Universidad Latina – Campus Heredia

Facultad de Ciencias Sociales

Escuela de Derecho

Licenciatura en Derecho

Trabajo Final de Graduación

Modalidad Tesis

La capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem en Costa Rica

Autora

Karol Jeannette Murillo Arroyo

Agosto, 2016

TRIBUNAL CALIFICADOR

Lic. Juan Ramón Coronado Huertas

Tutor

Grado Académico y nombre completo

Lector

Grado Académico y nombre completo

Representante de Rectoría

UNIVERSIDAD LATINA
DE COSTA RICA
LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES®

FACULTAD CIENCIAS SOCIALES

TRIBUNAL EXAMINADOR

Este proyecto titulado: **La capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem en Costa Rica**, por el (la) estudiante: **Karol Jeannette Murillo Arroyo**, fue aprobada por el Tribunal Examinador de la carrera de **Derecho** de la Universidad Latina, sede Heredia, como requisito para optar por el grado de **Licenciatura**:

Juan Ramón Coronado Huertas

Tutor

William Villalobos Herrera

Lector

Jorge León Vargas

Representante de la Rectoría

DECLARACIÓN JURADA

La suscrita Karol Jeannette Murillo Arroyo con cédula de identidad número 115030783, declaro bajo fe de juramento, conociendo las consecuencias penales que conlleva el delito de perjurio: Que soy la autora del presente trabajo final de graduación, modalidad tesis; para optar por el título de Licenciatura en Derecho de la Universidad Latina, campus Heredia, y que el contenido de dicho trabajo es obra original del suscrito.

Heredia, 16 de abril del 2016

Karol Jeannette Murillo Arroyo.

110530783

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES®

"Carta Autorización del autor(es) para uso didáctico del Trabajo Final de Graduación"

Vigente a partir del 31 de Mayo de 2016

Instrucción: *Complete el formulario en PDF, imprima, firme, escanee y adjunte en la página correspondiente del Trabajo Final de Graduación.*

Yo (Nosotros):
Escriba Apellidos, Nombre del Autor(a). Para más de un autor separe con " ; "
Murillo Arroyo, Karol Jeannette

De la Carrera / Programa: Licenciatura en Derecho
autor (es) del (de la) *(Indique tipo de trabajo):* Trabajo final de graduación, modalidad tesis
titulado: " La capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa, de los hijos concebidos por fecundación artificial postmortem en Costa Rica"

Autorizo (autorizamos) a la Universidad Latina de Costa Rica, para que exponga mi trabajo como medio didáctico en el Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI o Biblioteca), y con fines académicos permita a los usuarios su consulta y acceso mediante catálogos electrónicos, repositorios académicos nacionales o internacionales, página web institucional, así como medios electrónicos en general, internet, intranet, DVD, u otro formato conocido o por conocer; así como integrados en programas de cooperación bibliotecaria académicos dentro o fuera de la Red Laureate, que permitan mostrar al mundo la producción académica de la Universidad a través de la visibilidad de su contenido.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley No. 6683 sobre derechos de autor y derechos conexos de Costa Rica, permita copiar, reproducir o transferir información del documento, conforme su uso educativo y debiendo citar en todo momento la fuente de información; únicamente podrá ser consultado, esto permitirá ampliar los conocimientos a las personas que hagan uso, siempre y cuando resguarden la completa información que allí se muestra, debiendo citar los datos bibliográficos de la obra en caso de usar información textual o paráfrasis de esta.

La presente autorización se extiende el día *(Día, fecha)* 19 del mes septiembre del año 2016 a las 11:57a.m . Asimismo declaro bajo fe de juramento, conociendo las consecuencias penales que conlleva el delito de perjurio: que soy el autor(a) del presente trabajo final de graduación, que el contenido de dicho trabajo es obra original del (la) suscrito(a) y de la veracidad de los datos incluidos en el documento. Eximo a la Universidad Latina; así como al Tutor y Lector que han revisado el presente, por las manifestaciones y/o apreciaciones personales incluidas en el mismo, de cualquier responsabilidad por su autoría o cualquier situación de perjuicio que se pudiera presentar.

Firma(s) de los autores *Según orden de mención al inicio de ésta carta:*

Karol Murillo Arroyo

AGRADECIMIENTOS

Primeramente, agradezco a Dios y la Virgen el haberme concedido vida y salud para concluir esta meta profesional.

A mi hijo y a mi esposo, que han recorrido junto a mí este largo camino y me han motivado a continuar y dar mi mayor esfuerzo.

También agradezco a mis padres Amado y Damaris, por su gran ayuda, por su educación que gracias a ella estoy culminando un sueño que inició hace vario tiempo y que, sin los consejos, ayuda y amor de mis padres, no lo hubiese logrado.

De manera especial deseo agradecer a doña Lorena y don Héctor, que siempre me han apoyado y ayudado en mi carrera profesional, gracias a ellos también estoy terminando mis estudios profesionales.

De la misma forma, doy gracias a los profesores que a lo largo de la carrera me han transmitido sus conocimientos y han dado su mayor esfuerzo en mi formación profesional.

KAROL MURILLO ARROYO

DEDICATORIA

Quiero dedicar mi tesis a mi hijo y mi esposo, ellos significan mi apoyo incondicional, las dos personas que han estado a mi lado durante todo este camino, que me dan la fuerza necesaria para continuar. Que se han sacrificado y celebrado junto a mí mis triunfos. Por esto y más este logro también es para ellos y por ellos.

A mi madre Damaris, que me crio y educó de manera sin igual, entregando todo por mí, sacrificándose de todas las maneras posibles para que hoy pudiese obtener mi título profesional, además a mi padre Amado que, con su amor, ayuda y educación, me impulsó a siempre luchar y trabajar para conseguir mis propósitos en la vida.

También a mi tío Erick, una persona que se convirtió en mi segundo padre ya que, con su apoyo y consejos durante toda mi vida, logré obtener cada una de mis metas. Por lo tanto, este esfuerzo es de ambos y el triunfo también.

KAROL MURILLO ARROYO

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN ..... **v**
CAPÍTULO 1: PROBLEMA Y PROPÓSITO **1**
Estado actual del área temática por investigar 2
Antecedentes del problema 2
Planteamiento del problema de investigación 14
Causas 14
Efectos 16
Justificación del estudio de investigación 19
Justificación Teórica 19
Justificación metodológica 21
Justificación práctica 21
Pregunta generadora y preguntas derivadas 22
Pregunta generadora 22
Preguntas derivadas 23
Objetivo general y específicos 23
Objetivos generales 23
Objetivos específicos 24
Alcances del área temática en estudio 24
Alcances 24
Limitaciones 24
CAPÍTULO 2: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA **26**
Marco teórico del objeto de estudio 27
Sucesión 27
Sucesión mortis causa 28

Clases de sucesión mortis causa 30
Herencia 31
Legado..... 32
Tipos de sucesión mortis causa 32
Causante 35
Sucesor 35
Tipos de sucesores o causahabientes 36
Diferencias entre el heredero y el legatario 37
Nasciturus..... 38
Concepturus 38
Capacidad de suceder..... 39
Infertilidad 46
Técnicas de Reproducción Humana Artificial (TRHA) 47
Fecundación artificial post mortem 55
CAPÍTULO 3: METODOLOGÍA 58
El paradigma, el enfoque metodológico..... 59
El paradigma 59
El enfoque metodológico 59
Las categorías del análisis de la investigación 60
Definición de las categorías de análisis de la investigación 60
El contexto o el sitio en donde se lleva a cabo el estudio 60
Objeto de estudio 60
Contexto o sitio de estudio 61
Fuentes de información 61
Fuentes Primarias 61

Fuentes Secundarias 61
Fuentes Terciarias 62
Las técnicas e instrumentos para la recolección de los datos 62
Entrevista 62
Las técnicas seleccionadas para analizar los datos 62
CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DE DATOS 63
Objetivo 1: Análisis de los parámetros establecidos en la sucesión mortis causa en Costa Rica, las técnicas de fecundación humana artificial 64
Sucesión mortis causa en Costa Rica 64
Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) 141
Objetivo 2: Examinar la relación existente entre la capacidad legal de suceder y la fecundación artificial post mortem en Costa Rica 158
La capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa en Costa Rica 159
Indignidad 162
Vocación hereditaria en Costa Rica 166
Capacidad de suceder de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem, según la legislación actual de Costa Rica 169
Objetivo 3: Explicar la normativa extranjera que regula la fecundación artificial post mortem y su incidencia en el derecho sucesorio 226
Legislación y jurisprudencia internacional en torno a la capacidad de suceder en una sucesión mortis causa de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem. 226
CAPÍTULO 5: 255
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 255
Conclusiones 256
Recomendaciones 265

CAPÍTULO 6: PROPUESTA 267

Solución legal a la capacidad de suceder de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem en Costa Rica 268

BIBLIOGRAFÍA, ANEXOS Y APENDICE 309

Bibliografía 310

Bibliografía citada 310

Bibliografía electrónica 313

Casos: 315

Jurisprudencia de Costa Rica: 315

Normativa: 317

Glosario y Abreviaturas 318

Glosario 318

Abreviaturas 319

ANEXOS ..... A

Anexo 1 ..... B

Anexo 2 ..... D

Anexo 3 ..... F

Anexo 4 I

Anexo 5 ..... M

APENDICE ..... O

INTRODUCCIÓN

La ciencia y la tecnología han experimentado un desarrollo muy acelerado en los últimos 30 años, logrando avances científicos impensables para la humanidad. Sin embargo, no se puede decir lo mismo del derecho que se encuentra estático ante el inminente crecimiento científico. Uno de los sectores que ha experimentado tal desarrollo es la medicina humana, la cual, por medio de la biomedicina y la biotecnología, logró crear mecanismos artificiales que dan solución a problemas del cuerpo humano que naturalmente no tienen remedio como la infertilidad o incapacidad de reproducción sexual en los seres humanos, como las técnicas de fecundación humana artificial, las cuales se crearon para dar solución al problema de reproducción que poseen muchas personas.

Con respecto a lo anterior, a partir de los métodos de reproducción humana artificial surgen situaciones en las cuales el derecho es el encargado de dar solución, pero debido a su carácter estacionario y obsoleto no tiene una respuesta a dichas circunstancias. Por ejemplo, el derecho sucesorio costarricense, el cual se encuentra estático e inmune ante la revolución científica que se experimenta en la actualidad, pues los principios que sustentan dicho derecho sucesorio continúan siendo los mismos desde hace 100 años, está paralizado para complementar las relaciones que envuelven el derecho sucesorio y la realidad científica, como lo son los métodos de reproducción humana artificial.

La fecundación artificial permite la consecución de una serie de procesos que cuando se ponen en práctica generan dificultades jurídico-legales principalmente para el derecho sucesorio y el derecho de familia. El derecho, mediante sus diversos cuerpos normativos, tiene varios vacíos legales que provocan deficiencia regulatoria y, por ende, la violación de derechos no solo en el campo de los derechos sucesorios, sino también en los derechos humanos.

Cuando la fecundación humana artificial se lleva a cabo luego de la muerte del padre biológico o progenitor, conocida como fecundación artificial post mortem o postconcepción, surgen una serie de dilemas para el derecho, principalmente en el

campo de sucesiones, el cual posee un principio general que indica la sobrevivencia del heredero o legatario al momento en que muere el causante, como requisito necesario para suceder a título mortis causa. Bajo dicho presupuesto, un hijo concebido luego del deceso de su padre no podría ser heredero o legatario en la sucesión de su progenitor, lo cual provoca relación directa con los derechos humanos y otros aspectos éticos y morales principalmente. Debido a la trascendencia que posee la fecundación artificial post mortem, se puede decir que forma parte de la relación que tienen la bioética y el derecho.

Ahora bien, cuando la ciencia y la biología se unen, y a partir de estas surgen nuevas creaciones como los métodos de reproducción humana artificial, al aplicarse generan dilemas, dado que estos descubrimientos se oponen a las reglas comunes que establece la ética y la moral, ello, de manera directa, repercute en la dimensión jurídica. Principalmente en Costa Rica, en el cual, en la toma de decisiones jurídicas influyen directamente, las ideologías religiosas.

Sin embargo, la legislación costarricense actual no posee una respuesta o solución a dicho problema, a diferencia de otras naciones que regulan la fecundación artificial post mortem supeditándola a una serie de requisitos que debe cumplir la viuda para continuar con la técnica de reproducción humana asistida, lo cual ante el cumplimiento de los mismos se aceptala capacidad de suceder del niño concebido luego de la muerte de su padre, el causante de la sucesion, pero bajo ciertas excepciones. Así como existen naciones que prohíben de manera absoluta la fecundación artificial post mortem.

Por lo tanto, en esta investigación se realizará una investigación, recopilando, sistematizando y analizando datos referentes a la regulación de la sucesión mortis causa en Costa Rica, de las técnicas de fecundación humana artificial y otra información que surja entorno a dichos temas, para establecer fundamentos legales con los cuales el derecho sucesorio de Costa Rica sea capaz de dar una solución a la capacidad legal de suceder de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem.

Con dicho trabajo se pretende, además, llenar un vacío legal que tiene la legislación de Costa Rica, el cual va a generar grandes discusiones jurídicas y legislativas. Principalmente se pretende analizar jurídicamente la capacidad legal de suceder, para determinar si la legislación de sucesiones de Costa Rica puede ser aplicada a los hijos que son concebidos por fecundación artificial post mortem, como ya ha sido implementada en los cuerpos normativos de muchos países, en especial los europeos.

En cuanto a la protección jurídica del concepturus (ser aún no concebido ni nacido) y del nasciturus (ser concebido en el vientre materno, pero no nacido), está regulada en la mayoría de las legislaciones europeas otorgándoles un tratamiento jurídico especial a sus derechos hereditarios, principalmente estableciendo su capacidad para ser considerados sucesores.

Primordialmente, esta investigación se centrará en analizar, a partir de la legislación sucesoria en Costa Rica y la adoptada por otros países que ya regulan el tema, si el concepturus puede suceder a su progenitor ya fallecido siendo esta posibilidad impensable actualmente en el derecho sucesorio costarricense, es decir, se van a desarrollar una serie de temas como la figura de los hijos póstumos o nacidos después de la muerte del causante de la sucesión, en especial aquellos hijos que nacen, no solo después de la muerte del causante, sino de los que son concebidos después de la muerte del causante de la sucesión que a la vez es su progenitor, supuesto de la fecundación artificial post mortem, en lo que respecta a su relación con el derecho sucesorio.

Este trabajo de investigación incluirá una serie de capítulos en los cuales se abordará el tema de la fecundación artificial post mortem y su relación con el derecho sucesorio en Costa Rica. En el primer capítulo se desarrollará todo lo referente a los antecedentes del tema, el problema que existe con su debida justificación, además se establecerán los objetivos, las limitaciones y alcances que tendrá la investigación.

En el segundo capítulo se desarrollará la fundamentación teórica de la investigación, es decir, se conceptualizarán los temas relacionados con la investigación.

En el tercer capítulo se establecerá, caracterizará y explicará el tipo de método con el cual se va a llevar a cabo esta investigación, en otras palabras, se definirá la metodología empleada para realizar la investigación del tema definido.

En el cuarto capítulo se encontrará todo el análisis de datos y diferente información que conforma el tema a investigar, en este apartado se realizará toda una descripción, sistematización que llevarán al análisis teórico jurídico y científico del tema, que incluirá las posiciones y opiniones de diversos profesionales tanto en derecho como en medicina.

