

Por:

Michely Vargas Del Puppo

Romanello *

*LOS EFECTOS SUCESORIOS DE LA
REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA
HOMÓLOGA POST MORTEM EN BRASIL: EL
EMBRIÓN CRIOPRESERVADO Y EL HIJO
CONCEBIDO DESPUÉS DE LA APERTURA DE
LA SUCESIÓN*

Resumen

Este trabajo analiza los efectos sucesorios de la reproducción humana asistida homóloga post mortem en el ordenamiento jurídico brasileño. El objeto de investigación se delimita a dos supuestos distintos: el del embrión criopreservado, concebido in vitro mientras vivía el causante y transferido al útero después de abierta la sucesión, y el de la inseminación artificial practicada con semen criopreservado del causante, en la que la concepción es posterior al fallecimiento. La pregunta de investigación consiste en determinar si uno y otro están legitimados para suceder únicamente por vía testamentaria, mediante la institución de la prole eventual (arts. 1.799, I, y 1.800, §4, del Código Civil brasileño), o también por sucesión legítima, en calidad de herederos necesarios, y dentro de qué plazo debe realizarse la transferencia del material reproductivo. La metodología es cualitativa y de método hipotético-deductivo, con análisis normativo (Constitución Federal de 1988, Código Civil de 2002, Ley n.º 11.105/2005 y Resolución n.º 2.320/2022 del Consejo Federal de Medicina), doctrinal, de los enunciados de las Jornadas de Derecho Civil del Consejo de la Justicia Federal y jurisprudencial, con referencia al derecho comparado español y portugués y al debate legislativo peruano. Se concluye que la igualdad filial (art. 227, §6, de la Constitución Federal) impone reconocer la sucesión legítima en ambos supuestos, y no solo la testamentaria; que ese reconocimiento exige el consentimiento escrito, expreso y específico del causante para el uso post mortem de su material genético; y que la seguridad jurídica de los demás herederos reclama la fijación de un plazo para la transferencia del material reproductivo.

* Posdoctoranda en Derecho Civil por la Universidad de São Paulo (USP). Doctora en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP, 2020). Magíster en Derechos Fundamentales Colectivos y Difusos por la Universidad Metodista de Piracicaba (UNIMEP, 2014).

Recibido: 01 de abril de 2026

Aceptado: 12 de octubre de 2026

Abstract

This paper examines the succession effects of homologous post mortem assisted human reproduction under Brazilian law. The object of research is limited to two distinct situations: the cryopreserved embryo, conceived in vitro while the deceased was alive and transferred to the uterus after the opening of the succession, and artificial insemination performed with the deceased's cryopreserved semen, in which conception occurs after death. The research question is whether both may inherit only through a will, by means of the institution of prospective offspring (articles 1,799, I, and 1,800, §4, of the Brazilian Civil Code), or also through intestate succession, as forced heirs, and within what time limit the transfer of reproductive material must take place. The methodology is qualitative and hypothetical-deductive, based on statutory analysis (the 1988 Federal Constitution, the 2002 Civil Code, Law No. 11,105/2005 and Resolution No. 2,320/2022 of the Federal Council of Medicine), legal scholarship, the statements approved by the Civil Law Conferences of the Federal Justice Council, and case law, with reference to Spanish and Portuguese comparative law and to the Peruvian legislative debate. It concludes that the constitutional equality of children (article 227, §6) requires intestate succession to be recognised in both situations; that such recognition depends on the deceased's written, express and specific consent to the post mortem use of his genetic material; and that the legal certainty of the remaining heirs calls for a time limit for the transfer of the reproductive material.

Palabras clave: Reproducción humana asistida post mortem, Embrión criopreservado, Sucesión legítima, Consentimiento informado, Igualdad filial, Planificación familiar

Keywords: Post-mortem assisted human reproduction, Cryopreserved embryo, Intestate succession, Informed consent, Equality of filiation, Family planning

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN BRASIL. 1. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. 2. EL ESTATUTO BIOÉTICO-JURÍDICO DEL EMBRIÓN CRIOPRESERVADO. 3. EL CONSENTIMIENTO DEL CAUSANTE PARA EL USO POST MORTEM DE SU MATERIAL GENÉTICO. III. FORMAS DE GARANTIZAR LOS DERECHOS DE HERENCIA DE LOS EMBRIONES CRIOPRESERVADOS. 1. SUCESIÓN TESTAMENTARIA Y EVENTUAL DESCENDENCIA. 2. LA SUCESIÓN LEGÍTIMA Y LA PETICIÓN DE HERENCIA. 3. LA NECESIDAD DE FIJAR UN PLAZO PARA LA IMPLANTACIÓN DE EMBRIONES. 4. EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL DERECHO COMPARADO: ESPAÑA, PORTUGAL Y ARGENTINA. 5. LA RELEVANCIA DEL DEBATE PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. IV. CONSIDERACIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo son los efectos sucesorios de la reproducción humana asistida homóloga *post mortem* en el ordenamiento jurídico brasileño, tanto en la hipótesis de transferencia del embrión criopreservado, concebido antes de la muerte del causante, como en la de la fecundación realizada después del fallecimiento con semen criopreservado de este. La reproducción humana asistida, desde su hito inicial el 25 de julio de 1978, con el nacimiento de Louise Brown en Inglaterra, ha revolucionado las posibilidades de concepción, permitiendo a parejas con dificultades para quedar embarazadas hacer realidad su sueño de tener hijos. Con el paso de los años, estas técnicas han ido evolucionando, ampliando su uso a individuos que optan por la procreación independiente, parejas del mismo sexo e incluso con fines de selección genética de embriones.

Sin embargo, en Brasil aún no existe una legislación específica que regule la reproducción humana asistida, especialmente en casos delicados, como el destino de los embriones criopreservados tras la muerte de uno de los cónyuges o parejas. En este vacío normativo, es imprescindible recurrir a principios constitucionales y derechos fundamentales, como la planificación familiar, la paternidad responsable, la dignidad humana, la igualdad entre los niños, el interés superior de la niñez y la adolescencia y el derecho a la salud, para perfilar las garantías jurídicas de los embriones criopreservados y garantizar su protección.

Conviene delimitar con precisión el objeto de la investigación. La expresión «reproducción asistida *post mortem*» abarca supuestos jurídicamente heterogéneos, cuyo tratamiento sucesorio no puede ser uniforme. Este trabajo se ocupa exclusivamente de la modalidad homóloga —aquella en la que se emplea material genético de la propia pareja— y distingue en ella dos hipótesis: (i) la transferencia *post mortem* del embrión criopreservado, concebido *in vitro* mientras vivía el causante y transferido al útero después de abierta la sucesión; y (ii) la fecundación realizada después de la muerte con semen criopreservado del causante, sea por inseminación artificial, sea por fecundación *in vitro*, supuestos en los que la concepción es posterior al fallecimiento. Quedan fuera del análisis la reproducción heteróloga, la gestación por sustitución y la selección genética de embriones, que sólo se mencionan cuando resulta indispensable para el desarrollo argumentativo.

De esa delimitación deriva la pregunta de investigación: ¿están legitimados para suceder, y en qué condición, el hijo nacido de la transferencia *post mortem* de un embrión criopreservado y el concebido después de la apertura de la sucesión con semen criopreservado del causante? Dicho con mayor precisión: ¿pueden ambos suceder únicamente por vía testamentaria, mediante la institución de la prole

eventual (arts. 1.799, I, y 1.800, §4, del Código Civil), o también por sucesión legítima, en calidad de herederos necesarios (art. 1.845 del Código Civil)? Y, de admitirse esta segunda respuesta, ¿dentro de qué plazo debe practicarse la transferencia del material reproductivo, de modo que la autonomía reproductiva del supérstite no sacrifique indefinidamente la seguridad jurídica de los demás herederos?

La hipótesis que se somete a verificación es doble. En primer lugar, que la interpretación literal del art. 1.798 del Código Civil —que legitima para suceder a las personas nacidas o ya concebidas al abrirse la sucesión— resulta incompatible con la igualdad filial consagrada en el art. 227, §6, de la Constitución Federal de 1988, de modo que ambos supuestos deben generar sucesión legítima y no sólo testamentaria. En segundo lugar, que esa conclusión sólo es sostenible si se la condiciona a dos requisitos: el consentimiento escrito, expreso y específico del causante para el uso *post mortem* de su material genético, y la fijación de un plazo cierto para la transferencia.

