natural, que no difieren en mucho con el derecho romano, se entiende que para ser capaz de suceder, es menester haber nacido o por lo menos encontrarse concebido al momento de la apertura de la sucesión, es decir al fallecimiento del causante. Entonces de ésta situación se desprenden, dos requisitos:

- Que debe contarse con personalidad, o
- La capacidad se la debe tener al momento de la apertura de la sucesión.

En la primera situación, se entiende que se habla de una persona nacida, ya que la personalidad es una:

---

<sup>66</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Sucesiones Mortis Causa, Tercera Edición, Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia, 2004, Pág. 62.

<sup>67</sup> FASSI SANTIAGO C., Tratado de los Testamentos Volumen 1. Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires – Argentina 1970. Pág. 267.

*“Cualidad jurídica, una vestimenta que nos da el derecho como personas que somos, por el solo hecho de nacer con vida y que es el requisito previo, condición previa para ser sujetos de derecho y obligaciones”.*<sup>68</sup>

Y en la segunda situación hablamos de los simplemente concebidos, que por mandato de la ley, se los tiene por nacidos para todo aquello que les pueda beneficiar, ejemplo claro: Una sucesión.

Sin embargo ambos requisitos son imposibles de cumplir para el hijo póstumo, ya que ni se encuentra concebido y mucho menos nacido al momento de la muerte de su progenitor; por lo que de acuerdo a la normativa vigente, dicho hijo no puede ingresar a la sucesión de su padre premuerto.

No obstante, atendiendo a la Teoría biopsicológica la cuál establece que deben ser los hijos de una persona los que le sucedan a su muerte, resulta injusto privar a un hijo del derecho de heredar a su padre, más cuando éste último, al otorgar su consentimiento, manifestó su deseo de tener un hijo, aún después de que haya dejado de existir, reconociéndolo como tal y asumiendo la responsabilidad por el mismo.

Es por todo ello que nos permitimos plantear, no una modificación al principio general de la capacidad para suceder, sino por el contrario una excepción a la misma, todo orientado a permitir el ingreso del hijo póstumo a la sucesión de su padre premuerto; entendiendo que al cumplir con todos los requisitos antes mencionados, emerge su derecho de ingresar a la misma.

#### **2.4.5. Sucesión testamentaria**

La sucesión es testamentaria cuando la vocación sucesoria es determinada por la voluntad del causante, expresada en un acto de última voluntad que se llama testamento.

---

<sup>68</sup> MAMANI MAMANI JAIME, Apuntes de Derecho Civil I: Personas y Derechos Reales, Clases 2004, Universidad Mayor de San Andrés.

*“La misma halla su fundamento en la necesidad de garantizar al testador el completo dominio de los propios bienes, no solo durante la vida, sino después de la muerte, para satisfacer sentimientos de afectividad, de gratitud o de caridad”.*<sup>69</sup>

Al respecto y retomando el tema de la filiación que debiere corresponder al hijo póstumo; establecimos que: el consentimiento para llevar adelante ésta práctica médica, debe ser otorgado necesariamente en testamento, de lo contrario dicho consentimiento no es tenido como válido.

Sin embargo, en materia sucesoria se presentan una nueva serie de realidades, que están relacionadas con el testamento y las formalidades que éste debe cumplir para su validez. Las mismas que desarrollaremos en su momento.

#### **2.4.6. Testamento**

*“Modestito dice: Testamentum est voluntatis nostrae iuxta setentia de eo, quod post mortem suma fieri velit”. El testamento es la declaración de nuestra voluntad, sobre aquello que deseamos se cumpla después de la muerte”.*<sup>70</sup>

*“Testamento es el acto jurídico, solemne, de última voluntad, revocable hasta la muerte, unilateral y eminentemente personal, Por el cuál una persona capaz, por su sola voluntad libre, dispone sobre sus bienes patrimoniales, sus derechos o sobre otras cuestiones, para que surtan sus efectos después de su muerte”.*<sup>71</sup>

De la lectura de ambas definiciones podemos apreciar que en ninguna ellas se establece que el testamento solo pueda contener disposiciones de carácter patrimonial; por el contrario, deja abierta la posibilidad de declararse hechos de carácter extrapatrimonial, como es el caso del reconocimiento de hijos.

---

<sup>69</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Sucesiones Mortis Causa, Tercera Edición, Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia, 2004, Pág. 251.

<sup>70</sup> ORTIZ MARQUEZ JULIO, Comentarios a las instituciones de Gayo. Coedición de Ediciones tercer mundo y Universidad libre de Colombia. Pág. 215

<sup>71</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Sucesiones Mortis Causa, Tercera Edición, Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia, 2004, Pág. 253.

## **a) Contenido del testamento**

Del análisis del artículo 1112 del actual Código Civil, podemos establecer dos tipos de contenido del testamento:

- **Contenido patrimonial**

El contenido del testamento es de carácter patrimonial cuando sus disposiciones versan sobre la disposición de sus bienes apreciables en dinero y que beneficiarán a los herederos o a los legatarios.

- **Contenido extrapatrimonial**

Si bien el testamento tiene por objeto fundamental la disposición de bienes, no es el único.

*“Como vimos en otra oportunidad, pueden existir testamentos en que no se disponga ni en todo o en parte de los bienes de causante, sino que se otorguen con otros objetos: para nombrar albacea, partidor de la sucesión, guardador a los hijos, reconocer un hijo natural, etc”.*<sup>72</sup>

Es precisamente este contenido extrapatrimonial, al que nos acogimos para poder otorgar una filiación matrimonial al hijo póstumo, ello en el entendido de que, mediante el consentimiento otorgado en el testamento para realizar la práctica médica, se reconoce al hijo como propio.

- **Reconocimiento de hijo**

*“Es la confesión de paternidad que hace una persona de ser autor de la vida de un niño”.*<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL, Derecho Sucesorio 4ta. Edición actualizada. Editorial jurídica de Chile 1988. Pág. 150

<sup>73</sup>JIMÉNEZ SANJINÉS RAÚL, Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor. Segunda Edición, Editorial Turpo Editores, La Paz – Bolivia, 2006, Pág. 342.

Al respecto:

*“Freitas dispuso que el reconocimiento del hijo natural podía hacerse en testamento, bastando que la voluntad de reconocer se manifieste **aún en términos enunciativos**, o por una frase incidental. Si el reconocimiento no es el objeto del testamento, pero en el curso de las disposiciones se contienen enunciados que lo confiesan, ellos valen, mientras el testamento no haya sido revocado”.*<sup>74</sup>

Una vez entendido que en el testamento puede reconocerse a hijos, debe notarse que el precepto del artículo 1112 del Código Civil dice: *“para que ese acto tenga efecto después de su muerte”*. Pero, ¿puede ser que el testamento surta efectos, aunque estos no sean totales, antes del fallecimiento del de cujus?

*“La respuesta debe ser afirmativa, pues podemos citar casos en que el testamento produce algunos efectos en vida del causante; el reconocimiento de hijo natural que se efectúa en un testamento abierto. En este caso, el testamento va a producir un efecto en vida del causante: otorgar al hijo el carácter de natural”.*<sup>75</sup>

Este mismo razonamiento puede aplicarse perfectamente al caso del hijo póstumo, en el entendido de que, el de cujus al haber otorgado su consentimiento en testamento, acepta la paternidad del mismo y la responsabilidad material de dicho acto.

Dicha responsabilidad, se materializa en el hecho de proveer los suficientes recursos para la manutención del hijo póstumo; manutención que deberá cubrir la alimentación, educación, asistencia médica, etc. Por ello se concluye, que ésta responsabilidad debe ser cubierta con parte del patrimonio sucesorio; parte a la cuál el hijo póstumo tiene derecho por el simple hecho de descender biológicamente del causante.

---

<sup>74</sup> FASSI SANTIAGO C., Tratado de los Testamentos Volumen 1. Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos. Buenos Aires – Argentina, 1970. Pág. 248.

<sup>75</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL, Derecho Sucesorio 4ta. Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile 1988. Pág. 150.

Nos referimos a la Legítima, entendida como la reserva que hace la ley sobre la mayor parte de los bienes patrimoniales que pertenecen al de cujus, a favor de sus herederos forzosos, y de la cuál no pueden ser excluidos más que por las causas señaladas por la ley.

#### **2.4.7. Clases de Testamento**

Del análisis del Código Civil hallamos las siguientes clases de Testamentos:

##### **a) Testamento ordinario o solemne**

- **Cerrados**

Es el que se escribe en papel común por el testador o por otra persona a su ruego, cuyas hojas se rubrican al final y que una vez cerrado y sellado en la cubierta. El testador, sin revelar su última voluntad declara que lo que se halla contenido en el pliego es su testamento.

- **Abiertos**

Es un testamento público y puede ser otorgado por escrito o incluso de palabra; puede hacerse a viva voz, donde el testador expresa su última voluntad de modo público, puede ser otorgado también con la presencia de los herederos instituidos. Sin embargo debe ser necesariamente otorgado ante testigos autorizados legalmente y con la concurrencia de notario de fe pública.

El testamento abierto puede ser otorgado ante notario de fe pública y testigos o ante testigos solamente; en este último caso debe ser con la participación de cinco testigos vecinos o por lo menos tres, si no pueden ser habidos los restantes dos. Si el testamento abierto, otorgado ante testigos solamente, no es presentado por escrito, se dicta personalmente las cláusulas en el acto y uno de los testigos lo escribe de conformidad a la voluntad del otorgante.

## **b) Testamentos especiales**

Son llamados especiales por las condiciones singulares en que se los otorgan, ya que los mismos se apartan de las formalidades que la ley exige para los testamentos ordinarios; esta menor exigencia en la formalidad se justifica por determinadas situaciones de urgencia o de peligro en las cuales se realiza el acto. Sin embargo, se debe aclarar que estos testamentos se caracterizan por tener una eficacia temporal,

Esto en el entendido de que dicho testamento pierde eficacia después de un determinado periodo de tiempo, cuando el testador está todavía con vida o con libertad de rehacer el mismo. Entre las clases de testamentos especiales que el Código Civil prevé, se encuentran:

- **Testamento en caso de riesgo grave**

Este riesgo grave debe ser comprendido por: epidemia, calamidad pública, accidente o enfermedad imprevista, el lugar o circunstancia que impida al testador acudir a las formas ordinarias. En estas situaciones el testador puede disponer su última voluntad por palabra o por escrito; para ello deben cumplir con:

- ✓ Que se otorgue en presencia de cinco testigos o por lo menos tres si no pueden ser habidos los cinco.
- ✓ Si en otorgado por escrito, debe ser firmado por el testador y todos los testigos del requisitos anterior.
- ✓ Si es otorgado en forma verbal solamente, deben firmar los testigos en un acta de otorgamiento.
- ✓ Si no puede levantarse y firmar el acta valdrá como testamento verbal.

La eficacia de este testamento solo tendrá efecto si el testador fallece como resultado del riesgo grave o dentro de los tres meses de haber cesado. Si el testamento es verbal, cualquiera de los testigos deberá informar a la autoridad judicial más cercana.

- **Testamento a bordo de nave o aeronave**

Los viajeros a bordo de nave marítima, fluvial, lacustre o aérea puedan testar durante el viaje ante el capitán o comandante de ella o, a falta de éste ante quien le sigue en rango, esto en presencia de tres testigos. Se observarán, en cuanto sea aplicable las formalidades para los testamentos cerrados, abiertos o verbales. Este testamento deberá anotarse en el diario de a bordo.

La eficacia de este testamento surte efecto si el otorgante fallece durante el viaje o, hasta treinta días desde el desembarco en un lugar donde el testador pueda acudir a formas ordinarias de testar.

- **Testamento militar**

Los militares o los movilizados, en campaña, pueden testar ante el jefe de la unidad militar y en presencia de tres testigos; debiendo ser firmada por todos ellos. Este testamento debe ser anotado en el libro de novedades o partes de la unidad y se transmitirá por orden regular al ministerio respectivo, para su depósito en el archivo correspondiente.

Este testamento solo tendrá eficacia por el tiempo que dure la campaña y caducará pasados tres meses del retorno a un lugar donde se pueda acudir a las formas ordinarias de testar.

- **Testamento militar en acción de guerra o siendo prisionero**

El militar y los movilizados en campaña pueden, al entrar en acción o estando heridos en el campo de batalla, declarar su última voluntad ante dos testigos o compañeros de armas, o entregarles el pliego que la contenga, firmado con su puño y letra.

Este testamento no surtirá efecto si el testador sobrevive a las circunstancias en que lo otorgó. Si se produce la muerte en estas circunstancias: Los testigos deben comunicar la última voluntad del testador, al superior respectivo o entregarle el pliego recibido, bajo sus firmas, para que por orden regular se haga saber a los interesados.

- **Testamento ológrafo**

Los militares, policías, soldados, personal civil en servicio de la República, misioneros, exploradores, investigadores, científicos y técnicos; que se hallen o residan en fortines, campamentos o lugares alejados de los centros de población pueden testar en su cartera o en papel suelto.

Si lo escrito en la cartera o en el papel lleva fecha y firma y es todo de su propia letra, vale lo que se disponga, aunque no haya testigos, siempre que sea comprobada la autenticidad de la letra, firma y fecha. Este testamento caducará pasados treinta días de haber retornado el testador a un lugar donde pueda acudir a las formas ordinarias de testar.

- **Testamento de campesinos**

Los campesinos y otras personas que vivan en lugares distantes y sin facilidad de comunicación, pueden otorgar sus testamentos en una de las formas contenidas en el Código o incluso hacerlo en su idioma propio. Esto sujetándose a sus usos, con tal que no sean contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

**c) Testamentos de extranjeros o celebrados en país extranjero**

Se conformarán a las reglas establecidas en tratados que celebre la república y, a falta de ellos a la ley boliviana y subsidiariamente a las normas del derecho internacional privado.

Tocamos el punto referido a las clases de testamentos que prevé el Código Civil, por ser de mucha importancia para la sucesión del hijo póstumo; esto en el entendido de que el consentimiento otorgado **en testamento** es uno de los requisitos esenciales para llevar adelante la inseminación post – mortem.

Y que la misma deberá ser realizada dentro de los seis meses computados desde el fallecimiento del de cujus. Sin embargo, esto no siempre podrá ser así, ya que como veremos en el siguiente punto, cada clase de testamento puede ser abierto, comprobado y protocolizado de distinta manera.

#### **2.4.8. Apertura, comprobación y publicación de testamentos**

##### **a) Testamento abierto otorgado ante notario y testigos**

Este tipo de testamento, al tenor del artículo 658 del Código de Procedimiento Civil, se constituye en un documento público por estar asentado en el protocolo notarial desde el momento mismo de su redacción; este testamento hace plena fe de la celebración del acto, no sólo entre las partes, sino también respecto de terceros; de modo pues que la sola presentación del testamento ante el juez bastará para acreditar el llamamiento.

Por lo mismo **NO NECESITA DE UNA NUEVA PROTOCOLIZACIÓN**. En este caso, el consentimiento para la inseminación post – mortem, otorgado en testamento abierto, que cumplió con todas las formalidades exigidas por ley; y que incluso, fue conocido por los herederos y la cónyuge o conviviente supérstite, surte todos sus efectos al fallecimiento del testador.

Por lo cuál no se presentan mayores problemas, ya que el plazo de los seis meses para realizar la práctica médica, como establecimos anteriormente, comenzará a correr desde el instante mismo del fallecimiento del de cujus.

**b) Testamento cerrado, testamento abierto otorgado ante testigos solamente y testamentos especiales.**

Al tenor del artículo 659 y 660 del Código de Procedimiento Civil, la comprobación y protocolización de éstas clases de testamento se realizará en audiencia señalada por el juez.

Para que estos testamentos puedan surtir su validez y eficacia, es preciso que las declaraciones de los testigos guarden uniformidad y coincidencia en lo principal del testamento, que las firmas y rúbricas sean también comprobadas, y en el caso del testamento ológrafo se compruebe la letra del testador; de lo contrario estas clases de testamento no surtirán efectos mortis causa.

Sin embargo, el problema de esta situación se presenta en el hecho de computar: ¿Desde cuando comienza a correr el plazo de 6 meses para realizar la inseminación post – mortem?, ¿desde el fallecimiento del de cuius o desde la protocolización del testamento?

Para responder a la cuestión, debemos partir del hecho de que este procedimiento voluntario de apertura, comprobación y protocolización de testamento, si bien no será extenso, durará un tiempo hasta que se dicte el auto definitivo de protocolización.

Esto siempre y cuando no exista, por ejemplo, contradicciones entre las declaraciones de los testigos, hecho por el cuál se declare contencioso el procedimiento para luego tramitarse por la vía ordinaria, de lo cuál se entiende que el antes procedimiento y ahora proceso ordinario, se realizará en un plazo de tiempo mucho mayor, suspendiéndose de esta manera el plazo para llevar adelante la inseminación post – mortem.

### c) Testamentos otorgados en el extranjero

Los testamentos otorgados en el extranjero surtirán efecto en Bolivia de acuerdo a los tratados internacionales vigentes, siempre que estuvieran debidamente legalizados conforme a las leyes de la República, y serán sometidos para su protocolización y registro, según sea el caso, a los trámites de los testamentos antes mencionados.

En caso de no existir tratados, los testamentos harán fe en Bolivia si hubieren sido redactados con las formalidades legales establecidas en el país de su otorgamiento y si se hallaren debidamente legalizadas.

De acuerdo a todo lo expuesto en los anteriores párrafos, podemos observar las dificultades que se presentan para el plazo de 6 meses en que se debe realizar la inseminación post – mortem.

Si bien, los procesos de cobro de acreencias se suspenden entre tanto se realiza la protocolización del testamento y se determinan a los herederos, el plazo fijado de 6 meses, para inseminar a la viuda **no puede suspenderse** ya que se constituye en condición esencial para otorgar el derecho hereditario al hijo póstumo.

De lo cuál puede concluirse que, el consentimiento para la realización de la inseminación post – mortem, deber ser otorgado en instrumento público o **Testamento Abierto con la participación de Notario de Fe Pública y los testigos establecidos por ley;** esto en el afán de evitar posibles extensiones en el tiempo, excediéndonos del plazo fijado como condición para realizar ésta práctica médica, y fundamentalmente, **para otorgar al hijo póstumo el derecho hereditario.**

Ya que con el tema de filiación, no existiría mayor problema, por que la misma puede ser establecida en cualquier momento, en el entendido de que no puede negarse el vínculo biológico existente entre el progenitor premuerto y el hijo póstumo.

## 2.4.9. Declaratoria de herederos

*“La declaratoria de herederos puede definirse, como lo hace Fassi, diciendo que es el pronunciamiento judicial mediante el cuál se reconoce el carácter de herederos legítimos. Como su nombre mismo lo sugiere, se trata de una sentencia declarativa, ya que tiene por objeto declarar la existencia de los presupuestos que son el fundamento del derecho a heredar por parte de quienes se incluyen en ella, y en esa declaración agota su contenido”.*<sup>76</sup>

Al respecto podemos establecer que, al tratarse de una sentencia declarativa:

*“Tienen una retroactividad que puede considerarse total. El derecho antes incierto, se hace cierto y adquiere en la sentencia una prueba perfecta de su certidumbre”.*<sup>77</sup>

Puede entenderse que tiene por fin fundamental asegurar que la transmisión hereditaria se opera a la persona o personas cuya vocación resulta de la ley o del testamento válido del causante

### a) Procedimiento hasta la declaratoria de herederos

La declaratoria de herederos puede ser promovida en cualquier tiempo por los presuntos herederos. Todas las demandas o solicitudes de declaratoria de herederos de una misma sucesión se acumulan y tramitan en un solo expediente.

Una vez promovido el procedimiento sucesorio ante el juez competente, en vista de la prueba acompañada el pronunciará la resolución definitiva declarando herederos a quienes hubieren acreditado su derecho, pero **siempre salvando los de terceros**; regla a la cuál nos acogemos para incorporar posteriormente en la declaratoria al hijo póstumo.

---

<sup>76</sup> ZANNONI EDUARDO A., Derecho de las Sucesiones, Tomo 1, 3ra Edición Ampliada y Actualizada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1982. Pág.443

<sup>77</sup> VILLARROEL FERRER CARLOS JAIME, Derecho Procesal y Ley Orgánica del Poder Judicial, 3ra Edición. Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia. Pág. 192

Dictada la resolución el juez dará posesión de los bienes a los herederos, previo el pago del impuesto sucesorio. Los coherederos que se creyeren perjudicados podrán pedir fianza al o a los herederos declarados, esto para lo que pudiese resultar de un posterior proceso ordinario.

**b) Prueba del fallecimiento y del vínculo de parentesco que funda el llamamiento hereditario.**

Con respecto a la prueba del fallecimiento del de cujus no existe mayor problema, ya que la misma se prueba con la partida de defunción del causante, que constituye prueba fehaciente del hecho de la muerte de una persona.

En lo relativo al vínculo que funda el llamamiento legítimo también se hará mediante las partidas del Registro Civil que, debidamente relacionadas, prueban dicho vínculo. Así por ejemplo, la relación matrimonial se probará con la partida de matrimonio del causante con la viuda. La relación de los hijos matrimoniales se probará con los certificados de nacimiento de los mismos.

En el caso de los hijos extramatrimoniales, la relación se probará con el reconocimiento efectuado por el causante al inscribir el nacimiento, o en su defecto por la sentencia que declare la paternidad del causante.

La relación de parentesco entre el de cujus y el hijo póstumo, se probará con el consentimiento, considerado como reconocimiento de paternidad y contenido en el testamento otorgado por el causante. Deduciéndose que de no existir dicho consentimiento, el hijo póstumo no ingresará a la sucesión de su padre premuerto.

**c) Efectos de la declaratoria de herederos.**

Justificado el llamamiento a la herencia, el juez dicta la sentencia de declaratoria de herederos. Ésta como tal, constituye el título que inviste a los herederos, que no la tienen *ministerio legis*, de la posesión hereditaria.

*“La declaratoria **no hace cosa juzgada material**, puesto que es una sentencia que se limita a declarar quiénes han justificado su derecho a la herencia y es dictada <<sin perjuicio de terceros>>. Constituye sin embargo, un título oponible erga omnes, lo cuál se sintetiza diciendo que **si bien no hace cosa juzgada entre las partes, tiene validez para los terceros**. Esta validez no consiste sino en la presunción de que los declarados herederos lo son mientras no se resuelva lo contrario”.*<sup>78</sup>

Tal y como lo establece Zannoni, entre los coherederos no existe cosa juzgada material, deduciéndose que simplemente se tiene la calidad de cosa juzgada formal, de la cual, según lo establece el Dr. Carlos Villarroel:

*“Su cumplimiento y obligatoriedad tan sólo se relacionan con el proceso en que se han dictado, y el estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir. Sin embargo el óbice que en un procedimiento posterior, cambiando el estado de cosas que se tuvo presente al momento de decidir, la cosa juzgada puede modificarse. A ésta forma particular se llama en la doctrina cosa juzgada formal”.*<sup>79</sup>

En este mismo sentido, afirma el Dr. José Cesar Villarroel B. al decir que:

*“...la declaratoria de herederos, simplemente viene a consolidar un estado que ya se adquiere desde el mismo momento de la muerte del causante”.*<sup>80</sup>

Estableciendo que dentro la relación, de los herederos ya declarados y el hijo póstumo:

*“...solamente se van a alterar o cambiar las situaciones, es lo que ocurre en la vida real normal, es que en la vida normal unos herederos aceptan antes y otros aceptan después y eso no significa ninguna otra situación”.*<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> ZANNONI EDUARDO A., Derecho de las Sucesiones, Tomo 1, 3ra Edición Ampliada y Actualizada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1982. Pág.448.