En el quinto capítulo se desarrollarán las conclusiones y recomendaciones para esta investigación el sexto capitulo incluirá una serie de temas que constituyen una posible solución jurídica, a la incapacidad de suceder de los hijos concebidos luego de la muerte de su padre, claro esta bajo los principios y preceptos legales que se mantienen vigentes actualmente en el derecho sucesorio costarricense. Al final se incluirá la bibliografía, anexos.

CAPÍTULO 1:
PROBLEMA Y PROPÓSITO

Estado actual del área temática por investigar

Antecedentes del problema

Lo relativo a las técnicas de reproducción humana artificial es un tema que ya muchos países del mundo han normado por medio de diferentes legislaciones específicas que regulan la fecundación artificial. Según Pérez (2012), los países que tienen legislado el tema son: España, que cuenta con la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, siendo uno de los primeros países en emitir una cuerpo normativo para los métodos de fecundación humana asistida; Inglaterra con la Ley sobre Fertilización Humana y Embriología (1991); Alemania, Ley sobre protección del embrión humano (1990); Francia, Ley relativa a la donación, utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica, a la procreación y al diagnóstico prenatal (1994); Noruega, Ley sobre fertilización artificial (1987); Suecia Ley sobre inseminación artificial y fecundación in vitro (1984), entre otras. Tales legislaciones utilizaron como fundamento el Informe Warnock de 1984 y el Informe Benda de 1985.

Desafortunadamente, los países latinoamericanos apenas están conociendo y regulando la fecundación humana artificial. Países como Perú, Colombia, Bolivia y Argentina están empezando a legislar del tema, ya sea a través de la creación de una ley específica o por medio de reformas a sus Códigos Civiles, como es el caso de Argentina. En Estados Unidos no existe una legislación unificada para la fecundación artificial, ya que esta varía dependiendo del Estado en el cual se esté.

Aunque el derecho está iniciando su relación con la reproducción sexual asistida, esta última ya existía, desde hace ya varios siglos, como lo establece Brena (2011), los primeros rasgos de inseminación artificial se dieron en el siglo XV en vegetales y posteriormente en animales, pero la primera inseminación artificial humana que resulta todo un éxito se da en Inglaterra y la realiza el Doctor John Hunter entre 1728 y 1793. Pero es hasta el siglo XX que dichas técnicas se dan de manera más avanzada y con mayor frecuencia, tanto es así que durante la Segunda Guerra Mundial era muy común que los soldados enviaran su semen para que sus esposas fueran inseminadas.

En Costa Rica, los métodos de reproducción humana asistida se empiezan a dar en los años 90, como lo menciona el Dr. Gerardo Escalante Lopez (2016), los antecedentes normativos de dicha figura se dan a partir de 1993 cuando el abogado Ricardo Harbottle realiza un estudio del marco normativo existente en esta época en Costa Rica, para determinar si era permitida la fecundación humana asistida. Las conclusiones de su estudio establecen que a partir del artículo 72 del Código de Familia, los métodos de reproducción humana artificial no estaban prohibidos en el país, pero recomienda, basado en su investigación, que se deben hacer regulaciones futuras para las técnicas de reproducción humana artificial.

Por lo anterior, en 1995, el Presidente en ejercicio, Sr. José María Figueres, firma un Decreto Ejecutivo (24029-S, del 3 de febrero de 1995), permitiendo la fecundación artificial y normando su uso, sin embargo, por la sentencia 2000-02306 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se declara inconstitucional dicho decreto, por lo tanto, desde este año se prohíbe en Costa Rica la fecundación humana artificial.

Debido a esta situación, la fecundación artificial se convirtió en un tema olvidado en la legislación costarricense, y actualmente no existe ninguna ley aprobada que sea aplicable a la fecundación artificial. Únicamente hoy día existe un proyecto de ley denominado “Ley Marco de Fertilización in vitro” propuesto el 11 de septiembre del 2013, la cual fue presentado a raíz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2012 que exige a Costa Rica permitir y regular la fertilizacion un vitro. Y hace pocos meses se emitió un decreto ejecutivo, como se menciona a continuación.

El 11 de setiembre del 2015, el Poder Ejecutivo, el Ministerio de Salud y el Ministro de la Presidencia de Costa Rica emiten un decreto ejecutivo (N°39210 MPS) para regular y permitir la fertilización in vitro en el país, esto bajo la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2012, anteriormente mencionada, sin embargo, pocos días después de la firma del decreto ejecutivo 39210-MPS: Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria , la Sala Constitucional de la Corte

Suprema de Justicia de Costa Rica lo declara inconstitucional, bajo su sentencia número 2016-001692, aludiendo que dicho tema es reserva de ley, y que al único órgano que le corresponde la regulación de la fertilización in vitro es a la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

Debido esta situación, las víctimas plantean una apelación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre esta situación de incumplimiento por parte del Estado de Costa Rica, por lo cual la Corte valora positivamente que, ante la falta de actuación del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo haya buscado dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia a través la emisión del referido decreto, tomando en cuenta que los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional establecida por dicho tribunal internacional.

Por tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece y ordena lo siguiente, en su sentencia del 26 de febrero del 2016, de supervisión de cumplimiento de sentencia, del caso Artavia, Murillo y otros (Fecundación In vitro) vs. Costa Rica:

> Adicionalmente, tomando en cuenta que el referido Decreto Ejecutivo ha sido la única medida adoptada por el Estado para cumplir con la reparación ordenada en la sentencia y que el Estado afirma que su vigencia temporal es una alternativa válida para solventar la referida inseguridad jurídica, resulta necesario disponer que el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S se mantenga vigente en aras de evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de la técnica de la FIV. Ello, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia. (p. 16)

Por tal disposición del mencionado tribunal internacional, actualmente tal decreto se mantiene vigente y por el momento es el único instrumento legal que regula en Costa Rica las técnicas de fecundación humana artificial.

La fecundación artificial post mortem es una figura que nace a partir de la aplicación de dichos métodos de concepción artificial. Según Muñoz (2010), el primer

caso se presenta en 1984 en Francia cuando Corinne Parplaix solicita usar el esperma de su marido, que había depositado tres años antes de su muerte, para concebir un hijo por inseminación artificial, la joven ganó el caso y logró un embarazo con células germinales de su esposo ya muerto. Nació un niño por inseminación artificial unos dos o tres años después de la muerte de su padre, este niño no cumplía los supuestos legales para ser llamado a suceder, principalmente incumplía el requisito de existencia al momento de la muerte del causante, por lo tanto, no podía heredar, sin embargo, el Tribunal de Creteil Francia tuvo que admitir que esa criatura era hijo del padre muerto, pues las pruebas genéticas eran exhaustivas.

Este caso marca un precedente en lo que respecta a la fecundación post mortem en Francia, pues después de este caso los bancos de semen de la región colocan en sus contratos estipulaciones que indican que el esperma no puede ser utilizado sino en presencia y con el consentimiento de la persona de quien proviene, esto es así para evitar la fecundación post mortem.

También se dieron casos en Estados Unidos, Inglaterra, España, Alemania, entre otros, los cuales provocaron legislación al respecto.

Además, de los casos anteriores, en el año 2001, en Estados Unidos, específicamente en el estado de Florida, una pareja se casa y al poco tiempo el marido enferma de cáncer por lo cual, en su deseo de tener hijos, este congela y guarda su semen; el marido muere y su esposa decide someterse a un proceso de fertilización in vitro con el semen congelado de su esposo muerto (fecundación artificial post mortem), 18 meses después de la muerte del varón, la mujer logra concebir mellizos a través de esta técnica de reproducción artificial, con lo cual ella solicita los beneficios de la seguridad social para sus mellizos, sin embargo, estos le son negados por la Administración de Seguridad Social de Florida, por lo cual al acudir a instancias judiciales, la Corte del Distrito de New Yersey confirma la imposibilidad de otorgar tales beneficios a dichos menores puesto que, conforme a la Ley de Seguridad Social, solo se pueden recibir los beneficios de la seguridad social, si según la ley local de sucesiones intestadas del lugar, poseen capacidad legal de suceder a título mortis causa, que en el caso no les otorgaba vocación hereditaria. Sin embargo, al apelar

dicha decisión ante la Corte del Tercer circuito, se revoca el fallo anterior, determinando que dichos menores, poseían el derecho de recibir los beneficios de la seguridad social.

Cuando el mencionado caso se somete al conocimiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos, el máximo órgano judicial estadounidense revoca la decisión del la Corte del Tercer Circuito, alegando que las prestaciones de la seguridad social a los hijos concebidos mediante fecundación in vitro, después de la muerte del beneficiario, debe ser revocada, pues la Ley de Seguridad Social establece que estos serán alcanzados por el beneficio, solo si la ley de sucesiones intestadas del domicilio del titular les otorga vocación hereditaria, situación que no acontece en el caso. (Reuters, 2012)

Además, el ente máximo de justicia estadounidense, indicó: que denegar el beneficio de la seguridad social a los hijos póstumos no es violatorio de la igualdad ante la ley, pues el sistema adoptado por el Congreso que remite a la ley de sucesiones intestadas del domicilio del beneficiario para otorgarlo solo a quien tiene vocación hereditaria, pasa fácilmente el test de constitucionalidad, dado que el régimen está razonablemente vinculado con el interés oficial en reservar los beneficios para los niños que han perdido el sostén de su padre, utilizando presunciones razonables que minimizan la carga de la Administración de probar la dependencia caso por caso. (2012)

La fecundación artificial post mortem es regulada en los diferentes cuerpos normativos, Francia la prohíbe expresamente; Alemania no permite la congelación de embriones y obliga a la transferencia de todos los embriones obtenidos al seno materno; en Portugal, por su parte, no es permitida la fecundación post mortem al igual que Italia; en Canadá, únicamente se permite la trasferencia de los embriones pero que fueron obtenidos antes de la muerte del progenitor, e Inglaterra establece una serie de requisitos legales que se deben cumplir antes de tener el derecho legal para poder practicar la fecundación artificial post mortem.

El Informe Warnock y el Informe Palacios fueron documentos creados por expertos en fecundación artificial para otorgar recomendaciones para la elaboración de la legislación que ordenaría la reproducción humana artificial, en lo que respecta a la fecundación artificial post mortem, el Informe Warnock, en sus recomendaciones 61 y 64, admitía la práctica de la concepción artificial después de la muerte del varón, pero negaba derechos sucesorios al nacido que no se encontrara en el útero materno al momento del deceso del progenitor. El cual indica expresamente:

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

Igualmente, el Informe Palacios, en sus recomendaciones 13 y 61, adopta la misma postura del Informe Warnock en cuanto al otorgamiento de vocación hereditaria a los hijos concebidos después del fallecimiento de su progenitor.

En Costa Rica, únicamente el proyecto de Ley marco sobre fertilización in vitro (expediente 18824), en su artículo 14, contemplaba dicha figura permitiendo que se continúe el proceso de FIV en un plazo máximo de 6 meses, el cual decía:

> Artículo 14.- FIV-TE postmortem.
>
> En caso de que dentro de un proceso de aplicación de la técnica de Fertilización in Vitro fallezca el hombre, queda autorizado el centro o establecimiento de salud, público o privado a aplicar la fertilización in vitro a la mujer dentro de los 6 meses siguientes a la muerte del marido o compañero en unión de hecho.
>
> En estos casos, el Registro Civil del Tribunal Supremo de Elecciones procederá con la filiación de la persona nacida con la técnica de FIV-TE, aplicando el procedimiento por excepción establecido para la inscripción de hijas e hijos habidos fuera del matrimonio contemplado en esa Ley.

Sin embargo, el texto base para la aprobación del proyecto de la Ley marco de fecundación in vitro, no se encuentra definido, puesto que el articulo mencionado anteriormente, fue parte del texto que la Comision Permamante de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, recomendó al Plenario aprobar como el texto base para la aprobación del la Ley que regularía la fecundación in vitro en Costa Rica, sin embargo, dicho texto tuvo una aprobación afirmativa de minoría por parte del plenario en el año 2013, y aún el proyecto de ley sobre fecundación in vitro se encuentra en trámite, y pendiente la aprobación de diversas mociones, por tanto, la fecundacion artificial postmortem aún no se encuentra contemplada de manera absoluta como parte del texto definitivo del proyecto de ley, pendiente de aprobación.

El decreto ejecutivo 39210-MP-S del Ministerio de Salud y el Poder Ejecutivo de Costa Rica, para autorizar la técnica de reproducción asistida de fertilizacion in vitro y transferencia embrionaria, es el único instrumento legal que actualmente regula la fecundación artificial en Costa Rica, prohibiendo la inseminación postmortem de óvulos fecundados, en su artículo 19, el cual indica:

> Artículo 19.- Régimen de prohibición
>
> En cuanto al tratamiento de óvulos fecundados, queda absolutamente prohibido su desecho, comercialización, experimentación, selección genética, fisión, alteración genética, clonación, inseminación post mórtem y destrucción.

Según dicho numeral la transferencia de óvulos fecundados postmortem estaría prohíbida, aunque, no se contempla el supuesto que únicamente existan gametos conservados, además el último informe de mociones aprobadas al proyecto de Ley sobre fecundación in vitro (AL-DEST-ITS 277- 2015), rendido por el Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, considera que la fecundación artificial postmortem debe ser reserva de ley y no de reglamento, dicho informe resalta:

> Crear un Régimen de prohibición en relación con el tratamiento de óvulos fecundados, en el sentido que queda prohibido su desecho, comercialización, experimentación, selección genética, fisión, alteración genética, clonación y destrucción. Tampoco podrá darse la inseminación o transferencia post mórtem sin consentimiento informado expreso. Temas que podrían ser de reserva de ley, sobre todo en el sentido negativo de la norma.
>
> Aun cuando será el órgano judicial el que determine su constitucionalidad o inconstitucionalidad, esta asesoría advierte el evento que el tema vuelva a debate en el recinto o ámbito legislativo como lo deja entrever la Sentencia Artavia Murillos y otros vs Costa Rica cuando solicita al Estado costarricense medidas apropiadas.

Entonces la fecundación artificial postmortem, esta prohida por el mencionado Decreto Ejecutivo expresamente en su artículo 19, sin embargo, el texto base del proyecto de Ley sobre fecundación in vitro, aún puede resultar modificado, ya que hasta el momento se encuentra en trámite, el mismo permite la fecundación artificial postmortem cumpliendo el plazo establecido y hasta otorga derechos filiatorios al menor bajo el régimen de hijos extramatrimoniales. Por tanto, existe una contradicción en este tema en cuanto al decreto ejecutivo vigente y lo que establece el proyecto de ley en espera de su aprobación.

La relación de la fecundación artificial post mortem con el derecho sucesorio, específicamente con la capacidad de suceder que ostentan las personas concebidas por dichos métodos, está normada en diferentes legislaciones como la española, en su Ley 14/2006 Sobre técnicas de reproducción humana asistida, en el artículo 9 inciso 2.

Esta Ley 14/2006 establece la premoriencia del marido, permitiendo la fecundación artificial post mortem, bajo los siguientes parámetros: que sea practicada entre cónyuges o convivientes de hecho que ya estaban sometidos a estas antes del deceso del marido o conviviente, en un plazo de 12 meses después de su muerte, pero

esta posibilidad se puede dar si consta la voluntad del cónyuge de continuar con el procedimiento aún después de su muerte en un documento conocido como consentimiento informado, o hasta en su propio testamento, únicamente el documento debe ser auténtico. La ley establece que de cumplirse tales requisitos, se concede filiación matrimonial al hijo concebido bajo esta técnica con respecto a su padre biológico muerto.

