

UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



UCV
UNIVERSIDAD
CÉSAR VALLEJO

TESIS

“LA FILIACIÓN Y SUCESIÓN DEL HIJO POST MORTEM”

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE LICENCIADO:

DERECHO

AUTOR (ES)

FABIOLA LISBET ALBURQUEQUE VILCHEZ

ASESOR (A)

DJANIRA APARICIO ALDANA

PIURA – PERÚ

2011

**A mis queridos padres María
Beatriz y Manuel Draucin,
quienes con su ejemplo me
inculcaron a vivir con dignidad.**

"Un hijo es el logro más anhelado de los padres; la fecundación in vitro es el logro más anhelado de los médicos."

Jeffords, Walter P.

RESUMEN

Parece ser que nos encontramos en la aurora de una nueva concepción del Derecho, específicamente del Derecho de Familia con ramificaciones principalmente en el Derecho de Personas, Familia y Sucesiones. Estamos, en suma ante una gama de posibilidades, cuyo abordaje es no sólo inevitable sino recomendable, pues, hay en el mundo millares de bebés fecundados artificialmente y otras situaciones que se presentan al respecto, como es el caso de fecundación *post mortem*.

En el Perú el hecho es inminente o constituye ya una realidad brumosa y escondida, pero cuyas consecuencias no tardarán en aparecer, por eso se hace necesaria una legislación específica que pueda regular las variadas situaciones originadas por la aplicación de las diversas técnicas de reproducción asistida entre ellas la reproducción *post mortem* y se brinde tutela integral al niño (a) por nacer, finalidad del presente trabajo.

ABSTRACT

It seems that we are at the dawn of a new conception of law, specifically the family law with ramifications on law of Persons, Family and Inheritance. We are, in addition to a range of possibilities, where the approach is not only inevitable but desirable, therefore, is in the world thousands of babies artificially fertilized and other situations that arise in this regard, such as post mortem fertilization.

In Peru the fact is imminent or constitutes already a misty and hidden reality, but whose consequences will not be late in appearing, because of it there becomes necessary a specific legislation that could regulate the varied situations originated by the application of the diverse technologies of reproduction represented between them the post-mortem reproduction and guardianship to be offered integrates the child (a) for being born, purpose of the present work.

ÍNDICE

Dedicatoria	
Resumen	
Abstract	
Índice	
Índice de Cuadros	
Introducción	1
Abreviaturas	3
CAPITULO I	
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
1. Realidad problemática.	4
2. Formulación del Problema.	5
3. Antecedentes de la investigación.	6
4. Justificación de la Investigación.	7
4.1. Justificación Teórica.	9
4.2. Justificación Metodológica.	10
4.3. Justificación Práctica.	10
5. Objetivos de la investigación.	10
5.1. Objetivo General.	10
5.2. Objetivos específicos.	10
6. Hipótesis	12
CAPÍTULO II	
GENÉTICA Y PERSONA	
I. DERECHO Y LAS CIENCIAS MÉDICAS	12
II. BIODERECHO.	13
1. DEFINICIÓN DE DERECHO GENÉTICO.	13
2. SUJETOS DEL DERECHO GENÉTICO.	14
3. AUTONOMÍA.	14

4. BASE LEGAL DEL DERECHO GENÉTICO EN EL PERÚ.	16
4.1. El Código Civil.	16
4.2. El Código Penal.	17
4.3. Ley General de Propiedad Industrial.	18
4.4. El Código de los Niños y Adolescentes.	18
4.5. La Ley General de Salud.	19
5. LEGISLACIÓN COMPARADA.	20
5.1. España.	20
5.2. Francia.	23
5.3. Alemania.	24
5.4. Suiza.	26
5.5. Argentina.	27
III. INDIVIDUALIDAD GENETICA	28
1. EL INICIO DE LA VIDA HUMANA Y LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA.	28
IV. LOS NUEVOS DERECHOS DE LA PERSONA.	32
V. PERSONA Y SUJETO DE DERECHO.	45
1. TEORÍAS RESPECTO A LA APARICIÓN DE LA PERSONA.	45
1.1. Teoría de la fecundación.	45
1.2. Teoría de la concepción.	46
1.3. Teoría de la Anidación.	47
1.4. Teoría de la aparición de la Actividad Cerebral.	48
1.5. Teoría de la aparición de la Cresta Neural.	48
1.6. Teoría del Nacimiento.	49
2. DISTINCIÓN ENTRE PREEMBRIÓN, EMBRIÓN Y FETO.	51
3. PERSONA Y SUJETO DE DERECHO.	51
4. EL NASCITURUS.	55
4.1. EL CONCEPTUS.	55
4.1.1. DEFINICIÓN DEL CONCEBIDO.	55
4.1.2. EL CONCEBIDO EN SU DEVENIR HISTÓRICO	56
4.1.3. TRATAMIENTO DEL CONCEBIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.	58
4.2. EL CONCEPTURUS	60
4.2.1. DEFINICIÓN DEL CONCEPTURUS.	60
CAPITULO III	
PROCREACIÓN ASISITIDA	
I. INFERTILIDAD Y SUS PRINCIPALES FACTORES.	62