Cabe destacar, además, que el tema abordado en este trabajo no se limita a la realidad brasileña, sino que constituye una cuestión en discusión en toda la región, y particularmente en el Perú. En efecto, el ordenamiento jurídico peruano carece de una legislación específica sobre técnicas de reproducción humana asistida; la única norma referida a esta actividad es el artículo 7 de la Ley N.º 26842, Ley General de Salud, cuya redacción resulta insuficiente y desfasada frente a una realidad que la desborda, pues se limita a reconocer el derecho de toda persona a recurrir al tratamiento de su infertilidad y a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestacional recaiga sobre la misma persona, exigiendo el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

En este escenario de vacío normativo, se han presentado en el Perú, desde el año 2018, diversas iniciativas legislativas orientadas a regular el uso y el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, las cuales fueron acumuladas y dictaminadas favorablemente el 1 de junio de 2020 por la Comisión de Salud y Población, aunque pasaron al archivo en agosto de 2021 al concluir el periodo parlamentario. Más recientemente, en junio de 2025, un grupo de congresistas presentó un nuevo proyecto de ley que busca regular el acceso excepcional a estas técnicas y reconocer la figura de los denominados «padres de intención», proponiendo modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud y el artículo 21 del Código Civil peruano. Estas iniciativas de reforma, que se inscriben en el marco de una revisión más amplia del Código Civil, evidencian que la fecundación *post mortem* y sus efectos sucesorios son materia de debate actual en el Perú, lo que justifica que la experiencia brasileña sea observada como un referente relevante para el legislador peruano.

Para ello, en el segundo capítulo, después de la introducción, se realizó un estudio sobre la reproducción humana asistida en Brasil, destacando las principales técnicas. Además, se analizaron las modalidades de reproducción asistida —in vivo e in vitro, homóloga y heteróloga—, previstas en el Código Civil brasileño de 2002, y se examinaron el estatuto bioético-jurídico del embrión criopreservado y el consentimiento del causante como presupuestos del análisis sucesorio.

En el tercer capítulo se analizaron los derechos de herencia del embrión criopreservado. También se examinaron formas de garantizar este derecho, incluida la sucesión testamentaria, la descendencia eventual, la sucesión legítima y la petición de herencia. El estudio destacó la necesidad de fijar un plazo —se sugieren dos años contados desde la apertura de la sucesión— para la transferencia del material reproductivo, con el fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar perjuicios a los

demás herederos. Finalmente, se examinaron las soluciones adoptadas en España y en Portugal y su utilidad para el debate legislativo peruano.

La investigación utilizó una metodología cualitativa, basada en el método hipotético-deductivo, con amplia consulta de libros, artículos, monografías y tesis. En el plano normativo se examinaron la Constitución Federal de 1988, el Código Civil brasileño de 2002, la Ley n.º 11.105/2005 (Ley de Bioseguridad) y la Resolución n.º 2.320/2022 del Consejo Federal de Medicina, además de los enunciados aprobados en las Jornadas de Derecho Civil del Consejo de la Justicia Federal (n.os 106, 107 y 267). En el plano jurisprudencial se analizaron la decisión del Supremo Tribunal Federal en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 3.510/DF, relativa al estatuto del embrión in vitro, y la de la Cuarta Sala del Superior Tribunal de Justicia en el Recurso Especial n.º 1.918.421/SP, sobre la transferencia *post mortem* de embriones excedentarios, así como, en el ámbito interamericano, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Por último, se recurrió al derecho comparado, en particular a las soluciones española (Ley 14/2006) y portuguesa (Ley n.º 32/2006, con la redacción dada por la Ley n.º 72/2021).

II. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN BRASIL

1. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La reproducción humana (RH) es el proceso mediante el cual se hace posible la continuidad de la especie humana. En los humanos ocurre sexualmente, es decir, implica la combinación de material genético de dos seres distintos (los padres)

mediante la fusión de gametos masculinos y femeninos, en un proceso llamado fecundación (Nomura, 2015, p. 67).

Así, la fecundación puede producirse de forma natural, mediante la relación sexual entre un hombre y una mujer. Sin embargo, cuando se configura una situación de infertilidad o esterilidad, la pareja se ve imposibilitada de concebir de forma natural a su descendencia, lo que les lleva a recurrir a Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Según Arnaldo Schizzi Cambiaghi y Rogério de Barros Ferreira Leão (2013, p. 112), la Reproducción Humana Asistida consiste en un conjunto de técnicas de laboratorio utilizadas por médicos y embriólogos para favorecer la fecundación del ovocito por el espermatozoide cuando esta no se produce por medios naturales.

Las técnicas de reproducción humana asistida son procedimientos biotecnológicos que permiten la fecundación in vivo, es decir, en el propio organismo femenino; además, la fecundación puede ser in vitro, es decir, fuera del organismo femenino, más precisamente en el laboratorio.

En cualquiera de los dos casos, la reproducción humana asistida puede ser homóloga o heteróloga, que se definirá según el origen del material biológico utilizado para la fecundación.

Así, según Álvaro Villaza Azevedo, la reproducción humana asistida puede ser homóloga cuando los gametos utilizados para la fecundación artificial proceden de la pareja interesada en la procreación. Y será heteróloga cuando, si resulta imposible para uno o ambos interesados en la procreación donar sus propios gametos, se utilicen gametos de terceros en la fecundación (Azevedo, 2019, p. 254).

Actualmente, los procedimientos de reproducción humana asistida se pueden clasificar según su complejidad en: a) baja complejidad: inducción de la ovulación y coito programado (CP); b) de mediana complejidad: inseminación artificial intrauterina (IIU); c) de alta complejidad: fertilización in vitro (FIV), que puede estar asociada a la congelación de embriones y óvulos, y biopsia embrionaria (Diagnóstico Genético Preimplantacional – DGP) (Cambiaghi y Leão, 2013, p. 112).

El coito programado, técnica de baja complejidad en reproducción asistida, está indicado en parejas con fertilidad reducida, pero capacidad reproductiva normal. El método implica relaciones sexuales durante el período fértil y, en casos de falta de ovulación, puede asociarse a la inducción ovárica con hormonas específicas, monitoreadas mediante ecografía para determinar el período ovulatorio (Oliani et al., 2011, p. 92).

La inseminación artificial intrauterina (IIU) es un procedimiento que inserta semen preparado en laboratorio en la cavidad uterina para facilitar la fertilización natural en las trompas de Falopio. Después de la estimulación ovárica para producir ovocitos de alta calidad y la preparación seminal, el semen se transfiere al útero durante el período ovulatorio. La técnica puede realizarse con semen de pareja (IAP) en casos de infertilidad sin causa aparente o factores masculinos leves, o con semen de donante (IAD) para producciones independientes y parejas del mismo sexo (Cambiaghi y Leão, 2013, p. 119).

La fertilización in vitro (FIV) es un procedimiento complejo en el que la fertilización del óvulo por el espermatozoide se produce en el laboratorio, seguida de la transferencia de los embriones al útero. El proceso implica estimulación ovárica con medicamentos hormonales, recolección de óvulos mediante punción guiada por ecografía transvaginal y derivación al laboratorio de embriología. Allí, los óvulos se

clasifican y se colocan en un medio de cultivo controlado durante 2 a 4 horas, momento en el que están listos para la fecundación (Cambiaghi y Leão, 2013, p. 135).

La fecundación se puede realizar de dos formas: en la FIV clásica, los óvulos se incuban junto con los espermatozoides en condiciones similares a las de la trompa uterina; en la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), los espermatozoides se inyectan directamente en el citoplasma del óvulo, utilizando una aguja, un microscopio y técnicas especializadas.

Entre las técnicas de reproducción humana asistida, la ICSI ha demostrado ser muy eficaz. “La alta tasa de éxito observada tras el uso de ICSI ha llevado a varios centros de reproducción humana asistida a utilizar ICSI para todos los casos de infertilidad [...]” (Braga et al., 2011, p. 92).

La reproducción humana asistida es el género del que se pueden derivar dos especies: la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Ambas modalidades técnicas pueden implementarse de forma homóloga y heteróloga.