Ahora bien, otras legislaciones no lo contemplan o lo supeditan a la aplicación de las respectivas normas civiles, como lo hace Estados Unidos en la mayoría de sus estados. Teniendo tal capacidad, sí cumplen con los requisitos legales implícitos que el derecho sucesorio impone para ser sucesor en una sucesión mortis causa.

Los hijos concebidos y nacidos después de la muerte del causante son conocidos como hijos póstumos y dicha figura surgió desde el derecho romano en el cual ya era regulado este tema, se conocía como nasciturus, si la persona está concebida pero no nacida, o concepturus cuando no estaba aún ni concebida, posibilidad que actualmente puede ser pensada, debido al surgimiento de las técnicas de reproducción humana artificial, principalmente de la fecundación artificial post mortem.

Las primeras formas de regulación se dieron en lo que respecta al nasciturus o ser concebido, pero no nacido, como lo menciona Aliste (2011): “[…] la tutela jurídica al concebido hunde sus raíces en el derecho romano.” (p. 30)

Los primeros rasgos de protección jurídica al ser concebido vienen del derecho sucesorio, el cual data desde los primeros cuerpos normativos de la historia como las XII tablas, tal y como lo menciona Aliste: “[…] el origen a la protección del nasciturus arranca en el más remoto derecho sucesorio, así se ve en un fragmento de Ulpiano donde se observa que en las XII tablas se tenía por heredero al póstumo legítimo”. (p. 31)

Siguiendo con los orígenes de la regulación de los derechos hereditarios de los hijos póstumos, nos ubicamos en el derecho postclásico en el cual no todos los nasciturus eran objeto de protección jurídica, Aliste hace referencia a dicha situación:

> […] la plena capacidad para el derecho solo la tenían los ciudadanos romanos. Esto es aquellos que tenían los tres elementos de la caput (posición jurídica): libertad, ciudadanía y familia, sin esos tres estados no se era ciudadano romano, y aunque según el derecho natural fuera hombre, para el Derecho Civil ni siquiera se consideraba como cosa. (p. 31).

Desde el derecho romano se fija la capacidad de suceder del nasciturus o ser concebido, pero no nacido, tal y como lo expresa Aliste:

> […] si el concebido era fruto de justas nupcias seguía la condición del padre y adquiría la capacidad jurídica al momento de la concepción. Así el concebido gozaba de los tres estados (libertad, ciudadanía y familia) y podía suceder al padre mortis causa. Por el contrario, si era concebido ilegítimamente (fuera de la familia), seguía la condición de la madre y adquiría capacidad jurídica al momento de nacer, con la excepción del estado de libertad, que le correspondería si la madre fuere libre al momento de la concepción, pero fuere esclava al momento del parto. (p. 34)

El concepturus, ser ni tan siquiera concebido, en cuanto a su capacidad para ser tenido como sucesor, no era contemplado aún en el derecho romano pues no era permitido testar a favor de persona incierta, tal y como lo menciona Carrillo (2012): “No es posible la institución de persona incierta, es decir, aquellas de las cuales el testador no ha podido hacerse una idea precisa, o personas cuya determinación es dejada al azar.” (p. 1)

De igual manera, en el derecho sucesorio costarricense actual se dispone la prohibición de testar a favor de persona incierta, tal y como lo dice el artículo 578 del Código Civil de Costa Rica, el cual menciona:

> No vale la disposición que depende de instrucciones dadas o de recomendaciones hechas secretamente a otro, o que se refiere a documentos no auténticos, o que sea hecha a favor de personas inciertas y que no puedan llegar a ser ciertas y determinadas.

En la actualidad la regulación del concepturus y nasciturus se da en varios cuerpos normativos, como la Ley 10/2008 del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, el cual fue modificado para incluir tal disposición de la capacidad de suceder de los concebidos al momento de la muerte del progenitor y de la utilización de la fecundación artificial post mortem, el cual establece:

> Tienen capacidad para suceder todas las personas que en el momento de la apertura de la sucesión ya hayan nacido o hayan sido concebidas y que sobrevivan al causante.
>
> Los hijos que nazcan en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto. (Código Civil de Cataluña, Ley 10/2008, artículo 412-1)

De igual manera, el artículo 2279 del proyecto de reforma al Código Civil de la República de Argentina, norma la capacidad de suceder del concebido luego de la muerte del causante, el cual menciona:

> Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida; c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 561; d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.

Cabe aclarar que dicho artículo no fue incluido como parte de la reforma al Codigo Civil y Comercial de Argentina, es decir, dicho artículo no fue aprobado por el Congreso Argentino.

En España, el concepturus únicamente puede participar en la sucesión solo en los casos que esta sea diferida por testamento. (Pérez, 2010)

En Costa Rica, el Código Civil, en su artículo 31, únicamente ofrece protección jurídica al ser concebido, pero no nacido, no contemplando la posibilidad de brindar tutela jurídica al ser que no está concebido, ya que establece dos parámetros, el primero, corresponde al momento en el cual se establece la existencia de la persona, y el segundo es cuando un ser puede ostentar protección jurídica, en el primer caso se dice que una persona existe si nace viva, y el segundo caso contempla la tutela jurídica del concebido, obteniendo derechos desde su concepción si estos le favorecen y siendo efectivos si el ser en concepción llega a nacer vivo.

La protección del concebido, pero no nacido, en Costa Rica se da como lo establece la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

> La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense: Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera "nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento", con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su estatus de persona. (2792-2004)

Además de la protección otorgada en dicho cuerpo normativo, también se da en tratados internacionales como el Pacto de San José, el cual establece protección jurídica para el nasciturus, como lo menciona el artículo 4.1 de dicho pacto:

> Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

No obstante, la figura del concepturus contradice a la legislación sucesoria en Costa Rica que establece requisitos tanto legales como doctrinales para ser tenido legalmente como heredero o legatario en una sucesión mortis causa, (Madriñan, 2008) uno de los más relevantes es:

> […] el requisito para que tenga lugar el llamamiento a la herencia, consiste en la existencia simultánea entre el causante y el que va a ser llamado […] la exigencia de que el sujeto que va a ser llamado exista todavía y exista al momento de la muerte del causante. (p. 75)

Planteamiento del problema de investigación

El problema que plantea el tema de esta investigación es que la legislación de derecho sucesorio vigente en Costa Rica es contraria a la posibilidad de suceder que tendrían los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem, aunque esta estaría permitida según lo establecido en el proyecto de ley sobre fertilización in vitro en Costa Rica, la legislacion sucesoria en Costa Rica establece ciertos requisitos para ostentar capacidad de suceder, por lo tanto, los hijos concebidos luego de la muerte del causante que a la vez es su padre, no cumplen los supuestos legales para ser llamados a suceder, este problema es generado por varias causas y producirá ciertos efectos, a saber:

Causas

- En el derecho sucesorio existen parámetros legales establecidos para poder ejercitar los beneficios que se desprenden de estos. Uno de los requisitos para tener el título de heredero, legatario es la capacidad legal de suceder, es decir, la ley de Costa Rica establece taxativamente causales por las cuales no se podría llegar a ostentar la calidad de sucesor.
- El requisito más importante lo constituye, como lo expresa Vargas (2010), "[…] el hecho de la existencia del heredero al momento de la apertura de la sucesión". (p. 25)

  Cabe aclarar que "La sucesión de una persona se abre con la muerte de ella" (artículo 520 del Código Civil de Costa Rica).

- Por lo tanto, la fecundación artificial post mortem se contrapone a lo dispuesto en la legislación sucesoria de Costa Rica, ya que, tal técnica hace posible que una persona sea concebida, aunque no exista ya su progenitor, como lo afirma Franck y otros (2012): “El supuesto de la fecundación post mortem se presenta cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida” (p. 2).
- Esta contraposición o exclusión que actualmente se da en la normativa civil vigente en Costa Rica sobre la fecundación artificial post mortem, se desprende de los artículos 31, 578, 626 inciso 1 del Código Civil de Costa Rica, así como otros artículos que serán mencionados y analizados luego.
- El problema que se presenta es que la legislación sucesoria vigente en Costa Rica tiene un vacío legal que provoca una diferencia entre lo que regula la ley sucesoria y lo que sucede en la realidad, al establecer el principio de existencia del sucesor a la muerte del causante, por lo tanto, las personas que son concebidas a través de la fecundación artificial post mortem o después de la muerte de su progenitor, no podrían ostentar derecho hereditario sobre el patrimonio de su progenitor ya muerto.
- En Costa Rica, como en muchas legislaciones en las cuales no está normado el tema de la fecundación artificial post mortem y su incidencia en el derecho sucesorio, únicamente se otorga protección jurídica al nasciturus o ser concebido, pero no nacido, no así al concepturus o ser no concebido ni nacido, ya que esta última posibilidad no se encuentra contemplada en la legislación actual de Costa Rica, no siendo así en otros países que sí contemplan y reglamentan la situación que un niño pueda ser concebido aunque su padre biológico fallezca, otorgándole protección jurídica al concepturus.
- El artículo 31 del Código Civil de Costa Rica establece tutela jurídica al ser que está concebido en el vientre materno, pero aún no ha nacido:

La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. La

representación legal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal.

- En Costa Rica, actualmente no existe ningún pronunciamiento judicial, legislación o reglamentación que otorgue o establezca protección legal a las personas que ni tan siquiera están concebidas en el vientre materno (concepturus), aun cuando sus progenitores fallezcan, siendo esto posible a través de las técnicas de reproducción humana artificial especialmente la fecundación artificial post mortem.
- El decreto ejecutivo 39210-MPS emitido por Poder Ejecutivo y el Ministerio de Salud de Costa Rica para autorizar la realización de la técnica de reproducción humana asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria, es la única fuente regulatoria de la fecundación humana artificial en Costa Rica, el mismo prohíbe la fecundación artificial postmortem en su articulo 19, pero su prohibion es escasa, y no se definen sus alcances y limitaciones, lo cual es indispensable por la trascendencia jurídica que posee la fecundación artificial postmortem.

  Sin embargo, el proyecto de ley sobre fecundación in vitro permite expresamente la fecundación artificial post mortem, concediendo derechos filiatorios, al menor nacido producto de dicha técnica. Dicho decreto es de carácter provisional, ya que la Asamblea Legislativa debe aprobar una ley al respecto. Entonces ¿cuál criterio prevalecerá, el impuesto en el decreto o lo establecido en el proyecto de ley?.. Hasta que no exista una ley debidamente aprobada y publicada, regirá lo impuesto en dicho decreto.

Efectos

- Debido a esta circunstancia, las personas concebidas por esta técnica, y según lo que establece el parámetro legal, no tendrían la capacidad para

ser sucesores en la sucesión mortis causa de su progenitor fallecido, ya que su concepción se dio después de su muerte, entonces no cumplen con el requisito legal de estar vivas o existir al momento en el cual muere el causante, por lo tanto, no tienen legalmente capacidad de suceder, según lo que en la actualidad la legislación de Costa Rica dispone.

- La necesidad de realizar esta investigación es analizar la legislación de sucesiones en Costa Rica, así como la normativa de otros países que ya regulan dicha situación, para establecer un fundamento jurídico o legal que permita conciliar a los métodos de fecundación artificial post mortem y la legislación vigente en Costa Rica en lo que respecta al derecho sucesorio, específicamente a la capacidad legal de suceder de los concebidos por tal técnica, ya que como se mencionó anteriormente la ley de sucesiones en Costa Rica exige que el heredero o legatario tiene que estar vivo al momento en el cual fallece el causante, para que pueda tener derecho a suceder, sin embargo las técnicas humanas de reproducción artificial como la fecundación artificial post mortem permite que un ser sea concebido aunque su progenitor haya muerto.
- Entonces, ambas figuras no son compatibles, por lo que se hace necesario que la legislación sucesoria tenga una respuesta a dicha circunstancia, que permita reformar los cánones del derecho sucesorio para establecer una regulación específica para los derechos hereditarios del no concebido, ya que la ley de Costa Rica solo da protección jurídica al concebido.
- Lo cual genera violación a los derechos humanos fundamentales de personas que independientemente de su concepción, si llegan a nacer adquieren la calidad de personas, y obtienen una serie de derechos y facultdes que le son inherentes por su naturaleza. Dichos derechos no solo se encuentran consagrados en la legislación interna sino también en tratados internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Ademas se transgreden principios generales del derecho, como, el interés superior del menor, ya que a los niños concebidos bajo la fecundación

artificial post mortem se les impide ejercer varios derechos como: derechos sucesorios respecto de la sucesión de su padre ya muerto, derechos filiatorios como conocer su verdadera identidad genética, conocer a sus padres biológicos, derechos económicos como el de recibir alimentos. Lo cual genera la violación de principios constitucionales como, la igualdad en el tratamiento legal (artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica), y la no discriminación, principalmente en lo que respecta a la diferenciación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, (artículos 53 y 54 Constitución Politica de Costa Rica). entre otros.

- La fecundación artificial post mortem, posee varias oposiciones las cuales se fundamentan en que ésta provoca una orfandad premeditada, ya que, con la concepción potuma se genera la ausencia, para el niño del rol paterno y todo lo que ello implica, además de la separación de su familia paterna, lo cual le llevaría a problemas sociales debido a diversos modelos que la sociedad impone y reprocha, con lo cual puede exponerse a que el menor sufra situaciones de discriminación y desigualdad en la sociedad.
- La prohibición de la fecundación postmortem, provoca la violación de derechos humanos fundamentales a las personas que sufren de infertilidad, es decir, que no pueden procrear de manera natural, impidiéndoles ejercer su derecho a la procreación, a la familia, derecho a la intimidad, entre otros. Es decir, la fecundación artificial postmortem, encierra los derechos no solo del menor nacido producto de la misma, sino también, de los progenitores, en el disfrute de su derecho de procreación.
- Al no tener normado el tema, dichas prácticas están a la libre, siendo capaces de producir conflictos sociales, económicos, políticos, jurídicos, legales, entre otros.

Por todo lo anterior y por muchas otras razones, se da la necesidad de realizar esta investigación con el fin de que a través del análisis de la información arriba mencionada, determinar un fundamento jurídico que permita dar a conocer la urgente implementación normativa que regule en Costa Rica este tema, ya que este se dejó en el olvido, y no positivarlo le provocaría al Estado severos problemas jurídico- legales

que resultarían en posibles afectaciones hasta internacionales para el Estado de Costa Rica, como por ejemplo, cuando el Estado de Costa Rica en el año 2000 impuso bajo una sentencia de la Sala Constitucional, la prohibición para que se practicará la fertilización in vitro, lo cual ha generado toda una disputa legal en la cual el Estado ha perdido en aspectos sociales y económicos, por lo tanto la protección jurídica a los sujetos concebidos por medio de la fecundación artificial post mortem es obligación del Estado, con el fin de encontrar solución a cuestiones como la posibilidad de que estos puedan tener derechos hereditarios ya que la ley dispone la incapacidad de los ellos para ostentarlos, tal y como lo destacan Rojas y Navarro (2013):

> Interesa señalar que este es un aspecto que le corresponde regular al Estado, por medio del ordenamiento jurídico a fin de determinar los derechos de los futuros hijos…, tal que se aseguren los derechos en conflicto y se establezca la normativa que permita seguridad jurídica a las partes involucradas. (p. 108)

Justificación del estudio de investigación

Justificación Teórica

En esta investigación se pretende realizar el análisis de los elementos de la sucesión mortis causa en Costa Rica, de los métodos de reproducción humana artificial especialmente de la fecundación artificial post mortem, para fijar o determinar un fundamento jurídico que permita comprobar si es conveniente mantener en la legislación sucesoria de Costa Rica, la incapacidad de suceder en las personas que son concebidas por medio de esta técnica artificial de procreación humana, al no existir legislación especifica para dicho tema.