<sup>79</sup> VILLARROEL FERRER CARLOS JAIME, Derecho Procesal y Ley Orgánica del Poder Judicial, 3ra Edición. Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia. Pág. 210.

<sup>80</sup> Entrevista realizada al Dr. José Cesar Villarroel Bustios, La Paz – Bolivia. 15/03/08. Ver Anexo 3.

<sup>81</sup> Entrevista realizada al Dr. José Cesar Villarroel Bustios, La Paz – Bolivia. 15/03/08. Ver Anexo 3.

Por ello puede concluirse que: Los herederos, que al momento del fallecimiento contaban con capacidad sucesoria, pueden realizar la declaratoria de herederos, entre tanto el hijo póstumo sea concebido.

Todo esto tomando en cuenta la posibilidad de que existan acreencias sobre el patrimonio sucesorio y, que sea interés de los acreedores que las mismas sean satisfechas en el menor tiempo posible.

Determinándose que una vez satisfechas las acreencias que pesaban sobre el patrimonio sucesorio y, que se haya producido en nacimiento del hijo póstumo, se tendrá el derecho de repetición sobre su cuota parte de la herencia. Este es el criterio que da el Dr. José C. Villarroel al decir de los herederos que:

*“Ellos pueden aceptar nomás (herederos), por que después si pagan y nace el otro, van a tener derecho de repetición...”*<sup>82</sup>

#### **d) Ampliación de la declaratoria**

Es posible que existan titulares de la vocación hereditaria que no comparezcan al proceso sucesorio y que tampoco hayan ejercido el derecho de opción entre aceptar o renunciar a la herencia, como es el caso del hijo póstumo.

*“Si, como hemos dicho la declaratoria es una sentencia que no causa cosa juzgada material o sustancial entre las partes, no excluye la posibilidad de que además de los herederos declarados existan otros que, en su caso puedan ser incluidos en aquélla con posterioridad”*<sup>83</sup>

Esto gracias a que, como establecimos anteriormente, al dictarse la declaratoria de herederos, se *salva los derechos de terceros*. El mismo autor continúa diciendo:

---

<sup>82</sup> Entrevista realizada al Dr. José Cesar Villarroel Bustios, La Paz – Bolivia. 15/03/08. Ver Anexo 3.

<sup>83</sup> ZANNONI EDUARDO A., Derecho de las Sucesiones, Tomo 1, 3ra Edición Ampliada y Actualizada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1982. Pág.449.

*“Para ampliar la declaratoria no se requerirá juicio ordinario cuando el pretendiente acompaña el título que funda su llamamiento, si no existe controversia en cuanto a dicho llamamiento por parte de los herederos declarados”.*<sup>84</sup>

Lo cuál no representa problema alguno, ya que el hijo póstumo tendrá al consentimiento de su progenitor, otorgado en testamento, como el reconocimiento de paternidad; mismo que se constituye en el título que acredita su llamamiento a dicha sucesión. *“De modo, pues, que la sola presentación del testamento ante el juez bastará para acreditar el llamamiento”.*<sup>85</sup>

Otra es la situación del hijo póstumo que, no contando con el consentimiento de su progenitor, fue igualmente concebido y nacido; el cuál, como establecimos en su oportunidad, solo podrá reclamar la filiación extramatrimonial con su padre premuerto; más no así el derecho de ingresar a la sucesión del mismo.

---

<sup>84</sup> ZANNONI EDUARDO A., Derecho de las Sucesiones, Tomo 1, 3ra Edición Ampliada y Actualizada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1982. Pág.449.

<sup>85</sup> ZANNONI EDUARDO A., Derecho de las Sucesiones, Tomo 1, 3ra Edición Ampliada y Actualizada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1982. Pág.450.

## **Capítulo III**

### **Marco Jurídico Nacional y Legislación Comparada**

Habiendo desarrollado el tema referido a la filiación y el derecho hereditario del hijo póstumo, estableciendo que los mismos deben ser otorgados a dicho hijo, siempre que éste cumpla con los requisitos antes señalados; debemos pasar ahora a analizar las normas vigentes que regulan los institutos jurídicos de la filiación y derecho hereditario.

Esto con el fin de determinar si las mismas son adecuadas para regular o no, la situación jurídica del hijo producto de una inseminación artificial post – mortem. Con este fin acudiremos también a la legislación comparada, para observar los adelantos que se han ido produciendo en las normativas extranjeras.

Sin embargo, debemos aclarar también que no muchos países cuentan con una legislación acerca de las técnicas de reproducción asistida, y dentro de los países que si cuentan con dicha normativa, no todos prevén la inseminación artificial post – mortem.

Por otro lado debemos tomar en cuenta también que el tema sobre aceptar o no, la inseminación post – mortem, continúa en debate, por lo cuál no existe una legislación familiar y sucesoria que la regule en forma expresa,

Ya que como dijimos, simplemente se limitan a regular las técnicas de reproducción asistida en general, por lo que únicamente, realizaremos una analogía de dichas normas para el caso que nos interesa.

## **3.1. Legislación Nacional**

### **3.1.1. Constitución Política del Estado**

#### ***PARTE PRIMERA***

#### ***LA PERSONA COMO MIEMBRO DEL ESTADO***

#### ***TÍTULO PRIMERO***

#### ***DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LA PERSONA***

*“Artículo 6. I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes.*

*Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera”.*<sup>86</sup>

Como se podrá observar, el artículo 6 de la Constitución Política del Estado, hace referencia a la igualdad de las personas ante la ley, estableciendo taxativamente que toda persona goza de los derechos en ella consagradas “sin importar su origen”, de lo cuál puede deducirse que esta disposición comprende también a los nacidos por técnicas de reproducción asistida.

Sin embargo esta disposición resulta ser muy general, dejando abierta la posibilidad de formarse criterios contrapuestos con respecto a su aplicabilidad en la reproducción asistida, de lo cuál nace la necesidad de implementar una normativa especial que regule dicha práctica médica, ello con la finalidad de proteger ciertos derechos fundamentales de todo ser humano: La vida, salud y la seguridad.

---

<sup>86</sup> REPÚBLICA DE BOLIVIA, Constitución Política del Estado Ley N° 2650. Gaceta Oficial, La Paz – Bolivia, 2004

**TÍTULO SEGUNDO**  
**GARANTÍAS DE LA PERSONA**

*“Artículo 32. Nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que ellas no prohíban”.*<sup>87</sup>

Precisamente una de las vías legales por las cuales se han ido practicando las técnicas de reproducción asistida en Bolivia, no obstante la inexistencia de una ley que las regule, es justamente el artículo 32 de la Constitución Política del Estado, misma que contiene el principio de: “todo lo que no esta prohibido, está permitido”.

Pero como dijimos en su momento, resulta peligrosa la inexistencia de una norma que regule dichas prácticas médicas, entendiéndose que pueden presentarse excesos en la manipulación genética, hecho del cuál pudiesen emerger atentados en contra de la vida del ser humano, que se constituye en el bien jurídico de mayor relevancia dentro del ordenamiento jurídico interno.

**PARTE TERCERA**  
**REGÍMENES ESPECIALES**  
**TÍTULO QUINTO**  
**RÉGIMEN FAMILIAR**

*“Artículo 195. I. Todos los hijos, sin distinción de origen tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores.*

*II. La filiación se establecerá por todos los medios que sean conducentes a demostrarla, de acuerdo al régimen que determine la ley”.*<sup>88</sup>

Ya en el ámbito Familiar, la Constitución Política del Estado, en su artículo 195 Parágrafo I, establece la igualdad de los hijos ante la ley; ello sin tomar en cuenta el

---

<sup>87</sup> REPÚBLICA DE BOLIVIA, Constitución Política del Estado Ley N° 2650. Gaceta Oficial, La Paz – Bolivia, 2004

<sup>88</sup> REPÚBLICA DE BOLIVIA, Constitución Política del Estado Ley N° 2650. Gaceta Oficial, La Paz – Bolivia, 2004

origen de los mismos; de esta manera se presenta nuevamente la posibilidad de que la actual Constitución considere tanto a los hijos concebidos y nacidos en forma natural, como a los concebidos y nacidos por medio de alguna de las técnicas de reproducción, otorgándoles iguales derechos frente a la ley.

De igual forma el segundo párrafo del citado artículo otorga la posibilidad a la persona nacida por medio de una técnica de reproducción asistida e inclusive de una inseminación artificial post – mortem, de poder establecer su filiación correspondiente; esto ante la imposibilidad de negar el vínculo biológico que lo reata con su ascendiente, hecho que es fácilmente probado con ayuda de la ciencia, como es la prueba de ADN.

### **3.1.2. Código de Familia**

#### ***LIBRO SEGUNDO***

#### ***DE LA FILIACIÓN***

#### ***TÍTULO I***

#### ***DE LOS DERECHOS Y DE LOS DEBERES DE LOS HIJOS***

#### ***CAPÍTULO ÚNICO***

#### ***DISPOSICIONES GENERALES***

*“Artículo 173. (Principio de igualdad de los hijos). Todos los hijos, sin distinción de origen, tienen los mismos derechos y deberes respecto a sus padres”.*<sup>89</sup>

Debemos comenzar resaltando el hecho de que el Código de Familia, al igual que la Constitución Política del Estado, establece en su artículo 173, el principio de igualdad de los hijos, principio trascendental para el tema de investigación, ya que el hijo póstumo gracias a la igualdad de los hijos ante la ley tiene la posibilidad de reclamar su filiación con respecto a su padre premuerto; tal y como lo establece el artículo 174 del mismo cuerpo legal.

---

<sup>89</sup> REPÚBLICA DE BOLIVIA, Código de Familia Ley N° 1047, de 23 de agosto de 1972.

*“Artículo 174. (Derechos fundamentales de los hijos). Los hijos tienen los derechos fundamentales siguientes:*

*1º A establecer su filiación paterna y materna, y de llevar el apellido de sus progenitores.*

*2º A ser mantenidos y educados por sus padres durante su minoridad.*

*3º A heredar a sus padres.*

*Esta enumeración no importa la negación de otros derechos reconocidos por el presente Código y el ordenamiento legal del país”.<sup>90</sup>*

Es menester preponderar el hecho de que esta disposición, al determinar que los hijos tienen el derecho de establecer su filiación paterna y materna, no hace diferencia entre los hijos concebidos en forma natural y los concebidos con ayuda de la ciencia, deduciéndose que este derecho asiste a toda persona sin importar su origen, tal y como lo manda la actual Constitución Política del Estado.

Por otro lado, y no obstante de ser un Código que alberga disposiciones orientadas a regular las relaciones dentro de la familia, también contiene disposiciones de carácter sucesorio, tal como lo muestra su numeral 3º, estableciéndose que los hijos tienen el derecho de heredar a sus padres, sin tomar en cuenta el origen de los mismos.

Sin embargo dicha previsión, como dijimos anteriormente, puede ser generadora de criterios divergentes acerca de su aplicabilidad en las técnicas de reproducción asistida, ello al no preverlas en forma taxativa; sin embargo nos reservamos este punto para desarrollarlo mas adelante.

---

<sup>90</sup> REPÚBLICA DE BOLIVIA, Código de Familia Ley N° 1047, de 23 de agosto de 1972.

**TÍTULO II**  
**DEL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN**  
**CAPÍTULO I**  
**DE LOS HIJOS DE PADRE Y MADRE CASADOS ENTRE SI**  
**SECCIÓN I**  
**DE LAS PRESUNCIONES CONCERNIENTES A LA FILIACIÓN**

*“Artículo 178. (Paternidad del marido). El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido de la madre”.<sup>91</sup>*

Nos encontramos frente al fundamento biológico-institucional de la filiación matrimonial, por el cuál un hijo es legítimo al ser concebido por marido y mujer durante el matrimonio. Sin embargo, y gracias a las modernas conquistas de la genética y de la biología, se presenta el caso de una concepción genéticamente conyugal aunque institucionalmente extramatrimonial.

Este es precisamente el caso de la inseminación post – mortem, situación en el que el fundamento genético y el fundamento institucional no coinciden. De modo tal que se genera una confusión a la hora de determinar el tipo de filiación que corresponde al hijo póstumo, puesto que si bien fue concebido con el material genético de ambos esposos o convivientes, no lo fue durante la vigencia del matrimonio.

*“Artículo 179. (Concepción durante el matrimonio). Se presume concebido durante el matrimonio al hijo que nace después de los ciento ochenta días de su celebración hasta los trescientos días siguientes a su disolución o anulación.*

*En este último caso el plazo se cuenta desde el día que sigue a la separación de los esposos”.*

---

<sup>91</sup> REPÚBLICA DE BOLIVIA, Código de Familia Ley N° 1047, de 23 de agosto de 1972.

Hallamos en esta disposición la clásica presunción de paternidad que, como establecimos en su momento, resulta obsoleto para el caso específico de la inseminación post – mortem, ya que por lo general, el hijo póstumo nacerá siempre después de los 300 días computados desde el fallecimiento del causante, hecho por el que se le niega la filiación matrimonial.

Sin embargo, y como desarrollamos anteriormente, este hecho resulta injusto para el hijo póstumo que fue concebido y nacido con el consentimiento de su progenitor, mismo que al otorgar su consentimiento asume la responsabilidad por dicho hijo, reconociéndolo como tal al manifestar su deseo de ser padre aún después de muerto. Es por todo ello que nace la necesidad de implementar una excepción a dicha regla.

## **SECCIÓN II**

### **DE LA PRUEBA DE FILIACIÓN**

***“Artículo 181. (Partida de matrimonio de los padres y de nacimiento del hijo).***

*La filiación del hijo de padre y madre casados entre si, se prueba con los certificados o testimonios de las partidas de matrimonio de los padres y de nacimiento del hijo constantes en el registro”.*<sup>92</sup>

Con respecto a la filiación del hijo nacido de padres casados entre sí, la cuál puede ser probada por los certificados o testimonios de las partidas de matrimonio de los padres, de nacimiento del hijo y en su defecto por la posesión de estado o finalmente por medio de testigos;

No toma en cuenta al hijo póstumo, quién, si bien no fue concebido durante la vigencia del matrimonio de sus progenitores, si lo fue con su material genético y principalmente contando con el consentimiento de ambos,

---

<sup>92</sup> REPÚBLICA DE BOLIVIA, Código de Familia Ley N° 1047, de 23 de agosto de 1972.

Lo cuál como desarrollamos en su momento bastaría para otorgarle dicha filiación, por lo cuál se hace necesario el incorporar una modificación a esta disposición, ello en el afán de regular la forma de probar la filiación matrimonial del hijo concebido y nacido por inseminación post mortem, en la que se utilizó el material genético de personas que se hallaban casadas entre sí.

## **SECCIÓN II**

### **DE LAS ACCIONES SOBRE FILIACIÓN**

*“Artículo 187. (Desconocimiento de paternidad). El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser el padre del mismo.*

*Sin embargo, el desconocimiento no es admisible si el hijo fue concebido por fecundación artificial de la mujer, con autorización escrita del marido.*

*La sola declaración de la mujer no excluye la paternidad”<sup>93</sup>*

Siguiendo con el análisis del Código de Familia, en su artículo 187 nos encontramos con el desconocimiento de paternidad, por el cuál el marido puede desconocer la paternidad del hijo concebido dentro del matrimonio, siempre que éste demuestre, por cualquier medio, que no puede ser el padre del mismo.

Sin embargo lo realmente significativo para el presente trabajo lo hallamos en su párrafo segundo, el cuál se constituye en un gran avance para la regulación de las técnicas de reproducción asistida, ya que se prevé de forma taxativa que el padre no podrá desconocer la paternidad del hijo que nazca producto de una fecundación artificial, cuando éste dio su consentimiento de forma escrita.

Sin embargo el mismo párrafo, no especifica a que tipo de fecundación artificial se limita, deduciéndose de este modo que puede llegar a aplicarse al caso específico

---

<sup>93</sup> REPÚBLICA DE BOLIVIA, Código de Familia Ley N° 1047, de 23 de agosto de 1972.

de la inseminación artificial post – mortem, hecho del cuál emergería: **la imposibilidad de desconocer la paternidad del hijo póstumo.**

*“Artículo 190. (Hijo nacido después de trescientos días de la disolución o anulación del matrimonio o de la ausencia del marido). El hijo nacido después de trescientos días de la disolución o anulación del matrimonio, computables conforme a la última parte del artículo 179, no goza de la presunción de paternidad.*

*La misma regla se aplica en caso de ausencia del marido, a contar desde el día siguiente a su desaparición. **Queda a salvo el derecho del hijo para establecer la filiación que le corresponda**”.*<sup>94</sup>

Como explicamos anteriormente, el hijo póstumo nacerá, por lo general, siempre después de los trescientos días de disuelto el matrimonio, por lo cuál y en aplicación de este artículo, dicho hijo no goza de la presunción de paternidad; lo cuál, como dijimos, resulta injusto cuando el progenitor manifestó su deseo de ser padre, asumiendo las responsabilidades que dicho acto conlleva y reconociendo la paternidad del futuro hijo.

No obstante lo dispuesto por este artículo en su primera parte, hallamos en su segundo párrafo la vía legal para que el hijo póstumo, según el caso, pueda establecer la filiación que le corresponda, aunque claro, ésta deberá ser por sentencia judicial.

**Artículo 191.- (Acción de reclamación de filiación).** *La acción para reclamar la filiación de hijo de padre y madre casados entre sí, dura toda la vida del hijo.*

*No puede ser intentada por los herederos del hijo que fallece sin hacerlo, salvo que haya muerto siendo menor de edad o en los dos años siguientes a su mayoría. En estos casos los herederos tienen el término de dos años para entablar la acción.*

---

<sup>94</sup> REPÚBLICA DE BOLIVIA, Código de Familia Ley N° 1047, de 23 de agosto de 1972.

*La acción ya iniciada por el hijo, puede ser continuada por los herederos si no hay desistimiento o caducidad de la instancia.*

Hacemos un paréntesis para proponer la implementación de una modificación a esta disposición referida al tiempo que tienen los hijos para reclamar su filiación, sin embargo su análisis será desarrollado más adelante.

## **CAPÍTULO II**

### **DE LOS HIJOS DE PADRE Y MADRE NO CASADOS ENTRE SI**

*“Artículo 195. (Reconocimiento expreso). El reconocimiento del hijo puede hacerse:*

- 1° En la partida de nacimiento del registro civil o en el libro parroquial ante el oficial o el párroco, respectivamente, con la asistencia de dos testigos, ya sea en el momento de la inscripción o en cualquier otro tiempo.*
- 2° En instrumento público o en testamento.*
- 3° En documento privado reconocido y otorgado ante dos testigos”.*<sup>95</sup>

Ahora pasamos a ver la situación del hijo nacido de padres no casados entre sí, el cuál puede obtener su filiación mediante el reconocimiento, ya sea expreso o tácito. Sin embargo este artículo se limita simplemente a regular el reconocimiento de los hijos concebidos y nacidos de manera natural, aunque fuera del matrimonio; mas no así a los concebidos con la intervención de técnicas de reproducción asistida.

No obstante de ello, lo rescatable de estas formas de hacerse el reconocimiento, para la situación del hijo póstumo, es que el mismo puede realizarse mediante testamento, lo cuál es tomado, por el presente trabajo, para reconocer la paternidad de dicho hijo; lo que no significa que deba limitarse al simple reconocimiento, puesto que como desarrollamos en su momento, y según sea el caso, debe atribuirse a este reconocimiento los efectos jurídicos de una legitimación.

---

<sup>95</sup> REPÚBLICA DE BOLIVIA, Código de Familia Ley N° 1047, de 23 de agosto de 1972.

**SECCIÓN III**  
**DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD**

*“Artículo 206. (Declaración judicial de paternidad). Si no hay reconocimiento ni posesión de estado, puede demandarse el establecimiento de la filiación por declaración judicial de paternidad. La acción sólo procede en vida del pretendido padre y corresponde al hijo o a quien lo represente y a sus herederos, conforme a las previsiones del artículo 191, pudiendo también intervenir el organismo administrativo protector de menores.*

*Sin embargo, el hijo póstumo o el que por ignorancia, engaño o por causa de fuerza mayor, no hubiese reclamado oportunamente su filiación, podrá dirigir su acción contra los herederos del pretendido padre, siempre que no hayan transcurrido dos años desde la muerte de este último...”<sup>96</sup>*

Debemos hacer un espacio para aclarar que, lo legislado en el párrafo segundo del citado artículo 206, en criterio de la doctrina, se la considera como contradictoria, con lo que prescribe el artículo 191 del mismo cuerpo normativo, mismo que faculta al **hijo matrimonial** ejercer la acción para reclamar la filiación durante toda su vida, situación especial que hace ver que en este caso la acción es imprescriptible;

En cambio, para los hijos nacidos de padres no casados entre sí, se establece la prescriptibilidad de la acción de declaración judicial de paternidad en dos años, a computarse desde el fallecimiento del progenitor, observándose de esta manera, cierta discriminación entre los hijos; mostrándose clara la necesidad de introducir una modificación en dicha disposición jurídica, al considerar que:

*“La acción de reclamación de la filiación para los hijos cualesquiera sea el origen de la familia, debiera ser imprescriptible, por ser un derecho personalísimo, inalienable e irrenunciable”<sup>97</sup>*

---

<sup>96</sup> REPÚBLICA DE BOLIVIA, Código de Familia Ley N° 1047, de 23 de agosto de 1972.

<sup>97</sup> PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Familia y sus Instituciones. Segunda Edición, Editorial Gráfica GG, La Paz – Bolivia, 2002, Pág. 336.

Retomando nuestro tema de investigación, otra de las formas en que un hijo extramatrimonial puede obtener la filiación con su padre es mediante la declaración judicial de paternidad, misma que se basa principalmente en el principio de verdad biológica, esto al no poder negarse el vínculo biológico que reata al hijo con su padre.

Ya para el caso que nos interesa, establecimos que el hijo póstumo, además de las pruebas biológicas, tendría al consentimiento otorgado por su progenitor en testamento, como el reconocimiento de paternidad que hizo su padre, tornándose innecesario un posterior proceso de declaración de paternidad.

No obstante de ello, de darse dicho proceso, deberá tenerse a este consentimiento, como una prueba de dicho reconocimiento, aunque de todas formas el mismo se basará en el principio de verdad biológica, estableciéndose la filiación correspondiente, según sea el caso.

*“Artículo 207.- (Prueba de la paternidad). La paternidad puede declararse con el auxilio de todos los medios de prueba que sean idóneos para establecerla con certeza”*.<sup>98</sup>

Como explicamos anteriormente, el principio de verdad biológica se impondrá en todo proceso de declaración de paternidad, quedando como único problema para la situación que nos interesa: cuál la filiación que debiera corresponder al hijo póstumo.

### **3.1.3. Código Civil**

Como dijimos anteriormente, no es el tema de la filiación la que limita los derechos de los hijos nacidos por medio de ésta técnica, ya que la misma puede ser finalmente establecida con la ayuda de métodos de investigación, como es la prueba del ADN, pruebas que *son tan adelantadas, que se da una veracidad del 99,99 %*.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> REPÚBLICA DE BOLIVIA, Código de Familia Ley N° 1047, de 23 de agosto de 1972.

<sup>99</sup> Entrevista realizada al Dr. Raúl Jiménez Sanjinés, La Paz – Bolivia. 26/03/08. Ver Anexo 2.