Así, para Silvio Rodrigues, “homóloga es la inseminación promovida con material genético (semen y óvulos) procedente de los propios cónyuges.” (Rodrigues, 2007, p. 314), y “heteróloga es la fecundación realizada con material genético de al menos un tercero, utilizando o no gametos (semen u óvulos) de uno u otro cónyuge (...)” (Rodrigues, 2007, p. 314).

El Código Civil brasileño de 2002, a pesar de no abordar específica y profundamente la reproducción humana asistida, prevé dos formas de inseminación: homóloga (art. 1.597, incisos III y IV) y heteróloga, hipótesis mencionada en el inciso V, del art. 1.597, CC.

Artículo 1.597. Se presumen concebidos durante el matrimonio los hijos:

(...)

(...)

III – Habidos por fecundación artificial homóloga, aun cuando haya fallecido el marido;

IV – Habidos, en cualquier tiempo, cuando se trate de embriones excedentarios, resultantes de concepción artificial homóloga;

V – Habidos por inseminación artificial heteróloga, siempre que exista autorización previa del marido.

2. EL ESTATUTO BIOÉTICO-JURÍDICO DEL EMBRIÓN CRIOPRESERVADO

La cuestión sucesoria que se examina en este trabajo presupone una definición previa, frecuentemente omitida en los estudios sobre la materia: la del estatuto jurídico del embrión criopreservado. Se trata de determinar si el embrión *in vitro* es persona, cosa o si constituye una categoría intermedia —un *tertium genus*— dotada de protección jurídica propia, aunque no de personalidad. De la respuesta depende, en buena medida, la posibilidad de considerarlo «ya concebido» a los efectos del art. 1.798 del Código Civil brasileño.

El derecho brasileño no ofrece una definición expresa. El art. 2 del Código Civil dispone que la personalidad civil de la persona comienza con el nacimiento con vida, pero pone a salvo, desde la concepción, los derechos del *nasciturus*. La Ley n.º 11.105/2005 (Ley de Bioseguridad), a su vez, autoriza en su art. 5 la utilización, para investigación con células madre, de embriones inviables o congelados durante tres años o más, con el consentimiento de los progenitores. Al juzgar la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 3.510/DF (rel. min. Ayres Britto, j. 29 de mayo de 2008), el Supremo Tribunal Federal declaró la constitucionalidad de ese dispositivo, en un pronunciamiento del que se desprende que el embrión *in vitro*, aun siendo objeto de tutela jurídica objetiva, no se identifica con la persona nacida ni con el *nasciturus* ya implantado.

En el plano interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro»)* vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012, sostuvo que el embrión no puede ser considerado persona en los términos del art. 4.1 de la Convención Americana; que la «concepción», a efectos de esa disposición, tiene lugar con la implantación en el útero; y que la protección de la vida prenatal es gradual e incremental, y no absoluta. Se trata de un criterio que conviene tener presente, pues, llevado a sus últimas consecuencias, pondría en cuestión la premisa —muy difundida en la doctrina brasileña— de que el embrión criopreservado es un ser «ya concebido» en el sentido del art. 1.798 del Código Civil, premisa sobre la que se asienta buena parte de la argumentación que se expone más adelante.

A los fines de esta investigación se adopta una posición intermedia. El embrión criopreservado no es titular actual de derechos patrimoniales, porque la titularidad supone personalidad, que sólo se adquiere con el nacimiento con vida; pero tampoco es una cosa disponible, dado que se trata de vida humana en potencia, protegida por el principio de la dignidad de la persona humana (art. 1, III, de la Constitución Federal). Lo que se le reconoce es una vocación sucesoria condicionada: una expectativa de derecho que se consolidará retroactivamente si, transferido al útero, nace con vida. Esta lectura es coherente con el Enunciado n.º 267 de la III Jornada de Derecho Civil del Consejo de la Justicia Federal, que extiende la regla del art. 1.798 a los embriones formados mediante técnicas de reproducción asistida y remite sus efectos patrimoniales a las reglas de la petición de herencia; y permite, además, distinguir con nitidez la situación del embrión de la del hijo efectivamente nacido, cuyos derechos sucesorios se examinan en el capítulo siguiente.

3. *EL CONSENTIMIENTO DEL CAUSANTE PARA EL USO POST MORTEM DE SU MATERIAL GENÉTICO*

El segundo presupuesto del análisis sucesorio es el consentimiento. Como en Brasil no existe legislación específica sobre reproducción asistida, la materia se rige por normas deontológicas y por la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los arts. 1.597 y siguientes del Código Civil. La Resolución n.º 2.320/2022 del Consejo Federal de Medicina —que revocó la Resolución n.º 2.294/2021— admite la reproducción asistida *post mortem* siempre que exista autorización específica del fallecido para el uso del material biológico criopreservado en vida, y exige, además, que los pacientes indiquen por escrito, antes de la generación de los embriones, el destino que habrá de darse al material criopreservado en caso de divorcio, disolución de la unión estable o fallecimiento.

En la misma dirección, el Enunciado n.º 106 de la I Jornada de Derecho Civil del Consejo de la Justicia Federal condiciona la presunción de paternidad del art. 1.597, III, a que la mujer se encuentre en condición de viuda y a que exista autorización escrita del marido para la utilización de su material genético después de su muerte; y el Enunciado n.º 107 exige, respecto de los embriones excedentarios, la autorización previa de ambos ex cónyuges o ex convivientes, revocable hasta el inicio del procedimiento.

La jurisprudencia superior ha adoptado una exigencia formal aún más estricta. En el Recurso Especial n.º 1.918.421/SP (rel. min. Marco Buzzi, rel. para el acuerdo min. Luis Felipe Salomão, Cuarta Sala, j. 8 de junio de 2021, DJe de 26 de agosto de 2021), el Superior Tribunal de Justicia decidió que la transferencia *post mortem* de embriones excedentarios sólo es admisible si media autorización expresa y específica del fallecido, manifestada en testamento o en documento que lo iguale en formalidad

y garantía, sin que baste la declaración contenida en el contrato estándar de prestación de servicios de reproducción humana ni la mera custodia del material por la viuda. El tribunal razonó que la decisión de autorizar el uso de los embriones constituye una disposición *post mortem* de naturaleza existencial, con repercusiones patrimoniales y sucesorias, lo que atrae la exigencia de forma solemne.

Este precedente merece una valoración crítica. Por un lado, resulta acertado en cuanto rechaza la presunción de consentimiento: la autonomía reproductiva no es disponible por terceros y admitir la voluntad presunta del fallecido equivaldría a instrumentalizar su cuerpo y su proyecto existencial. Por otro, la exigencia de testamento o de documento equivalente puede resultar excesiva en un contexto en el que la mayoría de las parejas que recurren a la fecundación *in vitro* formaliza su voluntad ante la clínica y no ante notario, y en el que el propio ordenamiento admite formas menos solemnes para actos de gravedad existencial semejante, como la disposición del propio cuerpo para después de la muerte (art. 14 del Código Civil). Lo decisivo no debería ser el instrumento, sino el carácter inequívoco, escrito y específico de la manifestación referida a la hipótesis *post mortem*. Ese es, además, el criterio que se adopta en este trabajo: sin un consentimiento con tales características no cabe practicar la técnica y, por consiguiente, tampoco se plantean sus efectos sucesorios. Distinta es la situación del hijo que, pese a la irregularidad, llegue a nacer: en tal caso, el interés superior del niño impone reconocer la filiación, sin que ello signifique necesariamente idénticos efectos patrimoniales.

Delimitados estos presupuestos, se pasa al estudio de los derechos sucesorios derivados de la reproducción humana asistida homóloga *post mortem*.

III. FORMAS DE GARANTIZAR LOS DERECHOS DE HERENCIA DE LOS EMBRIONES CRIOPRESERVADOS

Los estudiosos, hasta hace poco, sólo se referían a los derechos sucesorios del nasciturus, esto es, del ya concebido que aún no ha nacido y que se encuentra en el útero materno. Sin embargo, con la evolución de las técnicas de reproducción humana asistida, han surgido numerosas controversias respecto de los derechos que deben garantizarse a quienes, aún no nacidos, se encuentran criopreservados.

En este sentido, se distinguen dos situaciones: primero, el embrión ya existía cuando se inició la sucesión, y sólo fue implantado después de la muerte del causante; y, en segundo lugar, la fecundación se produjo tras la muerte del titular de la herencia, siendo el embrión concebido póstumamente.