Primeramente, se pretende analizar la capacidad legal de suceder en Costa Rica para determinar la conexión de ésta con la fecundación artificial post mortem, para con ello tratar de llenar un vacío y una incongruencia que tiene el derecho sucesorio con la realidad actual. Debido a la antigüedad que posee nuestra legislación civil, el legislador nunca previó situaciones como la fecundación artificial postmortem pues en

esas épocas era impensable e imposible la fecundación artificial, por ello, al derecho se le asigna la tarea de evolucionar de acuerdo con la realidad social que experimenta la población que regula, no asumiendo una postura prohibitiva sino reguladora para evitar estado de indefensión de las personas afectadas, dando respuesta a diversas interrogantes en la legislación sucesoria de Costa Rica, que se dan ante la aparición de técnicas científicas que contradicen los cuerpos y preceptos legales.

También, con dicho análisis se pretende implementar protección jurídica para el concepturus, en la legislación civil de Costa Rica, para complementar la tutela jurídica que en la actualidad se da para el nasciturus o ser concebido, y con ello tratar de establecer la posibilidad que pueda existir la protección de los derechos de un ser que aún no existe pero que puede llegar a nacer y proponer una conciliación entre el derecho sucesorio costarricense y la fecundación artificial post mortem, determinando una solución a la incapacidad de suceder que la legislación de Costa Rica impone a personas que no existan al momento de la muerte del causante, supuesto que puede llegar a darse si se presenta la fecundación artificial post mortem.

El análisis de este tema y la propuesta de solución que establecerá este proyecto se justifica en los principios generales del derecho que imponen el carácter cambiante y evolutivo que debe propiciar el derecho, es decir, este debe ser acorde a la realidad social y las diferentes conductas que surgen en la sociedad, no puede estar estático ante los diferentes avances sociales, debe avanzar al mismo ritmo que la ciencia, la tecnología y otras áreas para evitar estados de indefensión y violación de derechos humanos fundamentales.

Debido a ello, se presenta la necesidad de analizar las normas de sucesiones que rigen en Costa Rica para determinar una posible reforma de estas que contemplen la posibilidad de que existan herederos o legatarios no concebidos a la muerte del causante, siendo estos sus hijos, y de esta manera conciliar la vocación hereditaria de las personas concebidas por la fecundación artificial post mortem, y con ello generar una legislación que sea congruente con el tiempo y la evolución científica en la cual se encuentra.

Justificación metodológica

Para el cumplimiento de los objetivos de la investigación se realizará un análisis de datos que será utilizado para explicar y razonar, tanto la fecundación artificial post mortem como la capacidad de suceder de los hijos concebidos por este método. Para ampliar más el conocimiento de ambas figuras se realizarán entrevistas a profesionales en cada área, así como, recolectar información variada para analizar cada uno de los elementos que conforman y se relacionan con el tema.

Además de ello, se examinará jurisprudencia y legislación internacional que regula la fecundación artificial post mortem y su incidencia en la capacidad de suceder de los hijos concebidos por este método.

Todo con el fin de analizar los diversos criterios, teorías, leyes, decisiones judiciales que han motivado la ordenación de la fecundación artificial post mortem, la modificación de la vocación hereditaria para incluir a las personas concebidas bajo este método realizada en otros países y la opinión de los profesionales tanto en derecho como en medicina, en Costa Rica, para describir una posible propuesta que pueda aplicar en Costa Rica, y que determine la vocación hereditaria de los hijos concebidos bajo este método.

Justificación práctica

De acuerdo con lo que establecen los objetivos de esta investigación, los resultados permitirán dar un fundamento jurídico que permita llenar el vacío que existe en la legislación en lo que respecta a los requisitos legales para suceder, especialmente en lo que se refiere a la fecundación artificial post mortem, ya que esta permite que se den situaciones contrarias a lo establecido en el derecho sucesorio en Costa Rica, en cuanto a la capacidad de suceder.

Debido a esto, la investigación será realizada para obtener una fundamentación que sea legal y que permita tutelar los derechos sucesorios de las personas que nacen bajo la fecundación artificial post mortem y que actualmente no existe ninguna normativa que tutele su derecho de suceder, ya que el derecho actual por su forma de

concepción, no le da la calidad de sucesor. Dicha solución jurídica, podrá ser una bse que oriente la solución judicial de futuros casos, y con ello propiciar la regulación del tema, para evitar que se den violaciones directas a derechos fundamentales tanto de los progenitores como del menor que será concebido bajo este método. Lo cual generaría disputas legales, sociales, económicas que producirán un degaste en la sociedad, pero principalmente problemas serios a los sistemas legislativos y judiciales del país, y además en las personas afectadas se estaría provocando un estado de indefensión y de desigualdad a nivel social y jurídico.

Asimismo, la regulación de este tema radica en la urgente necesidad de propiciar la evolución del derecho sucesorio para que este se adecue a la realidad social y sea capaz de ordenar las diferentes conductas nuevas que surgen en la sociedad, como es el tema de la fecundación artificial post mortem, un aspecto nuevo y revolucionario que no fue positivizado en las diferentes legislaciones de Costa Rica ya que la creación de las normas civiles se dio hace tantos años que ni tan siquiera era posible pensar en que una persona fuera concebida aunque su padre biológico estuviera muerto, por tanto, en el momento en que el legislador crea la norma, no contempla dicho tema porque no existía tal posibilidad.

Es por ello que se permite que las normas sean modificadas para que se ajusten a las vivencias que la sociedad experimenta en un tiempo determinado. Este principio general del derecho es el que sustenta la necesidad de crear una solución jurídica a la imposibilidad de suceder de los hijos concebidos luego de la muerte de su padre, el causante de la sucesión, dado que al ser una figura tan nueva, las normas existentes no generan un respuesta concreta a la situación.

Pregunta generadora y preguntas derivadas

Pregunta generadora

El objeto de estudio de ésta investigación plantea un problema no solo jurídico sino también social, por lo cual es importante recopilar todo lo referente a él para lograr

describir todos los elementos que giran en torno al tema y establecer conclusiones, para ello es necesario dar respuesta a lo largo de la investigación a la siguiente pregunta:

¿Para qué analizar la capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem en Costa Rica?

Preguntas derivadas

La capacidad legal de suceder de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem es un tema en el cual se ven envueltos una serie de factores tanto sociales como jurídicos, por lo tanto, para lograr unificar el aspecto social con el aspecto jurídico, con el fin de dar una conclusión al tema, es de suma importancia contestar en la investigación las siguientes preguntas:

- ¿Por qué analizar los parámetros establecidos en la sucesión mortis causa en Costa Rica y las técnicas de fecundación humana artificial?
- ¿Para qué examinar la relación existente entre la capacidad legal de suceder y las técnicas de fecundación artificial post mortem?
- ¿Por qué realizar una explicación de la normativa extranjera que regula la capacidad legal de suceder de los hijos concebidos por la fecundación artificial post mortem?
- ¿Cómo establecer una solución a la capacidad legal de suceder de los hijos concebidos por la fecundación artificial post mortem en Costa Rica?

Objetivo general y específicos

Objetivos generales

Determinar la capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem en Costa Rica, para el segundo cuatrimestre del 2016.

Objetivos específicos

- Analizar los parámetros establecidos en la sucesión mortis causa en Costa Rica, las técnicas de fecundación humana artificial.
- Examinar la relación existente entre la capacidad legal de suceder y las técnicas de fecundación artificial post mortem en Costa Rica.
- Explicar la normativa extranjera que regula la fecundación artificial post mortem y su incidencia en el derecho sucesorio.
- Elaborar una solución a la capacidad legal de suceder de los hijos concebidos por la fecundación artificial post mortem en Costa Rica.

Alcances del área temática en estudio

Alcances

La presente investigación tendrá los siguientes alcances:

- Será realizada en el territorio de Costa Rica, bajo la legislación sucesoria y civil existente en este país.

- Se examinarán datos como doctrina, leyes y jurisprudencia de varios países que regulan la fecundación artificial post mortem para establecer referencias.

Limitaciones

La presente investigación posee las siguientes limitaciones:

- En Costa Rica no existe regulación para el tema, por lo tanto es casi nula la información al respecto.

- A nivel judicial no se documenta algún caso relacionado con la fecundación artificial post mortem y su relación con el derecho sucesorio,

por lo que no existe un antecedente judicial del tema, como sí lo hay en otras naciones.

- En el derecho sucesorio internacional no se da una actualización del asunto, debido a ello la información jurídica es un poco obsoleta.

- La realidad social actual avanza más rápido que el derecho, por esta razón se da una contraposición de información, ya que la sociedad posee un avance al cual el derecho no alcanza y se generan grandes vacíos legales, que se reflejan en las lecturas que tratan el tema. Y no coincide lo regulado con lo que actualmente se da en cuanto a la fecundación artificial.

CAPÍTULO 2:
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Marco teórico del objeto de estudio

A continuación será desarrollada una serie de conceptos y definiciones que son de suma importancia para establecer una mejor comprensión del tema.

Sucesión

En términos generales, según Acedo (2014) "[…] consiste en el subentrar o colocarse una persona en el puesto de otra." (p. 22)

En el ámbito jurídico, tal y como lo establece Fernández (2010) "[…] es la acción de suceder a alguien en sus relaciones jurídicas transmisibles, esta puede ser de dos clases: intervivos o mortis causa". (p. 22)

El término sucesión, como se mencionó anteriormente, no solo se da cuando una persona muere sino también es utilizado para denominar la sucesión entre personas vivas que se puede presentar de diversas maneras, por tanto, la palabra sucesión en materia de derecho sucesorio debe ser delimitada para que esta sea utilizada y su significado en materia hereditaria sea la indicada, tal y como lo menciona Acedo (2014):

> Tal concepción sucesoria, como se observa, no se ciñe exclusivamente al ámbito del fenómeno mortis causa, sino que incluye cualesquiera clases de trasmisión de relaciones que operen mediante negocios intervivos, por lo que en materia hereditaria es preciso acotar más el término. (p. 22)

Sin embargo, el término sucesión está definido en el Código Civil de Costa Rica, en su artículo 520, y establece que sucesión, en terminología del derecho sucesorio costarricense, únicamente se utiliza en caso de muerte de la persona que causa tal apertura de sucesión, tal y como lo indica dicho artículo: "La sucesión de una persona se abre por la muerte de ella. Nada podrá estipularse sobre los derechos de la sucesión de una persona mientras esté viva, aunque ella consienta".

La palabra sucesión posee varios significados, según Coello (2002) puede ser entendido de varias maneras:

a. En sentido amplio como sinónimo de reemplazo, esto es como significativo de ocupar el lugar de una o varias personas y recoger sus derechos susceptibles de adquisición, a cualquier título. […]
b. En sentido estricto, en cambio, cuando hablamos de sucesión, evocamos el fallecimiento de una persona y de la necesidad jurídica de que el sujeto de derechos que dejó de ser persona por haber fallecido sea reemplazado por otro que pueda hacerse cargo del patrimonio relicto […] (p. 16)

Sucesión mortis causa

Esta forma de sucesión es definida por Acedo (2014) como:

> Una forma de adquirir lo que ha sido de otro que ya ha fallecido […] es la ordenación del destino de las relaciones jurídicas de una persona fallecida que no se extinguen por su muerte y no están sujetas a reglas distintas". (p. 19)

De una manera más amplia, Vargas (2010) establece el siguiente concepto de sucesión mortis causa, pero enfocado al aspecto procesal, es decir, este brinda una definición pero a nivel procesal:

> La sucesión mortis causa es el procedimiento que se lleva a cabo con posterioridad a la muerte de una persona para liquidar aquellos elementos de su patrimonio que no fenecen con su muerte, para con su producto pagar sus deudas y una vez hecho este pago, distribuir el remanente eventual entre los llamados a suceder al causante por testamento, o a falta de este, por la ley. (p. 19)

Según Coello (2002), la sucesión por muerte de una persona posee un triple significado:

a. Se designa con este término la transmisión del todo o parte del patrimonio del causante que, en virtud de la sucesión hereditaria, pasa a una o más personas que la suceden.
b. Sirve para designar el patrimonio del causante, es decir, el objeto de la transmisión […]
c. Expresa finalmente el conjunto de sucesores de la persona […] (p. 17)

Albesa, Moreno y Rubio (2012) afirman que la sucesión mortis causa es:" […] situar a una persona en lugar de otra, sustituyéndola, sin que las relaciones jurídicas que mantenía el causante se modifiquen, es decir, estas relaciones cambian de titularidad, pero este efecto se produce sin que se opere una novación subjetiva […] (p. 19)

Además, estos mismos autores afirman que cuando se da este cambio de sujetos por el fallecimiento de la persona sustituida, se da la sucesión mortis causa.

El término mortis causa es utilizado como un elemento que define todo el derecho hereditario y también, como se mencionó anteriormente, se utiliza para delimitar la palabra sucesión que lo complementa, como lo establece Acedo (2014):

> A tal efecto, queda tan solo añadir a la definición expuesta el elemento que define todo el derecho hereditario, esto es, que aquella sucesión se produce a causa del óbito, fallecimiento o muerte de una persona, tratándose de la sucesión mortis causa. (p. 23)

El concepto de sucesión, pero específicamente la que se da a causa de la muerte, legalmente se usa para designar, tanto si se sucede en la totalidad del patrimonio o sobre bienes o derechos concretos y determinados de ese patrimonio, como lo explica Acedo:

> Además, esta sucesión por causa de muerte, según los bienes y derechos afectados por ella, es decir, si abarca a la totalidad o tan solo algunos bienes concretos de los que componen el caudal relicto del patrimonio del

causante, puede ser a título universal -herencia- o a título particular -legado. (p. 23)

De igual manera, no todos los derechos del causante tienen el carácter de transmisibles, lo poseen:

> […] los que tiene como tal el individuo y una buena parte de los derechos-deberes de familia se reputan intransmisibles; por el contrario, los derechos y deberes de contenido patrimonial los son y es necesario que lo sean, por exigencia de la vida social, con las limitaciones propias de las obligaciones personalísimas. (Albesa y otros, 2012, p.19).

Según Albesa y otros (2012), en todos los países en los cuales es admitida la sucesión mortis causa, esta se basa en tres fundamentos:

> […] en todos los países civilizados se admite una sucesión mortis causa fundada sobre: a. la heredabilidad de los derechos patrimoniales no personalísimos. b. la intervención más o menos amplia, de la voluntad del difunto en la designación del sucesor. c. el llamamiento de los familiares. (p. 21)

Clases de sucesión mortis causa

Sucesión a título universal

Se dice que la sucesión es universal**,** para Coello (2002): "[…] cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, el quinto o el tercio". (p. 39)

En un concepto más amplio se puede decir que se sucede a título universal cuando: "La universal supone el paso, uno ictu (de golpe), en bloque y sin necesidad de las formalidades que serían precisas para la transmisión de cada uno de los bienes singulares […]". (Albesa y otros, 2012, p. 20)

Sucesión a título particular

Para Coello (2002), esta sucesión corresponde cuando se: “Sucede en una o más especies o cuerpos ciertos”. (p. 40)

Herencia

Esta comprende los elementos que forman parte de una sucesión, tanto derechos como obligaciones de índole pecuniario, como lo menciona Fernández (2010):

> El contenido de la herencia se halla comprendido por los bienes y derechos transmisibles integrados por los siguientes elementos:
>
> Activo hereditario: bienes y derechos que son susceptibles de transmisión […]
>
> Pasivo hereditario: está comprendido por las deudas y cargas. (p. 14-15)

Albesa y otros (2012), por su parte, la definen como:

> […] la herencia hace referencia al remanente que queda de los bienes y derechos, apreciables en cifra o cantidad, después de pagadas las deudas del finado, así como los gastos de última enfermedad, sepelio y los gastos propios de las operaciones jurídicas del trámite sucesorio. (p. 27)

De igual manera, establecen que la herencia se descompone en partes:

> La herencia, como fenómeno jurídico, se suele explicar y descomponer por elementos de corte muy tradicional: personales, formales y reales.
>
> Los personales atienden a los dos polos subjetivos de la sucesión mortis causa: el causante y el sucesor, así como todas las circunstancias relacionadas con la capacidad y la voluntad.