1. GENERALIDADES.	62
2. CONCEPTO.	63
3. LAS CAUSAS DE INFERTILIDAD.	65
3.1. Causas Femeninas.	67
3.2. Causas Masculinas.	70
3.3. Factores Comunes o Mixtos.	72
II. PROCREACIÓN ASISTIDA.	72
1. EL AVANCE CIENTÍFICO.	72
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	73
3. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.	76
3.1. Definición.	76
3.2. Clases.	77
3.2.1. Intracorporea y Extracorporea.	77
4. MODALIDADES EN LAS QUE PUEDEN SER APLICADAS LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.	83
4.1. Maternidad de sustitución o por subrogación.	84
4.2. Procreación artificial de mujer sola.	85
4.3. Procreación post mortem.	85
5. CRIO PRESERVACIÓN	86
CAPITULO IV	
DE LA PROCREACIÓN ARTIFICIAL DEL HIJO POST MORTEM, SU STATUS JURIDICO: DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN Y SUCECIÓN.	
I. DE LA PROCREACIÓN POST MORTEM.	88
1. DEFINICIÓN.	88
2. CLASES.	89
3. REQUISITOS PARA LA REALIZACIÓN DE LA PROCREACIÓN POST-MORTEM.	92
3.1. El consentimiento.	92
3.2. Fijación de un plazo para la realización del procedimiento.	93
3.3. Matrimonio o concubinato.	93
II. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LA PROCREACIÓN POST MORTEM.	95
1. DEL CONCEPTO JURÍDICO DE CONCEPCIÓN.	95
2. FILIACIÓN POST MORTEM.	96
3. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD.	97

3.1. Procreación Asistida Homóloga con Consentimiento.	100
3.1.1. Determinación de la paternidad matrimonial.	100
3.1.2. Determinación de la Filiación extramatrimonial.	101
3.2. Procreación Asistida Homóloga sin Consentimiento.	104
3.3. Procreación Asistida Heteróloga con Consentimiento.	104
3.4. Procreación Asistida Heteróloga sin Consentimiento.	104
4. DERECHO SUCESORIO	104
4.1. Derechos Sucesorios del Hijo Póstumo.	106
5. DERECHO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERA	109
5.1. España.	109
5.2. Aragón.	110
5.3. Cataluña.	111
5.4. Inglaterra.	112
5.5. Italia.	113
5.6. Alemania.	114
5.7. Francia.	114
5.8. Estados Unidos.	115
5.9. Panamá.	115
5.10. Uruguay y Paraguay.	115
5.11. Argentina.	116
PROPUESTAS	121
RECOMENDACIONES	123
CONCLUSIONES	125
BIBLIOGRAFÍA	127
ÍNDICE DE CUADROS	
Cuadro N° 01.- Porcentaje de los factores asociados a infertilidad	66
Cuadro N° 02.- Porcentaje de las causas por factores tubéricos	67
Cuadro N° 03.- Porcentaje de las causas por factores ováricos	68
Cuadro N° 04.- Porcentaje de las causas por factores uterinos	69
ANEXOS	
ANEXO N° 01: CONVENIOS INTERNACIONALES REFERIDOS A LA PROTECCION DEL DERECHO A LA IDENTIDAD	139
ANEXO N° 02: LEGISLACIÓN EXTRANJERA QUE REGULA LA PRACTICA DEL PROCESO DE PROCREACIÓN POST MORTEM.	140

ANEXO N° 03: LEGISLACIÓN EXTRANJERA QUE NO REGULA LA PRACTICA DEL PROCESO DE PROCREACIÓN POST MORTEM.	143
ANEXO N° 04: CAS. N° 5003-2007 LIMA.	145
ANEXO N° 05: RESOLUCIÓN N° TREINTA Y UNO. Lima, seis de enero del dos mil nueve.	148
ANEXO N° 06: CAS. N° 4585-2007 ICA. Lima, dieciséis de Julio del dos mil ocho.	158
ANEXO N° 07: Anteproyecto de marzo del 2005 y el Proyecto del 11 de abril de 2006, los cuales han propuesto incorporar nuevas reformas al Código Civil en atención a la técnicas de reproducción asistida y su incidencia en materia de personas, filiación, familia, sucesiones.	163