Ante estas dos situaciones, ¿cómo pueden reconocerse los derechos sucesorios de quienes, aún no nacidos, se encuentran criopreservados in vitro? ¿Los embriones criopreservados tienen derechos de herencia diferentes a los de los gametos? Una vez reconocido el derecho sucesorio, ¿por cuánto tiempo debe reservarse la parte que le corresponde? ¿Puede la garantía de derechos darse tanto por vía testamentaria como también por vía legítima?

Para aclarar las cuestiones planteadas, analizamos los institutos de sucesión testamentaria y de sucesión legítima.

1. SUCESIÓN TESTAMENTARIA Y EVENTUAL DESCENDENCIA

El Código Civil prevé la posibilidad de la sucesión testamentaria y la institución de la descendencia eventual, admitiendo que los hijos, aún no concebidos, de personas indicadas por el testador están llamados a suceder, siempre que dichas personas se encuentren vivas en el momento de abrirse la sucesión (art. 1.799, I, del Código Civil).

Analizando esta hipótesis, algunos estudiosos sostienen que el hijo nacido mediante técnicas de inseminación artificial *post mortem* sólo podría suceder a través del testamento del causante, que necesariamente debería contemplar a la prole eventual. De lo contrario, a falta de testamento del causante, este hijo no podría ser considerado heredero.

María Helena Diniz entiende que es imposible otorgar derechos sucesorios mediante sucesión legítima al hijo nacido mediante inseminación *post mortem*, no teniendo el hijo póstumo legitimidad para suceder, ya que fue concebido tras la muerte de su padre genético, alejándose, por tanto, de sucesión legítima. Para la autora, la única hipótesis para que este hijo tenga derecho a la sucesión sería la manifestación inequívoca de la voluntad del causante de transmitir la herencia al hijo aún no concebido, expresando su voluntad en un testamento, que debe prever la sucesión de eventual descendencia (Diniz, 2014, p. 687).

Además, la citada autora distingue entre los embriones excedentarios criopreservados y el semen congelado, de modo que, si existe un embrión generado con el material germinal de la pareja antes de la muerte del autor de la herencia y, una vez implantado, nace con vida, este podrá, mediante acción de petición de herencia, cuyo plazo de prescripción es de 10 años, reclamar su parte de los bienes hereditarios. Sin embargo, si se trata de una persona que aún no ha sido concebida en el momento de la apertura de la sucesión, ésta sólo podrá heredar por sucesión testamentaria, mediante la institución de la descendencia eventual, prevista en el art. 1.799, I del CC.

Otro defensor de la posibilidad de sucesión testamentaria es Sílvio de Salvo Venosa:

En el sistema del nuevo Código, el principio general de sucesión es idéntico: “tienen derecho a suceder las personas nacidas o ya concebidas en el

momento de la apertura de la sucesión” (art. 1.798). De esta forma, los niños concebidos, post mortem, mediante cualquier técnica, no serán herederos. El nuevo código abre una válvula restringida a esta hipótesis, permitiendo que sólo en la sucesión testamentaria el hijo esperado de la persona indicada, pero no concebido, pueda ser llamado a suceder, esperando hasta dos años para su concepción y nacimiento después de la apertura de la sucesión, con reserva de los bienes hereditarios (art. 1.799, I y 1.800). (Venosa, 2014, p. 283)

De esta manera, el citado autor entiende que el hijo póstumo sólo podría ser considerado heredero mediante sucesión testamentaria y uso del eventual instituto de descendencia, ya que es posible que le suceda el hijo aún no concebido de una persona indicada por el testador.

Esta es también la posición de Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, al entender que “el feto sólo tendrá derecho a herencia si existe cláusula testamentaria al efecto, y siempre que sea concebido dentro del plazo de dos años, o en otro periodo más corto indicado por el testador” (Almeida Júnior, 2003).

Analizando la cuestión de la sucesión de los embriones ya concebidos, pero aún no nacidos, y el instituto de la eventual descendencia, Maria de Fátima Freire Sá y Bruno Torquato de Oliveira Naves preguntan:

El artículo 1.798 presenta un intento de solución, ya que atribuye capacidad sucesoria a “las personas nacidas o ya concebidas en el momento de la apertura de la sucesión”. Ahora bien, si los embriones ya son seres concebidos —pues la concepción se produce en el momento en que el óvulo se une al espermatozoide—, también tendrían capacidad sucesoria respecto de sus padres al morir estos. ¿Pero cómo sería eso? ¿Se reservaría la herencia, se retendría el inventario hasta el momento en que la madre, o una mujer que utiliza un útero subrogado, decidiera generar ese embrión? El código civil guardó silencio. Algunos comparan esta situación con la eventual descendencia, ya sugerida. Para ello, el Código determina que, salvo determinación contraria del testador, la herencia quedará a cargo de un curador especial por el plazo de 2 (dos) años. Transcurrido ese plazo, si la prole no es concebida, la herencia o el legado vuelven al acervo hereditario

(monte-mayor), para seguir el orden de sucesión legítima, determinado por los arts. 1.790 o 1.829. ¿Cómo imponer un tiempo predeterminado para el nacimiento de un hijo del difunto? ¿No supondría ello dispensar a esa persona un trato distinto del de los demás, violando la disposición constitucional que determina la igualdad de filiación? (Sá y Naves, 2011, p. 20)

Como se demuestra, cuando se aborda la cuestión en el ámbito del derecho sucesorio, son numerosas las posiciones que se encuentran en la doctrina. En este contexto, corresponde señalar también la posición de Anna Moraes Salles Beraldo, quien entiende que una vez nacido, el hijo póstumo puede tener garantizados sus derechos tanto por la sucesión testamentaria como por la legítima:

Sin embargo, en cuanto a este punto, si bien el artículo 1.799 de la ley civil se refiere a la sucesión testamentaria, no hay restricción en ningún momento, en el sentido de que los allí contemplados no pueden ser herederos legítimos. Así, si el testador nombra a su eventual descendencia, este hijo biológico, al nacer, será también considerado sucesor legítimo. Así, a pesar de la corriente doctrinal que sostiene que el heredero concebido tras la muerte del progenitor sólo heredará mediante testamento, es imprescindible resaltar la posición contraria. (Beraldo, 2012, pp. 140-141)

Así, en el ámbito de la sucesión testamentaria, nada impide que el causante, en ejercicio de su autonomía, transmita la parte disponible de su patrimonio mediante testamento a la prole eventual de un tercero o mediante sustitución fideicomisaria. En cuanto a la prole eventual, la autora entiende que, si bien no está diseñado para tal fin, el citado instituto puede utilizarse para indicar la propia descendencia eventual, es decir, el testador beneficia a su propia descendencia eventual. Sin embargo, aunque no se considerara posible, corresponde también al testador utilizar el instituto indirectamente para indicar la futura descendencia de su esposa.

En vista de esto, parece que, si bien parte de la doctrina sostiene la imposibilidad del derecho a la herencia del niño concebido mediante inseminación

homóloga *post-mortem*, la sucesión testamentaria es efectivamente un medio para asegurar el derecho hereditario de este nuevo descendiente, que podrán beneficiarse del instituto de eventual descendencia, siempre que sean concebidos dentro del plazo de 2 años establecido por el art. 1.800, §4 del Código Civil.

Por tanto, una vez que el Código Civil admitió el procedimiento ahora analizado en el art. 1.597 y previó, en el art. 1.799, la posibilidad de que el testador beneficie a los hijos aún no concebidos de personas por él indicadas, la cláusula testamentaria se convirtió en una posibilidad concreta para que este descendiente suceda, aunque no en la única, si se admite además la sucesión legítima, como se verá más adelante.

2. LA SUCESIÓN LEGÍTIMA Y LA PETICIÓN DE HERENCIA

Como se ve, la gran cuestión discutida en la doctrina se refiere al derecho sucesorio cuando se trata de la inseminación *post-mortem* del semen congelado del marido fallecido, ya que, en relación con la transferencia de embriones excedentarios, no existen mayores controversias, pues la formación del embrión presupone la concepción en el laboratorio con el material genético de la pareja. El hecho de que estén congelados no descartaría la legitimidad sucesoria, ya que el art. 1.798 concede legitimidad sucesoria tanto a las personas nacidas como a las ya concebidas en el momento de la apertura de la sucesión, ya sea por medios naturales o artificiales.