> Los formales, en paralelo con lo anterior, hace referencia de una parte, al título sucesorio: testamento o declaración de herederos ab intestato y, por otra parte, la aceptación de la herencia.
>
> Los reales de la sucesión se integran por los bienes y derechos, así como las deudas que se heredan y las cargas con las que el causante haya podido gravar la herencia diferida por medio de testamento. (p. 28)

Es importante aclarar que los términos herencia y sucesión tienen una significación jurídica diferente, como lo menciona Alza (1995):

> Sin embargo, es necesario marcar la diferencia entre sucesión y herencia, ambos términos utilizados con frecuencia en algunas definiciones. La sucesión es la trasmisión del derecho que tiene una persona, sobre un patrimonio, a favor de sus herederos.
>
> La herencia -en cambio- es el conjunto de bienes, derechos y acciones que quedan en beneficio de los herederos al morir una persona. Es decir, el objeto de sucesión. (p. 8)

Legado

Este ha sido definido por Vargas (2010) como: "[…] el legado versa sobre un bien o un grupo de bienes definidos, individualizados que el testador ha asignado a uno o varios sujetos que por ello toman el nombre de legatarios". (p. 195)

El legado: "[…] se trata de una sucesión particular mortis causa que se produce en virtud de una disposición particular a causa de muerte otorgada en testamento. (Albesa y otros, 2012, p. 34)

Tipos de sucesión mortis causa

<u>Sucesión testamentaria o testada</u>

Este tipo de sucesión se lleva a cabo por medio de un instrumento imprescindible para que esta opere, como lo manifiesta Fernández (2010): “La sucesión testada se lleva a cabo a través del testamento, que es el instrumento en el que se recoge la voluntad del causante, denominado técnicamente testador”. (p. 19)

- Testamento:

Asimismo, Fernández (2010) da una definición amplia de testamento, indicando que es: “Aquel negocio jurídico que recoge la última voluntad de una persona y por el que esta dispone, para después de su muerte, de sus relaciones jurídicas transmisibles haciendo indicación de cómo quiere que se dé efecto”. (p. 19)

Vargas (2010), lo define como: “[…] el instrumento de primer orden que permite diferir los bienes de una persona a otra u otras, según su voluntad, para el tiempo en que ya habrá dejado de existir.” (p. 118)

Además, el testamento posee ciertas características importantes como las menciona Vargas, las cuales son:

> Es un acto unilateral: ya que solo se requiere la concurrencia del testador, para que exista, no es indispensable que el instituido como sucesor comparezca para que acepte o no la sucesión que les es otorgada, debido a que tal aceptación no es indispensable para la validez del testamento.
>
> Es un acto personalísimo: debido a que nadie puede otorgar testamento por otra persona y ningún individuo distinto al testador puede modificar las disposiciones que contiene tal testamento, aunque el mismo testador lo autorice. Esto con el fin de evitar que no se cumplan las disposiciones de última voluntad del legítimo dueño de dicho patrimonio.
>
> Es un acto revocable: el testador no está obligado a mantener las disposiciones establecidas en un testamento que este otorgue, ya que este puede modificar tales estipulaciones por medio de un testamento posterior que cumpla los requisitos legales. Por ello, el derecho de los instituidos en un

> testamento nace cuando el testador muere, antes de tal acontecimiento el sucesor testamentario no puede reclamar la titularidad de ningún derecho.
>
> Es un acto mortis causa: porque surte sus efectos cuando el testador muere, ya que transmite el patrimonio de una persona cuando esta muere. (pp. 121-123)

En cuanto al contenido de dicho testamento, este puede ser: patrimonial o no patrimonial. Si el testamento dispone únicamente de cuestiones patrimoniales se dice que su contenido es típico, por el contario si dispone cuestiones no patrimoniales se dice que su contenido es atípico. (Vargas, 2010, p.123)

La jurisprudencia de Costa Rica es unánime en la definición de testamento, como lo menciona la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

> El testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, solemne y mortis causa, dirigido a la disposición de bienes y, excepcionalmente, al arreglo de otras cuestiones no patrimoniales que interesan a la persona, con motivo de su eventual fallecimiento. (Sentencia 228-1995)

<u>Sucesión legítima o ab intestato.</u>

Esta se presenta como lo establece Vargas (2010) cuando:

> […] en forma supletoria la ley decide a quién debe llamarse a recibir el patrimonio del causante. Al decir que lo es en forma supletoria pues no es sino a falta de testamento, que las disposiciones relativas a la sucesión legítima entran en juego. (p. 32)

La sucesión legítima es la que establece la legislación, como lo explica la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

> Así, la sucesión ab intestato solo se aplica en ausencia de disposición testamentaria de los bienes del causante, por lo que ostenta una condición

> supletoria de esta. Es decir, nuestro ordenamiento le concede a la persona la facultad de disponer "mortis causa" libremente de sus bienes, con la excepción de ciertas obligaciones, por ejemplo alimentarias, que deben soportar los bienes dejados por el causante, en caso de que los distribuya a personas con quienes no tiene el deber de suministrar alimentos. De esta manera, si el fallecido no dispuso oportunamente sobre la forma en que se debe discernir su patrimonio, la Ley establece criterios que permiten su distribución, supliendo la voluntad del causante, quien posee –en todo caso– la libertad de escoger las personas que adquirirán la condición de heredero o legatario de sus bienes. (Sentencia 7518-2001)

Parajeles (2010) explica la denominación que recibe este tipo de sucesión mortis causa: “Se le denomina legitima porque, en ausencia de la voluntad del testador, la declaratoria de herederos y la distribución de los bienes inventariados se hace conforme a la ley”. (p. 33)

Causante

Esta figura jurídica es la principal para que la sucesión tenga lugar, tal y como la define Vargas (2010): “[…] así llamado porque causa, porque provoca la sucesión, se le conoce también como el de “cujus”, usando la terminología empleada por el derecho romano”. (p. 19)

Se puede decir que este es el difunto que da lugar a la sucesión con su fallecimiento, es decir, con su muerte, causa o da lugar a la apertura de la sucesión. (Vargas, 2010)

Sucesor

Vargas (2010) lo conceptualiza de la siguiente manera:

> […] la persona que sucede a aquel puede colocarse en lugar del causante como heredero -cuando recibe la herencia a título universal- o de legatario

cuando por medio del testamento recibe a título particular. Se conoce también con el nombre de sucesor, al causahabiente. (p. 20)

Tipos de sucesores o causahabientes

Heredero

Esta figura del derecho sucesorio es definida por Fernández (2010) como: "[…] a quien es atribuida la totalidad de las relaciones patrimoniales del difunto, o una parte alícuota de aquellas […]" (p. 10)

Por esta razón, el sucesor que recibe la totalidad del patrimonio o parte de él es denominado heredero, por tanto, este hereda al causante, como lo menciona (Fernández, 2010): "[…] la herencia es expansiva al heredero". (p. 10)

Legatario

Según Fernández (2010), es aquel que sucede: "[…] bienes o derechos determinados". (p. 10)

En una definición más amplia, esta figura se describe como: "El legatario es aquel que, por designación del testador, en todo caso, recibe un bien o derecho desgajado del caudal o se le condona una deuda […] (Albesa y otros, 2012, p. 28).

Este sucesor no recibe herencia sino legados, como lo indica Acedo (2014): "[…] es legado toda disposición testamentaria que no sea institución de heredero". (p. 191)

Esta diferencia legal de suceder a título de herencia o de legado, está plasmada en el artículo 596 del Código Civil de Costa Rica, el cual establece: "[…] El instituido por el testador como heredero de una cosa cierta y determinada, es tenido por legatario de ella. El instituido como legatario de parte alícuota de la herencia es heredero".

Diferencias entre el heredero y el legatario

Albesa y otros (2012) menciona: “El heredero es sucesor de la universalidad de las relaciones jurídicas del difunto o de una cuota de ese conjunto, […] el legatario es sucesor en bienes y derechos determinados en un modo concreto […]” (p. 29)

Igualmente menciona “[…] la herencia se produce siempre que alguien muere forzosamente, haya o no bienes o deudas, la sucesión particular, legado, solo se produce por un acto de voluntad expreso del causante […] y además […] al heredero pasan todos los derechos y obligaciones del causante, al legatario únicamente los derechos patrimoniales que le son atribuidos […] (p. 34)

El legado posee varias características, las cuales son mencionadas por Vargas, (2010), a saber:

- Debe ser creado por medio de un testamento, a título particular
- Envuelve una liberalidad
- Pueden ser objeto de bienes y derechos que no se extingan con la muerte de su titular.
- Se pueden legar diversos elementos como: el usufructo, uso, la nuda propiedad, la habitación, etc. (p. 196)

La doctrina indica que existen diversas clases de legados, los cuales son regulados en la legislación civil costarricense:

- Legado de cosa cierta y determinada: esta se presenta cuando el bien que se transmite se puede determinar y es real, este incluye todos los frutos que se perciban de este, y puede disponer de estos desde la muerte del testador, como lo indica el numeral 606 del Código Civil de Costa Rica.
- Legado de cosa genérica: el bien debe ser otorgado de acuerdo con el género que dispuso el testador, por tanto el legatario no puede solicitar una cosa de mejor clase, ni esta obligado a recibir la de más baja calidad, de las que fueran instituidas.

- Legado de usufructo, de uso de habitación y de la nuda propiedad: este indica la posibilidad del testador de transmitir solo ciertos derechos de la propiedad, como el usufructo o la nuda propiedad o legar el derecho de habitación de este.
- Legado de cosa ajena: este se encuentra prohibido por el artículo 598 del Código Civil de Costa Rica, y consiste en transmitir la propiedad de bienes en los cuales el causante no es su titular legítimo. Sin embargo, el legado producirá sus efectos, si a la muerte del causante este ostentaba su propiedad, aunque cuando otorgó el testamento no fuese su titular.
- Legado de deuda: Consiste en que el testador, siendo acreedor de otra persona en una obligación dineraria, establece en el testamento que le perdona esa deuda.
- Legado de cosas alternativas: esta se presenta cuando el legado determinado por el testador es de dos o más bienes, de los cuales el legatario va beneficiarse de un solo bien. Su regulación está en el artículo 611 del Código Civil de Costa Rica, el cual establece que salvo disposición expresa del testador, la elección del legado alternativo toca al "heredero".
- Legado de pensión vitalicia: el legado puede versar en definir del patrimonio hereditario un bien o las rentas que este produzca, para pagar una pensión a favor de personas determinadas. (Vargas, 2010, pp. 299-204)

Nasciturus

Este se conceptualiza jurídicamente como el: "[…] concebido no nacido, cuya existencia se constata por tener vida intrauterina, reconocido por el ordenamiento jurídico en todo aquello que le resulte favorable". (Fernández, 2010, p. 69)

Concepturus

Según Ochoa (2006): "[…] es una persona en potencia, alguien que no existe todavía, pero pudiendo ser sujeto de adquisición de derechos […] (p. 178)

Esta figura jurídica se puede definir como: “[…] de quien ha de ser concebido, y que no tiene por consiguiente vida intrauterina planteada […] (Fernández, 2010, pág.69)

Además, su apreciación encuentra su origen según Fernández (2010) en,” […] encuentran un fundamento familiar y un deseo de igualación de los descendientes que resulta difícil de combatir en términos materiales y prácticos […]”. (p. 69)

Capacidad de suceder

Es la posibilidad de heredar que poseen todas las personas, las cuales ostenten capacidad jurídica y no estén incapacitados por la ley, como lo menciona Acedo (2014): “Nuestro sistema permite heredar a todas las personas, a las que tan solo se le exige la capacidad jurídica, cualidad que ostentan todas las personas físicas como las jurídicas, por el simple reconocimiento de su mera existencia.” (pág.45)

La regla general es que todas las personas físicas y jurídicas pueden ser sucesores en una sucesión mortis causa, solo requieren la capacidad jurídica que se le reconoce desde el momento de su existencia. Aunque la legislacion establece cirtas causales que limitanla capacidad para suceder, como lo aclara Acedo (2014): “En principio podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por ley”. (pág.45)

Sin embargo, el Código Civil de Costa Rica enumera causales específicas para ser considerado incapaz de suceder, como lo menciona el artículo 592, 593, y 594 de tal cuerpo normativo, en cuanto a la sucesión mortis causa testamentaria.

Existen requisitos que la ley no menciona, pero han sido establecidos doctrinariamente aplicados a ambos tipos de sucesión mortis causa (legítima y testamentaria), los cuales son:

> […] doctrinariamente se ha establecido que deben concurrir varias condiciones para que el llamado sea considerado sucesor legítimo:

> La primera de ellas se refiere al hecho de la existencia del heredero al momento de la apertura de la sucesión. En efecto, no es dable entender como heredero aquella persona que a la muerte del causante no estuviere al menos concebida, toda vez que la ley otorga capacidad de goce a toda persona desde el momento de su concepción […]
>
> Otra condición exigida es la de no ser indigno. Justamente puede estarse en presencia de una persona que, aunque cumpliendo el requisito señalado anteriormente, se le excluya por haber incurrido en alguna causal que le haga merecedor de tal pena, (artículos 523,524 y 525 Código Civil de Costa Rica, causales de indignidad) […]
>
> Ser persona física es otro requisito para ser sucesor legítimo (artículo 572 Código Civil de Costa Rica). En efecto, aquellas personas que son llamadas por ley a colocarse en posición del causante en una sucesión ab intestato son siempre personas físicas, no morales ni jurídicas. La única excepción concebida a falta de personas físicas que tenga vocación hereditaria se da a favor del Estado (artículo 572 Código Civil de Costa Rica). No obstante, nada impide que en el testamento el causante instituya como heredero o legatario a una persona jurídica, bastando para ello que los estatutos de la sociedad así lo autoricen. […]
>
> También se estima que no es posible que herede el ausente, desde que este no se sabe si existe o existía al momento de la apertura de la sucesión […] (Vargas, 2010, pp. 25-28).

Además de los anteriores requisitos establecidos de manera doctrinal para ostentar el título de sucesor, la ley detalla de manera expresa otros requisitos tanto en la sucesión mortis causa a título testamentario como a título legítimo, estas se describen como:

> Esta capacidad de las personas para suceder puede verse limitada por alguna razón que se lo impida, ya que la ley establece unas causas tasadas

> para los que han cometido algunos actos reprensibles considerados como una pena civil que ha de imponerse a quien no es merecedor de obtener beneficio patrimonial a la muerte del causante. Se aplica tanto en la sucesión testada como intestada. (Morillas, 2014, p.190)

Estas causas tasadas que menciona el autor corresponden a las causas de indignidad que, al incurrir en una de ellas, se restringe la capacidad para ser sucesor, las cuales se establecen en el artículo 523 del Código Civil de Costa Rica, y son:

> 1.- El que cometa alguna ofensa grave contra la persona u honra del causante, sus padres, consorte o hijos.
>
> 2.- El que acuse o denuncie al causante por delito que merezca pena corporal, salvo si el delito se hubiere cometido contra el mismo heredero o legatario, su consorte, padres o hijos, y el que, en proceso abierto por delito merecedor de esa pena, declare falsamente contra el causante.
>
> 3.- Los parientes que estén en alguno de los casos de que habla el artículo 190. (el artículo 190 a que hace referencia la norma fue derogado por el actual Código de Familia).
>
> 4.- Los parientes comprendidos entre los herederos legítimos, que hallándose el causante loco o demente y abandonado, no cuidaren de recogerlo o hacerlo recoger en un establecimiento público.
>
> 5.- El que por recibir la herencia o legado estorbó, con fraude o por fuerza, que el causante hiciera testamento o revocara el hecho, o sustrajo éste, o forzó al causante para que testara.