Sino por el contrario, es el Derecho sucesorio, más propiamente una de sus instituciones, la que le niega toda posibilidad al hijo póstumo, de ingresar a la sucesión de su padre premuerto; esto de acuerdo al principio general que rige en la mayoría de las legislaciones del mundo, por el cual se establece que: “para suceder es preciso existir al momento de abrirse la sucesión o estar por lo menos concebido al momento del mismo”.

De lo cuál se desprende que dicho hijo, más que una incapacidad, tiene una prohibición de ingresar a dicha sucesión. Este es el criterio que adopta nuestra legislación, tema que pasamos a desarrollar.

**LIBRO PRIMERO**  
**DE LAS PERSONAS**  
**TÍTULO I**  
**DE LAS PERSONAS INDIVIDUALES**  
**CAPÍTULO I**  
**DEL COMIENZO Y FIN DE LA PERSONALIDAD**

*“Artículo 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”.*<sup>100</sup>

Como puede apreciar, en ningún lugar del artículo primero se menciona a los concebidos o nacidos por medio de técnicas de reproducción asistida, dejándose de lado al CONCEPTURUS (al que podrá ser concebido) que pudiese resultar de una inseminación artificial post – mortem. Es clara la necesidad de adecuar la normativa vigente conforme al desarrollo de la ciencia, procurando siempre el bien para la persona.

---

<sup>100</sup> REPUBLICA DE BOLIVIA, Código Civil Decreto Ley N° 12760 de 6 de agosto de 1975.

**LIBRO CUARTO**  
**DE LAS SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE**

**TÍTULO I**  
**DE LAS DISPOSICIONES COMUNES A LAS SUCESIONES EN GENERAL**

**CAPITULO II**  
**DE LA CAPACIDAD DE SUCEDER**

*“Artículo 1008. (Capacidad de las personas) I. Para suceder es preciso existir en el momento de abrirse la sucesión, nacido o concebido.*

*II. Salva prueba contraria se presume concebido en el momento de abrirse la sucesión a quien ha nacido con vida dentro de los 300 días después de muerto el de cuius.*

*III. Los hijos, aún no estando concebidos todavía, de una determinada persona que vive al morir el testador, pueden ser instituidos sucesores”.*<sup>101</sup>

Como explicamos en su oportunidad, hallamos en el artículo 1008 del Código Civil el principal obstáculo para otorgar el derecho sucesorio al hijo póstumo, mismo que contiene el principio general que impera en la mayoría de las legislaciones, y por el cuál es preciso haber nacido o estar mínimamente concebido al momento de abrirse la sucesión.

Pero como dijimos, al hijo póstumo le es imposible cumplir con cualquiera de los dos requisitos señalados en el artículo 1008, ello por que el mismo será concebido en forma posterior al deceso de su progenitor, y por ende nacerá siempre después de los 300 días computados a partir del deceso; de modo tal que, y en aplicación estricta del citado artículo, dicho hijo no puede suceder a su padre premuerto.

---

<sup>101</sup> REPUBLICA DE BOLIVIA, Código Civil Decreto Ley N° 12760 de 6 de agosto de 1975.

Sin embargo, una excepción a dicha regla se halla en el párrafo III del mismo artículo, por el cual puede instituirse sucesor al HIJO AÚN NO CONCEBIDO de una persona que vive al morir el testador; vale decir que el de cujus puede instituir como sucesor a su nieto (aún no concebido), siempre que su hijo (hijo del de cujus) se halle vivo al momento de morir,

Encontrándose los derechos del nieto bajo una condición suspensiva, ya que todos los derechos que le corresponderían se encuentran pendientes, sujetos a un acontecimiento futuro e incierto que es el: nacimiento con vida del instituido como sucesor.

Sin embargo dicha excepción resulta inaplicable para el caso concreto del hijo póstumo, ya que si bien el mismo puede ser instituido sucesor, no desciende de una persona que vive al morir el testador, incumpléndose de esta manera con los requisitos señalados en el citado párrafo.

No obstante todo lo antes mencionado, y a criterio de este autor, el principio general del derecho sucesorio como es la capacidad de suceder queda desactualizado frente a las nuevas formas de procreación, por las cuáles podría traerse al mundo a personas mucho tiempo después del fallecimiento del de cujus, pero que biológicamente descienden de éste; observándose la clara necesidad de adecuar la norma al desarrollo de la ciencia.

### ***TITULO III***

#### ***DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA***

#### ***CAPÍTULO I***

##### ***DEL TESTAMENTO EN GENERAL***

*“Artículo 1112. (Noción). I. Por un acto revocable de última voluntad una persona capaz puede declarar obligaciones o disponer de sus bienes y derechos en*

*todo o en parte, dentro de lo permitido por la ley, para que ese acto tenga efecto después de su muerte.*

*La parte no dispuesta se sujeta a las reglas de la sucesión legal, si ha lugar.*

*II. Los testamentos también pueden contener disposiciones de carácter no patrimonial”.*<sup>102</sup>

Como se podrá apreciar en lo referente a la sucesión testamentaria, son precisamente las disposiciones de carácter no patrimonial, a las que acudimos para que el testador pueda otorgar su consentimiento para llevar adelante la práctica de inseminación post mortem, produciéndose por ende el reconocimiento de paternidad con respecto al hijo póstumo.

Y como desarrollamos a los largo del presente trabajo, dicho reconocimiento puede surtir ciertos efectos legales antes de producirse el fallecimiento del testador; no hallándose mayor problema con respecto a este punto.

## ***CAPÍTULO II***

### ***DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR Y PARA RECIBIR POR TESTAMENTO***

#### ***SECCIÓN II***

#### ***DE LA CAPACIDAD PARA RECIBIR POR TESTAMENTO***

*“Artículo 1122 (Incapaces para recibir por testamento). Son incapaces para recibir por testamento:*

*1) Los que no estén concebidos al morir el testador y los concebidos que no nacen con vida. Se exceptúa el caso previsto en el parágrafo III del artículo 1008”.*<sup>103</sup>

En el artículo 1122, puede apreciarse una vez más como la normativa actual niega toda posibilidad, al hijo póstumo, de ingresar a la sucesión de su padre

---

<sup>102</sup> REPUBLICA DE BOLIVIA, Código Civil Decreto Ley N° 12760 de 6 de agosto de 1975.

<sup>103</sup> REPUBLICA DE BOLIVIA, Código Civil Decreto Ley N° 12760 de 6 de agosto de 1975.

premuerto, entendiéndose que el mismo no se hallaba concebido al momento de abrirse la sucesión.

Ya que como dijimos, al hijo póstumo le es imposible cumplir con cualquiera de los dos requisitos señalados en el artículo 1008, ello por que el mismo será concebido en forma posterior al deceso de su progenitor, y por ende nacerá siempre después de los 300 días a computarse desde el momento del deceso; de modo tal que, y en aplicación estricta del citado artículo, dicho hijo no puede suceder a su padre premuerto.

## **3.2. Legislación Comparada**

Habiendo analizado las normas que rigen el ordenamiento jurídico interno, apreciando sus falencias y sus avances, es menester para la investigación analizar la normativa internacional, ello en el afán de comparar el grado de desarrollo que alcanzó su legislación sobre el presente objeto de estudio.

### **3.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos**

*“Artículo 2.*

*1) Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, orden nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.*<sup>104</sup>

Las disposiciones contenidas en esta declaración de derechos regulan de manera implícita algunos aspectos emergentes de las técnicas de reproducción asistida, al establecer en su artículo 2 que todos los seres humanos tienen los mismo derechos sin importar las condiciones de su nacimiento o cualquier otra condición.

---

<sup>104</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Declaración Universal de Derechos Humanos”, 10 de diciembre de 1948.

Otorgando de ésta manera, de manera bastante general y no de forma taxativa, una cierta protección a las personas nacidas por medio de éstas prácticas médicas, e inclusive entre ellas, a las nacidas por inseminación post - mortem.

**“Artículo 7.**

*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”*<sup>105</sup>

Debemos entender que al establecerse que todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción alguna, se determina que su protección debe ser igual para todos, que los derechos que asisten a las personas deben ser otorgados y tutelados por igual, sin desmedro de algunos de esos derechos al tomarse en cuenta el origen, la forma de la concepción o nacimiento de la persona; este es el espíritu que adopta el citado artículo.

### **3.2.2. Constitución Política de Colombia**

#### ***CAPÍTULO II.***

#### ***DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES***

*“Artículo 42. ...Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.*

*La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”*<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Declaración Universal de Derechos Humanos”, 10 de diciembre de 1948.

<sup>106</sup> [http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal/dt7/colombia\\_1991\\_2001htm](http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal/dt7/colombia_1991_2001htm)

Un aporte significativo para la presente investigación, es el hecho de consagrar en la norma fundamental de un Estado, la igualdad ante la ley de los hijos que fueron concebidos y nacidos por medio de técnicas de reproducción asistida. Hecho que constituye un verdadero avance normativo, al tomar en cuenta y adaptándose al desarrollo de las ciencias.

Del mismo modo, el considerar dicha protección en la norma fundamental, desembocará en su incorporación dentro de las normas especiales que regulan las relaciones dentro de la familia, otorgándose así una mayor tutela jurídica para las personas nacidas por medio de estas prácticas médicas.

Por otro lado, resulta interesante como la Constitución Colombiana toca el punto referido a la progeneración responsable, tema que nos retrotrae al capítulo II del presente trabajo, en el cuál desarrollamos que el padre, al otorgar su consentimiento para la inseminación, asume la responsabilidad por el hijo que pudiese resultar de dicha práctica; responsabilidad que deberá abarcar principalmente lo material, de modo tal que se asegure el bienestar del hijo póstumo.

### **3.2.3. Constitución Política del Perú**

#### ***TÍTULO I***

#### ***DE LA PERSONA Y LA SOCIEDAD***

#### ***CAPÍTULO I***

#### ***DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA***

***“Artículo 2. Toda persona tiene su derecho:***

***a) A la vida, 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”.***<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> <http://www.fmmeducacion.com.ar/Recursos/Constitu/0constituciones.htm>

Consideramos un gran avance legislativo el incorporar en la Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico, la protección debida al concebido, otorgándole todos los derechos que pudiesen favorecerle. No obstante de ello, tampoco se establece el momento en que la persona deba estar concebida, para el goce de esos derechos, protegiendo por ende, a todo concebido sin importar el momento ni la forma.

*“Artículo 6. La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afectan la vida o la salud.*

*...Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento”*.<sup>108</sup>

Resulta interesante, como esta Constitución establece en primer lugar las políticas de población, llevadas a cabo mediante campañas informativas a cargo del órgano estatal, ello con el afán de promover la paternidad y maternidad responsables, que como dijimos, nos retrotrae a las fuentes de la filiación, que analizamos en el capítulo anterior acerca de: la cuestión biológica y la voluntad procreadora.

También es menester recalcar el hecho de que se consagra en la Constitución el principio a decidir sobre el propio cuerpo, al decir que: *“se reconoce el derecho de las personas a decidir”*, de tal forma que en aplicación de este artículo puede llegarse a autorizar una inseminación post mortem con semen del marido o conviviente, pero siempre asumiendo la progenitura responsable.

---

<sup>108</sup> <http://www.fmmeducacion.com.ar/Recursos/Constitu/0constituciones.htm>

Por otro lado, de la lectura del último párrafo debe resaltarse el hecho de que la filiación fue totalmente unificada, hasta el punto de casi abolir las clases de filiación que se reconocen; esto por la prohibición sobre la mención acerca de la naturaleza de la filiación en cualquier registro o documento; hecho que bien debiera ser emulado por nuestra normativa.

### **3.2.4. Constitución Política de la República de Guatemala**

***CAPÍTULO II***  
***DERECHOS SOCIALES***  
***SECCIÓN PRIMERA***  
***FAMILIA***

***“Artículo 47. Protección a la familia.***

*El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”.*<sup>109</sup>

De igual forma que en la Constitución Peruana, esta Constitución adopta el principio de la paternidad responsable; por otra parte se consagra a favor de los padres el derecho a decidir sobre el número de hijos y el espaciamiento entre ellos, de modo tal que es perfectamente coherente sostener que ellos puedan decidir el procrear hijos aún después de muertos, como se da con la inseminación post mortem.

***“Artículo 50. Igualdad de los hijos.***

*Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos. Toda discriminación es punible”.*<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> <http://www.fmmeduacion.com.ar/Recursos/Constitu/0constituciones.htm>

<sup>110</sup> <http://www.fmmeduacion.com.ar/Recursos/Constitu/0constituciones.htm>

Lo más sobresaliente de esta Constitución se halla en su artículo 50 referido a la igualdad de los hijos, por el que se establece sanciones a los que realicen actos de discriminación en contra de los mismos.

Aspecto que va más allá de lo que prevé nuestra normativa, ya que si bien en Bolivia la igualdad jurídica de los hijos fue establecida con las modificaciones introducidas a la Constitución en el año 1938, solo se estableció prohibiciones expresas en la utilización de términos discriminatorios para denominar a los hijos, mas no así, sanciones para aquellos que incurran en ésta prohibición.

### **3.2.5. Constitución Política de la Republica de Panamá**

#### *TÍTULO III*

#### *DERECHOS Y DEBERES INDIVIDUALES Y SOCIALES*

#### *CAPÍTULO 1º*

#### *GARANTÍAS FUNDAMENTALES*

*“Artículo 56. Los padres tienen para con sus hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen el mismo derecho hereditario en las sucesiones intestadas. La ley reconocerá los derechos de los hijos menores o inválidos y de los padres desvalidos en las sucesiones testadas”.*<sup>111</sup>

Debe resaltarse la previsión del artículo 56, por la que se consagra en la Constitución, la obligación de los padres de responsabilizarse por todos los hijos, sin importar la clase de filiación que los une a ellos; sin embargo mayor atención merece el párrafo segundo del mismo artículo, por el que se establece la igualdad de los hijos y el derecho que tienen los mismos de ingresar a la sucesión de sus progenitores,

---

<sup>111</sup> <http://www.fmmeducacion.com.ar/Recursos/Constitu/0constituciones.htm>

Esto sin importar el origen ni la forma en que dicha procreación se llevó adelante; previsión que se aplica perfectamente a la situación del hijo póstumo que, como dijimos, desciende biológicamente del causante. Al igual que las anteriores Constituciones, ésta prevé la abolición de distinciones en base a la naturaleza de la filiación estableciendo prohibiciones para su mención en cualquier documento.

### **3.2.6. Código Civil de Tabasco – México**

Al ser México un país federal, cada uno de sus Estados cuenta con su propia normativa. Es en este entendido que el Código Civil de Tabasco, constituye uno de los más adelantados con respecto a la regulación de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, si bien no regula de manera expresa a la inseminación post – mortem, establece ciertas normas que son de utilidad para nuestra investigación acerca de la filiación del hijo póstumo.

#### **a) Derecho Familiar**

#### ***TITULO OCTAVO***

#### ***DE LA FILIACIÓN***

#### ***CAPÍTULO II***

#### ***DE LAS PRESUNCIONES DE PATERNIDAD***

***“Artículo 324. Quienes se presumen hijos de los cónyuges***

***Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción artificial”.***

***I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y***

*II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio”.*<sup>112</sup>

Como se puede observar, en el primer párrafo de éste código, si bien se otorga la filiación matrimonial a los hijos concebidos y nacidos por medio de estas técnicas de reproducción asistida, en sus dos párrafos siguientes se establecen los periodos mínimos y máximos para que los mismos nazcan.

Deduciéndose de esta forma que, no obstante la intervención de estas técnicas, dichos hijos deberán nacer dentro del periodo mínimo y máximo fijado por la ley para obtener una filiación matrimonial con respecto a sus padres; de lo contrario solo les asiste una filiación extramatrimonial.

***“Artículo 327. Cuándo no podrán desconocerse a los hijos***

*El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.*

*Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento”.*<sup>113</sup>

Se considera que la previsión establecida en este último párrafo es perfectamente aplicable al caso de la inseminación post mortem, esto en el entendido de que dicha práctica requiere del consentimiento de ambos progenitores, hecho del cual emerge la imposibilidad de negar la paternidad del hijo resultante.

---

<sup>112</sup> <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/27codciv.pdf>.

<sup>113</sup> <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/27codciv.pdf>.

Ello tomando en cuenta también que dicha inseminación se realiza con el material genético de ambos esposos, no pudiendo de esta forma negarse el vínculo biológico que reata al hijo póstumo con sus ascendientes.

No obstante de ello, esta por demás decir que si el marido no otorgó su consentimiento para el método de reproducción asistida, en nuestro caso inseminación post mortem, las personas interesadas podrán negar cualquier vínculo existente entre el marido fallecido y el hijo póstumo; por lo que deberá acudir a la vía judicial para determinar la existencia o inexistencia del mismo.

#### ***CAPÍTULO IV***

#### ***DE LAS PRUEBAS DE FILIACIÓN DE LOS HIJOS CUYOS PADRES NO FUEREN CÓNYUGES***

#### ***“Artículo 349. Reconocimiento de hijo no nacido***

*Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in Vitro, aún cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que ha muerto si ha dejado descendientes;*

*Pero en este último caso el que reconoce no tiene derecho ni a heredar por intestado al reconocido y a sus descendientes ni a recibir alimentos de éstos”.*<sup>114</sup>

Si bien constituye un gran avance en la regulación de las técnicas de reproducción asistida el hecho de otorgarse la posibilidad de reconocer a hijos que aún no han nacido,

Se advierte también que la misma se halla sujeta a una condición sine qua non: que los mismos se hallen mínimamente concebidos al momento de efectuarse dicho reconocimiento, aún si estos no se encuentran en el vientre materno; dejándose de

---

<sup>114</sup> <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/27codciv.pdf>.

lado a los hijos nacidos por inseminación post mortem puesto que estos ni siquiera se hallan concebidos al momento del efectuarse el reconocimiento.

**“Artículo 365. Derechos del reconocido**

*El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:*

*I. A llevar el apellido del que lo reconoce;*

*II. A ser alimentados por éste;*

*III. A percibir la porción hereditaria que fija la ley en caso de intestado o los alimentos correspondientes si no fuere instituido heredero en el caso de sucesión testamentaria; y*

*IV. A ejercer los derechos que este Código concede a los hijos póstumos.*

*Gozan de estos mismos derechos los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de concepción humana artificial”.*<sup>115</sup>

Podemos advertir también, que los hijos producto de las técnicas de reproducción asistida, gozan del derecho hereditario sobre los bienes de sus progenitores, y como se verá más adelante, en la sucesión se toma en cuenta al hijo nacido de una inseminación post – mortem. De lo cuál resulta una contradicción que, se regule acerca del derecho hereditario del hijo póstumo y no así sobre la filiación que debiere corresponderle.

---

<sup>115</sup> <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/27codciv.pdf>.

## **CAPÍTULO VI**

### **DE LAS ACCIONES DIMANADAS DEL ESTADO DE HIJO**

#### **“Artículo 377. Imprescriptibilidad de la acción**

*La acción para reclamar el estado de hijo es imprescriptible, podrá intentarse tanto durante la vida de los padres, como después de su muerte y compete exclusivamente al hijo y a sus descendientes.*

*Si el hijo fallece durante la tramitación del juicio, sus descendientes podrán continuar la acción intentada por aquél o ejercitarla por su propio derecho. En este juicio no procede la caducidad por inactividad procesal”.*<sup>116</sup>

Con respecto al último artículo de éste código, y al compararlo con nuestra legislación, resulta injusto que en la nuestra, los hijos nacidos de padres unidos por vínculo matrimonial, gocen de una prerrogativa en cuanto al tiempo para poder reclamar su filiación, ya que el mismo dura toda su vida,

Y que, en el caso de los hijos nacidos de uniones de hecho, el mismo prescriba a los dos años, computados desde la muerte del de cujus.

Es menester observar como la legislación Mexicana, contraria a la nuestra, otorga el derecho de establecer la filiación durante toda la vida de los padres, e inclusive después que éstos mueran.

Por otra parte, es realmente interesante, el hecho de establecer que: *en estos procesos no se aplica la extinción del proceso por inactividad del mismo*. Hecho que debiera ser emulado por nuestra normativa.

---

<sup>116</sup> <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/27codciv.pdf>.

## **b) Derecho Sucesorio**

Como dijimos con anterioridad, una de las legislaciones más avanzadas en la regulación de las técnicas de reproducción asistida es la del Estado de Tabasco en México, la cuál ya prevé ciertas excepciones a principios generales del derecho; excepciones que pasamos a desarrollar.

**LIBRO PRIMERO  
DE LAS PERSONAS  
TÍTULO PRIMERO  
DE LAS PERSONAS FÍSICAS**

### ***“Artículo 31***

### ***Capacidad de goce***

*La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aún cuando no se encuentren en el útero materno”.*<sup>117</sup>

El presente código en su artículo 31, otorga la capacidad de goce a todo ser humano, entendida como la aptitud legal de ser titular de derechos y obligaciones, sin tomar en cuenta distinción alguna, ello en virtud del principio de igualdad previsto en el artículo 33 del mismo código.

Sin embargo, y del análisis del artículo 31, en su último párrafo, podemos establecer que: solo menciona a los *concebidos por medio de técnicas de reproducción asistida, aún cuando estos no estén en el útero materno*. Pero no establece nada acerca ***del momento en que deben estar concebidos*** para poder ser titulares de ciertos derechos o tener limitaciones en los mismos; como es el caso del hijo nacido por inseminación post – mortem.

---

<sup>117</sup> <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/27codciv.pdf>.

Se abre entonces la posibilidad de que dicho artículo pueda regular, en cierta manera, la situación del hijo póstumo, esto, entendiéndose que: no se establece el momento en que debe estar concebida la persona, y que se limita a otorgar dicha capacidad a todos los que sean concebidos por medio de éstas técnicas.

**LIBRO TERCERO**  
**DE LAS SUCESIONES.**  
**TÍTULO SEGUNDO**  
**DE LA SUCESIÓN POR TESTAMENTO**  
**CAPÍTULO III**  
**DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR Y PARA HEREDAR**

***“Artículo 1396. Incapacidad por falta de personalidad***

*Por falta de personalidad son incapaces de adquirir por testamento y por intestado, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o que aún cuando lo estén no nazcan vivos, salvo que el autor de la herencia dispusiere válidamente en un documento auténtico, la posibilidad de la inseminación de su esposa o concubina, después de su muerte.*

*En este último caso, la mujer deberá estar embarazada dentro de un año después de la muerte del marido”.<sup>118</sup>*

Como dijimos anteriormente, si bien este código no prevé nada con respecto a la filiación del hijo póstumo, si lo hace acerca del derecho hereditario que asiste a dicho hijo, observándose claramente que se abre la posibilidad de consentirse la inseminación post – mortem, para que en un tiempo no mayor a un año, pueda el hijo póstumo ser concebido, y que éste al nacer, ingrese a la sucesión de su padre fallecido.

---

<sup>118</sup> <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/27codciv.pdf>.

Esta es claramente la excepción al principio general de la capacidad para suceder, la cuál desarrollamos anteriormente, estableciendo que: en el caso de la inseminación post - mortem no es indispensable el tener dicha capacidad al momento de la abrirse la sucesión.

Esto en el entendido de que, con el adelanto de la genética, pueden traerse al mundo a personas mucho tiempo después del fallecimiento del causante, pero que biológicamente descienden de éste; y que el reconocimiento otorgado en testamento, como vimos anteriormente, puede surtir efectos antes de la muerte del de cujus, regla que es perfectamente aplicable al caso hijo póstumo, y que es adoptada por éste código en sus artículos 1563 y 1708.