En relación con los excedentes de embriones, es importante resaltar que el tema ya fue discutido en la III Jornada de Derecho Civil del Consejo de la Justicia Federal, a través del Enunciado n.º 267, que señala que la norma del art. 1.798 del Código Civil debe extenderse a los embriones formados mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, abarcando así la vocación hereditaria de la persona humana por

nacer, cuyos efectos patrimoniales están sujetos a las reglas previstas para la petición de herencia.

De esta forma, en el caso de la implantación de embriones criopreservados, una vez concebidos en el laboratorio incluso antes de la muerte del causante, quedan evidentes los derechos sucesorios del hijo resultante de este embarazo. Y, tratándose de descendiente del causante, su condición de heredero necesario es innegable, debiendo suceder por sucesión legítima, al igual que los demás descendientes, por el orden de vocación hereditaria establecido en el art. 1.829 del Código Civil de 2002.

Con relación a la inseminación homóloga *post mortem*, resultante de semen congelado, pese a las posiciones doctrinales ya estudiadas, que entienden la inexistencia del derecho sucesorio o la posibilidad de sucesión sólo en la modalidad testamentaria. También hay quienes sostienen que, teniendo en cuenta la igualdad filial y el interés superior del hijo, el hijo resultante de esta técnica también debe ser incluido en la sucesión legítima, siendo considerado heredero necesario al igual que los demás descendientes, como si hubiese sido concebido antes de la muerte del causante, del mismo modo que ocurre en la transferencia de embriones criopreservados.

En este sentido, siguiendo el pensamiento de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Maria Berenice Dias sostiene:

Vale recordar que la legislación no prohíbe la inseminación post mortem y la Constitución consagra la igualdad entre los niños. Por lo tanto, no se puede aceptar una legislación infraconstitucional que restrinja los derechos del niño así concebido. Esta es la posición de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, quien también invoca el principio de Libertad y el derecho a la planificación familiar, ambos consagrados en la Constitución. Con ello, reconoce todos los efectos de la inseminación artificial homóloga post mortem y derechos sucesorios amplios, no restringidos a la sucesión

testamentaria. La posibilidad de no reconocer los derechos de un niño concebido mediante fecundación artificial post mortem castiga en última instancia el afecto, la intención de tener un hijo con la persona amada, aunque eventualmente alejada de la vida terrenal. (Dias, 2013, p. 377)

Así, concluye el citado autor afirmando que, según el principio constitucional de igualdad garantizada en la filiación (art. 227, §6), los hijos, incluso los no nacidos, e incluso los no concebidos, no pueden ser excluidos de la sucesión. Por tanto, nada justificaría la exclusión del derecho sucesorio del heredero concebido *post mortem*, que debería ocupar la clase de herederos necesarios. De esta manera, el citado autor concluye que es imposible admitir el derecho sucesorio a este hijo únicamente por la vía testamentaria, ya que existe el principio constitucional de tratamiento isonómico en materia de filiación, por lo que todos deben pertenecer a la clase de herederos legítimos y necesarios.

Esta es también la posición de Carlos Roberto Gonçalves:

La doctrina brasileña sí se inclina por negar la legitimidad para suceder a los niños nacidos mediante métodos de reproducción asistida, ya sea en el caso de que la muerte del ascendiente preceda a la concepción, o en la implantación de embriones después de abierta la sucesión. Se lograría una solución favorable a los niños si existieran disposiciones legislativas que favorecieran el fruto de la inseminación post mortem.

No hay manera de eludir, sin embargo, las disposiciones de los artículos 1.597 del Código Civil y 227, §6 de la Constitución Federal. El primero establece que “los hijos nacidos por fecundación artificial homóloga se presumen “concebidos” durante el matrimonio, incluso si el marido ha fallecido” (sección III). El segundo consagra la igualdad absoluta de derechos entre los niños, prohibiendo cualquier distinción o discriminación.

Si, por tanto, en la sucesión legítima los derechos sucesorios de los hijos son iguales, y si el Código Civil de 2002 trata a los hijos resultantes de una fecundación artificial homóloga, posterior a la muerte del padre, como si hubieran sido “concebidos durante el matrimonio”, no está justificada la exclusión de sus derechos sucesorios. Una comprensión contraria llevaría a aceptar la existencia, en nuestro derecho, de un hijo que no tiene derecho

sucesorio, en situación incompatible con la proclamada en el art. 227, §6 de la Constitución Federal. (Gonçalves, 2009, pp. 55-58)

Así, considerando que la Constitución Federal brasileña modificó el ordenamiento jurídico al establecer la igualdad filial en su art. 227, §6º, este principio debe aplicarse también en el contexto de la reproducción humana asistida, impidiendo cualquier trato discriminatorio entre los niños concebidos mediante inseminación artificial *post mortem*. Además, considerando que el derecho a la herencia es un derecho fundamental, garantizado constitucionalmente (art. 5, XXX del CF), y que la Constitución Federal vela por el interés superior del niño (art. 227, *caput*, CF), resulta innegable su condición de heredero legítimo necesario, al igual que los demás descendientes.

En la misma línea, Anna Moraes Salles Beraldo sostiene:

Lo cierto es que la Constitución Federal prohíbe cualquier forma de discriminación entre niños, independientemente de su origen. Por tanto, una vez que nazca un niño fruto de dichas técnicas de reproducción asistida, tendrá los mismos derechos que el resto de sus descendientes.

[...] Así, si subsiste la posibilidad de la inseminación póstuma, se deben garantizar los derechos de herencia, tanto en los casos de utilización del semen mediante fecundación artificial homóloga, como en los casos de implantación del embrión sobrante tras la muerte del progenitor. (Beraldo, 2012, pp. 115-124)

La citada autora defiende también una interpretación unitaria del ordenamiento, y no sólo una interpretación literal del art. 1.798 del Código Civil, por lo que se debe respetar la norma constitucional que informa la igualdad entre los niños y el principio de la dignidad humana. Además, la autora afirma que la interpretación literal y la distinción entre semen y embrión congelado no tienen sentido, debiendo prevalecer la igualdad filial, so pena de generar un trato discriminatorio entre los hijos,

lo cual está prohibido por nuestro ordenamiento jurídico. Además, analizando cuestiones prácticas, la autora sostiene:

La restricción de los derechos de un ciudadano no puede ocurrir únicamente por razones prácticas, ya que esto viola el principio constitucional de la dignidad humana. Teniendo esto en cuenta, una prohibición de la inseminación póstuma sería más coherente. Sin embargo, una vez que el niño nace, debe ser protegido en todos los ámbitos. (Beraldo, 2012, p. 127)

Considerando lo anterior y las posiciones doctrinales respecto de la posibilidad de la sucesión legítima, cabe señalar que ésta parece ser la mejor posición a adoptar, por cuanto se acerca más a los preceptos constitucionales de dignidad humana e igualdad filial, privilegiando también el interés superior del niño.

Así, una vez asegurada a este descendiente la posibilidad de suceder por vía legítima, podrá hacer valer sus derechos sucesorios mediante la acción de petición de herencia, que, como se verá, es la vía adecuada para obtener el reconocimiento de la condición de heredero y reclamar su cuota hereditaria.

En este sentido, es el entendimiento de Anna Moraes Salles Beraldo, al afirmar que la acción de petición de herencia sería la vía posible para que este hijo reclame su parte, ya que, a diferencia de la sucesión testamentaria, que depende de un acto de liberalidad del testador, la sucesión legítima es un derecho garantizado al heredero por determinación legal (Beraldo, 2012, p. 127).

Sostiene también que, si la acción de petición de herencia se interpone antes de la partición, este descendiente puede solicitar la reserva de bienes en el proceso de inventario; y que, si se interpone después de la partición y la demanda es estimada, el demandado deberá restituir los bienes con sus acciones, frutos y rentas, debiendo realizarse una nueva partición, incluyendo ahora al heredero reconocido (Beraldo, 2012, p. 127).

Una vez admitida la posibilidad de sucesión legítima del niño nacido mediante inseminación homóloga *post mortem* y analizada la cuestión de la acción de petición sucesoria como medio de aseguramiento y sus derechos sucesorios, procede analizar, finalmente, el establecimiento de un plazo para la transferencia del material reproductivo, imprescindible para garantizar la seguridad jurídica.