En cuanto a la sucesión testamentaria, además de los requisitos anteriores en cuanto a la capacidad de suceder, el Código Civil de Costa Rica establece taxativamente en su artículo 592, cuáles personas tienen incapacidad relativa para suceder testamentariamente:

> Tienen incapacidad relativa de recibir por testamento:

1) Del menor no emancipado, su tutor, a no ser que habiendo renunciado la tutela haya dado cuenta de la administración, o que sea ascendiente o hermano del menor;

2) Del menor, sus maestros o pedagogos, y cualquiera persona a cuyo cuidado esté entregado;

3) Del enfermo, los facultativos que le asistieron en la enfermedad de que murió.

(Texto así modificado por resolución de la Sala Constitucional No. 6328-00 de las 16:20 horas del 19 de julio de 2000, y posteriormente aclarado por resolución de la Sala Constitucional N° 330-2005 de las 11:02 hrs. del 21 de enero del 2005, que aclara la sentencia primera, en el sentido de que lo que se anula del artículo 592 inciso 3) es la frase final que decía "y los confesores que durante esta le confesaron").

4) Del cónyuge adúltero, su copartícipe, si se ha probado judicialmente el adulterio, salvo que se hubieren unido en matrimonio. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 2° de la Ley Nº 3687 del 3 de junio de 1966, que le adicionó la frase final).

5) Del testador, el cartulario que le hace el testamento público o autoriza la cubierta del testamento cerrado, y la persona que le escriba esta. La incapacidad de los incisos 2) y 3) no impide los legados remunerativos de los servicios recibidos por el testador, ni las disposiciones en favor del consorte o de parientes que pudieran ser herederos legítimos del testador. (Así reformado por artículo 1º de la Ley Nº 1443 del 21 de mayo de 1952).

En cuanto a la sucesión legitima mortis causa, además de serle aplicados los requisitos establecidos anteriormente, el artículo 572 del código civil, establece de manera expresa cuáles personas pueden ser consideradas o tener la capacidad de suceder a título legítimo:

Son herederos legítimos:

1) Los hijos, los padres y el consorte, o el conviviente en unión de hecho, con las siguientes advertencias:

a) No tendrá derecho a heredar el cónyuge legalmente separado de cuerpos si él hubiere dado lugar a la separación.

Tampoco podrá heredar el cónyuge separado de hecho, respecto de los bienes adquiridos por el causante durante la separación de hecho.

b) Si el cónyuge tuviere gananciales, solo recibirá lo que a éstos falta para completar una porción igual a la que recibiría no teniéndolos.

c) En la sucesión de un hijo extramatrimonial, el padre solo heredará cuando lo hubiere reconocido con su consentimiento, o con el de la madre y, a falta de ese consentimiento, si le hubiere suministrado alimentos durante dos años consecutivos, por lo menos.

ch) El conviviente en unión de hecho solo tendrá derecho cuando dicha unión se haya constituido entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, y se haya mantenido una relación pública, singular y estable durante tres años, al menos, respecto de los bienes adquiridos durante dicha unión.

(Así reformado el inciso 1) anterior por el artículo 31 de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, Ley N° 7142 de 8 de marzo de 1990).

2) Los abuelos y demás ascendientes legítimos. La madre y la abuela por parte de madre, aunque sean naturales, se consideran legítimas, lo mismo que la abuela natural por parte de padre legítimo;

3) Los hermanos legítimos y los naturales por parte de madre;

> 4) Los hijos de los hermanos y los hijos de la hermana; (Así reformado este inciso de acuerdo con la anulación parcial ordenada por resolución de la Sala Constitucional N° 4575 del 06 de abril de 2011)
>
> 5) Los hermanos legítimos de los padres legítimos del causante y los hermanos uterinos no legítimos de la madre o del padre legítimo; y
>
> 6) Las Juntas de Educación correspondientes a los lugares donde tuviere bienes el causante, respecto de los comprendidos en su jurisdicción.
>
> Si el causante nunca hubiere tenido su domicilio en el país, el juicio sucesorio se tramitará en el lugar donde estuviere la mayor parte de sus bienes.
>
> Las Juntas no tomarán posesión de la herencia sin que preceda resolución que declare sus derechos, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.
>
> (Así reformado por el artículo 1 de la Ley 1443 de 21 de mayo de 1952)

De acuerdo con la legislación civil de Costa Rica, el artículo anterior establece quiénes pueden ser llamados a suceder de manera legítima, en una sucesión mortis causa, sin embargo, este artículo 572 del Código Civil de Costa Rica, para ser aplicado de manera correcta, debe necesariamente ser concordado con el artículo 573 del mismo Código, el cual establece:

> Las personas comprendidas en cada inciso del artículo precedente entran a la herencia con el mismo derecho individual; y solo en falta de las que indica el inciso anterior entran las que llama el inciso siguiente, salvo el caso de representación.

Según la legislación anterior, en Costa Rica no se menciona nada en cuanto a la capacidad de suceder del concepturus, sin embargo, el artículo 31 del Código Civil costarricense sí otorga protección y tutela jurídica a los derechos del ser concebido,

pero no nacido, no así para el que no está tan siquiera concebido, tal y como lo expresa la sentencia constitucional 2792-2004:

> […] en resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido […], […] la persona no nacida tiene derechos desde que es concebida […]

La capacidad de suceder, como se mencionó anteriormente, es una aptitud legal, y en este caso debe tenerse al momento de la apertura de la sucesión, en otras palabras:

> […] es la necesidad de que el sucesor sobreviva al causante, es decir, que a la muerte de este el sucesor ha de estar vivo. […] lo que quiere la ley es que los bienes no queden sin titular actual. (Albesa y otros, 2012, p.73).

En cuanto a la capacidad de ser titular de derechos, el concepturus o ser por concebir, en la legislación actual costarricense no se menciona nada al respecto ni lo contempla en la posibilidad del artículo 31 del Código Civil de Costa Rica.

Esta exigencia de existencia del sucesor a la muerte del causante o al momento de la apertura de la sucesión se establece bajo la premisa de la personalidad, la cual se aplica a la capacidad de suceder, según Madriñan (2008): “La vocación exige como primer presupuesto la personalidad. Para ser llamado es preciso ser persona”. (p. 74)

Además, Madriñan señala que la justificación legal de establecer incapacidades absolutas sucesorias recae propiamente sobre el atributo de la personalidad, lo explica de la siguiente manera:

> […] a las mal llamadas incapacidades absolutas, que realmente, no son tales incapacidades, sino supuestos de hecho en los que lo que verdaderamente falta es la existencia de sujetos de derecho que puedan suceder. […] lo que hay no es una ausencia de capacidad sino de personalidad jurídica […] (p. 74)

Debido a lo anterior, se presenta la necesidad de la coexistencia entre el causante y el causahabiente, sustenta esta relación en:

> La necesaria coexistencia entre el causante y el causahabiente, se manifiesta en dos efectos, a saber, la exigencia de que el sujeto que va a ser llamado exista todavía y exista ya al momento de la muerte del cujus (causante). (Madriñan, 2008, p.75)

Infertilidad

Esta enfermedad reproductiva puede ser definida:

> […] como la incapacidad de una pareja para concebir, después de uno o dos años de relaciones sexuales regulares sin emplear métodos anticonceptivos. […] es una enfermedad del sistema de reproducción caracterizada por la imposibilidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales ocasionales sin protección". (Junquera y otros, 2013, p.15)

Existen varias causas que provocan que una persona sea infértil y necesite la ayuda de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), para ejercer su derecho de procreación.

Causas de infertilidad masculina:

Oligospernia: consiste en un escaso número de espermatozoides

Asthenospernia: espermatozoides con movilidad reducida

Teratospernia: aumento de espermatozoides de forma anormal

Oligoastenotospernia: consiste en que todos los valores del semen están por debajo de lo normal

Azoospermia: ocurre cuando el líquido del semen no contiene espermatozoides

> Otras causas exógenas, como el estrés, estilo de vida, consumo de drogas, tratamientos médicos como la quimioterapia o radioterapia, accidentes, intervenciones quirúrgicas
>
> Imposibilidad para eyacular o la eyaculación retrograda, entre otras. (Páez, 2011, p.29)

Las causas de infertilidad femenina pueden ser:

> Trastornos autoimmunitarios
>
> Defectos congénitos el sistema reproductor
>
> Enfermedades como el cáncer, diabetes, coagulación excesiva
>
> Consumo de drogas y alcohol
>
> Transtornos alimentarios y demasiado ejercicio
>
> Neoplasias (como miomas o pólipos) en el útero y el cuello uterino
>
> Tratamientos médicos como la quimioterapia
>
> Desequilibrios hormonales, como problemas de ovulación
>
> Quistes en los ovarios, enfermedades de transmisión sexual. (Páez, 2011, p. 33)

Técnicas de Reproducción Humana Artificial (TRHA)

También conocidas como técnicas de reproducción o fecundación medicamente asistida, son definidas por Junquera y otros (2013) como:

> […] todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación in vitro de ovocitos, espermatozoides o embriones humanos con el propósito de conseguir un embarazo. Dichos tratamientos abarcan: la fertilización in

vitro y la transferencia de embriones, transferencia intratubárica de gametos y de cigotos, la transferencia de embriones a las trompas, la crioconservación de gametos y embriones, la donación de ovocitos y de embriones y la gestación de subrogación. […] y la inseminación intrauterina, intracervical e intravaginal con semen de la pareja de la mujer o de donante. (p. 18)

Como lo menciona el concepto, los métodos de reproducción asistida son varios y se dan de diversas maneras, Junquera y otros (2013), los han clasificado dependiendo de su complejidad de la siguiente manera:

- Técnicas de Baja Complejidad: entre las que tendríamos la simple inducción a la ovulación y la estimulación de la ovulación.
- Técnicas de Mediana Complejidad: aquí tenemos la Inseminación Artificial (IA).
- Técnicas de Alta Complejidad: la Fecundación In Vitro (FIV) y la Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI). (p. 19)

Sin embargo existen muchas, las cuales son:

- La inseminación artificial homóloga (IA) y heteróloga o con donación de gametos (IAD).
- La transferencia intratubárica de gametos (TIG o GIFT)
- La fecundación in vitro (FIV) o fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE): en ella se pueden dar otros procedimientos como, la inyección intracitosplasmática del espermatozoide (ICSI o IICE) y la transferencia Intratubárica de embriones.
- La donación de esperma y Bancos de Esperma
- La donación de óvulos

- La donación de embriones
- La criopreservación de ovocitos y embriones y, por último,
- La subrogación de útero.(Rojas y otros, 2013, p.51)

La transferencia intratubárica de gametos es, según la explicación de (Rojas y Navarro, 2013) una técnica de fecundación intracorpórea de complejidad media que consiste en extraer los óvulos por aspiración folicular, identificándolo previamente, para luego ser colocados junto con el esperma en un catéter, y por último depositar ambos gametos en las trompas de Falopio.

Para que esta se produzca, las trompas de Falopio deben encontrarse en buen estado, ya que se produce ante la presencia de los gametos femeninos y en las siguientes circunstancias:

> Óvulo de la mujer y espermatozoides de donante, debido a la esterilidad del cónyuge.
>
> Esterilidad de la mujer, por tanto el óvulo es donado y el semen proviene de su marido o compañero.
>
> Esterilidad de ambos cónyuges, tanto los gametos masculinos como femeninos provienen de la pareja. (Rojas y Navarro, p.54)

La transferencia intratubárica de embriones es parte de la fecundación in vitro, en la cual el proceso de fecundación es llevado a cabo fuera del cuerpo de la mujer, es decir, extracorpóreamente. Transfiriendo el embrión obtenido por medio de la fecundación artificial y fuera del cuerpo de la mujer a la cavidad uterina, es decir, al útero. Es conocida como fertilización in vitro con transferencia embrionaria.

Inseminación artificial (IA)

Esta técnica de reproducción humana artificial calificada como de mediana complejidad, consiste en: “[…] la introducción de espermatozoides en el tracto

reproductivo de la mujer en forma no natural con el fin de lograr la fertilización." (Tesone, 2009, p.64).

De acuerdo con la explicación de Junquera (2103), esta técnica consiste en: "depositar los espermatozoides en el aparato reproductor femenino mediante un instrumento denominado jeringa, para ayudar al encuentro de los espematozoides con el óvulo, sin que ocurra la relación sexual de manera natural". (p. 21)

Existen diversos tipos de IA, sin embargo, el más utilizado y común por dar mejores resultados es:

> Entre las técnicas de inseminación artificial, la más utilizada es la intrauterina, en la que se coloca el semen capacitado lo más cerca posible de la trompa y se reduce así la distancia que los espermatozoides deben recorrer para alcanzar el ovocito. (Tesone, 2009, p.64).

Ahora bien, existen otros tipos de IA (inseminación artificial) como lo son: inseminación artificial intratubárica, inseminación artificial intracervical, inseminación artificial intravaginal e inseminación artificial intrafolicular. (Ferrer, 2016)

Existe otra clasificación de la IA según el origen de la muestra del semen, las cuales son: inseminación artificial homóloga (IAH) o inseminación artificial conyugal (IAC), si el semen es de la pareja, e inseminación artificial de donante o heterologa (IAD), si se recurre a un donante de semen. (2016)

En Costa Rica se realiza y es permitida la inseminación artificial, que es llevada a cabo tanto por centros médicos públicos como privados, el Código de Familia de Costa Rica contiene en su artículo 72, regulación para esta Técnica de Reproducción artificial, sin embargo, esta es muy escasa y se limita a contemplar aspectos como la filiación.

La inseminación artificial es llevada a cabo cuando concurren las siguientes circunstancias:

Alteraciones del material reproductor masculino, como problemas eyaculatorios, deficiencias en la viscosidad del semen, escasa movilidad entre otras. Cuando concurren dichas situaciones se realiza una etapa en la cual se prepara el esperma, seleccionando los espermatozoides con mejor movilidad para que no deban realizar un gran recorrido.

Factor cervical, este indica problemas en el cuello del útero como tumores, evitando que la fecundación se produzca en el cuello uterino.

Esterilidad de origen desconocido, bajo este supuesto se estimula la ovulación en la mujer, y se coloca el esperma cerca de las trompas para favorecer el éxito de la técnica.

Anticuerpos antiespermáticos, en el semen provocan el bloqueo en la movilidad de estos, se encuentran en el moco cervical por tanto impiden que los espermatozoides migren hacia el útero y las trompas, imposibilitando la fecundación, por lo que a través de la selección de esperma este se introduce en el útero evitando su paso por el moco cervical.

Varón con el virus del VIH+, por medio de la IA se realiza el lavado de los espermatozoides para confirmar no presencia del virus, luego se procede a introducir artificialmente tal material reproductor masculino.