## ***CAPÍTULO VIII***

### ***DE LA NULIDAD Y REVOCACIÓN DE LOS TESTAMENTOS***

#### ***“Artículo 1563***

#### ***Reconocimiento de hijo***

*El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo”.*<sup>119</sup>

Como dijimos anteriormente, un testamento puede surtir ciertos efectos legales antes de la muerte del otorgante, tal el caso de un reconocimiento de hijo; sin embargo el Código de Tabasco va mas allá, ya que además de otorgar, al reconocimiento, efectos jurídicos antes de producirse la muerte, le da el carácter de irrevocable,

Este es el espíritu de la norma al establecer que si bien el testamento puede ser revocado, el reconocimiento de paternidad respecto de un hijo no pierde su fuerza legal, situación que es perfectamente aplicable al caso específico de una inseminación post mortem.

---

<sup>119</sup> <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/27codciv.pdf>.

**TÍTULO QUINTO**  
**DISPOSICIONES COMUNES A LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA**  
**CAPÍTULO I**  
**DE LAS PRECAUCIONES**

**“Artículo 1708. Si el autor de la sucesión reconoció el embarazo**

*Si el autor de la sucesión reconoció en instrumento público o en un documento privado la certeza de la preñez, no podrá procederse a la averiguación; pero los interesados podrán pedir al Juez que se dicten las medidas de que habla el artículo anterior”.*<sup>120</sup>

La previsión que contiene esta disposición resulta idónea para el objeto de estudio, puesto que al tenerse el consentimiento y por ende el consecuente reconocimiento de paternidad con respecto al hijo póstumo en un documento público, como es el testamento abierto otorgado ante testigos y notario, llega considerarse innecesario un posterior proceso de declaración judicial de paternidad para establecer la relación entre el de cujus y el mencionado hijo.

**“Artículo 1712 Suspensión de la división de la herencia**

*La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o hasta que transcurra el término máximo de la preñez; más los acreedores podrán ser pagados con mandato judicial”.*<sup>121</sup>

Es lógico entender que en tanto se verifique el nacimiento del hijo póstumo los bienes hereditarios pueden quedar en un estado de indivisión, ello para evitar posibles desmedros en contra de los derechos del mismo.

---

<sup>120</sup> <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/27codciv.pdf>.

<sup>121</sup> <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/27codciv.pdf>.

No obstante, ello no quiere decir que los herederos con capacidad sucesoria al momento de abrirse la sucesión no puedan aceptar la herencia, puesto que se presenta la posibilidad de que existan acreencias sobre el patrimonio hereditario y que sea interés de los acreedores que las mismas sean satisfechas lo antes posible;

Por lo tanto estos herederos deberán aceptar la herencia y cumplir con las obligaciones que pesen sobre ella; entendiéndose también que al nacer el hijo póstumo y determinarse los bienes hereditarios que correspondan a cada heredero, se tendrá el derecho de repetición, si hubiere algún problema.

### **3.2.7. España: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.**

Existen países que cuentan con una norma especializada que regula las técnicas de reproducción asistida y entre ellas a la inseminación post – mortem, tal es el caso de España que cuenta con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Misma que pasamos a analizar.

#### ***Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida***

##### ***Capítulo II***

##### ***Participantes en las Técnicas de Reproducción Asistida***

#### ***“Artículo 9. Premoriencia del Marido***

*1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la 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.*

*2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 63, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su*

*material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer.*

***Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.***

*El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.*

*3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 del registro civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”.*<sup>122</sup>

Como se podrá observar, si bien en su primer numeral solo toma en cuenta al concebido que se halla en el útero materno al morir el testador, en su segundo numeral regula la inseminación artificial post – mortem, otorgando al hijo póstumo todos los derechos y efectos jurídicos emergentes de la filiación matrimonial.

Ello en el entendido de que la misma se realizó con el consentimiento del marido premuerto, otorgado en testamento, y que dicha práctica médica se hizo dentro los 12 meses siguientes al fallecimiento del causante. Sin embargo, si bien dicha ley otorga la filiación matrimonial al hijo nacido por inseminación post – mortem, no establece nada con respecto a los derechos hereditarios del mismo, creándose así un vacío legal, que repercutirá en los derechos de los demás coherederos, de existir éstos.

---

<sup>122</sup> [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/114-2006.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/114-2006.html)

## Capítulo IV

### Diagnóstico y Propuesta

Habiendo desarrollado el tema de investigación y analizado las normas jurídicas vigentes que regulan tanto la Filiación como el Derecho Hereditario, debemos pasar ahora a hacer un diagnóstico sobre el tema de investigación en base a la información obtenida del trabajo de campo, es decir en un primer momento de la encuesta ejecutada y posteriormente de las entrevistas realizadas a profesionales entendidos en el tema.

#### **4.1. Encuesta: Universo y Muestra**

El presente diagnostico considera la encuesta realizada (21 de Marzo de 2008) a un universo conformado por la población total de estudiantes de la Carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés; población que, según el número de habilitados para las elecciones al Centro de Estudiantes de Derecho – 2008 (C.E.D.), está constituida por 10.453 estudiantes.

Se eligió este universo por el conocimiento que los sujetos a ser encuestados poseen del campo jurídico, así como de los principios generales que rigen al derecho; asimismo se consideró esta población con el objetivo de medir el grado de conocimiento que poseen acerca de las técnicas de reproducción asistida.

De la población estimada se extrajo una pequeña muestra de tipo probabilística, entendida como un *subgrupo de la población en el que todos los elementos de ésta tienen la misma posibilidad de ser elegidos*,<sup>123</sup> cuyo tamaño se determinó en base a una fórmula matemática, misma que se detalla a continuación:

---

<sup>123</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI ROBERTO, Metodología de la Investigación. Tercera Edición, Mc. Graw-Hill/Interamericana Editores S.A. DE C.V., 2002. Pág. 305

$N =$  *Tamaño de la población total.*

$\hat{y} =$  *valor promedio de una variable.*

$se =$  *Error estándar = 0.015, determinado por nosotros.*

$V^2 =$  *Varianza de la población. Su definición (Se): cuadrado del error estándar.*

$s^2 =$  *Varianza de la muestra expresada como la probabilidad de ocurrencia de  $\hat{y}$ .*

$n' =$  *Tamaño de la muestra sin ajustar.*

$n =$  *Tamaño de la muestra.*

Las fórmulas a utilizarse son:

$$n' = \frac{s^2}{V^2} \quad ; \quad s^2 = p(1-p) \quad ; \quad V^2 = (se)^2 \quad ;$$

$$n = \frac{n'}{1 + n' / N} \quad ;$$

<p>1. Hallar “s<sup>2</sup>”: tenemos que si: p = 0,8</p> $s^2 = p(1 - p)$ $s^2 = 0,8(1 - 0,8)$ $s^2 = 0,8(0,2)$ $s^2 = 0,16$	<p>2. Hallar “V<sup>2</sup>”:</p> $V^2 = (se)^2$ $V^2 = (0,015)^2$ $V^2 = 0,000225$	<p>3. Hallar “n’”:</p> $n' = \frac{s^2}{V^2}$ $n' = \frac{0,16}{0,000225}$ $n' = 711,11111$
---	---	---

4. Hallar “n”:

$$n = \frac{n'}{1 + n' / N}$$

$$n = \frac{711,11111}{1 + 711,11111 / 10453}$$

$$n = \frac{711,11111}{1 + 0,06802938}$$

$$n = \frac{711,11111}{1,06802938}$$

$$n = 665,8160564$$

Por lo tanto y de acuerdo a la fórmula desarrollada, la muestra requerida del universo (población) es de 665 estudiantes.

### 4.1.1. Tabulación e Interpretación de datos

VARIABLE	CATEGORIA	Nº DE PREGUNTA	ALTERNATIVA	INDICADORES	TOTAL	PORCENTAJE	INTERPRETACIÓN	
DEMOGRAFÍA DE LA ENCUESTA	EDAD			20 – 30	462	70 %	Más de la mitad de la población encuestada (70%) se halla constituida por personas entre los 20 y 30 años. Solo el 30 % de la población sobrepasa la edad de 30 años.	
				30 – 40	160	24 %		
				40 – 50	43	6%		
SEXO				Masculino	317	48 %	Más de la mitad de la población encuestada (52 %) corresponde al sexo femenino.	
				Femenino	348	52 %		
GRADO				Primer Año. Segundo Año. Tercer Año. Cuarto Año. Quinto Año.	31 45 73 268 248	5 % 7 % 11 % 40 % 37 %	La mayor parte de la población encuestada se halla conformada por estudiantes de los últimos años de la carrera de derecho. Los primeros años solo se hallan representados por 23 %.	
PREGUNTAS DE ENCUESTA	Conocimiento sobre las T.R.A.	1.	SI	1er 2do 3er 4to 5to	15 31 62 234 214	556	83 %	El 83 % de la población encuestada tiene conocimiento acerca de las técnicas de reproducción asistida. Solo el 17 % no tiene conocimiento sobre estas técnicas.
			NO	13 10 8 21 19	71	11 %		
			NO SABE	3 4 3 13 15	38	6 %		
	Conocimiento sobre I.A.P.M.	2.	SI	1er 2do 3er 4to 5to	3 14 37 191 183	428	65 %	El 65 % de la población encuestada posee conocimiento sobre la inseminación artificial post mortem homóloga. El 35 % de los encuestados no conoce sobre esta técnica de reproducción asistida.
			NO	6 21 21 44 37	129	19 %		
			NO SABE	22 10 15 33 28	108	16 %		
	Aceptación de la I.A.P.M.	3.	SI	1er 2do 3er 4to 5to	4 15 26 142 131	318	47 %	El 47 % de la población considera aceptable la práctica de la inseminación post mortem. El 28 % de los encuestados no consideran aceptable esta práctica médica. El 25 % no sabe si considerar aceptable o no dicha práctica.
			NO	5 16 25 76 62	184	28 %		
			NO SABE	22 14 22 50 55	163	25 %		

Incidencia en el campo Jurídico	4.	SI	1er	2do	3er	4to	5to	424	64 %	El 64 % de los encuestados cree que la inseminación post mortem tendrá influencia en el campo jurídico.			
		NO	10	14	24	41	33				122	18 %	
		NO SABE	9	14	17	33	46				119	18 %	El 18 % de la población considera que dicha técnica no tendrá influencia en el campo jurídico. El restante 18% no sabe.
Derecho a la filiación paterna	5.	SI	1er	2do	3er	4to	5to	458	69 %	El 69 % de la población encuestada considera que el hijo póstumo tiene derecho a establecer la filiación con su padre premuerto.			
		NO	4	14	22	58	30				128	19 %	
		NO SABE	2	14	14	37	12				79	12 %	El 19 % cree que el hijo póstumo no tiene derecho a establecer su filiación con su padre fallecido. El restante 12 % no sabe.
Clase de Filiación	5.1.	Matrimonial	1er	2do	3er	4to	5to	357	60 %	El 60 % de los encuestados cree que debe corresponderle una filiación matrimonial.			
		Extramatrimonial	12	13	16	95	99				235	40 %	El restante 40 % considera que le corresponde una filiación extramatrimonial.
Derecho hereditario del hijo póstumo	6.	SI	1er	2do	3er	4to	5to	238	36 %	El 36 % de los estudiantes considera que el hijo póstumo tiene el derecho de heredar a su padre fallecido.			
		NO	8	14	31	91	133				277	41 %	
		NO SABE	17	18	20	82	13				150	23 %	El 41 % de los encuestados cree que el hijo póstumo no puede heredar a su progenitor premuerto. El restante 23 % no sabe.
Necesidad de una norma que regule la I.A.P.M.	7.	SI	1er	2do	3er	4to	5to	656	98 %	El 98 % de los estudiantes considera que es necesaria una norma que regule esta práctica médica.			
		NO	3	0	1	0	1				5	1 %	
		NO SABE	2	2	0	0	0				4	1 %	El 1 % cree que no es necesaria. El 1 % restante no sabe.

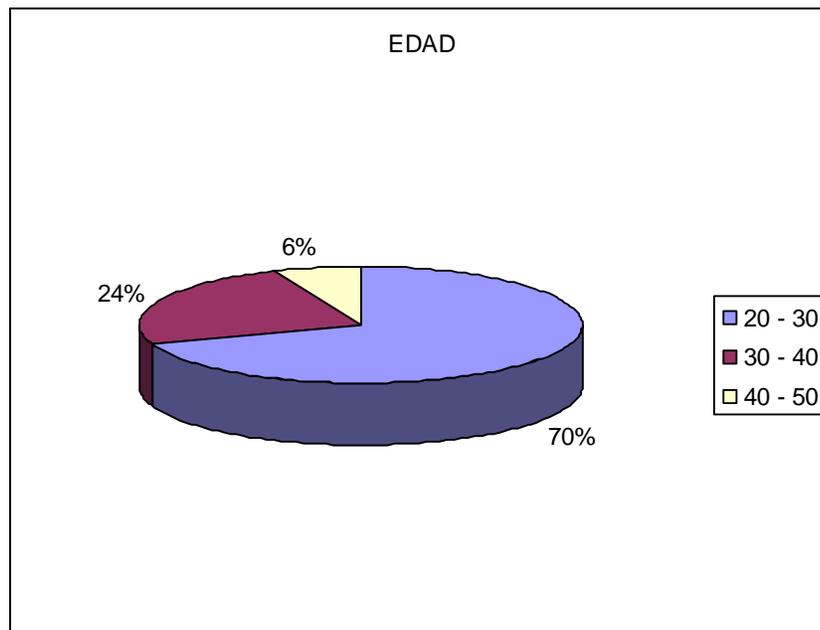
## 4.1.2. Análisis e Interpretación Estadística.

### a) Demografía de la Encuesta

Para la realización de la encuesta se tomó, de acuerdo a los resultados de la fórmula, una cantidad de 665 personas entre estudiantes de los 5 años de la Carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, con especial participación de los alumnos que cursan los últimos años; en consecuencia el acopio de datos en la etapa de trabajo de campo es expresada en los siguientes términos:

En relación a la edad de la muestra encuestada, la misma se halla constituida en un 70 % por personas cuya edad oscila entre los 20 y 30 años, del mismo modo un 24 % está conformado por personas cuya edad se encuentra entre los 30 y 40 años; finalmente los encuestados que cuentan con una edad mayor a los 40 años constituyen simplemente un 6 % de la muestra.

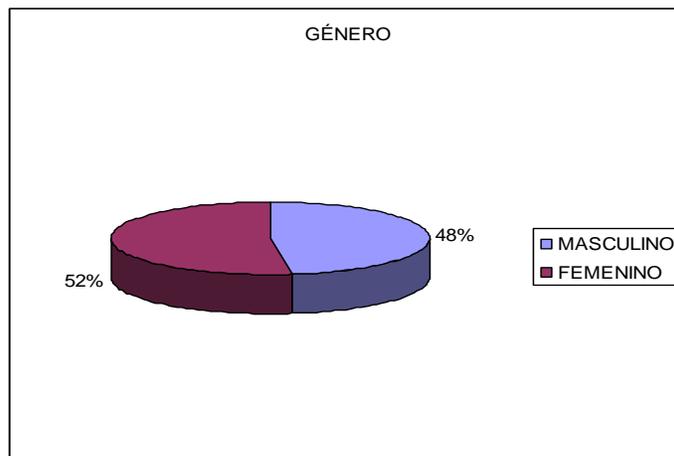
### GRÁFICO 1. EDAD



FUENTE: Elaboración Propia

Asimismo la mayor parte de la población encuestada se halla constituida por mujeres, mismas que alcanzan un total del 52 %; mientras que la población de sexo masculino abarca un 48 %; mostrándose de ésta manera una participación preponderante del sexo femenino.

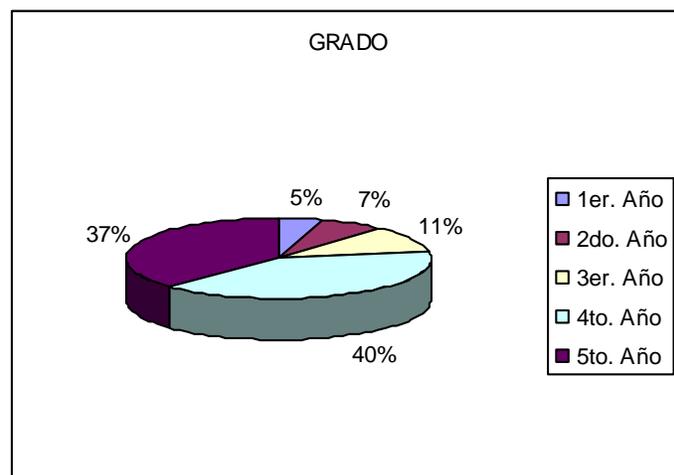
### GRÁFICO 2. GÉNERO



FUENTE: Elaboración propia

Puede apreciarse de forma clara, una mayor participación de los estudiantes que cursan los últimos años de la Carrera de Derecho; en tal sentido los estudiantes de 1er año solo conforman un 5 %, los de segundo año un 7 %, tercer año 11%, alumnos de 4to año un 40 % y finalmente los estudiantes de 5to año un 37 %.

### GRÁFICO 3. GRADO



FUENTE: Elaboración propia

## b) Contenido de Encuesta

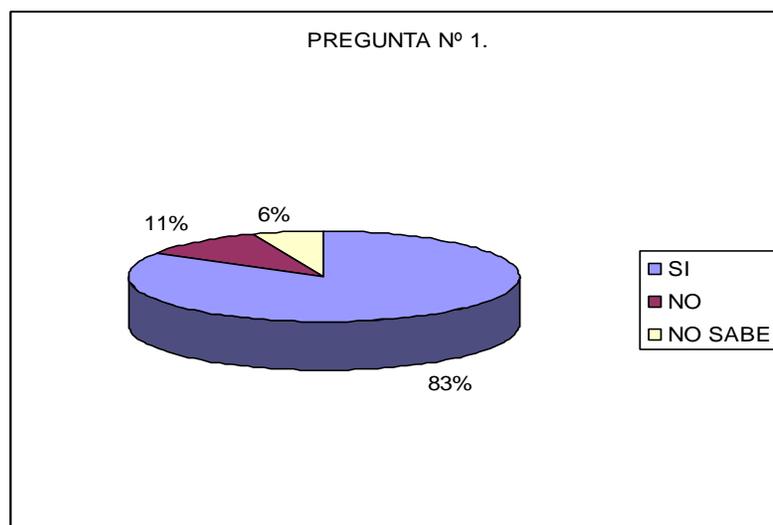
- **PRIMERA PREGUNTA: ¿Tiene o posee conocimiento acerca de las técnicas de reproducción asistida?**

La primera pregunta de encuesta fue elaborada con el fin de saber si la población encuestada tiene conocimiento acerca de las técnicas de reproducción asistida en general, ello en el afán de establecer si existe la suficiente información sobre las mismas;

El resultado de esta primera pregunta fue que el 83 % de la población encuestada si posee conocimiento sobre las técnicas de reproducción asistida y solo un 17 % no sabe acerca de las mismas; de modo tal que si existe la suficiente información.

No obstante de ello, puede apreciarse también que de ese 83 % de población, que si conoce de estas técnicas médicas, un 80 % corresponde a los estudiantes que cursan los últimos años de la Carrera de derecho; notándose claramente que los estudiantes de los primeros años no conocen mucho acerca de estas prácticas médicas.

### GRÁFICO 4. Conocimiento sobre las T.R.A.



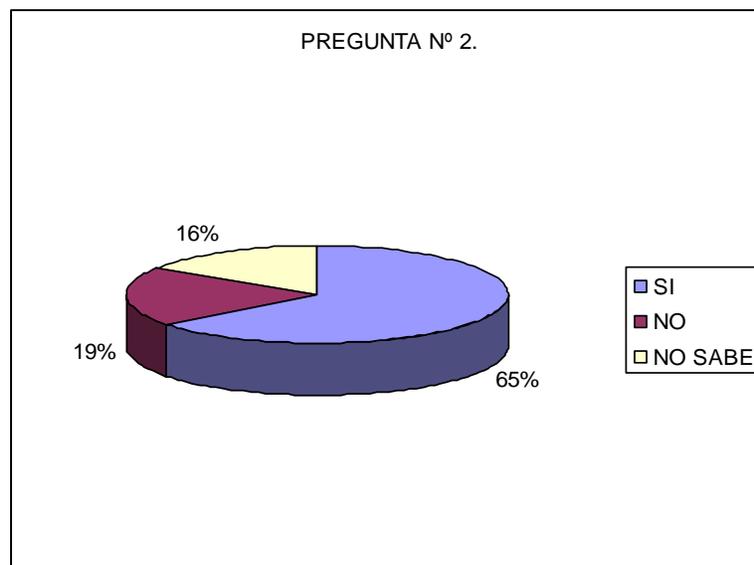
FUENTE: Elaboración Propia

- **SEGUNDA PREGUNTA: De acuerdo a la anterior pregunta, ¿tiene conocimiento acerca de la inseminación artificial post mortem, con semen del marido o conviviente fallecido (homóloga)?**

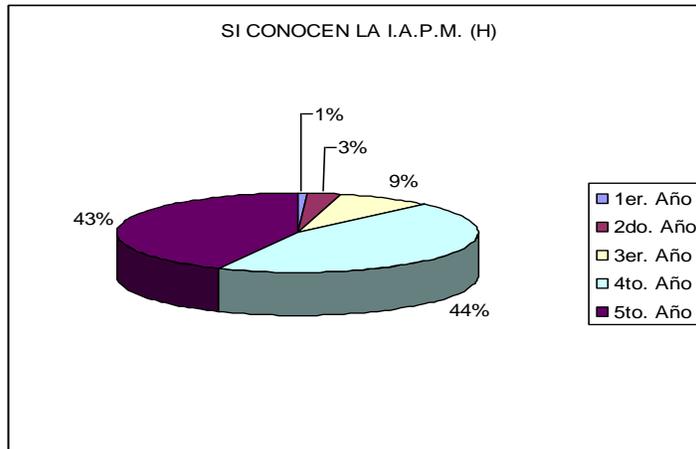
Esta segunda pregunta de encuesta estuvo orientada a determinar si la población tenía conocimiento acerca de la inseminación artificial post mortem (homóloga); la cuál refleja que un 65 % de la población si tiene conocimiento acerca de esta técnica médica, mientras que un 35 % no tiene conocimiento alguno.

Debe notarse que del 65 % que conoce acerca de esta práctica médica, un 87 % corresponde a estudiantes que cursan los últimos años de la carrera, mientras que los estudiantes de los primeros años constituyen solo un 13 %; seguramente ello se debe a que el tema es recién analizado en materias de segundo año.

#### **GRÁFICOS 5 y 6. Conocimiento sobre la I.A.P.M. (H)**



FUENTE: Elaboración Propia



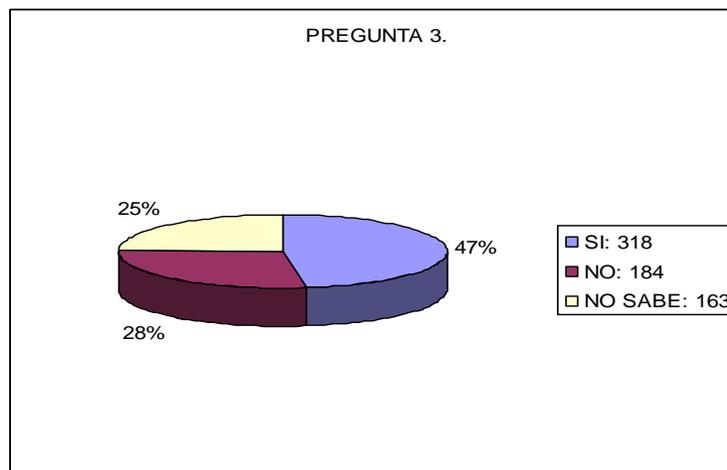
FUENTE: Elaboración Propia

• **TERCERA PREGUNTA: A criterio suyo, ¿considera aceptable la práctica de la inseminación artificial post mortem (homóloga)?**

Esta pregunta fue formulada en el afán de establecer el grado de aceptación que, dentro de nuestra sociedad tendría la práctica de inseminación post mortem (homóloga), y más aún por personas que tienen cierto conocimiento acerca de la misma.