3. LA NECESIDAD DE FIJAR UN PLAZO PARA LA IMPLANTACIÓN DE EMBRIONES

Una vez comprendida la posibilidad de sucesión legítima del niño concebido mediante inseminación artificial homóloga *post mortem*, otro tema que merece ser abordado es la necesidad de establecer un plazo para la implantación del material reproductivo, ya que es imprescindible que exista una solución definitiva sobre los bienes del causante, mediante su partición entre los herederos.

Como ocurre con otras cuestiones sucesorias relativas a la inseminación *post mortem*, el Código Civil guardó silencio sobre el establecimiento de un plazo para la implantación del material reproductivo, entendiendo la doctrina aplicable el plazo de dos años previsto en el §4 del art. 1.800 del Código Civil, relativo a la concepción del heredero indicado por el testador en la hipótesis del art. 1.799, I del CC, o incluso aplicando el plazo de tres años previsto en la Ley de Bioseguridad (Ley nº 11.105/05).

En este sentido, explica Anna Moraes Salles Beraldo que la ausencia de un plazo para la transferencia del material reproductivo del difunto o del embrión congelado genera inseguridad en el ámbito del derecho sucesorio, pues, si la generación de ese hijo se demora en exceso, es posible que los bienes de la herencia ya hayan sido partidos entre los herederos existentes. Así, la autora defiende la necesidad de una legislación específica que fije un plazo no demasiado largo para la implantación de

material genético o embrión preservado, incluso por coherencia con el proyecto parental (Beraldo, 2012, p. 127).

Defendiendo un plazo máximo de dos o tres años desde la apertura de la sucesión, la citada autora reflexiona que “este límite evitaría que la situación se prolongara indefinidamente y evitaría también el nacimiento de un hijo económicamente desamparado y desigual a sus hermanos”. Sin embargo, siguiendo la línea de la igualdad filial, la autora entiende que, aun así, si hubiera violación de la norma, el hijo póstumo no podría sufrir discriminación y debe ser considerado heredero necesario, cualquiera que sea el momento de su nacimiento.

Por el contrario, María Berenice Dias critica el establecimiento de un plazo de dos años para que se produzca la concepción:

Incluso quienes reconocen el derecho de herencia a un hijo concebido mediante fecundación artificial póstuma se inclinan a establecer un plazo de 2 años para que se produzca la concepción, por analogía con el plazo para la concepción de la eventual filiación (art. 1.800, §4º, CC). Esta limitación no tiene justificación. No se puede discriminar a un niño post mortem concebido con el semen del padre fallecido después de un período de dos años. El intento de dar seguridad a otros sucesores no debe prevalecer sobre el derecho hereditario del niño que ha nacido, incluso después de algunos años. Sólo recuerde que no hay límite para el reconocimiento de la filiación mediante la investigación de paternidad, y sólo el derecho a reclamar la herencia caduca dentro de los 10 años (CC 205). (Dias, 2013, p. 126)

Asimismo, José Luiz Gavião de Almeida explica que:

Sin embargo, este plazo no puede ser tal que ponga en riesgo otras situaciones jurídicas que requieran consolidación. Por ejemplo, la paternidad no puede tener el efecto de invalidar la partición o hacer que el testamento caduque después de que ya se hayan producido estas situaciones, incluido el vencimiento del plazo para dar por terminados estos actos. Si no es posible desconstituir una partición que se ha consolidado en el tiempo, se puede establecer la filiación, pero sin consecuencias patrimoniales en relación con el padre fallecido. (Almeida, 2010, p. 529)

No obstante, la posición de los autores antes mencionados, el establecimiento de un plazo para la implantación del material reproductivo es fundamental para la seguridad jurídica, no pudiendo los demás herederos esperar indefinidamente la inseminación *post mortem* o la implantación *post mortem*.

Por tanto, mientras no exista una legislación específica sobre reproducción humana asistida que establezca posibles plazos de aplicación, la aplicación analógica del plazo de dos años previsto para la prole eventual en el §4 del art. 1.800 parece ser la mejor solución, plazo que debería operar como fecha límite para la inseminación artificial con semen congelado por parte de la viuda o pareja sobreviviente.

Asimismo, considerando la existencia de una ley específica de bioseguridad, que aborda la cuestión del excedente de embriones, si la viuda desea transferir el embrión criopreservado, constituido con el material genético de la pareja, deberá observarse el plazo de tres años previsto en la Ley n.º 11.105/2005.

4. EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL DERECHO COMPARADO: ESPAÑA, PORTUGAL Y ARGENTINA

La ausencia de una regla brasileña sobre los efectos sucesorios de la reproducción *post mortem* aconseja observar dos ordenamientos que sí legislaron expresamente sobre la materia y que, además, pertenecen a la misma tradición jurídica: el español y el portugués. No se pretende aquí un estudio exhaustivo de derecho comparado, sino identificar las técnicas normativas empleadas para resolver los dos problemas centrales de esta investigación: la forma del consentimiento y el plazo para el uso del material reproductivo.

En España, el art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dispone en su apartado 1 que no podrá determinarse

legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte. El apartado 2 introduce la excepción: el marido podrá consentir —en el documento previsto en el art. 6.3, en escritura pública, en testamento o en documento de instrucciones previas— que su material reproductor sea utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, generación que producirá los efectos legales derivados de la filiación matrimonial; y el apartado 3 extiende esa posibilidad al varón no unido por vínculo matrimonial. La solución española es, pues, doblemente instructiva: resuelve el problema por la vía de la filiación —de la que derivan sin más los efectos sucesorios— y fija un plazo considerablemente más breve que el defendido en este trabajo.

En Portugal, el art. 22 de la Ley n.º 32/2006, de 26 de julio, prohibía originariamente la inseminación con semen del fallecido, determinando la destrucción del material criopreservado, pero admitía la transferencia *post mortem* del embrión para permitir la realización de un proyecto parental claramente establecido por escrito antes del fallecimiento. Ese régimen restrictivo contaba con el respaldo de un sector de la doctrina portuguesa, que advertía sobre las perturbaciones que la procreación *post mortem* introduce en las relaciones familiares y sucesorias, sobre la indefinición de la situación sucesoria y sobre el menosprecio del interés del nuevo ser (Ascensão, 2007). La Ley n.º 72/2021, de 12 de noviembre, alteró ese régimen y pasó a considerar lícitas ambas modalidades —la transferencia de embrión y la inseminación con semen de la persona fallecida—, siempre que exista un proyecto parental claramente establecido y consentido y haya transcurrido el plazo considerado adecuado para la ponderación de la decisión. El consentimiento debe constar por escrito o quedar registrado en videograma, previa información sobre sus

consecuencias jurídicas, y los procedimientos deben iniciarse dentro de un plazo máximo de tres años contados desde la muerte. Lo más relevante para esta investigación es que el legislador portugués se ocupó expresamente del problema sucesorio, al determinar que, existiendo consentimiento para la reproducción *post mortem*, la herencia del progenitor fallecido se mantiene yacente durante el plazo de tres años posteriores a la muerte, prorrogable hasta el nacimiento completo y con vida.

De este breve contraste pueden extraerse tres consecuencias para el derecho brasileño. La primera es que ambos ordenamientos exigen consentimiento previo, escrito y específico, lo que confirma la orientación del Superior Tribunal de Justicia en el Recurso Especial n.º 1.918.421/SP, aunque sin llegar a reclamar la solemnidad del testamento. La segunda es que ambos fijan un plazo —doce meses en España, tres años en Portugal—, lo que corrobora la tesis aquí sostenida de que la seguridad jurídica de los demás herederos impone un término cierto, y sitúa el plazo bienal defendido en este trabajo en una posición intermedia y razonable. La tercera, y quizá la más fecunda, es que la técnica portuguesa de la herencia yacente ofrece al legislador brasileño un instrumento que evita los dos extremos indeseables: ni la parálisis indefinida del inventario ni la exclusión del hijo nacido después de la partición, que hoy sólo dispone de la acción de petición de herencia para hacer valer su cuota.

Conviene añadir un tercer punto de referencia, más próximo a la realidad regional. En Argentina, el Código Civil y Comercial consagró la voluntad procreacional como eje de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, pero la regulación de la fecundación *post mortem*, prevista en el anteproyecto, fue suprimida del texto finalmente aprobado, de modo que la cuestión quedó sin respuesta legislativa expresa (Krasnow, 2017). El contraste es elocuente: allí donde el legislador guarda

silencio —como en Argentina, en Brasil y en el Perú— la solución termina siendo construida caso a caso por los tribunales, con el consiguiente déficit de previsibilidad.