Otras causas, como ovarios poliquísticos que alteran el proceso de ovulación lo cual imposibilita fecundar de manera natural. (Junquera, 2013, pp.22-23)

Existen otras causas presentes en la mujer, bajo las cuales se debe llevar la IA, tal y como Rojas y otros, (2013), lo apuntan: “[…] malformaciones vaginales o en el cuello del útero, insuficiente líquido cervical, trastornos ovulatorios y de orden inmunológico, endometriosis de baja intensidad”. (p. 53)

Fertilización in vitro:

Esta técnica de reproducción humana artificial es definida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mediante el voto 2306-2000, como:

> Fecundación in vitro o Transferencia de Embriones o FIVET, es un servicio lucrativo mediante el cual se procura implantar por métodos artificiales óvulos fecundados -en adelante concebidos- en el laboratorio dentro del útero de una mujer, y así lograr embarazos cuando estos son difíciles de lograr de la forma natural.

En un concepto más amplio, esta consiste en:

> […] se puede decir que la FIV es un método de reproducción humana asistida de alta complejidad, además es extracorpóreo […]"
>
> La FIV se concibe como una TRHA extracorpórea, dado que el proceso de fecundación no se realiza en el interior del cuerpo femenino, sino que la unión entre el gameto femenino y el masculino es extracorpórea. Esta se produce con ayuda de un equipo biomédico en un laboratorio. Se pretende así repetir in vitro la secuencia de eventos que se producen en el proceso natural de fertilización, al emular las condiciones naturales en las que se verifica dicho proceso. Posteriormente el ó óvulo fecundado se deposita en el útero de la mujer, a la espera de que se implante en el endometrio. Transferido e implantado el embrión en el órgano reproductor femenino y verificado el embarazo, el proceso de gestación continua de manera usual bajo cuidados médicos especializados. (Rojas y Navarro, 2013, p. 55)

Además, este medio de fecundación artificial implica otros procedimientos de fertilización artificial necesarios para que se lleve a cabo dicha técnica, como lo son:

> La FIV incluye técnicas variadas, entre ellas: la inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI o IICE) y la transferencia de embriones (TE). Si la técnica incluye en un mismo ciclo, la fecundación extracorpórea y la transferencia de embriones a la cavidad uterina, la

técnica se conoce como Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones (FIVTE). (p.55)

Según el análisis que realiza (Rojas y Navarro, 2013) la transferencia intratubárica de embriones es parte de la fecundación in vitro, en la cual el proceso de fecundación es llevado a cabo de manera extracorpórea, transfiriendo el embrión obtenido por medio de la fecundación artificial a la cavidad uterina, al útero. Es conocida como fertilización in vitro con transferencia embrionaria.

De acuerdo con la opinión de (Garrido, 2015) la inyección intracitoplásmica de espermatozoides es similar al procedimiento de la fertilización in vitro, con la diferencia que la introducción de espermatozoides en el óvulo se realiza de manera más directa y elaborada que en la fecundación in vitro, debido a la esterilidad severa masculina, esta consiste en: "[…] que la inseminación de los óvulos se realiza al introducir un espermatozoide en el interior del óvulo mediante una microaguja de manera directa y mucho más minucioso que la realizada en la FIV". (p. 1)

La fertilización in vitro es aplicada bajo los siguientes supuestos:

Problemas severos en la trompas de la mujer.

Endometriosis severa.

Alteraciones en el semen, esta técnica requiere baja cantidad de espermatozoides.

Esterilidad no justificada, sin embargo la IA no resulta exitosa.

Parejas portadoras del virus del VIH+, en los cuales se realiza un lavado del líquido seminal, con centrifugaciones sucesivas, para proceder a la fecundación.

Intolerancia a la medicación que provoca la estimulación ovárica.

Enfermedades incompatibles con la maternidad, como la diabetes, entre otras.

Lesiones orgánicas en el sistema reproductor femenino.

El cáncer, ya que por medio de la quimioterapia y radioterapia, las personas cuentan con amplias posibilidades de resultar infértiles una vez finalizado el tratamiento, por ello muchos crioconservan sus óvulos y espermatozoides para luego concebir por dicha técnica. (Junquera y otros, 2013, p.34)

Diferencia entre IA y FIV

La principal diferencia entre la Inseminación artificial y la fertilización in vitro según Rojas y Navarro (2013), es:

> Debe entenderse que el proceso de fecundación que se produce en la inseminación siempre es natural, y el uso del adjetivo artificial, en relación con la inseminación humana, remite específicamente a los procedimientos a través de los cuales se salvan las dificultades que imposibilitan la unión entre el gameto femenino y masculino, lo que se produce es solo un acercamiento de los gametos masculinos a los femeninos, para que ellos continúen espontáneamente su proceso natural de fertilización. (p. 51)

Al contrario sucede cuando se lleva a cabo la fertilización in vitro, en la cual el proceso de fecundación se realiza de manera artificial ya que la fecundación del óvulo se realiza fuera del útero de la mujer. Solo cuando este ya está fecundado con el gameto masculino se introduce al cuerpo de la mujer.

Fecundación artificial post mortem

Esta puede ser definida como aquella, en la cual la concepción de un hijo se da a través del uso de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, ya sea inseminación artificial o fertilización in vitro, pero esta tiene la peculiaridad de que uno de los progenitores falleció antes de que se diera la fecundación. (Muñoz, 2010, p.5)

En un concepto más simple, se puede decir que fecundación post mortem es: “El supuesto de la fecundación post mortem se presenta cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida.” (Franck y otros, 2012, p.2)

Al incluir la palabra post mortem a la fecundación artificial, esta toma el siguiente significado, según Moaide (2011):

> De esta manera sugerimos que resulta necesario entonces clasificar las técnicas de reproducción humana asistida entre técnicas entre vivos o técnicas post mortem, entendiendo por estas últimas las que se realizan

> después del fallecimiento del hombre, del cual provienen los gametos por los cuales se ha creado el hijo […] (p. 5)

Sin embargo, para que los conceptos anteriores puedan considerase fecundación post mortem deben cumplir un requisito fundamental, el cual consiste en (Franck y otros, 2012): que la fecundación realizada del óvulo y el semen, ya sea por inseminación artificial o fertilización in vitro, se haga después de la muerte del progenitor, ya que si se da la implantación de un embrión crioconservado obtenido antes del fallecimiento del varón, aunque su implantación fuese después del fallecimiento de este, la fecundación fue realizada en vida de él, aunque doctrinalmente sí es tomada en cuenta la transferencia del embrión en la figura de post mortem, puesto que su implantación en el vientre materno se da después de la muerte del progenitor.

La doctrina universal ha establecido cuáles son actualmente las prácticas para la realización de la fecundación post mortem:

> La técnica de crioconservación seminal, con semen del marido o compañero fallecido, quien en vida consintió en entregar sus células germinales a un banco de gametos.
>
> La obtención por parte de la mujer del semen de su marido fallecido, ya sea por la obtención del tejido espermatogenico por biopsia del testículo luego de producido el deceso, o por la posibilidad de recuperar del saco vaginal lo eyaculado en él.
>
> Y finalmente, la transferencia de embriones post mortem, el embrión es concebido in vitro en vida de ambos progenitores, es transferido al útero materno después de la muerte de su padre. (Moaide, 2011, p.6)

Además de los conceptos anteriores, es importante mencionar que hay varias frases que acompañan a la denominación post mortem, sin embargo, estas tienen sus peculiaridades, como lo menciona Muñoz (2010):

En primer lugar, la fecundación post mortem, en sentido estricto, se referirá básicamente al supuesto en que el varón consienta la utilización de sus gametos después de su muerte, pero en este caso se excluye la posibilidad de implantar en la mujer el embrión formado antes del fallecimiento de su marido o pareja, puesto que de modo contrario la fecundación se produciría en vida.

En segundo lugar, la fecundación artificial post mortem, propiamente dicha, donde se incluirá la inseminación artificial y la fecundación in vitro realizadas después del fallecimiento del marido.

Y por último, la procreación artificial post mortem, donde se incluirá tanto la inseminación artificial como la fertilización in vitro, realizadas tras la muerte del varón, así como la transferencia de embrión concebido en vida del matrimonio o la pareja. (p. 5)

CAPÍTULO 3:
METODOLOGÍA

El paradigma, el enfoque metodológico

El paradigma

Este proyecto investigativo posee un paradigma interpretativo ya que aunque se utilizarán fuentes objetivas, estas serán únicamente de referencia para establecer comparaciones, porque en Costa Rica la información y regulación del tema son prácticamente nulas, por lo que las fuentes subjetivas serán predominantes en dicha investigación, como la doctrina, entrevistas y, en general, perspectivas y vivencias sociales.

También esta investigación se basa en una realidad social dinámica y cambiante, por lo que, en esta, a partir de los datos recogidos, se hará un análisis para comprenderlos, interpretarlos y dar una solución de acuerdo con la situación jurídica y social que actualmente predomina en Costa Rica en cuanto al tema planteado. Ya que la interpretación de las normas se realizará con base en el sistema de comprender las leyes en su carácter evolutivo y cambiante.

El enfoque metodológico

Esta investigación tendrá un enfoque metodológico, cualitativo ya que recopilará una serie de información para lograr un análisis del tema, pero de manera subjetiva, debido a que no está regulado legalmente en Costa Rica, y además la información en el país sobre este tema es muy escasa, por lo tanto es subjetiva ya que será realizada por medio del intercambio de información diversa, obtenida no solo del área jurídica sino también social. Es por ello que lo relevante en esta investigación no es cuantificar, ni medir ningún dato, lo esencial es comprender la realidad social para analizar la relación de esta con los aspectos jurídicos, como las técnicas de reproducción humana artificial, específicamente de la fecundación artificial post mortem con la legislación sucesoria actual en Costa Rica.

Por ello se hará una serie de entrevistas a diferentes profesionales tanto en áreas legales como sociales, ya que lo importante es establecer una relación directa con el objeto investigado para de todos ellos obtener conclusiones.

Tal y como lo explican Bonilla y Rodríguez (2000), dicha investigación una cualitativa porque: “[…] su preocupación no es prioritariamente medir, sino cualificar y describir el fenómeno social a partir de rasgos determinantes, según sean percibidos por los elementos mismos dentro de la situación estudiada”. (p. 60)

Las categorías del análisis de la investigación

Definición de las categorías de análisis de la investigación

Para desarrollar y cumplir con los objetivos planteados en este trabajo investigativo, se tomará en cuenta el objeto de estudio y el sitio en el cual se llevará a cabo el proceso investigativo de dicho tema.

El contexto o el sitio en donde se lleva a cabo el estudio

En la realización del presente proyecto investigativo se tomará en cuenta el objeto de estudio y el sitio en el cual se llevará a cabo, no se establecerá una población específica ya que esta se aplicará a la generalidad de las personas. Por la naturaleza del tema, este puede aplicarse o ser evidenciado por cualquier grupo de la sociedad. Los dos aspectos anteriormente mencionados serán desarrollados en los siguientes apartados:

Objeto de estudio

En Costa Rica no existe ningún tipo de cuerpo normativo que regule la fecundación artificial post mortem, además, la doctrina que existe es generalizada a los países que regulan el tema. Por lo tanto, los datos recolectados y entrevistas serán realizadas con apoyo de material general, informativo y legislación extranjera sobre el caso en particular, para permitir la conciliación normativa en Costa Rica, ante la carencia informativa que existe sobre las técnicas de fecundación humana artificial y su relación desigual y contrapuesta con el compendio legal existente en Costa Rica, específicamente en el derecho sucesorio.

Contexto o sitio de estudio

La recolección de los diversos datos informativos y la normativa nacional e internacional, las entrevistas a profesionales de diversas áreas serán realizadas en Costa Rica.

Fuentes de información

Estas constituyen los medios ya sean físicos o electrónicos necesarios para lograr el cumplimiento de los objetivos que se plantean en el proyecto, además, a través de estos se permite realizar el análisis de la información recopilada, para finalmente emitir conclusiones. En lo que respecta a este proyecto de investigación, se utilizarán fuentes de información primarias, secundarias y terciarias, que serán explicados en los siguientes apartados:

Fuentes Primarias

Las fuentes de información primarias, que serán utilizadas para el desarrollo de este proyecto, serán la legislación y jurisprudencia extranjera que regulan específicamente la fecundación artificial post mortem y la capacidad legal de ser sucesores que tienen las personas concebidas bajo este método, además de las normas sucesorias y civiles actuales de Costa Rica.

Fuentes Secundarias

Las fuentes secundarias que se utilizarán en la recolección de información son los datos informativos que se obtendrán a través de la revisión de libros, revistas, artículos, trabajos investigativos, estudios, noticias y cualquier documento que ofrezca información sobre el tema, ya sean estos físicos o electrónicos. Además de variada información legal, médica o social.

Fuentes Terciarias

Las entrevistas a diversos profesionales que se relacionan con el tema o con aspectos relevantes en el tema constituyen la fuente terciaria de este proyecto.

Las técnicas e instrumentos para la recolección de los datos

Entrevista

Se realizarán entrevistas dirigidas con preguntas abiertas, confidenciales de manera personal o telefónica, a varios profesionales que conocen el tema o aspectos que se relacionan con este, como lo son: médicos ginecólogos y especialistas en la infertilidad, abogados especializados en temas civiles, a jueces de la República de Costa Rica, entre otros. De igual manera, se pretende realizar una entrevista sobre la vivencia personal de utilizar las técnicas de reproducción humana asistida.

Este tipo de investigación se realizará para contar con datos más técnicos, más apegados a la realidad social, así como para obtener opiniones de diversos grupos de la sociedad costarricense, para que evidenciar su postura y ayudar a crear posibles soluciones o recomendaciones ante la inexistencia informativa y regulatoria que se da en Costa Rica sobre el objeto de estudio.

Las técnicas seleccionadas para analizar los datos

Las técnicas seleccionadas para este proyecto investigativo utilizarán métodos cualitativos, por lo tanto, la entrevista como medio elegido para realizar parte del análisis de los datos pertinentes, se aplicará para obtener datos objetivos y reales que respalden la información que se obtenga por medio de las otras fuentes mencionadas que se emplearán para la recopilación de la información.

Por lo tanto, esta investigación no tendrá una técnica específica para analizar la información, ya que por la naturaleza subjetiva que posee el tema, la técnica usada será meramente para respaldar los datos provenientes de otras fuentes como la legislación extranjera, doctrina, estudios y datos generales.

CAPÍTULO 4:
ANÁLISIS DE DATOS

En el presente capítulo se realizará el análisis de los datos que fueron recolectados previamente, por medio de las técnicas anteriormente mencionadas, para dar cumplimiento a los objetivos de dicha investigación, los cuales son:

Objetivo 1: Análisis de los parámetros establecidos en la sucesión mortis causa en Costa Rica, las técnicas de fecundación humana artificial

Sucesión mortis causa en Costa Rica

La normativa sucesoria de Costa Rica contempla dos posibilidades en las cuales se puede presentar la sucesión mortis causa, una de ellas establece que el dueño del patrimonio puede dictar la manera en la cual desea repartir sus bienes al momento de su muerte, esto a través de un documento denominado testamento, dicho tipo de sucesión mortis causa es conocida como sucesión testamentaria.

La otra comprende las especificaciones que la ley establece en caso que no exista testamento, esta se denomina sucesión legítima o intestada, ya que a falta de la manifestación de última voluntad del fallecido sobre la repartición de sus bienes, la ley establece la forma en la cual dicho patrimonio debe liquidarse y distribuirse.

Puede existir la posibilidad de que una sucesión sea en parte testada y otra parte intestada. Ya sea porque en el testamento, no se dispuso sobre la totalidad del patrimonio del causante; o porque algunas disposiciones del testamento sean declaradas nulas, por tanto el patrimonio indicado en ellas sería discutido en una sucesión ab intestato.