En tal sentido los datos que arroja la encuesta son que un 47 % de los encuestados considera aceptable la realización de dicha práctica médica, un 28 % no está de acuerdo con la misma y finalmente un 25 % no sabe si estar de acuerdo o no.

**GRÁFICO 7. Grado de aceptación de la I.A.P.M.**



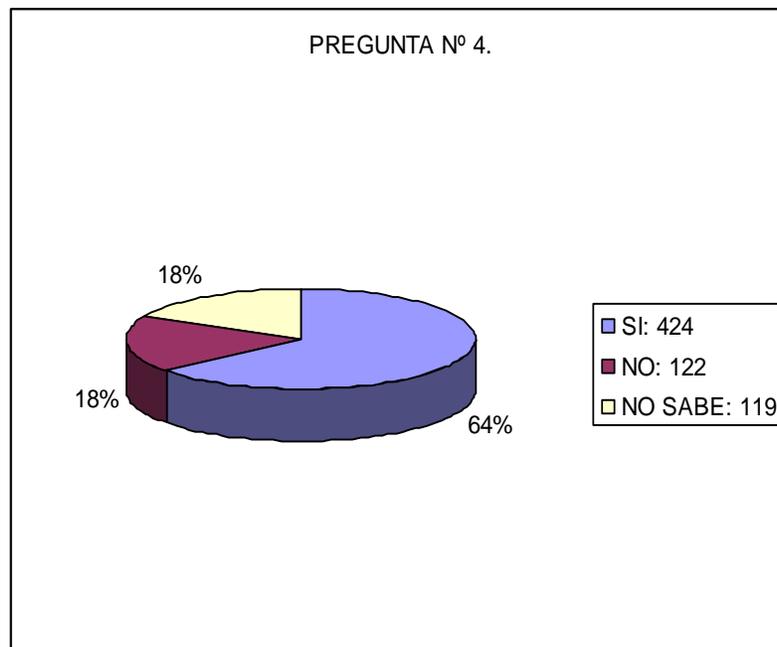
FUENTE: Elaboración Propia

- **CUARTA PREGUNTA: ¿Cree usted que esta técnica de inseminación tenga incidencia en el campo jurídico?**

La presente pregunta marca el criterio de los estudiantes sobre si dicha práctica médica puede influir en el campo jurídico, entendiendo que algunos institutos jurídicos podrían verse afectados por la misma.

En tal sentido los datos emergentes de dicha pregunta son que un 64 % de los encuestados consideran que esta práctica médica si tendrá incidencia en el campo del derecho, un 18 % cree que no y por último un 18 % no sabe si se generará alguna influencia

**GRÁFICO N° 8. Incidencia en el campo jurídico**



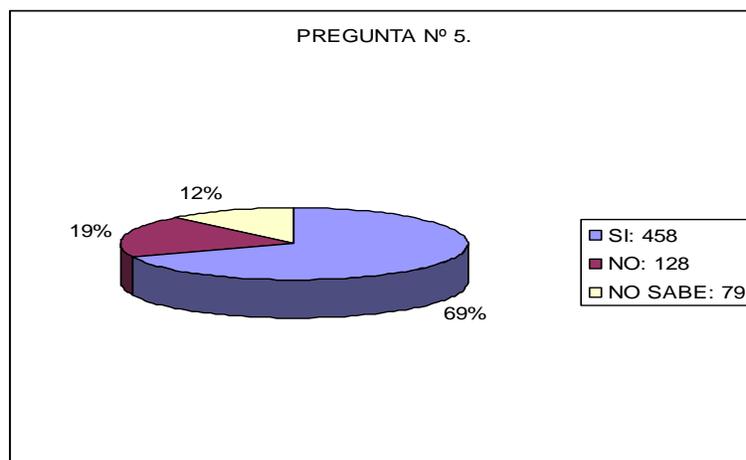
FUENTE: Elaboración Propia

- **QUINTA PREGUNTA: ¿Cree usted que el hijo nacido mediante inseminación post mortem (homóloga) tenga derecho a establecer la filiación correspondiente con su padre premuerto?**

Se formuló esta pregunta con el objetivo de establecer el criterio de la población, respecto a uno los institutos propios del derecho de familia frente a esta técnica de reproducción asistida,

En este afán se obtuvo que un 69 % de la población cree que el hijo póstumo tiene el derecho de establecerla, un 19 % considera que no tiene dicho derecho, finalmente un 12 % no sabe si a dicho hijo le asiste o no dicho derecho.

**GRÁFICO N° 9. Derecho a una filiación**

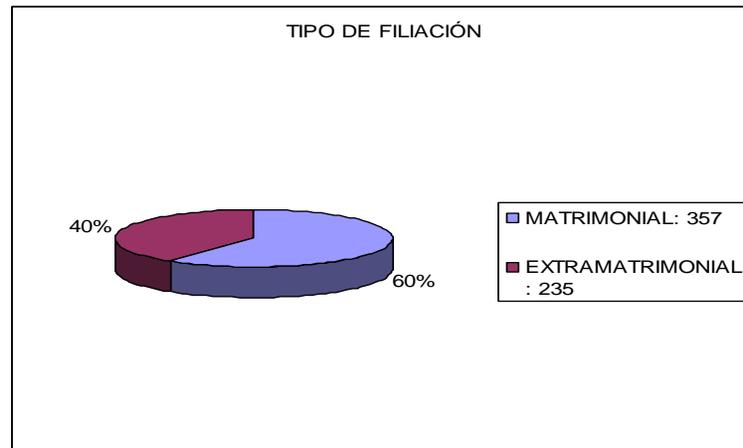


FUENTE: Elaboración Propia

**Y de ser así, ¿Qué tipo de filiación debiera corresponderle? ¿Matrimonial o extramatrimonial?**

Como quiera que 128 encuestados respondieron que el hijo póstumo no tiene derecho a establecer filiación alguna, 73 encuestados se abstuvieron de responder a esta segunda pregunta; es así que solo respondieron un total de 592 personas. En este entendido se determina que un 60 % de la población que respondió, considera que debe corresponderle una filiación matrimonial, el 40 % restante cree que solo debiera otorgársele una filiación extramatrimonial.

## GRÁFICO N° 10. Tipo de Filiación



FUENTE: Elaboración Propia

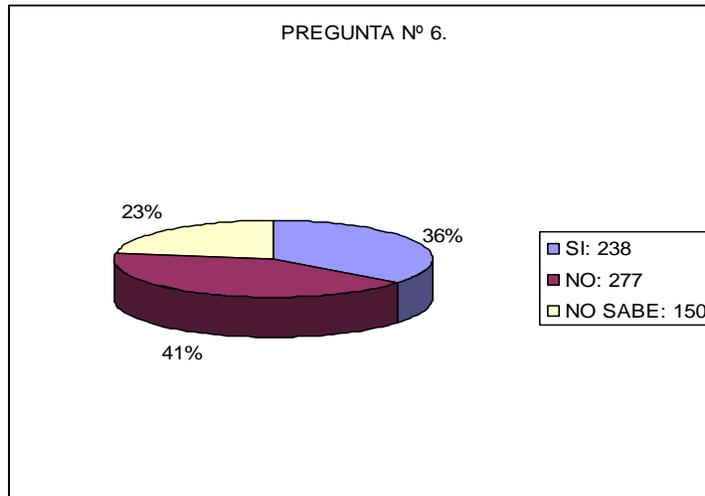
- **SEXTA PREGUNTA: Tomando en cuenta la capacidad para suceder ¿cree usted que el hijo póstumo tenga el derecho de suceder a su progenitor fallecido?**

Esta pregunta va orientada a determinar si al hijo póstumo, a criterio de los encuestados, le asiste un derecho hereditario sobre los bienes de su progenitor fallecido;

En tal sentido se puede apreciar que el 36 % de los estudiantes considera que el hijo póstumo tiene derecho de heredar a su padre premuerto, el 41 % cree que a dicho hijo no le asiste derecho hereditario alguno y por último el restante 23 % no sabe si el hijo póstumo, tiene o no, derechos hereditarios sobre los bienes de su progenitor.

De esta forma se aprecia que la mayoría de los encuestados considera que al hijo póstumo no le corresponde el derecho de suceder: Sin embargo se observa también que una considerable parte de los estudiantes de 4to y 5to año si le atribuyen dicho derecho, lo cuál resulta muy significativo para el presente trabajo, ello entendiendo que los mismos tienen un criterio bastante formado acerca del derecho sucesorio y los principios que lo rigen.

## GRÁFICOS N° 11 Y 12. Derecho hereditario del hijo póstumo



FUENTE: Elaboración Propia

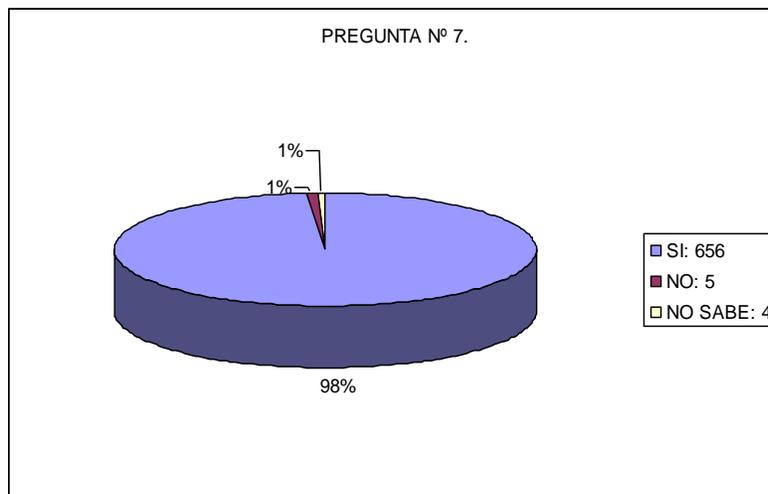


FUENTE: Elaboración Propia

- **SÉPTIMA PREGUNTA: ¿Considera necesario la implementación de una norma especializada que regule esta técnica de reproducción asistida?**

Finalmente se formuló esta pregunta para determinar el criterio de necesidad que se tiene por una norma especial que por vía directa regule las prácticas de reproducción asistida en nuestro país, de esta manera se determinó que el 98 % de los encuestados consideran necesaria una norma que regule esta práctica médica, el 1% considera innecesaria dicha norma, y finalmente el restante 1 % no sabe.

### GRÁFICO N° 13. Necesidad de una norma especializada



FUENTE: Elaboración Propia

## 4.2. Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Bolivia

En Bolivia el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida se inició con el primer bebé probeta nacido en enero de 1993 en la ciudad de Santa Cruz, como producto de la técnica de fertilización In Vitro. En tal sentido actualmente:

*“La demanda de embarazos sin conocer a la pareja (donante) va en constante aumento en Cochabamba. En los últimos tres años, el Instituto de Endocrinología y Reproducción Humana verificó un crecimiento del 15 por ciento en las solicitudes de embarazos de mujeres que desean tener hijos sin conocer ni tener contacto físico con el padre”.*<sup>125</sup>

*“Al respecto el Código de Ética del Colegio Médico otorga el visto bueno a los métodos de reproducción asistida, con la única condición de tener el consentimiento de la pareja. Para Ricardo Udler, del Servicio de Esterilidad, Fertilidad y Reproducción Asistida (SEFRA), el marco legal en nuestro medio es muy pobre. “Diez años se trató de sacar una ley, pero era trabajada por congresistas y no especialistas”.*<sup>126</sup>

<sup>125</sup> <http://salud.ops.org.bo/servicios/?DB=B&S11=3029&SE=SN>

<sup>126</sup> <http://www.bvsp.org.bo/cgi/sys/s2a.xic?DB=B&S2=2&S11=11617&S22=b>

En igual sentido, uno de los principales problemas que enfrenta la aprobación de estas técnicas de reproducción asistida, por parte de nuestra sociedad, es la falta de difusión; entendiéndose que dicha información se halla restringida a un número reducido de personas, a grupos sociales con una posición económica más estable; de tal forma que:

*“El Ministerio de Salud no informa al respecto, no hay campañas respecto a esto, no hay folletos; por ejemplo cuando se habla de planificación familiar, está dentro de la política de lo que es salud sexual y reproductiva, si, protección con anticonceptivos, incluso el tema aborto; pero no así de las técnicas de reproducción asistida, por que estas técnicas se han circunscrito a un manejo netamente privado.*

*El Gobierno, en su Política de Gobierno, de salud, no incluye ese tipo de técnicas o métodos de tratamiento para la infertilidad, entonces no se va a encontrar en ningún hospital, ni en ninguna universidad, menos una pública, este tipo de servicio”.*<sup>127</sup>

No obstante esta falta de difusión, determinados grupos sociales poseen cierto grado de conocimiento acerca de este tipo de técnicas médicas, tal el caso de la población encuestada (83 % de los encuestados posee conocimiento general acerca de las T.R.A.), misma que de un modo u otro debió tratar el tema en determinadas asignaturas de la carrera. Sin embargo ello no significa que la sociedad en su conjunto se halle familiarizada con estas nuevas formas de procreación.

Por otra parte estas técnicas de reproducción asistida se han ido realizando en diferentes centros de nuestro país:

*“De hecho La Paz Cochabamba y Santa Cruz tienen los principales centros de reproducción asistida, a nivel de las clínicas privadas exclusivamente, sobretudo Cochabamba y Santa Cruz están más adelantados que La Paz”.*<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> Entrevista realizada a Dra. Cortez Jaquelin, La Paz – Bolivia. 05/03/08. Ver Anexo 1

<sup>128</sup> Entrevista realizada a Dra. Cortez Jaquelin, La Paz – Bolivia. 05/03/08. Ver Anexo 1

*“En la ciudad de La Paz se utilizan tres métodos para lograr el embarazo con la ayuda de los médicos: coito asistido, inseminación y fertilización In Vitro. Sólo ocho clínicas practican la segunda técnica y dos la tercera”.*<sup>129</sup>

Entre los centros médicos que realizan éstas prácticas médicas se encuentran:

*“En La Paz, está la clínica GENES, la clínica ALEMANA, EMBRIOVID, también los laboratorios GEN Y VIDA de la Dra. Justina Ordóñez”.*<sup>130</sup>

Es necesario resaltar el hecho que todas las instituciones médicas que llevan adelante estas prácticas de reproducción asistida, se hallan en la esfera privada; entendiéndose que tanto la administración como la prestación de servicios se desarrollan netamente en un ámbito privado, es decir entre los médicos profesionales y las personas que acuden a dichas instituciones.

Hecho del cuál emerge un inminente peligro para la vida y seguridad del ser humano debido a la inexistencia de una norma que regule las técnicas de reproducción asistida; más aún cuando se trata de inseminaciones artificiales, mismas que, según la Dra. Cortez, son técnicas de reproducción asistida de baja complejidad, entendiéndose que pueden ser realizadas, incluso, en consultorios privados de médicos ginecólogos.

Por otro lado, si bien es notoria la necesidad de contar con una norma especializada que regule estas prácticas de reproducción asistida, también lo es la necesidad de adecuar la actual normativa con respecto a estas técnicas; entendiéndose que institutos propios del derecho se verán influenciados por éstas.

Es así que, de acuerdo a los criterios vertidos por el Dr. Raúl Jiménez y el Dr. José Cesar Villarroel en las entrevistas realizadas, debe introducirse ciertas excepciones a principios generales que rigen tanto a la filiación como al derecho hereditario; de modo tal que estos institutos jurídicos se ajusten al desarrollo de la ciencia en cuanto a las nuevas formas de procreación del ser humano.

---

<sup>129</sup> <http://www.bvsp.org.bo/cgi/sys/s2a.xic?DB=B&S2=2&S11=11617&S22=b>

<sup>130</sup> Entrevista realizada a Dra. Cortez Jaquelin, La Paz – Bolivia. 05/03/08. Ver Anexo 1

En este mismo sentido se materializan los criterios expresados por las personas encuestadas (Pregunta N° 5: Derecho a una filiación SI = 69 %; Pregunta N° 6: Derecho Hereditario SI = 36 %), de lo cuál resulta justo que al hijo póstumo le asistan los mismos derechos que a cualquier otro hijo, ello tomando en cuenta la igualdad de los hijos ante la ley.

### **4.3. Bolivia: Anteproyecto de Ley Sobre Reproducción Humana Asistida**

No obstante la inexistencia de una norma que por vía directa regule las prácticas de reproducción asistida, estas se han ido realizando bajo el amparo de un principio consagrado en el artículo 32 de la actual Constitución Política del Estado: “Todo lo que no esta prohibido esta permitido”

Sin embargo, si bien no existe una norma vigente en nuestro ordenamiento jurídico, que regule las técnicas de reproducción asistida; se cuenta con un anteproyecto de ley que es tratado desde el año 2000,

Este anteproyecto de Ley Sobre Reproducción Humana Asistida, fue consensuado en el Seminario Interdisciplinario de fecha 31 de octubre de 2000 en el Colegio de Abogados de Santa Cruz y redactado por la Asociación de Mujeres Universitarias Profesionales “AMUP” S.C.

En noviembre del año 2000, dicha comisión, presentó oficialmente ante la Cámara de Diputados el Anteproyecto de Ley Sobre Reproducción Humana Asistida, el cuál fue registrado con el número PL-087/2000-01 para su consiguiente tratamiento legislativo, empero aún no es discutido.

El referido anteproyecto está organizado en cuatro títulos y 75 artículos, y consigna disposiciones legales que regulan los siguientes aspectos referidos a la reproducción humana asistida:

- a) La finalidad de la reproducción humana asistida; señalando que es la de facilitar la reproducción cuando otros tratamientos fueron ineficaces.
- b) El requisito esencial para tener acceso a la técnicas de fecundación es el consentimiento de la pareja o persona infértil, que debe ser expresado cumpliendo con los procedimientos previstos para el efecto en la ley
- c) La subrogación de gestación, determinando que sólo será procedente a solicitud del matrimonio o pareja estable, en unión libre por más de dos años y con capacidad de contraer matrimonio, bajo las condiciones previstas en dicha ley.
- d) Las condiciones básicas para la reproducción asistida; entre ellas que la mujer tenga entre 18 y 40 años como máximo; que las técnicas de reproducción asistida deben ser utilizadas únicamente cuando se hayan agotado todos los recursos de la ciencia.
- e) Régimen legal sobre donación de gametos y embriones.
- f) El régimen de responsabilidad de las partes que intervengan en la reproducción humana asistida, es decir los profesionales médicos, los centros de reproducción y la pareja que se someta a la reproducción.
- g) El régimen de las prohibiciones, infracciones y sanciones.

Sin embargo lo realmente relevante para la presente investigación se halla contenido en el Capítulo II referido al establecimiento de la filiación y el Capítulo III acerca de la capacidad para suceder.

Con respecto al Capítulo II, se determina la maternidad y paternidad, el establecimiento de la filiación correspondiente de los hijos nacidos por fecundación asistida, disponiendo que se sujetará por analogía a las normas previstas en el Código de Familia.

En lo relativo al Capítulo III se establece la posibilidad de instituir sucesores a los hijos concebidos y nacidos después de que el de cujus haya muerto, siempre que éste haya dejado gametos o embriones congelados y haya autorizado por escrito la transferencia e implantación a su cónyuge o conviviente; práctica que deberá ser realizada dentro del término máximo de seis meses.

Como se podrá observar, dicho anteproyecto regula de manera expresa la inseminación post – mortem, estableciendo los efectos legales que la misma generaría en el campo familiar como hereditario.

Es de resaltar el significativo avance que este anteproyecto de ley presenta en la regulación de las técnicas de reproducción asistida, avance que se da más allá de muchas legislaciones extranjeras, en las que por uno u otro motivo no se las regula o, si se las regula, no se acepta la práctica de inseminación artificial post – mortem.

Sin embargo, es también clara la falta de interés por parte de los legisladores con respecto a éste tema, esto al observarse que dicho proyecto de ley, presentado el año 2000, se encuentra todavía varado y sin que existan señales de una pronta aprobación y posterior promulgación.

Ahora bien, después de haber realizado el análisis correspondiente sobre el Anteproyecto de Ley referido a las Técnicas de Reproducción Asistida, y ultimando que la misma prevé la inseminación post mortem (homóloga), tanto en materia familiar como sucesoria, observamos también que deben añadirse ciertas previsiones en el afán de otorgar mayor seguridad jurídica al hijo póstumo;

Entre ellas establecerse que, al realizarse dicha inseminación, cumpliendo con los requisitos señalados en el presente trabajo, debe otorgarse al hijo póstumo la filiación matrimonial correspondiente; entendiendo que esta técnica resulta éticamente aceptable cuando se respeta la voluntad de la persona, el principio de autonomía, y el respeto al individuo en su capacidad de decidir sobre su futuro, presente y sobre su propio cuerpo.

Por otro lado, debe también incorporarse al mencionado anteproyecto, en su capítulo referido a las prohibiciones, infracciones y sanciones, una infracción que, a criterio de este autor, debe ser considerada grave; y es el referido a la omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por dicho anteproyecto y demás normas concordantes; esto con el fin de compatibilizar sus disposiciones con las del Código de Familia y Código Civil.

## **4.4. Propuesta**

Por todo lo anteriormente expuesto, y habiendo establecido la inaplicabilidad de ciertas previsiones normativas, la necesidad de incorporar excepciones a reglas generales del derecho, debemos ahora proponer las soluciones a los problemas explicados anteriormente, todo ello orientado a otorgar seguridad jurídica al hijo póstumo;

Comenzamos respetando siempre la jerarquía normativa establecida en el artículo 228 de la actual Constitución Política del Estado.

### **a) Constitución Política del Estado de Bolivia**

- Respecto a la actual Constitución Política del Estado, creemos necesario incorporar la protección al ser humano desde el momento mismo de la concepción, sin tomar en cuenta la forma en que fue concebida o procreada la persona.
- Por otro lado, acerca del régimen familiar, debe establecerse en forma taxativa la igualdad de los hijos ante la ley tomando en cuenta a los hijos que pudiesen resultar producto de una técnica de reproducción asistida.

### **b) Código de Familia**

- De igual modo consideramos necesario el incorporar la igualdad de los hijos ante la ley, sin importar la forma en que éstos fueron procreados. Ello en el afán de que los hijos producto de una de estas técnicas, gocen de todos los derechos y privilegios que proclaman la Constitución Política del Estado y las leyes.