5. LA RELEVANCIA DEL DEBATE PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Establecido lo anterior en el marco del derecho brasileño, conviene aludir, siquiera sumariamente, a lo que viene sucediendo en el Perú, no a modo de un estudio de derecho comparado exhaustivo, sino como una referencia que permita dimensionar la relevancia regional del tema. A diferencia de Brasil, cuyo Código Civil de 2002 contempla expresamente presunciones de paternidad derivadas de la fecundación artificial homóloga *post mortem* (art. 1.597, incisos III y IV), el Perú no cuenta con normatividad específica sobre reproducción humana asistida, y menos aún sobre sus efectos sucesorios.

Como ya se ha señalado, la única disposición referida a la materia es el artículo 7 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842), norma general e indeterminada que, además, exige que la condición de madre genética y madre gestacional recaiga sobre la misma persona, lo que ha sido interpretado por un sector de la doctrina como un obstáculo para diversas técnicas de reproducción asistida. Este vacío legislativo ha sido objeto de crítica por la doctrina peruana, que reclama una regulación que proteja los derechos de los niños y de las mujeres, advirtiendo que el país no cuenta con una ley que regule las técnicas de fecundación artificial, incluidas las fecundaciones *post mortem* (Gonzales Pérez, 2024).

En la doctrina peruana, las técnicas de reproducción humana asistida han sido examinadas, desde una perspectiva bioética y biojurídica, por autores que abordan con espíritu crítico la materia y recogen la posición según la cual el deseo no es fuente de derechos y el hijo no puede ser objeto del deseo de los padres, lo que lleva a un sector

a rechazar la reproducción humana *post mortem*. Se trata de un debate abierto, en el que se enfrentan, por un lado, la autonomía reproductiva y el proyecto parental de la pareja y, por otro, el interés superior del niño que nacería y la seguridad jurídica de los demás herederos (Cárdenas Krenz, 2015).

Conviene añadir que la doctrina peruana más reciente ha documentado el modo en que los tribunales del país han venido resolviendo, sin respaldo legislativo específico, los conflictos derivados de las técnicas de reproducción humana asistida, recurriendo a los principios generales y al interés superior del niño para colmar el vacío normativo (Varsi-Rospigliosi y Valdivia Fierro, 2025). Ese diagnóstico refuerza la conveniencia de observar la experiencia brasileña, en la que la ausencia de ley específica ha sido suplida por una combinación de presunciones legales de filiación, enunciados doctrinales de las Jornadas de Derecho Civil y decisiones de los tribunales superiores, con los inconvenientes de previsibilidad que se han señalado a lo largo de este trabajo.

Precisamente por ello, la experiencia brasileña analizada en este trabajo puede servir de referente para los integrantes de las comisiones encargadas de debatir la revisión del Código Civil peruano y las iniciativas de regulación de la reproducción humana asistida, especialmente en cuanto a la conveniencia de admitir la fecundación *post mortem* dentro de una pareja matrimonial o de una unión de hecho, así como de fijar un plazo razonable para la implantación del material reproductivo, cuestión que, como se ha visto, resulta esencial para garantizar la seguridad jurídica.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La reproducción humana asistida, como se ve a lo largo de este trabajo, pretende buscar una solución a la infertilidad y esterilidad, dando a las parejas la oportunidad, a través de sus técnicas, de hacer realidad su ansiado proyecto parental.

Antes de sintetizar los resultados, conviene recordar la distinción que ha estructurado toda la investigación. La expresión «reproducción asistida *post mortem*» encierra dos supuestos que exigen tratamiento sucesorio diferenciado: en el primero, el embrión ya fue concebido *in vitro* mientras vivía el causante y sólo es transferido al útero después de abierta la sucesión; en el segundo, la fecundación se produce después de la muerte, con semen criopreservado del causante. La confusión entre ambos, frecuente en la doctrina, explica buena parte de las divergencias sobre la aplicación del art. 1.798 del Código Civil.

También es importante mencionar que no existe una legislación específica sobre el tema, sino únicamente normas ético-médicas, contenidas en la Resolución n.º 2.320/2022 del Consejo Federal de Medicina de Brasil, que revocó la Resolución n.º 2.294/2021.

En cuanto a la inseminación artificial homóloga *post mortem*, quedó demostrado que se trata del método de reproducción asistida que permite a la viuda o pareja superviviente utilizar el semen criopreservado de su marido fallecido para producir el hijo de la pareja. Así, utilizando semen congelado o incluso un embrión criopreservado, concebido a través del material genético de ambos, la viuda podrá tener un hijo incluso después de la muerte de su marido.

En cuanto al estatuto del embrión criopreservado, se concluye que no es persona ni cosa: es vida humana en potencia, protegida objetivamente por el principio

de la dignidad de la persona humana, sin ser titular actual de derechos patrimoniales. Lo que le corresponde es una vocación sucesoria condicionada, que se consolida retroactivamente con el nacimiento con vida, conforme al art. 2 del Código Civil y al Enunciado n.º 267 de la III Jornada de Derecho Civil. Esta calificación convive, no sin tensión, con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Artavia Murillo*, que sitúa la concepción en la implantación uterina, tensión que el legislador brasileño debería resolver expresamente.

Pese a la omisión legal ya señalada, según lo analizado, la doctrina ha entendido necesaria la autorización del causante, quien, en vida, debe manifestarse a favor del uso de su material genético criopreservado con fines *post mortem*. En este sentido, el Enunciado n.º 106 de la I Jornada de Derecho Civil del Consejo de la Justicia Federal prevé la autorización escrita obligatoria del marido para la utilización de su material genético después de su muerte, exigencia reforzada por el Superior Tribunal de Justicia en el Recurso Especial n.º 1.918.421/SP.

El consentimiento, por tanto, legitimaría la filiación, que aquí se establecería por criterios biológicos, ya que existe la consanguinidad, al ser un procedimiento homólogo, en el que se utiliza el material genético propio de la pareja. Por tanto, la falta de consentimiento impediría a la viuda realizar la inseminación *post mortem*. Sin embargo, una vez nacido el niño, incluso sin su consentimiento, la doctrina señala que aún cabría establecer la paternidad biológica, a la luz del principio del interés superior del niño.

El consentimiento del causante es, por tanto, requisito constitutivo —y no meramente formal— de la reproducción asistida *post mortem*: debe ser previo, escrito, expreso y específico para esa hipótesis. Sin él, la técnica no puede practicarse y no llegan siquiera a plantearse sus efectos sucesorios; cuestión distinta es la del hijo que

llega a nacer pese a la irregularidad, cuyo interés superior impone el reconocimiento de la filiación, sin que ello implique necesariamente idénticos efectos patrimoniales.

Conviene subrayar, además, que filiación y sucesión no coinciden de modo automático. El art. 1.597, III y IV, del Código Civil resuelve la filiación mediante presunciones, mientras que el art. 1.798 regula la legitimación sucesoria a partir de un criterio temporal. El puente entre ambos preceptos es el art. 227, §6, de la Constitución Federal.

Por tanto, independientemente del origen de la filiación, los hijos tienen los mismos derechos y no pueden sufrir discriminación en razón de ese origen. La referida disposición constitucional, como se ve, implica directamente la conclusión de que los hijos nacidos de reproducción asistida *post mortem* deben ser tratados del mismo modo que los demás descendientes, incluso a efectos sucesorios, ya que no pueden sufrir discriminación alguna en relación con los demás herederos únicamente por haber nacido después de la muerte de su progenitor.

Como se ha comentado, la gran controversia en torno al derecho sucesorio del niño nacido de inseminación artificial homóloga *post mortem* gira en torno a la interpretación que se da al art. 1.798 del Código Civil. Así, hay quienes entienden que sólo el embrión criopreservado, una vez implantado, podría tener éxito, ya que si bien la implantación se produce después de la apertura de la sucesión, la concepción, ocurrida en el laboratorio, se produjo antes de la muerte del causante, encuadrándose, por tanto, en la hipótesis legal del art. 1.798.

De esta manera, la mejor lectura que puede hacerse del art. 1.798 es la que entiende que tanto el hijo nacido mediante inseminación artificial homóloga *post mortem*, con utilización del semen criopreservado del causante, como el nacido

mediante la transferencia del embrión criopreservado deben suceder también por vía legítima.