- Por otro lado, establecemos también la necesidad de implementar una excepción a la actual presunción de paternidad legítima referida al periodo mínimo y máximo de gestación, ello solo para el caso de la inseminación post – mortem; entendiéndose que dicho hijo nacerá, generalmente, después de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio y que el mismo fue concebido con el consentimiento de su progenitor fallecido; de modo tal que no puede negarse la paternidad del mismo.
- Con respecto a la prueba de filiación de los hijos nacidos por medio de técnicas de reproducción, creemos necesario tomar en cuenta tanto el factor biológico, como la voluntad del progenitor, de lo cuál resulta que dicha filiación podrá ser probada tanto por el principio de realidad biológica como por la voluntad del progenitor materializada en el consentimiento y otorgado en testamento.
- Por lo expuesto en el presente trabajo acerca de la acción para reclamar la filiación que, como explicamos anteriormente, genera cierta discriminación entre los hijos; es que creemos necesario incorporar una modificación, de modo tal que dicha acción sea imprescriptible para todos los hijos, sin importar su origen.
- Finalmente, el consentimiento otorgado para la inseminación post – mortem, deberá ser tomado como el reconocimiento de paternidad que asume el progenitor respecto al hijo póstumo; sin embargo el mismo no deberá limitarse al simple reconocimiento, debiendo por lo tanto surtir los efectos jurídicos de una legitimación, otorgándose de esta manera, y según sea el caso, la filiación matrimonial correspondiente.

### **c) Código Civil**

- Acerca del comienzo de la personalidad, prevista en el artículo primero, establecemos la necesidad de que el mismo considere a los concebidos por medio de una técnica de reproducción humana, otorgándoles así una debida protección y tutela jurídica.

- Con respecto a la capacidad para suceder, principal y único obstáculo para otorgar el derecho hereditario al hijo póstumo, creemos necesario incorporar una excepción a la misma, ello estableciendo los requisitos necesarios para que dicho hijo ingrese a la sucesión, que como desarrollamos en su momento, debe estar constituido por el debido consentimiento del progenitor, otorgado en testamento y que la concepción se realice dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del causante.

## **Conclusiones**

Al iniciar la presente investigación establecimos que determinar la filiación y el derecho hereditario del hijo póstumo, le otorga seguridad jurídica a su situación así como certeza sobre los derechos que le asisten; de esta forma se abordó los puntos referidos a la filiación, al derecho hereditario y su relación con la práctica de inseminación artificial post mortem; concluyendo que nuestro actual ordenamiento jurídico, así como los institutos jurídicos que lo conforman, no consideran el desarrollo de las nuevas formas de procreación, negándole, a la persona nacida por medio de estas técnicas, todos los elementos protectivos tanto espirituales como materiales.

Establecemos la imperiosa necesidad de implementar excepciones a los principios y reglas que rigen la Filiación como el Derecho Hereditario (Dr. Raúl Jiménez, Dr. José Villarroel. VER ANEXOS), así como la de contar con una norma especializada que regule las técnicas de reproducción asistida (98 % encuestados). Es en este sentido que a lo largo de la investigación se determinó los requisitos que deberán ser los exigidos para llevar adelante la práctica de inseminación post mortem; mismos que se hallan constituidos por el debido consentimiento, contenido en instrumento público o testamento abierto otorgado ante notario y testigos, y que la concepción del nuevo ser se realice dentro de los 6 meses siguientes al fallecimiento del progenitor.

Entre los puntos analizados se estableció la inaplicabilidad de la presunción de paternidad legítima, en relación al período mínimo y máximo de gestación; entendiéndose que el hijo póstumo generalmente nacerá después de los 300 días de disuelto el matrimonio. De igual forma se establece que la filiación correspondiente al hijo póstumo deberá ser matrimonial (según 60 % encuestados; criterio del Dr. Raúl Jiménez S. VER ANEXOS), según sea el caso, entendiéndose justo al haber sido concebido con el material genético de personas que se hallaban unidas por vínculo matrimonial, y que fue deseo de éstas, el procrear descendencia, inclusive después de la muerte de uno de ellos.

Con respecto al derecho hereditario, concluimos que la clásica concepción acerca de la capacidad de suceder, resulta obsoleta frente a las nuevas técnicas de procreación, por las cuales es posible traer al mundo a personas mucho tiempo después del fallecimiento de sus progenitores, pero que biológicamente desciende de éstos. En este sentido concluimos, que el hijo póstumo tiene el derecho de ingresar a la sucesión de su padre premuerto (según 36 % de encuestados; criterio Dr. José C. Villarroel, VER ANEXOS), entendiéndose que resulta justo, siempre que se cumpla con los requisitos a ser señalados; de no ser así no podrá otorgársele derecho alguno sobre el patrimonio del causante, ya que se lo considerará excluido del mismo.

Sin embargo, y con la finalidad de no dejar desamparado al hijo póstumo, creemos necesario establecer la posibilidad de que el mismo, si bien no ingresa a la sucesión de su padre premuerto, pueda recibir una pensión alimenticia mínimamente hasta que cumpla la mayoría de edad o pueda valerse por si mismo, entendiéndose a esta pensión alimenticia como una carga al patrimonio hereditario y una especie de compensación por habersele excluido de la misma. Sin embargo este tema bien pudiera ser tratado y resuelto por futuras investigaciones.

Finalmente concluimos que al prever las nuevas formas de procreación y señalar los requisitos para llevar adelante una u otra técnica de reproducción asistida, es que se otorga seguridad jurídica a la situación del ser nacido por medio de estas prácticas, así como certeza sobre sus derechos. De tal forma que los más altos valores, como son la vida, la igualdad y la libertad serán resguardo de una normativa justa e igualitaria, para lo cuál resulta menester determinar las directrices fundamentales y prever, no sólo una consideración axiológica de los resultados a que puede conducir la genética, sino su adecuada integración, en función a una adecuada interpretación del derecho vigente.

## **Anteproyectos**

# **ANTEPROYECTO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE BOLIVIA (Ley N° 2650)**

**SEÑOR. JUAN EVO MORALES AYMA  
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA**

### **Exposición de motivos**

La ciencia médica a nivel mundial, ha permitido innumerables avances en los últimos años, en lo que refiere a la reproducción humana asistida, tema que indudablemente tiene connotaciones éticas, religiosas y morales.

Preocupados por la necesidad de contar con leyes, que regulen claramente los alcances y las prácticas de estos procedimientos médicos; que brinden protección tanto a médicos, como a las personas que acuden a éstos métodos de reproducción.

Considerando que las leyes cualquiera fuere el estado en que se encuentre el ser humano, deben proteger los siguientes bienes jurídicos: el derecho a la vida, derecho a conocer su origen biológico, el derecho a ser procreado y tener una familia, derecho a la libre disposición del cuerpo, derecho a la dignidad, a la identidad, derecho a la igualdad, derecho a procrear.

Que toda protección al ser humano debe partir de la norma fundamental de cada Estado, para que el resto del ordenamiento jurídico vigente respete y proteja los valores en ella consagrados.

Con estas consideraciones, se presenta ante la Honorable Cámara de Diputados el Anteproyecto de Ley sobre Reforma a la Constitución Política del Estado de Bolivia, el mismo que abarca las modificaciones a introducirse; y que de acuerdo a criterio nuestro se hacen necesarios dentro de la norma fundamental, para el bien de la población boliviana y el desarrollo armónico de la ciencia.

**Artículo 1. (Objeto).** El presente anteproyecto tiene por objeto la incorporación de modificaciones a la actual Constitución Política del Estado, tomando en cuenta el significativo avance de la ciencia médica en nuestro medio; ello en el afán de tutelar la vida y seguridad de la persona en su calidad de ser humano.

**Artículo 2. (Fundamentos y Concordancias).** De conformidad a los artículos 230, párrafos I, II, III; 231, párrafos I, II; 232, párrafos I, II de la Constitución Política del Estado, modificase los artículos 6, 7, 195 de la actual Constitución Política del Estado, los mismos que tendrán la redacción que a continuación se indica:

## ***PARTE PRIMERA***

### ***LA PERSONA COMO MIEMBRO DEL ESTADO***

#### ***TÍTULO PRIMERO***

##### ***DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LA PERSONA***

**Artículo 6. I.** *Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.*

*Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera.*

**II.** *La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.*

*Artículo 7. Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*

*a) A la vida desde su concepción, la salud y la seguridad*

**PARTE TERCERA**  
**REGÍMENES ESPECIALES**  
**TÍTULO QUINTO**  
**RÉGIMEN FAMILIAR**

*Artículo 195. I. Todos los hijos, sin distinción de origen, o procreados con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores.*

*II. La filiación se establecerá por todos los medios que sean conducentes a demostrarla, de acuerdo al régimen que determine la ley.*

*III. Queda prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación entre estos y sus hijos, en los registros civiles y en cualquier otro documento.*

**DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

**Artículo 1.** Las modificaciones del presente anteproyecto de ley, una vez aprobada, sancionada y promulgada por el ejecutivo, serán de aplicación inmediata a partir de su correspondiente publicación, mismas que no tendrán efecto retroactivo.

**DISPOSICIONES FINALES**

**Artículo 1.** Se derogan los artículos 6, 7, 195 de la actual Constitución Política del Estado.

**Artículo 2.** El Honorable Congreso de la Nación procederá a modificar la normativa vigente, ello en el afán de compatibilizar las modificaciones introducidas en la Constitución Política del Estado con el resto del ordenamiento jurídico de la nación.

La Paz, Junio de 2008

CXLVIII

# **ANTEPROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE FAMILIA (Ley N° 1047)**

**SEÑOR JUAN EVO MORALES AYMA  
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE REPÚBLICA DE BOLIVIA**

## **Exposición de Motivos**

El adelanto médico, en lo que refiere a las técnicas de reproducción asistida, no se han visto extrañas a la sociedad boliviana, de modo tal que en la actualidad nos encontramos convencidos de la necesidad de analizar adecuadamente las múltiples implicancias éticas y jurídicas que derivan de estas técnicas en seres humanos.

El principio filosófico que anima, es recordar que la especie humana, ha logrado descifrar los misterios de la reproducción, dejando de lado la casualidad y permitiendo corregir eventuales faltas de esta. La ciencia médica ha permitido que tanto el hombre como la mujer puedan desarrollar el privilegio de la reproducción asistida, devolviéndoles la felicidad al darles la posibilidad y el derecho a la descendencia.

En la actualidad las técnicas de reproducción humana asistida se las realiza en todo el mundo con o sin normativa jurídica, bajo esta perspectiva es aconsejable desprenderse de los prejuicios, e ir en busca del propio bienestar y el bien común; es imprescindible que exista amplia colaboración entre la sociedad y la ciencia, en beneficio del ser humano respetando sus derechos, las libertades fundamentales y sobre todo la dignidad del individuo.

Por los alcances de protección a la sociedad en su conjunto, se hace necesaria una legislación que permita derechos y obligaciones a las partes intervinientes, por lo que el presente proyecto de ley contempla aspectos legales que regulan los efectos de estas técnicas de reproducción asistida en el ámbito familiar.

Con estas consideraciones, se presenta ante la Honorable Cámara de Diputados el Anteproyecto de Ley sobre Reforma al Código de Familia de Bolivia, el mismo que abarca las modificaciones a introducirse; y que de acuerdo a criterio nuestro se hacen necesarios para el bien de la población boliviana y el desarrollo armónico de la ciencia.

**Artículo 1.- (Objeto).** Tomando en cuenta el significativo avance de la ciencia médica en nuestro medio, el presente anteproyecto tiene por objeto la incorporación de modificaciones al actual Código de Familia Ley N° 1047; ello en el afán de proteger a la familia como núcleo de la sociedad, así como los derechos de sus miembros sin tomar en cuenta distinción alguna.

**Artículo 2.- (Fundamentos y Concordancias).** En concordancia con los artículos 6, párrafos I, II; 7, inciso a); 59, numeral 1a; 193; 194, párrafos I, II; 195, párrafos I, II de la Constitución Política del Estado, modifícase los artículos 173, 174, 178, 179, 181, 190, 191, 195, 206 del actual Código de Familia, los mismos que tendrán la redacción que a continuación se indica:

***LIBRO SEGUNDO  
DE LA FILIACIÓN***

***TÍTULO I  
DE LOS DERECHOS Y DE LOS DEBERES DE LOS HIJOS***

***CAPÍTULO ÚNICO  
DISPOSICIONES GENERALES***

*“Artículo 173. (Principio de igualdad de los hijos). Todos los hijos sin distinción de origen, o procreados con asistencia científica, tienen los mismos derechos y deberes respecto a sus padres.*

**Artículo 174. (Derechos fundamentales de los hijos).** *Los hijos tienen los derechos fundamentales siguientes:*

*1° A establecer su filiación paterna y materna, y de llevar el apellido de sus progenitores.*

*2° A ser mantenidos y educados por sus padres durante su minoridad.*

*3° A heredar a sus padres.*

*4° A ejercer los derechos que este Código concede a los hijos póstumos*

*Gozan de estos mismos derechos los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier técnica de reproducción asistida. Esta enumeración no importa la negación de otros derechos reconocidos por el presente Código y el ordenamiento legal del país.*

## **TÍTULO II**

### **DEL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN**

#### **CAPÍTULO I**

##### **DE LOS HIJOS DE PADRE Y MADRE CASADOS ENTRE SI**

#### **SECCIÓN I**

##### **DE LAS PRESUNCIONES CONCERNIENTES A LA FILIACIÓN**

**Artículo 178. (Paternidad del marido).** *I. El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido de la madre; incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier técnica de reproducción asistida, cuando éste otorgó su consentimiento para el mismo.*

*II. De igual modo, el hijo concebido después de fallecido el padre, por medio de una técnica de reproducción asistida contando con el debido consentimiento para el mismo, y nacido en un periodo máximo de 480 días computados desde la muerte del mismo, tiene por padre al marido premuerto, produciéndose los efectos legales de la filiación matrimonial.*

**Artículo 179. (Concepción durante el matrimonio).** Salvo lo establecido en el párrafo II del artículo anterior, se presume concebido durante el matrimonio al hijo que nace después de los ciento ochenta días de su celebración hasta los trescientos días siguientes a su disolución o anulación.

En este último caso el plazo se cuenta desde el día que sigue a la separación de los esposos.

## **SECCIÓN II DE LA PRUEBA DE FILIACIÓN**

**Artículo 181. (Partida de matrimonio de los padres y de nacimiento del hijo).** La filiación del hijo de padre y madre casados entre sí, se prueba con los certificados o testimonios de las partidas de matrimonio de los padres y de nacimiento del hijo constantes en el registro.

La filiación de los hijos nacidos por medio de técnicas de reproducción asistida se prueba con los certificados o testimonios antes mencionados, o con la debida autorización otorgada en instrumento público, para la realización de dichas técnicas.

## **SECCIÓN II DE LAS ACCIONES SOBRE FILIACIÓN**

**Artículo 190. (Hijo nacido después de trescientos días de la disolución o anulación del matrimonio o de la ausencia del marido).** El hijo nacido después de trescientos días de la disolución o anulación del matrimonio, computables conforme a la última parte del artículo 179, no goza de la presunción de paternidad.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el hijo nacido después de los trescientos días de disuelto el matrimonio por medio de una técnica de reproducción asistida, goza de dicha presunción, siempre que la misma se haya realizado con el material genético de ambos progenitores y que éstos hayan otorgado su consentimiento.

*Las mismas reglas se aplican en caso de ausencia del marido, a contar desde el día siguiente a su desaparición. Queda a salvo el derecho del hijo para establecer la filiación que le corresponda.*

## **CAPÍTULO II**

### **DE LOS HIJOS DE PADRE Y MADRE NO CASADOS ENTRE SI**

#### **SECCIÓN I**

##### **DEL RECONOCIMIENTO DEL HIJO**

*Artículo 195. (Reconocimiento expreso). I. El reconocimiento del hijo puede hacerse:*

*1º En la partida de nacimiento del registro civil o en el libro parroquial ante el oficial o el párroco, respectivamente, con la asistencia de dos testigos, ya sea en el momento de la inscripción o en cualquier otro tiempo.*

*2º En instrumento público o en testamento.*

*3º En documento privado reconocido y otorgado ante dos testigos.*

*II. Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aún cuando no se encuentre en el útero materno al momento del reconocimiento.*

#### **SECCIÓN III**

##### **DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD**

*Artículo 206. (Declaración judicial de paternidad). Si no hay reconocimiento ni posesión de estado, puede demandarse el establecimiento de la filiación por declaración judicial de paternidad.*

*La acción para reclamar la paternidad es imprescriptible; procede tanto en vida del pretendido padre, como después de su muerte y corresponde al hijo o a quien lo represente y a sus herederos, conforme a las previsiones del artículo 191, pudiendo también intervenir el organismo administrativo protector de menores.*

*El hijo póstumo, o el que por ignorancia, engaño o por causa de fuerza mayor, no hubiese reclamado oportunamente su filiación podrá dirigir su acción contra los herederos del pretendido padre.*

*La demanda se interpone ante el juez de partido familiar del domicilio del demandado y se la tramita en la vía ordinaria de hecho.*

### **DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

**Artículo 1.** Las modificaciones del presente anteproyecto de ley, una vez aprobada, sancionada y promulgada serán de aplicación inmediata a partir de su correspondiente publicación, las mismas que no tendrán efecto retroactivo.

### **DISPOSICIONES FINALES**

**Artículo 1.** Se derogan los artículos 173, 174, 178, 179, 181, 190, 191, 195, 206 del actual Código de Familia.

**Artículo 2.** El Honorable Congreso de la Nación procederá a compatibilizar las modificaciones introducidas al Código de Familia con el resto del ordenamiento jurídico de la nación.

La Paz, Junio de 2008

# **ANTEPROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL (Decreto Ley N° 12760)**

**SEÑOR JUAN EVO MORALES AYMA  
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA**

## **Exposición de motivos**

Considerando los avances que la técnica médica alcanzó en las últimas décadas, avances científicos y espectaculares logros que pueden llegar a conmover los cimientos mismos de los principios seculares del derecho, es que nos vemos en la necesidad de replantear aspectos jurídicos y éticos tradicionales.

Todo ello partiendo del principio de igualdad que debe asistir a todo ser humano sin importar su origen, tal y como se afirma en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

No obstante la inexistencia de una norma especializada en materia de reproducción humana, no podemos ignorar los efectos jurídicos que la misma genera en los demás ámbitos del derecho;

Y en el afán de otorgar seguridad jurídica a los seres humanos nacidos por medio de estas técnicas de reproducción, es que establecemos excepciones a aquellos principios generales del derecho que se ven afectados por dichas prácticas médicas.

Con estas consideraciones, se presenta ante la Honorable Cámara de Diputados el Anteproyecto de Ley sobre Reforma al Código Civil Bolivia, el mismo que abarca las modificaciones a introducirse; y que de acuerdo a criterio nuestro se hacen necesarios para el bien de la población boliviana y el desarrollo armónico de la ciencia.

**Artículo 1.- (Objeto).** El presente anteproyecto tiene por objeto la incorporación de modificaciones al actual Código Civil Decreto Ley N° 12760, esto con el fin adecuar sus disposiciones al desarrollo de la ciencia médica en cuanto a la reproducción humana se refiere, tutelando de mejor forma los derechos de las personas.

**Artículo 2.- (Fundamentos y Concordancias).** En concordancia con los artículos 6, párrafos I, II; 7, inciso a); 59, numeral 1a de la Constitución Política del Estado, modifícase los artículos 1, 1008, 1084, 1122 del actual Código Civil, los mismos que tendrán la redacción que a continuación se indica:

**LIBRO PRIMERO  
DE LAS PERSONAS**

**TÍTULO I  
DE LAS PERSONAS INDIVIDUALES**

**CAPÍTULO I  
DEL COMIENZO Y FIN DE LA PERSONALIDAD**

*“Artículo 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.*

*Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aún cuando no se encuentren en el útero materno.*

**LIBRO CUARTO**  
**DE LAS SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE**

**TÍTULO I**  
**DE LAS DISPOSICIONES COMUNES A LAS SUCESIONES EN GENERAL**

**CAPITULO II**  
**DE LA CAPACIDAD DE SUCEDER**

*Artículo 1008. (Capacidad de las personas) I. Para suceder es preciso existir en el momento de abrirse la sucesión, nacido o concebido; salvo que el autor de la herencia dispusiere válidamente en instrumento público, la posibilidad de la inseminación de su esposa o concubina, después de su muerte.*

*En este último caso, la mujer deberá estar embarazada dentro de seis meses después de la muerte del marido.*

*II. Salva prueba contraria se presume concebido en el momento de abrirse la sucesión a quien ha nacido con vida dentro de los 300 días después de muerto el de cujus.*

*III. Los hijos, aún no estando concebidos todavía, de una determinada persona que vive al morir el testador, pueden ser instituidos sucesores.*

**TITULO II**  
**DE LA SUCESIÓN LEGAL**  
**CAPÍTULO I**  
**DISPOSICIONES GENERALES**

*Artículo 1084. (Trato igualitario). A los descendientes, procreados en forma natural o con ayuda de técnicas de reproducción asistida, ascendientes y parientes colaterales se les defiere la herencia sin tener en cuenta el origen de la relación de familia que existió entre ellos y la persona de cuya sucesión se trata.*

**TITULO III**  
**DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA**

**CAPÍTULO II**  
**DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR Y PARA RECIBIR POR TESTAMENTO**

**SECCIÓN II**  
**DE LA CAPACIDAD PARA RECIBIR POR TESTAMENTO**

*Artículo 1122 (Incapaces para recibir por testamento). Son incapaces para recibir por testamento:*

*1 Los que no estén concebidos al morir el testador y los concebidos que no nacen con vida. Se exceptúa los casos previstos en los parágrafos I y III del artículo 1008.*

**DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

**Artículo 1.** Las modificaciones del presente anteproyecto de ley, una vez aprobada, sancionada y promulgada serán de aplicación inmediata a partir de su correspondiente publicación, las mismas que no tendrán efecto retroactivo.

**DISPOSICIONES FINALES**

**Artículo 1.** Se derogan los artículos los artículos 1, 1008, 1084, 1087, 1112, 1122 del actual Código Civil.

**Artículo 2.** El Honorable Congreso de la Nación procederá a compatibilizar las modificaciones introducidas al Código Civil con el resto del ordenamiento jurídico de la nación.

La Paz, Junio de 2008

## **BIBLIOGRAFÍA**

- D` AGUANNO JOSÉ, Génesis y Evolución del Derecho Civil Tomo Segundo. Imprenta de Gabriel L. Horno, San Bernardo, Madrid – España.
- ENGELS FRIEDRICH, El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. Primera Edición. Latinas Editores.
- FASSI SANTIAGO C., Tratado de los Testamentos Volumen 1. Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires – Argentina 1970.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI ROBERTO, Metodología de la Investigación. Tercera Edición, Mc. Graw-Hill/Interamericana Editores S.A. de C.V.
- JIMÉNEZ SANJINÉS RAÚL, Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor, Tomo I. Segunda Edición, Editorial Turpo Editores, La Paz – Bolivia, 2006.
- MAMANI MAMANI JAIME, Apuntes Derecho Civil I: Personas y Derechos Reales, Clases 2004, Universidad Mayor de San Andrés.
- MENDEZ COSTA MARIA JOSEFA, La Filiación. Editorial Rubinzal – Culzoni S.C.C. Editores, Santa Fe – Argentina.
- MESSINEO FRANCESCO, Manual de Derecho Civil y Comercial Tomo III, Derechos de la Personalidad – Derecho de la Familia – Derechos Reales. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires.
- ORTIZ MARQUEZ JULIO, Comentarios a las instituciones de Gayo. Coedición de Ediciones tercer mundo y Universidad libre de Colombia.
- PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Familia y sus Instituciones. Segunda Edición, Editorial Gráfica GG, La Paz – Bolivia, 2002.