Como se ve, siendo descendiente del causante, aunque haya sido concebido después de su muerte, este hijo debe suceder tanto por vía testamentaria, si el testador así lo desea, como por vía legítima, protegiendo su cuota mediante la acción de petición de herencia, siempre que la transferencia del material reproductivo se realice dentro del plazo establecido. Sólo así la sucesión derivada de la reproducción asistida *post mortem* estaría en consonancia con la Constitución Federal brasileña de 1988.

Los instrumentos de tutela, sin embargo, no son idénticos en uno y otro supuesto: tratándose del embrión ya concebido, cabe la reserva de bienes en el inventario; tratándose del hijo concebido después de la apertura de la sucesión, la protección se realiza mediante la acción de petición de herencia, cuyo plazo prescriptivo es de diez años. En cuanto al plazo para la transferencia del material reproductivo, mientras no exista ley específica se sostiene la aplicación analógica de los dos años del art. 1.800, §4, del Código Civil para la fecundación con semen criopreservado, y la observancia de los tres años de la Ley n.º 11.105/2005 para los embriones excedentarios. *De lege ferenda*, el modelo portugués sugiere una solución más equilibrada, al combinar un plazo máximo con el mantenimiento de la herencia en estado de yacencia o, cuando menos, con la reserva de la cuota correspondiente, evitando así tanto la parálisis indefinida del inventario como el sacrificio del derecho hereditario del hijo nacido después de la partición.

Finalmente, conviene reiterar que, si bien las conclusiones aquí alcanzadas se refieren al ordenamiento brasileño, el tema tratado reviste especial interés para el Perú, país que aún no cuenta con una normatividad específica sobre reproducción humana asistida ni sobre sus efectos sucesorios, y en el que la Ley General de Salud

resulta insuficiente para atender esta realidad. Las iniciativas de reforma del Código Civil peruano y los proyectos de ley orientados a regular estas técnicas encuentran en la experiencia brasileña un referente valioso, particularmente en cuanto a la admisión de la fecundación *post mortem* en el marco de una pareja matrimonial o unión de hecho y a la necesidad de establecer un plazo razonable para la implantación del material reproductivo, de modo que se concilien la autonomía reproductiva, el interés superior del niño y la seguridad jurídica de los demás herederos.

De ahí que la experiencia brasileña ofrezca al legislador peruano una advertencia y una sugerencia: la advertencia es que la mera presunción de filiación, sin reglas sucesorias correlativas, traslada a los tribunales un conflicto que corresponde al legislador resolver; la sugerencia es que una eventual regulación contemple conjuntamente la forma del consentimiento, el plazo para el uso del material reproductivo y la técnica de protección del acervo hereditario. Queda abierta para investigaciones futuras la valoración de los efectos de estas técnicas sobre otros institutos sucesorios, como la colación, la reducción de las disposiciones testamentarias y la partición ya consolidada.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Almeida, J. L. G. de. (2010). Reconhecimento de filiação. En J. F. Simão, J. S. Fujita, S. J. de A. Chinellato y M. C. Zucchi (Orgs.), *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. Atlas.
- Almeida Júnior, J. E. de. (2003). *Técnicas de reprodução assistida e biodireito*. IBDFAM. <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/110/Técnicas+de+reprodução+assistida+e+biodireito>

- Ascensão, J. de O. (2007). A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida. *Revista da Ordem dos Advogados*, 67(3).
- Azevedo, Á. V. (2019). *Curso de direito civil: direito de família* (2.ª ed.). Saraiva.
- Beraldo, A. M. S. (2012). *Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem*. Lumen Juris.
- Braga, D. P. de A. F., Figueira, R. de C. S. y Setti, A. S. (2011). Fertilização *in vitro* clássica e injeção intracitoplasmática de espermatozoides. En E. Borges Jr., S. S. Cortezzi y L. M. S. Farah (Eds.), *Reprodução humana assistida*. Atheneu.
- Brasil. Consejo de la Justicia Federal. (2002). *Enunciados n.os 106 y 107, aprobados en la I Jornada de Derecho Civil*.
- Brasil. Consejo de la Justicia Federal. (2004). *Enunciado n.º 267, aprobado en la III Jornada de Derecho Civil*.
- Cambiaghi, A. S. y Leão, R. de B. F. (2013). *Manual prático de reprodução assistida para o ginecologista: direto ao assunto*. LaVidaPress.
- Cárdenas Krenz, R. (2015). El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana. *Persona y Familia. Revista del Instituto de la Familia*, 1(4), 47–65.
<https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/2864>
- Congreso de la República del Perú. (2020). *Dictamen de la Comisión de Salud y Población sobre los proyectos de ley que regulan el uso y el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida*.
- Congreso de la República del Perú. (2025). *Proyecto de ley que regula el acceso excepcional a las técnicas de reproducción humana asistida y reconoce la filiación de los padres de intención*. Grupo Parlamentario Acción Popular.
- Dias, M. B. (2013). *Manual das sucessões* (3.ª ed.). Revista dos Tribunais.
- Diniz, M. H. (2014). *O estado atual do biodireito* (9.ª ed.). Saraiva.

- Gonçalves, C. R. (2009). *Direito civil brasileiro: direito das sucessões* (3.^a ed., Vol. 7). Saraiva.
- Gonzales Pérez, M. (2024, julio). Urge una regulación que proteja los derechos de los niños y las mujeres [Entrevista]. *UDEP Hoy*. Universidad de Piura.
<https://www.udep.edu.pe/hoy/2024/07/dra-maricela-gonzales-urge-una-regulacion-que-proteja-los-derechos-de-los-ninos-y-las-mujeres/>
- Krasnow, A. N. (2017). La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad. *Revista de Derecho Privado*, (32), 175–217.
<https://doi.org/10.18601/01234366.n32.07>
- Nomura, R. M. Y. (2015). Reprodução humana: reprodução assistida, fertilização *in vitro*, inseminação artificial, direitos reprodutivos. En A. C. Gimenes et al. (Eds.), *Dilemas acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e o biodireito*. Atheneu.
- Oliani, A. H., Freitas, C. M. D. y Vaz-Oliani, D. C. M. (2011). Técnica de baixa complexidade: IIU. En A. Dzik, D. H. M. Pereira, M. Cavagna y W. N. do Amaral (Eds.), *Tratado de reprodução assistida*. Segmento Farma.
- Rodrigues, S. (2007). *Direito civil: direito de família* (28.^a ed.). Saraiva.
- Sá, M. de F. F. de y Naves, B. T. de O. (2011). *Manual de biodireito* (2.^a ed.). Del Rey.
- Varsi-Rospigliosi, E. y Valdivia Fierro, T. F. (2025). La situación jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en los tribunales peruanos. *Revista de Bioética y Derecho*, (63), 211–234. <https://doi.org/10.1344/rbd2025.63.45460>
- Venosa, S. de S. (2014). *Direito civil: direito das sucessões*. Atlas.

NORMAS

Brasil. Constitución de la República Federativa del Brasil. *Diário Oficial da União*, 5 de octubre de 1988.

Brasil. Ley n.º 10.406, de 10 de enero de 2002, Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 de enero de 2002.

Brasil. Ley n.º 11.105, de 24 de marzo de 2005, Ley de Bioseguridad. *Diário Oficial da União*, 28 de marzo de 2005.

Brasil. Consejo Federal de Medicina. Resolución CFM n.º 2.320, de 1 de septiembre de 2022. *Diário Oficial da União*, Sección 1, p. 107, 20 de septiembre de 2022.

España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 126, 27 de mayo de 2006.

Portugal. Ley n.º 32/2006, de 26 de julio, sobre procreación médicamente asistida, con la redacción dada por la Ley n.º 72/2021, de 12 de noviembre. *Diário da República*, 26 de julio de 2006 y 12 de noviembre de 2021.

JURISPRUDENCIA

Brasil. Brasilia: Superior Tribunal de Justicia, Cuarta Sala. Recurso Especial n.º 1.918.421/SP, 08/06/2021. Buzzi, M. (rel.); Salomão, L. F. (rel. para el acuerdo). DJe 26/08/2021.

Brasil. Brasilia: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 3.510/DF, 29/05/2008. Britto, A. (rel.).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, n.º 257.