- PAZ ESPINOZA FÉLIX C., Derecho de Sucesiones Mortis Causa, Tercera Edición, Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia, 2004.
- SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL, Derecho Sucesorio 4ta. Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile 1988.
- SOTO LAMADRID MIGUEL ÁNGEL, Biogenética filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Prólogo a Eduardo Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990.
- VILLARROEL BUSTIOS JOSÉ CESAR, Apuntes Derecho Civil I: Personas y Derechos Reales, Clases 2005, Universidad Mayor de San Andrés.
- VILLARROEL FERRER CARLOS JAIME, Derecho Procesal y Ley Orgánica del Poder Judicial, 3ra Edición. Editorial Servicios Gráficos Illimani, La Paz – Bolivia.
- ZANNONI EDUARDO A., Derecho de las Sucesiones Tomo I, 3ra Edición ampliada y actualizada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires 1982.
- ZANNONI EDUARDO A., Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- ENTREVISTA REALIZADA A DRA. CORTEZ JAQUELIN, La Paz – Bolivia. 05/03/08.
- ENTREVISTA REALIZADA AL DR. JIMÉNEZ SANJINÉS RAÚL, La Paz – Bolivia. 26/03/08.

- ENTREVISTA REALIZADA AL DR. VILLARROEL BUSTIOS JOSÉ CESAR, La Paz – Bolivia. 15/03/08.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.
- REPÚBLICA DE BOLIVIA, Constitución Política del Estado. Ley N° 2650. Gaceta Oficial, La Paz – Bolivia, 2004
- REPUBLICA DE BOLIVIA, Código Civil. Decreto Ley N° 12760 de 6 de agosto de 1975.
- REPÚBLICA DE BOLIVIA, Código de Familia. Ley N° 1047, de 23 de agosto de 1972.
- [http://html.rincondelvago.com/derecho-de-sucesion-boliviano\\_1.html](http://html.rincondelvago.com/derecho-de-sucesion-boliviano_1.html)
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200206-6561322410231411.html>
- <http://salud.ops.org.bo/servicios/?DB=B&S11=3029&SE=SN>
- <http://www.bvsp.org.bo/cgi/sys/s2a.xic?DB=B&S2=2&S11=11617&S22=b>
- [http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal/dt7/colombia\\_1991\\_2001htm](http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal/dt7/colombia_1991_2001htm)
- <http://www.fmmeduccion.com.ar/Recursos/Constitu/0constituciones.htm>
- <http://www.judílicas.unam.mx./publica/rev/boletin/cont/82/art2.htm>
- <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/27codciv.pdf>

# **ANEXOS**

## **ANEXO 1** **CUESTIONARIO DE ENTREVISTA**

### **DATOS DE LA ENTREVISTADA**

NOMBRE:	Dra. Jaquelin Cortez
OCUPACIÓN:	Docente Investigadora del Instituto de Genética – U.M.S.A.
CARGO:	Responsable área de docencia
FECHA	05 de Marzo de 2008.

**1. ¿Considera que nuestra sociedad se halla preparada para las técnicas de reproducción asistida?**

En realidad yo creo que hay digamos poca información respecto a éstas técnicas de reproducción asistida y además esta información esta restringida a grupos sociales digamos más reducido, e incluso digamos que tiene una posición económica socialmente digamos más estable, más elevada.

Por que la reproducción asistida está circunscrita a aquellas personas que tienen dinero, o sea pueden pagar... digamos, el costo de lo que cuesta digamos aplicar estas técnicas, si; por tanto no hay.

Por ejemplo el Ministerio de Salud no informa al respecto, no hay campañas respecto a esto, no hay folletos, por ejemplo cuando se habla de planificación familiar, usted habla de planificación familiar. El Ministerio digamos está dentro de su política de lo que es salud sexual y reproductiva, si, protección con anticonceptivos, incluso el tema aborto, entonces digamos se habla, pero no así de las técnicas de reproducción asistida, por que estas técnicas se han circunscrito a un manejo netamente privado.

El gobierno, en su política de gobierno de salud no incluye ese tipo, digamos, de técnicas o métodos de tratamiento para la infertilidad, entonces usted no va a encontrar en ningún hospital, ni en ninguna universidad, menos una pública, este tipo de servicio;

Años antes, mas o menos le estoy hablando unos 10 años atrás, había acá un laboratorio de reproducción humana, donde se aplicaban este tipo de técnicas, hasta de inseminación artificial, que están consideradas como técnicas de baja complejidad.

Porque dentro de la reproducción asistida hay dos grandes grupos:

- a) **Los métodos de baja complejidad**
- b) **Y los métodos de alta complejidad.**

Los métodos de baja complejidad, son todas las inseminaciones artificiales en sus diferentes modalidades, o sea se refiere donde uno deposita: ya sea el semen o los espermatozoides lavados, generalmente es en el útero, es la intrauterina la que más frecuentemente se utiliza.

Y son de baja complejidad por que simplemente se la hacen en el consultorio del médico y relativamente tienen menor costo que los métodos de alta complejidad que es el otro grupo donde ahí esta la Fecundación In Vitro y sus diferentes modalidades, sí; esas técnicas de alta complejidad se las realiza ya en quirófano y obviamente tienen un costo más elevado.

Por tanto...para que nuestra sociedad esté preparada tiene que haber sido informada y educada al respecto, y por tanto no hay, no esta dentro de la política del gobierno apoyar este tipo de técnicas por el costo elevadísimo que tiene la aplicación de las mismas y además por que requiere mano de obra calificada que generalmente viene entrenada desde el exterior.

Yo he trabajado muchos años en reproducción asistida, es más yo me he formado en Chile, entonces yo he trabajado también varios años para la parte privada con reproducción asistida, bueno ya son hace unos 5 o 6 años que ya no trabajo en ésta área, me dediqué a otras actividades, pero hasta el momento donde yo trabajaba, le estoy hablando hace unos 5 o 6 años atrás.

Por tanto si usted va a preguntar a cualquier persona común ¿que es una técnica de reproducción asistida?, ¿que es Fecundación In Vitro? o ¿que es una inseminación artificial intrauterina?, seguramente no le van a responder, no es cierto, entonces eso solamente lo sabe digamos aquellas personas que están interesadas, parejas con problemas de infertilidad que además tienen económicamente las posibilidades para acceder a las técnicas.

## **2. ¿Qué grado de desarrollo tienen estas técnicas, en nuestro país?**

De hecho si han avanzado, si se han implementado, se han establecido en nuestro medio, La Paz Cochabamba y Santa Cruz tienen los principales centros de reproducción asistida, a nivel de las clínicas privadas exclusivamente, pero si se está aplicando en Bolivia prácticamente las últimas técnicas de reproducción asistida;

Hasta donde yo estoy informada por ejemplo de las últimas técnicas está la micromanipulación de gametos llamada ICSI, donde uno agarra un ovocito y con un micromanipulador le hace un corte con microbisturí y obviamente obliga al espermatozoide y a ser fecundado el ovocito, entonces eso se hace con micromanipuladores y esa técnica, por lo menos en ese entonces, ya la estaban haciendo en Cochabamba, costaba 7000 dólares.

Entonces por tanto si digamos de que estas técnicas se están desarrollando en nuestro país sí!, pero netamente a nivel privado y La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, hace muchos años, sobretodo Cochabamba y Santa Cruz incluso están más adelantados que La Paz. Ahora actualmente no se como estarán, no se si habrán incrementado nuevas técnicas, de pronto como le digo, no se actualmente como estará esto, pero si le estoy hablando de hasta donde yo conozco.

**3. De acuerdo a su experiencia en el tema, ¿cuáles considera que son las causas más frecuentes, para que una persona tome la decisión de practicarse la inseminación artificial?**

Bueno las causas más frecuentes son: Uno que tiene que tener problemas con su fertilidad, o sea ya sea el hombre o la mujer, no pueden procrear, no pueden tener un hijo del modo natural, sí.

Normalmente son personas que han intentado mínimo uno a dos años, sin el uso de anticonceptivos, con relaciones sexuales frecuentes y ven que no logran el embarazo, entonces empiezan a hacerse una serie de exámenes y análisis y obviamente ahí se ve si en la mujer hay algún problema o en el varón hay algún problema o quizás en ambos.

Ahora entre las causas, en el varón como en la mujer hay varias causas, tendremos que variarnos desde lo que son los hábitos de vida, hábitos alimenticios que influyen en la fertilidad del varón, enfermedades que incluso la hayan podido tener desde niños o alguna enfermedad de transmisión sexual que esté cursando en ese momento en la pareja.

En la mujer problemas con su ovulación que no ovula o problemas con sus trompas, con el útero o hay algún mioma en el útero o incluso el moco cervical no es adecuado para que puedan atravesar los espermatozoides, o sea hay varias causas; eso está en los libros, usted va a un libro de ginecología, o a un Internet ve causas de infertilidad en el varón, cuales son las causas en la mujer, ahí va a encontrar todas las causas y son las mismas que están en nuestro medio.

Acá en nuestro medio, una causa así medio prevaleciente son las infecciones de transmisión sexual que por ejemplo la microplasma que hacen pensar que podría haber un problema de infertilidad.

#### **4. ¿Conoce de centros médicos donde se realicen estas prácticas médicas?**

Bueno ya me había adelantado a esa pregunta, si!, acá en La Paz, hasta donde yo sabía está la clínica GENES, la clínica ALEMANA, después también hay EMBRIOVID que yo se que está en la calle 21 de Calacoto, después también GEN Y VIDA que yo se que también han estado practicando acá, los laboratorios Gen y Vida de la Dra. Justina Ordóñez;

En Cochabamba hay un centro de reproducción humana que está a cargo del Dr. López, hace muchos años el Dr. López maneja este centro de reproducción humana en Cochabamba, después tal vez también varias clínicas privadas, no recuerdo ahora los nombres.

Ahora las inseminaciones artificiales no siempre se las realiza en las clínicas sino también a nivel de los consultorios privados por que estos son métodos de baja

complejidad, por ejemplo hay varios médicos ginecólogos, especialistas en fertilidad que hacen inseminaciones artificiales en sus consultorios.

Es parte de su actividad, yo conozco a varios de ellos, pero no los voy a nombrar en este momento, pero si conozco a varios de ellos que realizan en su consultorio las prácticas de inseminación artificial, por que no es de mayor complejidad, o sea lo hacen en la camilla de ginecología,

Tienen contacto con un laboratorio que preparan la muestra de semen y lo hacen, pero también se que éstas clínicas que yo he mencionado, hasta donde yo conozco, están trabajando con reproducción asistida.

##### **5. ¿Qué requisitos deben cumplir las personas que deseen someterse a estas prácticas médicas?**

Bueno requisitos en que sentido:

###### **Entrevistador: de tipo formal.**

Bueno como la atención es a nivel privado cada clínica o cada médico en su consulta privada establecen como va a proceder con estas técnicas, por ejemplo lo que yo le puedo decir: cuando trabajábamos con algunos médicos en sus consultas privadas, normalmente para inseminación artificial, digamos viene una pareja, puede ser del mismo marido que dona obviamente la muestra de semen para su esposa o en su defecto si el varón tiene problemas hay que trabajar con donante,

Ahí esta un poquito el conflicto, entonces el semen ya no es del marido, es del donante, quien vende su semen, se le paga al donante por donar semen, entonces o solamente el médico tiene el contacto con el donante, solo el médico lo conoce y manda el semen con un código XXX al laboratorio para que procesen la muestra.

O en su defecto el laboratorio tiene contacto con el donante y el médico tampoco lo conoce, la pareja nunca conoce al donante, no saben quien es, ni el donante conoce a

la pareja; entonces esos datos o los va a tener solamente el médico o solamente el laboratorio, por que para inseminación artificial, el trabajo directamente, estrechamente entre el médico tratante, el especialista que va a hacer la inseminación y el laboratorio que procesa la muestra, o sea son los dos entes que participan en la inseminación.

Ahora si es una clínica, la misma clínica tiene su laboratorio ahí hacen todo, así están los consultorios, en el laboratorio está todo, pero cuando es una consulta privada, cualquier otro médico ginecólogo está aplicando su técnica, entonces trabajan con un laboratorio particular, que también dentro de los laboratorios clínicos hay algunos que trabajan diríamos con la parte de reproducción humana, preparando muestras de semen y todo eso.

Y la parte administrativa, como le digo el médico establece como lo va a hacer, cuanto les va a cobrar y que tipo de fichas o formularios vana llenar, pero eso ya es privado y esos instrumentos nadie los conoce, ellos no le van a decir: “si yo les muestro esto a mis pacientes, les digo que llenen esto”...bueno excepto si usted es paciente, sino no!

En la parte reproductiva jamás van a recibir ningún tipo de información por que además están en su derecho, si ellos quieren se la dan, si no, no se la dan, no es de atención pública. Entre los requisitos, el principal requisito es tener un problema de infertilidad, no poder tener un hijo por la vía natural, es el primer requisito; y un segundo requisito SINE QUA NON por detrás es que tiene que tener dinero, en reproducción asistida todo es caro, todo,

A los mismos pacientes se les dice cuando vienen, bueno señores, ustedes muy bien, les van a ofertar una serie de técnicas y posibilidades para que puedan lograr el embarazo, pero ustedes tienen que disponer de tiempo y de dinero por que aquí no hay ninguna varita mágica que usted mañana va a estar embarazada,

Estos son tratamientos que hay que hacer y esos ya son meses de tratamiento, ahora si a la primera que intentamos va bien pues excelente, en inseminación

normalmente hasta tres veces se intenta, en el primer mes veremos si se da o no el embarazo, sino se vuelve a intentar en el segundo ciclo ovulatorio de ella, hasta una tercera vez, si no responde hasta tres veces, usted, tiene que ir a lo que es los métodos de alta complejidad, debería ya ser sometida a un método de fecundación In Vitro, etc.

**6. ¿Posee usted conocimiento sobre inseminación artificial post – mortem?, y de ser así ¿Qué opinión le merece?**

De esto muy poco, es más en mi experiencia solamente una vez, cuando acá en el instituto de genética, congelábamos muestras de semen, teníamos nosotros un tanque de hidrógeno, en el tiempo en el que estaba el laboratorio funcionando.

Vino una pareja y el marido dijo: antes de viajar quiero dejar mi semen, por que yo me voy a perder mucho tiempo, voy a viajar y la verdad me puede pasar cualquier cosa en el viaje, entonces por tanto yo quiero dejar congelado, yo voy a pagar el tiempo que tiene que estar congelado el semen,

Por que es carísimo congelar muestras de semen, o sea todo es caro en reproducción asistida y ahí las parejas no tienen por que reclamar absolutamente nada, por que de inicio se les dice, de manera que nadie les está obligando a venir, voluntariamente vienen a pedir nuestro servicio, por tanto esto será así, así y así no hay donde perderse, y si no están de acuerdo se van, si están de acuerdo se quedan.

Y así fue, se tomó la muestra de semen, me acuerdo, se congeló y obviamente pagaron por adelantado, por un año el señor este pagó, se le dijo ¿y si Usted al año no vuelve?

Si usted vuelve bien, y si dice de pronto descongelen la muestra de semen, y es que él además de viajar iba a ser sometido a una cirugía, a un tratamiento y de pronto la cirugía le afecte, y por esos motivos yo quiero dejar muestras congeladas, por que de pronto yo viajo y no se que me pueda pasar y segundo me van a practicar una cirugía y de pronto no se que me va a pasar, de esa manera él quería asegurarse,

Entonces él dijo cuando yo vuelva, diré descongelen el semen e insemíenla a mi mujer, pero si no pues obviamente mi esposa y **eso quedó por escrito, dejó un documento por notario, donde el varón dijo: en caso de que le pasará algo... que él autorizaba que se le inseminara a su esposa... con firma, sellos y abogados.**

Ese fue el único caso que yo conocí, por que le dijimos al señor, mire señor: si usted se pasa de este año, usted este año está pagando, si ustedes dos se pierden al año, nosotros las muestras de semen no vamos a poder seguir conservándolas,

Nosotros veremos que hacemos con esas muestras de semen, el laboratorio va a disponer de esas muestras de semen, pero usted ya no podrá reclamar, ni usted ni su esposa, todo eso estaba en el documento, por escrito, entonces lo que nosotros íbamos a hacer como laboratorio o lo que ellos iban o no a hacer, o lo que podrían o no reclamar.

Pero al final no pasó nada de eso por que el señor volvió, dijo ya estoy aquí, pero todo fue por si acaso; pero en este caso el señor llegó antes y dijo todo está muy bien y ni siquiera se utilizó las muestras de semen congeladas por que la señora se embarazó nomás por su lado, o sea naturalmente, y ya no se mas detalles de eso, pero que no hubo mayores problemas en la situación, no, no fue así.

**Ahora que opinión me merece, yo creo que si la persona, en este caso la pareja para empezar se pone de acuerdo y,**

**En segundo caso, él autoriza la forma y uso de su muestra de semen, las condiciones en las cuales tiene que ser usada, por escrito en un documento legalmente reconocido por notario, etc., etc.;** por que es un documento válido verdad, es como hacer un testamento me imagino, entonces se debería respetar eso, por que es una decisión de él, concientemente él lo ha hecho,

No es como un consentimiento informal, a él se le informa de todos los riesgos y beneficios de las técnicas y él decide, yo quiero así o quiero asa, y yo autorizo esto o no autorizo lo otro, pero por escrito, por que lo verbal no sirve,

Si él dice: si yo me muero y yo no tengo descendencia, yo autorizo que a mi esposa si se le insemine con la muestra de semen que estoy dejando en tal lugar, en tal laboratorio y por tanto ese hijo si nace, es mi hijo legal y es reconocido como mi hijo, tiene que haber un documento donde él afirme todo aquello;

Entonces en ese caso, yo pienso que está totalmente correcto y se debe respetar la decisión de él, y que está claramente especificado, ahora de pronto si él dice: si yo me muero no se le insemina y punto, debe tener sus razones. Yo no tengo esa experiencia, pero supongo que las personas pueden decir ese tipo de cosas, o si no que se le insemine una vez y si no que se desechen mis muestras de semen, y si yo me muero desechen todo, pueden haber muchas posibilidades.

Se debería respetar que cuando él este en vida y está consciente de sus decisiones y esta en la capacidad de tomar decisiones de esa magnitud, obviamente se debería respetar aquello, me parece correcto y debería ser reconocido legalmente, por que un documento legal lleva también aprobaciones legales, o sea no es cualquier papelito en el que diga: si le autorizo y le firmo; y que valga eso, no; discúlpeme el papelito será su papel de apuntes, pero no es un documento válido,

Entonces si no tiene ese respaldo legal de un documento donde refleje la voluntad de este caso el paciente, el marido, no se debería proceder, me imagino que traería muchas dificultades, por que la esposa podría decir: no, que me inseminen nomás; y la familia del marido reclamen por ello. Entonces si está respaldado por un documento no hay problema.

**7. ¿Considera, desde un punto de vista ético, viable la realización de esta técnica de reproducción asistida?**

Lo ético, está en respetar la voluntad de las personas, respetar el principio de autonomía, es uno de los principios troncales de la ética, respetar al individuo en su capacidad de decidir y además respetarlo como persona y en este caso sus decisiones,

Cuándo éste individuo tiene la capacidad de decidir autónomamente con responsabilidad y comprensión, si va a ser una persona con problemas mentales obviamente no va ser válido ese documento, no puede un menor de edad tomar ese tipo de decisiones, no puede una persona anciana tomar ese tipo de decisiones, en cambio una persona en edad reproductiva si puede hacerlo, la mayoría por lo menos de ellos.

Entonces desde el punto de vista ético yo creo que si es viable, en el sentido digamos, si él autoriza que su muestra pueda ser autorizada una vez que el muera, pero el tiene que establecer las condiciones, y debería respetar el laboratorio, se debería respetar los médicos, la familia debería respetar, digamos la decisión de él, pero ya le digo siempre respaldado por un documento legalmente establecido,

Por que de otra manera, desde el punto de vista ético post – mortem, lo que lo respalda es justamente la decisión de él, lo que deja por escrito, no está haciendo nada que no sea ético, esta respetando el principio de autonomía desde el punto de vista ético.

**Entrevistador: Podría ingresar en esta cuestión, la voluntad procreacional?**

Claro, él quiere dejar una descendencia, está en todo su derecho como ser humano, **el quiere dejar descendencia y como ya le digo lo tiene que manifestar por escrito, de otra manera no es válido y además mejor si tiene testigos, entonces en el momento en el que él estaba manifestando su voluntad, mejor si es hecho con testigos, para que también sea más válido.**

Ahora, en si desde un punto de vista ético, aplicar digamos una inseminación artificial tiene sus connotaciones, es otro aspecto, las técnicas de reproducción asistida han sido tremendamente cuestionadas desde un punto de vista ético, o sea tremendamente cuestionadas,

Pero más de alta complejidad que las de baja complejidad, sobre todo desde un punto de vista ético – religioso; la Iglesia Católica se opone a las técnicas de reproducción asistida, en si mismas como técnicas, ni siquiera post – mortem, peor todavía post- mortem, o sea menos.

Yo trabajo mucho en la parte ética, ahora justamente uno de los motivos por lo que he dejado de trabajar con estas técnicas de reproducción asistida es por que justamente trabajo fuertemente en el campo de la ética,

Entonces si hablamos desde un punto de vista ético de la reproducción asistida en sí, podemos estar toda la mañana en la polémica, es más se han generado grandes debates con este tema por que sí o por que no, manejo de embriones, el tema de manipuleo de embriones en laboratorios, es un tema basto,

Pero aquí la pregunta puntual es si post – mortem es éticamente aceptable, es aceptado desde el punto de vista de: “Si es respetado el principio de autonomía de cualquier persona, que tiene todo el derecho de decidir sobre su vida, sobre su presente y sobre su futuro y si el lo manifiesta por escrito, en un documento legal, y además con testigos, obviamente eso es válido, por que es su decisión es su ser”;

Y un centro de reproducción asistida dirá muy bien, perfecto, nosotros le congelamos su semen y lo hacemos, por que ellos tampoco están trabajando ilegalmente, ellos están utilizando técnicas que están también desde un punto de vista científico aprobados, no están haciendo nada, entre comillas “ilegal”,

Ahora como lo hacen y por que lo hacen es otra cosa, puede ser con donantes de semen en inseminación artificial la confusión ética es terrible, por que el donante antes de ser donante tiene que ser papá, tiene que tener mínimo un hijo de dos años de edad para haber demostrado recientemente su fertilidad,

Él si va a ir embarazando a una y otra persona, embarazará a varias, tendrá mínimo dos o tres hijos más y solo Dios sabrá con quienes, su hijo ira creciendo en un mismo medio que sus otros hijos, y sus hijos se pueden llegar a conocer, hasta llegar a casar incluso, por la cercanía;

Por eso desde un punto de vista ético la inseminación artificial, más allá de una técnica de baja complejidad tiene sus connotaciones, post – mortem ya le digo, puede plantearse como ha muerto el individuo, esa es una opción que la ciencia da. Si usted tiene una muestra de semen viable, su muestra de semen y es su esposa y por lo tanto se depositará la muestra de su semen lavada en el útero de su esposa.

No habrá mayor manipulación aquí, se capacita esa muestra de semen, se la mejora en laboratorio, que esté en mejores condiciones y obviamente se le deposita esa muestra de semen lavada en el útero y obviamente eso tiene que seguir su curso, se sigue el curso natural,

Solamente una ayudadita se ha hecho en el laboratorio, se ha mejorado la calidad del semen, para que tenga mejores posibilidades de lograr el embarazo, y la señora está ovulando, todo se dará en la trompa, o sea se respeta el orden natural de la fecundación. Por tanto yo no le veo, lo cuál no quiere decir que otros estén de acuerdo, desde el punto de vista ético, más bien sería en post – mortem, lo grave sería hacer algo contrario de la voluntad de él, eso es grave.

Segundo: desde el punto de vista ético, de acuerdo a nuestros principios que son tres:

- a) El de justicia**
- b) El de beneficencia**
- c) No maleficencia**

El de beneficencia, se le quiere provocar un bien a la señora, hacer que ella logre el embarazo, no es cierto, por que ella quiere ser madre, que ese es el fin, por tanto no se le va a hacer daño, si todo sale bien ella va a lograr el embarazo, y ella va estar feliz y contenta, feliz de la vida.

La de no maleficencia, digamos no se le estaría provocando daño, por que esas técnicas sobre todo la inseminación artificial no conllevan ningún tipo de riesgo, excepto

si no se utiliza un material estéril y por ahí le pueda contagiar de una infección, y por lo tanto es un material totalmente estéril la que se utiliza en la manipulación

El de la justicia, ahí también estaría lo divergente de: ¿se está haciendo lo correcto, o no se está haciendo lo correcto? ¿se está haciendo lo debido, o no se está haciendo lo debido?, ahí están los puntos de vista divergentes, que es lo correcto para la familia y que es lo correcto para ella, de pronto tal vez hay problemas con la familia de él, o tal vez con la familia de ella,

Entonces eso ya es desde el punto de vista de la moral de cada persona, entonces yo diría sí: si ustedes dos se han puesto de acuerdo como pareja y además lo han manifestado por escrito, en un documento legal, mejor si tiene testigos, ¿Por qué no?, además gente calificada te va a inseminar para que tú puedas lograr el embarazo, a un menor riesgo.

**Entrevistador: Una crioconservación de embrión, realizada en vida de la pareja ¿que relación tendría con esta inseminación después de muerto el cónyuge?**

En este caso por ejemplo, aquí solamente se ha hablado, por lo que puedo entender, la inseminación artificial, solamente se la hace con semen, ya sea semen completo o generalmente con semen lavado, capacitado, no se hace con embriones, lo de los embriones son técnicas de alta complejidad,

O sea la manipulación de embriones, transferencia de embriones es para los métodos de alta complejidad, para Fecundación In Vitro y no es su caso de usted, en este caso no tienen nada que ver los embriones acá, no hay inseminación artificial con embrión, la inseminación artificial solo se hace con semen o con espermatozoides lavados generalmente.

**8. Usted como profesional en el campo de la medicina, ¿estaría de acuerdo con que se realicen prácticas de inseminación artificial post – mortem?**

Mejor no, lo ideal es que las personas logren el embarazo de la manera natural, eso es lo ideal, pero cuando no pueden lograrlo de manera natural y la pareja busca alternativas para solucionar su problema. Entonces una de ellas es obviamente las técnicas de reproducción asistida; ojala lo hicieran todo en vida, los dos, por que también se pueden congelar ovocitos y luego el marido puede decir: que ese ovocito es de mi mujer y yo lo insemino igual, me encuentro un útero de alquiler y puede nacer mi hijo,

En este caso no es aconsejable, ojala no se debería llegar hasta ese punto, de tener que inseminar después de que él muera, por que legalmente, jurídicamente toda esta parte de la manipulación genética, las técnicas de reproducción asistida y todo eso, no están todavía legalmente en nuestro país, hay un proyecto de ley que todavía no se la ha aprobado, está en la cámara de diputados pero no hay todavía nada que respalde esto legalmente,

Entonces, con certeza que va a crear más confusión, problemas y conflictos sobre todo a nivel familiar, entonces mejor sería no tener que llegar a éste momento, de tener que recurrir a una inseminación post – mortem; y no por que sea más difícil hacerla, no, para nada por que la técnica es la misma, se congela el semen, se hace lo que se tenga que hacer y se la insemina;

Es la connotación social y además obviamente partiendo de una connotación familiar primeramente, lo que trasciende socialmente, entonces como es visto ese hijo, que como, que cuando él ha muerto recién ha nacido, imagínese usted no va a estar explicando a toda persona: mire que mi hijo dejó la muestra de semen ahí que aquí que allá, etc.

Todavía nuestra sociedad no está preparada para asimilar este tipo de situaciones que se vayan a presentar, todavía no, los que trabajamos en el área sí, podemos explicar, podemos justificar, etc., pero la población en general, la familia en general, el paciente

mismo, que muchas veces no tiene una conciencia clara de lo que van hacer con él o con ella.

Entonces yo digo, ojala no se llegara a ese momento, mas bien son muy pocas las parejas que llegan a este momento, por que para empezar es carísimo congelar semen, les resulta caro a ellos también y además cuando uno deja la muestra de semen, al descongelar 50 % aproximadamente de los espermatozoides mueren y el otro 50 % se lo puede rescatar.

Estas prácticas de inseminación artificial post – mortem, muy poco se realizan, muy poco, son casos muy especiales, muy peculiares, contados con los dedos de la mano, por tanto no es una situación que digamos pueda problematizar mucho por que tiene una baja frecuencia, son lunares, a tal punto que en los años que he trabajado un solo caso, es muy raro.

**9. Considera usted que la inseminación post – mortem, ¿crearía conflictos dentro de la familia?**

Claro que si, claro que si, eso es con certeza, **lo que podría ayudar es un documento legalmente establecido que refleje claramente la voluntad de la pareja, específicamente la de él.**

Por que él va a dejar su muestra de semen, eso amortiguaría el conflicto, pero no es precisamente tampoco la solución al conflicto, por que el abuelito, el papá, el suegro no ha de entender, haber usted explíquelo lo que es el semen lavado, etc., no le van a entender, es difícil, tal vez algunos si, otros no. Es un gran problema desde el punto de vista de lo ético, de la justicia, hacer lo correcto ¿para quiénes?, ¿para la pareja?, pero ¿y la familia?, ¿el entorno qué?.

**10. ¿Considera necesario, la creación de una normativa legal que regule estas prácticas médicas?**

De hecho que sí, hace muchos años ya se ha intentado, pero todavía sigue dando vueltas y vueltas este anteproyecto de ley, donde incluye algunos de estos aspectos; no se si incluye específicamente esto de la inseminación artificial post – mortem, no sé, pero tal vez sí, o tal vez se debería incluir eso, pero si se debería regular.

Pero le digo los intentos hasta ahora han sido fallidos, por que se quiere regular la inseminación artificial, la fecundación In Vitro, la manipulación genética, que la clonación, todo aquello; pero hasta el momento, tal vez usted esté más informado que yo, tal vez se haya adelantado más; pero de que si debería haber una normativa, claro que sí, ayudaría muchísimo.

**11. ¿Existen sanciones, para médicos profesionales, que practican éstas técnicas, sin cumplir con requisitos exigidos?**

Como no hay una normativa legal, entonces de que sanciones vamos a hablar, mientras no haya una normativa legal, las sanciones a lo más será una llamada de atención, además como esto se maneja a nivel privado y nadie le va a dar la información de lo bien o lo mal que hacen las cosas, nadie le va a dar un reporte.

Yo he tenido un tesista, yo he asesorado un tema de tesis en Derecho, le han cerrado la puerta en la nariz, a lo más le darán un folletito, quizás tal vez usted esté interesado en hacerse una inseminación artificial, venga aquí, allá, estos son los precios, aquí lo vamos a atender, esto es una maravilla...

Entonces, sanciones yo por lo menos no conozco ninguna hasta el momento, excepto la que se apoya en la ética profesional individual, dejamos en las manos y en la ética de cada uno de los profesionales,

Pero hasta el momento yo no conozco a nadie que se le haya hecho una sanción, ni siquiera en el exterior, yo que me he formado en Chile, terribles cosas yo me he enterado, pero todo queda ahí adentro, no hay una normativa que diga algo.

**Entrevistador: Podríamos considerar, volviendo al tema del embrión congelado, ¿que éste ya estaba concebido al momento del fallecimiento del cónyuge?**

Claro, el embrión si está vivo, se les llama **embriones viables, son seres humanos potencialmente hablando**, lo único que falta es que se implanten en un útero, y empiecen a crecer, a desarrollarse.

Pero ya están considerados prácticamente como seres vivos, es más en otras legislaciones, en otros países, hay un estatuto del embrión humano, hay legislaciones que apoyan al embrión desde que es concebido, acá obviamente no hay eso, pero en otros países sí.

Es la gran polémica desde el punto de vista Bioético, la manipulación y la utilización de los embriones en laboratorio.

**TIEMPO DE DURACIÓN DE LA ENTREVISTA:**

45 minutos,

**OBSERVACIONES:**

Ninguna.

**ANEXO 2**

**CUESTIONARIO DE ENTREVISTA**

**DATOS DEL ENTREVISTADO**

NOMBRE:	Dr. Raúl Jiménez Sanjinés
OCUPACIÓN:	Abogado – Docente titular de la materia de Derecho de Familia de la Carrera de Derecho – U.M.S.A.

CARGO:	Decano de la Facultad de Derecho y Cs. Políticas – U.M.S.A.
FECHA	26 de Marzo de 2008.

**1. ¿Desde un punto de vista estrictamente jurídico, que opinión le merece la inseminación artificial post – mortem?**

Claro, en que consiste en primer lugar, hay que decir que son las técnicas de inseminación artificial o TERAS, es una innovación, yo la tengo ya desarrollada en un texto que se llama “Lecciones de Derecho de Familia y del Menor”,

Entonces, éstas técnicas de inseminación artificial sustituyen a aquellos matrimonios que no tienen capacidad biológica para poder procrear, en primer lugar. En segundo lugar la inseminación artificial viene de dos líneas; una con espermatozoides del padre fallecido o del cónyuge fallecido o, con espermatozoides de cualquier persona.

Pero aquí estamos hablando prácticamente del esposo o cónyuge fallecido que en un momento determinado dispone de que se incube su esperma, se lo congele y después su cónyuge, pueda ésta utilizar estos espermatozoides para hacer finalmente la inseminación artificial;

Entonces si hay una determinación en esta forma surte todos sus efectos y tiene toda la validez legal y toda la protección, además con el adelanto que existe en lo Biogenético actualmente, inmediatamente se determina que ese niño fecundo de esa forma, entonces tiene los genes de su padre, tiene los genes de su madre, como consecuencia no hay ninguna objeción con relación a este tema.

**2. ¿Cuál es su posición en, la disyuntiva existente entre el derecho de la viuda a ser inseminada con el semen de su marido premuerto, y el derecho del hijo a tener un padre?**

Tiene derecho a un padre, tiene un padre, el problema es tener un padre vivo, físico, presente, presente; ahí está el problema. Claro por que, todo ser humano tiene derecho a tener a la pareja presente, por muchas razones que yo las analizo en un librito también que tengo, se llama “El Menor Trabajador”; para evitar traumas,

Pero en este caso lógicamente la mujer está siendo inseminada con semen de su ex cónyuge, del de cujus, puede, puede buscarse una pareja para que pueda darle a su hijo presencia de padre, que es importante. Lógicamente la presencia, por que dos hacen a los hijos, pero estamos hablando de dos personas de diferente sexo, presentes, vivos.

Ahora claro, acá hay un vacío, habría un vacío en esa cuestión, por que tendríamos padre ausente, pero claro ya la madre puede, o ella realizar las dos funciones o, en su defecto a fin de evitarle traumas futuros y lógicamente el menor así concebido tiene todo el derecho de tener un padre presente.

**3. ¿Considera usted que tanto el derecho de familia, como algunas de sus instituciones se verán influenciadas por ésta técnica de reproducción asistida?**

Pero claro, hay que modificar, hay que ampliar el Código de Familia, hay que hacer reformas en el Código de Familia, y hay que incorporar estas nuevas formas de procreación y de existencia del nuevo ser y **darles también todos los elementos protectivos tanto espirituales como materiales**, eso es cierto, indudable.

**4. De acuerdo a la anterior pregunta, ¿cree usted que la clásica presunción de paternidad (180 días mínimo y 300 días máximo), puede aplicarse en la concepción por medio de inseminación post – mortem? O ¿debe sufrir alguna modificación?**

Yo creo que ese es un análisis de carácter totalmente técnico científico, lógicamente por que aquí se trata del desarrollo del feto, entonces el feto está totalmente

desarrollado, no completamente, pero totalmente desarrollado a los 180 días del embarazo y está totalmente ya, como para poder ser expulsado del claustro materno a los 300 días.

Ese es un proceso de tipo científico, no se puede cambiar, es decir no se puede cambiar el desarrollo biológico que un feto tiene en el claustro materno, absolutamente, salvo que venga una técnicas que la mujer comienza a parir a los 3 meses, el feto se desarrolla en 3 meses, eso es imposible, entonces tiene todo un ciclo de tipo biológico natural, entonces eso no se puede cambiar.

**Entrevistador: ¿En todo caso esta concepción jurídica es aplicable a este tipo de inseminaciones?**

Pero claro, la propia inseminación, el problema es como viene el espermatozoide; el espermatozoide puede venir por vía directa, mediante el ayuntamiento sexual o el débito conyugal, que también se llama o, puede venir por vía de la inseminación o sea por inyección; pero ya una vez introducido el espermatozoide en el útero femenino, entonces el proceso de desarrollo de ese feto no se lo puede cambiar.

Tienen que ser pues los 6 meses a los 9 meses de gestación; ahora el niño cuando puede nacer débil, puede nacer a los 6 meses de gestación en el claustro materno y ya fuerte terminar a los 9 meses que se traduce a los 180 días y 300 días respectivamente, eso es biológico.

**5. A criterio suyo, la filiación con relación a la inseminación post – mortem, ¿debe tomar como única e incuestionable fuente a la realidad biológica?, o por el contrario ¿debe tomar, a la llamada voluntad procreacional (sostenida por el autor argentino Díaz de Guijarro), como fuente alternativa y/o complementaria de la misma?**

Puede ser dos; la primera que si es el espermatozoide del supuesto marido como consecuencia sigue la filiación, o sea continúa la filiación y eso está demostrado con relación al estudio genético que se puede hacer posteriormente.

El problema radica cuando la inseminación es con espermatozoide de un Banco de Espermatozoides, que no se sabe de quién es; entonces ahí la filiación viene de acuerdo a la voluntad de la progenitora, de la madre, en este caso; entonces lleva la filiación de la madre.

**6. Según la legislación española, un requisito SINE QUA NON para realizar la inseminación post – mortem, es que el marido haya otorgado su consentimiento antes de morir (mediante testamento), es decir cuando el matrimonio se hallaba vigente,**

**¿Puede este consentimiento tomarse como reconocimiento de paternidad que hace el padre con respecto del hijo?**

Claro, precisamente hay dos vías pues: para la inseminación, el padre previendo cualquier cosa, hace su declaración testamentaria, como consecuencia, existiendo esa declaración testamentaria prosigue, se prorroga la personalidad del de cujus, o sea del padre que da su autorización para la inseminación artificial.

Ahora no hay la autorización esa, entonces se puede demostrar mediante la investigación del ADN.

**7. Tomando en cuenta la teoría de legitimación del hijo natural, expuesta por Francesco Messineo, ¿cree usted?, en base a que:**

- **El consentimiento se otorgó, cuando el matrimonio todavía se hallaba vigente,**
- **Y que dicho consentimiento, es tomado como el reconocimiento de paternidad que hace el padre hacia el hijo**

**¿Deba otorgarse una filiación matrimonial al hijo póstumo?**

Claro que sí, claro que sí, por que es la expresión de la voluntad del presunto padre, claro que sí.

**8. En el caso de las uniones de hecho, ¿podría el consentimiento, tomarse como reconocimiento de paternidad, a fin de establecer la filiación, sin necesidad de acudir a un proceso judicial?**

Si las relaciones de las uniones conyugales libres son como establece la protección de nuestra Constitución Política del Estado, 192 de la vigente y, del Código de Familia: son permanentes y singulares, entonces está reconocido ese matrimonio de hecho.

Como consecuencia el presunto conviviente, si hace su última voluntad, si declara en su última voluntad de que su conviviente pueda hacer uso de sus espermatozoides, tiene toda la protección de la ley.

**9. Considera usted que, al no haberse otorgado el consentimiento para la inseminación, ¿deba negarse al hijo póstumo, toda la posibilidad de establecer la filiación con su padre fallecido?**

No, por que ahí puede hacer una investigación de paternidad y ahí los mecanismos, digamos científicos son tan adelantados que se da una veracidad del 99,99 %.

Lógicamente la madre, la supuesta madre: este es hijo de fulano de tal, solamente demuestra con ésta prueba y claro tiene que seguir una acción, tiene que hacer una acción para que lógicamente un juez pueda mediante un fallo correspondiente otorgar, digamos, la filiación verdadera en base a estas pruebas.

**Entrevistador: En este caso, al no existir consentimiento ¿se le otorgaría una filiación extramatrimonial?**

Extramatrimonial, claro que sí, mediante el proceso judicial correspondiente.

**10. ¿Qué sanciones deberían establecerse, tanto para los médicos profesionales, como para la viuda, cuando éstos realicen la inseminación post – mortem, sin cumplir con los requisitos exigidos?**

A no, eso es pues otra penalidad, es un alteración, pueden haber alteraciones de estudios, alteraciones de laboratorio, eso entra ya al campo penal.

**TIEMPO DE DURACIÓN DE LA ENTREVISTA:**

20 minutos.

**OBSERVACIONES:**

Ninguna.

**ANEXO 3**  
**CUESTIONARIO DE ENTREVISTA**

**DATOS DEL ENTREVISTADO**

NOMBRE:	José Cesar Villarroel Bustos
---------	------------------------------

OCUPACIÓN:	Docente – Abogado de la Carrera de Derecho – U.M.S.A.
CARGO:	Docente Titular de la Materia de Derecho Civil
FECHA	15 de Marzo de 2008.

**1. ¿Desde un punto de vista estrictamente jurídico, que opinión le merece la inseminación artificial post – mortem?**

Primero en nuestra legislación no hay una normativa específica que reglamente la inseminación post – mortem. Ahora hay criterios éticos que se oponen a la inseminación post – mortem por que significa que el padre genético para el momento en que es utilizado el gameto ya ha muerto.

Y eso puede traer consecuencias gravísimas a estados o situaciones que pueden encontrarse otras personas respecto a aquella persona que en el futuro pueda nacer emergente de una inseminación artificial

**2. Según su criterio: ¿Qué requisitos se deben exigir para llevar adelante ésta práctica de inseminación post – mortem?**

Pero eso depende si vamos a aceptar o no la inseminación post – mortem, si no se va a aceptar pues hay que desestimarla, en los países donde se admite la inseminación post mortem se establece algunos requisitos:

**Primero**, por ejemplo el tiempo, no se puede utilizar semen hasta más allá de los seis meses de la muerte del causante, o sea del titular del gameto.

**Segundo**, tiene que haber autorización expresa del titular del gameto para que se utilice el semen, a veces no siempre se utiliza semen, se utiliza embrión; **entonces el acto voluntario es esencial** y además; **que conste por escrito** y se lo haga **mediante un documento público** por que de lo contrario no se puede utilizar ni el semen ni el embrión fecundado.

**3. Tomando en cuenta que en la sucesión testamentaria puede instituirse heredero a una persona jurídica, que, al momento del fallecimiento del de cujus era inexistente, pero que de acuerdo a la voluntad del causante será creada en forma posterior ¿Cree usted que el mismo caso pueda aplicarse, por analogía, al caso específico del hijo póstumo?**

Esa es justamente una aplicación del hijo post mortem, pero que en el artículo 1008 párrafo tercero del código civil y en el 606 del Código Civil, no establecen los presupuestos, ni las condiciones, simplemente son meras enunciaciones y no algo que todavía esté definitivamente reglamentado, por que en materia de utilización de gametos se necesita una reglamentación particular.

**4 De acuerdo a la anterior pregunta, ¿Considera necesario modificar la clásica concepción de que: “para suceder es preciso existir o estar concebido al momento de la muerte del de cujus”?**

Esos son principios de carácter general, pero no necesita ser modificado, en el derecho hay principios de carácter general y excepciones a la regla, para el caso de admitirse las inseminaciones post – mortem, eso ha de ser simplemente excepciones a la regla y nada más, sin necesidad de cambiar el principio de carácter general.

**5. Tomando en cuenta legislaciones como la Española, que otorgan una filiación matrimonial al hijo póstumo, cuando éste fue concebido: contando con el consentimiento de su progenitor fallecido, manifestado en testamento, y realizado dentro de los 6 meses siguientes al fallecimiento, ¿Considera usted que dicho hijo tenga derecho a heredar a su padre premuerto?**

Claro, perfectamente, si cumple, y la legislación admite y luego se cumplen con los 3 presupuestos para la validez, tomando en cuenta la responsabilidad del médico tratante, eso un problema biológico y no un problema legal.

**6. ¿Como cree usted que afecte el nacimiento del hijo póstumo, en los derechos de los demás coherederos, cuando estos hayan realizado la declaratoria de herederos?**

No afecta en nada por que la declaratoria de herederos, simplemente viene a consolidar un estado que ya se adquiere desde el mismo momento de la muerte del causante.

**7. ¿Cuál considera usted, que será la situación jurídica de los demás coherederos entre tanto se produzca el nacimiento del hijo Póstumo?**

No ninguna situación, solamente se van a alterar o cambiar las situaciones, es lo que ocurre en la vida real normal, es que en la vida normal unos herederos aceptan antes y otros aceptan después y eso no significa ninguna otra situación.

**8. En el caso de que el hijo póstumo, cumpliendo con los requisitos exigidos, haya sido concebido y que existan acreedores del de cujus, que demanden la satisfacción de sus acreencias, ¿como deberán proceder los coherederos con respecto a la herencia? ¿deberán rechazarla? ¿deberán aceptarla en forma pura y simple? o ¿aceptarla con el beneficio de inventario?**

Ellos pueden aceptar nomás, por que después si pagan y nace el otro, van a tener derecho de repetición entonces no pasa absolutamente nada

**TIEMPO DE DURACIÓN DE LA ENTREVISTA:**

10 Minutos

**OBSERVACIONES:**

La entrevista fue realizada en la calle debido al limitado tiempo del entrevistado.

**CUESTIONARIO DE ENCUESTA (ANEXO 4)**

DATOS DEL ENCUESTADO	FECHA: 21 de Marzo de 2008		
<input type="checkbox"/>	M	F	<input type="checkbox"/>
CLX	<input type="checkbox"/> III	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

EDAD

SEXO

GRADO

1. ¿Tiene o posee conocimiento acerca de las técnicas de reproducción asistida?

SI

NO

NO SABE

2. De acuerdo a la anterior pregunta, ¿tiene conocimiento acerca de la inseminación artificial post mortem, con semen del marido o conviviente fallecido (homologa)?

SI

NO

NO SABE

3. A criterio suyo, ¿considera aceptable la práctica de inseminación artificial post mortem homologa)?

SI

NO

NO SABE

4. ¿Cree usted que esta técnica de inseminación tenga incidencia en el campo jurídico?

SI

NO

NO SABE

5. ¿Cree usted que el hijo nacido mediante inseminación post mortem (homologa) tenga derecho a establecer la filiación correspondiente con su padre premuerto?

SI

NO

NO SABE

Y de ser así, ¿Qué tipo de filiación debiera corresponderle?

Filiación Matrimonial

Filiación Extramatrimonial

6. Tomando en cuenta la capacidad para suceder; ¿cree usted que el hijo póstumo tenga el derecho de suceder a su progenitor fallecido?

SI

NO

NO SABE

7. ¿Considera necesario la implementación de una norma especializada que regule esta técnica de reproducción asistida?

SI

NO

NO SABE