Lo descrito anteriormente se encuentra en la relación de los artículos 522, 571, 573 y 595 del Código Civil de Costa Rica.

La sucesión sea testada o legítima no solo comprende los derechos del causante, también las obligaciones que este hubiere establecido en vida, únicamente se extinguen las que sean personalísimas, es decir, que se extinguen por la muerte. Como lo regula el artículo 521 del Código Civil de Costa Rica: “La sucesión comprende todos

los bienes, derechos y obligaciones del causante, salvo los derechos y obligaciones que, por ser meramente personales, se extinguen con la muerte”.

Sin embargo, las deudas que haya adquirido el causante, pueden ser liquidadas en el respectivo proceso sucesorio, en otras palabras, el patrimonio relicto liquida las deudas que estén pendientes de pago, tal y como lo establece el artículo 535 del mismoCódigo.

Lo primero que debe liquidar la sucesión son las deudas que pesan sobre ella, y una vez satisfechos dichos créditos, se procede a repartir lo que quedó entre los sucesores ya sean testamentarios o legítimos, ya que la muerte del causante en nada afecta las deudas de este. Como lo expresa Brenes (2013), la muerte de una persona es la causa directa por la cual opera la apertura de una sucesión, por tanto, antes de la muerte del causante de una sucesión, nadie adquiere derechos hereditarios sobre su patrimonio aunque ellos estén instituidos como herederos o legatarios en un testamento.

Según lo anterior, ningún acto que sea realizado sobre el patrimonio que será objeto de una sucesión surtirá efectos, sino hasta que el titular de dicho patrimonio muera ya que, ante la ley, carece de cualquier reconocimiento jurisdiccional aunque la persona lo admita.

Como lo estipula el artículo 520 del Código Civil de Costa Rica, el cual menciona: “La sucesión de una persona se abre por la muerte de ella. Nada podrá estipularse sobre los derechos de la sucesión de una persona, mientras esté viva, aunque ella consienta”.

A continuación, se analizará la legislación, jurisprudencia y doctrina de Costa Rica en torno a la sucesión testamentaria y posteriormente la sucesión legítima o intestada.

Sucesión testamentaria

Este tipo de sucesión se denomina testamentaria, ya que para que exista legalmente es necesaria la presencia de un documento que recoja las disposiciones de última voluntad del causante, conocido como testamento. Sin embargo, dicho testamento debe cumplir una serie de requisitos que la normativa de sucesiones en Costa Rica establece, para que sea válido y opere la sucesión testamentaria, debido a que la existencia de la sucesión testamentaria se justifica en la presencia de un testamento debidamente otorgado.

Formalidades legales del testamento

El establecimiento de formalidades legales en el testamento se justifica como lo menciona Brenes (2013), en asegurar que dichas manifestaciones de última voluntad son reales y verdaderamente vienen del instituyente o testador. En consecuencia, solamente el escrito otorgado cumpliendo las formalidades legales, es considerado legalmente como testamento.

Igualmente, el testamento debe ser acorde a lo que la legislación determina, de lo contrario dicho documento sería nulo y no surtiría los efectos establecidos en él. La nulidad del testamento ante el incumplimiento de las formalidades estipuladas legalmente, posee una justificación lógica establecida de manera jurisprudencial a través de diversos pronunciamientos judiciales, como se refleja en la sentencia del Tribunal Primero Civil de San José, la cual menciona:

> El legislador únicamente le permite desplegar los efectos que le son propios por voluntad del testador cuando se han cumplido todos los requisitos que la Ley establece, -siendo nulo-, ya sea parcial o total, cuando no se cumplen tales requisitos […] Las causas que justifican la exigencia de solemnidad y formalismos del testamento -artículos 583 y 585 del Código Civil-, responden a la necesidad de obtener una mayor ponderación y seriedad en el querer plasmado en el instrumento respecto a otros negocios jurídicos donde sí se contempla el principio de libertad de formas. En materia testamentaria se pretende la certeza de la voluntad del causante al quedar realmente plasmada en el instrumento, todo ello porque en el momento en

> que ésta despliega su eficacia es un momento en el que el causante no puede ya expresar su opinión en caso de duda o de discrepancia. (01100-2012)

Los sucesores instituidos bajo un testamento adquieren los derechos en el establecido, una vez ocurra el fallecimiento del testador, ya que aunque el dueño de un patrimonio ceda mediante esa vía la titularidad de este en vida, a una o varias personas, estas últimas pueden ejercer su derecho de propiedad sobre tales bienes hasta que el testador muera, tal como lo establece la sentencia del Tribunal Segundo Civil, de San José, Sección I:

> […] se debe valorar que la persona testadora no ha fallecido aún y, por esto, los herederos no pueden ser considerados como tales. Recurriendo a la definición del término "eficacia jurídica" argumentan que, las personas que figuran como presuntos herederos en ese testamento, gozan de una expectativa de derecho y no de derechos legitimados.
>
> […] los herederos como los legatarios gozan de una expectativa de derecho que será efectiva en el tanto que se cumpla una condición esencial, como lo es la muerte de la testadora […] pues el testamento es una manifestación de voluntad cuyos efectos, por lo menos en cuanto a los beneficiarios de las disposiciones testamentarias, surten efectos mortis causa y no inter vivos. (00252-2011)

Es decir, la sucesión mortis causa testamentaria se abre una vez se compruebe la muerte del testador, pasando a ser el causante de dicha sucesión.

El Código Civil de Costa Rica establece los parámetros esenciales que debe cumplir un testamento para que legalmente sea válido y surta los efectos deseados, los cuales son:

- Las declaraciones que realice una persona sobre la manera en la cual adjudicar sus bienes al momento de su muerte deben constar por escrito, en escritura pública o no, dependiendo de la clase de testamento, pero

siempre debe constar por escrito, para que estas surtan los efectos deseados. Como lo menciona, la sentencia del Tribunal Segundo Civil, de San José, Sección I de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, establece:

> Dicho acto tiene como características, el hecho de que debe ser otorgado en forma escrita, lo cual implica que esa escritura permite verificar el cumplimiento de ciertas formalidades legales, que debe cumplir la persona testadora cuando dispone de todo o parte de su patrimonio, para después de su muerte. (00020-2010)

- El testamento no puede hacerlo otra persona distinta al titular del patrimonio que será testado, como lo menciona el artículo 577 del Código Civil:

> No puede hacerse testamento por procurador. Tampoco puede depender del arbitrio de otro, sea en cuanto a la institución o a la designación del objeto de la herencia o legado, sea en cuanto al cumplimiento o no cumplimiento de las disposiciones.

- El contenido de las disposiciones testamentarias no pueden versar sobre:
  - Instrucciones dadas por el testador a un tercero de manera secreta.
  - Que sean especificadas en un documento no auténtico, es decir, que el testador las mencione en un documento que no esté autenticado, debe ser en escritura pública, es decir, que se remitan las disposiciones testamentarias a documentos no auténticos.
  - También lo establecido en un testamento no puede ser a favor de personas inciertas o que no existen al momento de la muerte del causante, siempre cuando no puedan llegar a ser ciertas y determinadas en algún momento.

- Requisito establecido en el artículo 578 del Código Civil de Costa Rica:

> No vale la disposición que depende de instrucciones dadas o de recomendaciones hechas secretamente a otro, o que se refiere a

> documentos no auténticos, o que sea hecha a favor de personas inciertas y que no pueden llegar a ser ciertas y determinadas.

El artículo mencionado da nacimiento a una figura jurídica que se puede aplicar en un testamento siempre y cuando no contravenga lo establecido en el mencionado artículo, como lo aclara la sentencia del Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José:

> La obligación modal o submodo se genera con el concurso de dos estipulaciones: 1. El disponente confiere gratuita y puramente determinados bienes a otra persona (donación, herencia o legado). 2. Pero en virtud de una nueva declaración, constriñe al tributario de los bienes exigiéndole que los utilice de una manera determinada o que realice, a su vez, determinada prestación a favor del disponente o de un tercero. Tal figura jurídica es válida si se da bajo los supuestos del artículo 578 del Código Civil que establece lo siguiente: "No vale la disposición que depende de instrucciones dadas o de recomendaciones hechas secretamente a otro, o que se refiere a documentos no auténticos, o que sea hecha a favor de personas inciertas y que no pueden llegar a ser ciertas y determinadas". (01466-2011)

- El testador no puede establecer como condición o requisito de eficacia para el testamento, un motivo que sea falso o contrario a derecho ya que, la respectiva disposición testamentaria sería nula. Según el parámetro del artículos 580 y 581 del Código Civil de Costa Rica.

- Las sustituciones que sean realizadas por medio de un testamento son prohibidas, únicamente es permitida la sustitución testamentaria cuando esta consiste en el llamamiento de un tercero para que este recoja el beneficio establecido en una disposición testamentaria, cuando el primer instituido no pueda o no quiera aprovecharlo. Según lo mencionado en el artículo 582 del Código Civil, y esa sería la substitución típica o vulgar. Sin embargo en nuestro medio también está permitida la llamada substitución fideicomisaria, pero por

virtud de lo dispuesto en los artículos 635 y 661 inciso b) del Código de Comercio.

Sustituciones testamentarias

Las sustituciones testamentarias son creadas para ocupar una función similar a la de la representación sucesoria, sin embargo, difieren en el sentido que las primeras se dan en la sucesión testamentaria cuando el testador, tomando en consideración que alguno de los instituidos en su testamento no quiera o no pueda recibir la herencia o legado que otorgó, coloca a otra persona en su lugar, para que esta reciba el beneficio que los primeros instituidos no pudieron obtener.

Es decir, el testador se asegura que el patrimonio objeto del testamento no quedará pendiente de adjudicación, entonces, en el caso que uno de los futuros sucesores no obtenga su herencia o legado porque no puede o no quiere, su disposición siempre será cumplida, dejando a otro que ocupe y reciba el beneficio hereditario en su lugar.

Su origen y justificación provienen del derecho romano, dicho instituto fue muy importante en este, ya que se introduce para evitar la posibilidad de morir sin tener un heredero nombrado.

La doctrina establece que esta figura se asemeja a las órdenes de sucesores que se establecen en la sucesión legítima por medio del artículo 572 del Código Civil, dicha similitud es explicada por Vargas (2010) como: “[…] el sustituto es un heredero de segundo grado, respecto del instituido que es heredero de primer grado, recibiendo aquel la herencia solo a falta de este, como sucede con los grados en la herencia legítima […]” (p. 171).

Existen varios tipos o formas de establecerselas por medio de un testamento, sin embargo en Costa Rica estas son prohibidas a excepción de dos, la cual se conoce a nivel doctrinal como sustitución vulgar y la fideicomisaria. Los tipos de sustituciones

testamentarias que existen en el derecho sucesorio son: vulgar, pupilar, ejemplar y fideicomisaria, las cuales son permitidas en muchos países.

- Sustitución testamentaria vulgar

La sustitución testamentaria vulgar se presenta cuando el testador designa a otra persona en lugar de uno de los sujetos que instituyó en su testamento como heredero o legatario, para el caso que este último no quiera o no pueda recibir la herencia o legado que se le adjudicó. Cuando se hace referencia a que no puede o no quiere recibir la sucesión que se le destinó, se refiere a los casos en que el primer instituido fallezca antes que el testador, renuncie a la herencia o sea declarado indigno o incapaz. Permitida de manera indirecta por el artículo 582 del Código Civil de Costa Rica, el cual expresa:

> Las sustituciones son prohibidas. La disposición por la cual un tercero sea llamado a recoger el beneficio de una disposición, en el caso de que el primer llamado no quiera o no pueda aprovecharla, no constituye sustitución y es válida.

En este sentido, legalmente el artículo prohíbe esta figura, pero establece que se permite al testador disponer que un tercero recoja el beneficio que establece su disposición en el supuesto que el primer instituido no obtenga el derecho que se le otorgó por medio del testamento, doctrinariamente esta sería una sustitución testamentaria denominada vulgar, como lo establecen varios doctrinarios como: Brenes (2013) quien conceptualiza dicha figura como sustitución vulgar y la define así:

> La vulgar es la que hace una persona para el caso de que el primer instituido fallezca antes que el testador, renuncie o sea declarado indigno o incapaz. Debe su nombre a la circunstancia de hallarse al alcance de cualquier testador y de poder ejercitarse respecto de cualquier instituido. (p. 273)

De igual manera Vargas (2010) establece esta figura como: “[…] el causante llama a un tercero para que recoja el beneficio de una disposición en el caso de que el primer “llamado” no quiera o no pueda aprovecharla”. (p. 171)

Como se refleja en las dos definiciones anteriores, dadas por autores diferentes, la figura que permite el artículo 582 del Código Civil de Costa Rica, es la misma que doctrinariamente se conoce como sustitución testamentaria vulgar, sin embargo, el artículo anterior, indica que la figura que es permitida bajo esta norma, no constituye una sustitución y por lo tanto es válida.

- Sustitución testamentaria fideicomisaria

La sustitución fideicomisaria, en la normativa civil de Costa Rica, a la luz del artículo 582, podría pensarse que está prohibida, sin embargo, no es así puesto que el Código de Comercio la permite. De acuerdo con la entrevista realizada al Magistrado Orlando Aguirre presidente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la intención del legislador al crear el artículo 582 del Código Civil de Costa Rica, no fue prohibir de manera absoluta todas las formas de sustitución testamentaria, sino únicamente la sustitución pupilar y la ejemplar, pues este consideró que violentaba directamente principios de derechos humanos y constitucionales del país. Entonces el fideicomiso en un testamento, es decir la sustitución fideicomisaria en Costa Rica se permite de acuerdo con diversos supuestos que serán indicados de seguido.

Primeramente, es indispensable indicar las diversas generalidades en torno al fideicomiso, como figura jurídica. En cuanto a su concepto, la Sala Primera de Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, lo explica como:

> El fideicomiso es un contrato privado y la normativa que lo regula por necesaria inferencia tiene esta misma naturaleza (…) Dicho contrato, consiste en un acuerdo de voluntades, por medio del cual una persona física o jurídica, llamada fideicomitente, traspasa a otra persona física o jurídica llamada fiduciario, bienes o derechos en propiedad fiduciaria, para que los administre a favor de una tercera persona física o jurídica, llamado fideicomisario o beneficiario. (Sentencia 5-F-2003)

Existen varias clases de fideicomisos, pero específicamente en una sucesión mortis causa pueden presentarse de dos maneras, como lo indica Barrantes (2009), por acto intervivos o testamentariamente. El primero se encuentra regulado en el artículo 635 del Código de Comercio de Costa Rica, consiste que en vida el futuro causante o fideicomitente y el fiduciario establecen un fideicomiso sobre determinado patrimonio independiente. Es decir, según la explicación de (Alpízar, 2010), en un mismo acto inter vivos, el fideicomitente aporta los bienes que serán objeto del fideicomiso, y el fiduciario deberá de igual manera aceptar el cargo de administrador de estos para que las disposiciones establecidas por el fideicomitente sean cumplidas una vez este último haya muerto.

En cuanto al fideicomiso testamentario, este se lleva a cabo cuando el testador ha dispuesto que el destino de sus bienes sea un fideicomiso, en tal caso la ley debe cumplir dicha imposición, estableciendo en su defecto, una persona física o jurídica que cumpla la función de fiduciario, o lo pueden elegir los sucesores.

En Costa Rica, por medio del Código de Comercio se permite establecer fideicomiso en un testamento, el cual consiste en que el causante transmite los bienes al fiduciario para que este entregue tal patrimonio a los fideicomisarios a su muerte, o cuando sobrevenga determinada circunstancia impuesta por el propio testador.

La figura del fideicomiso, introducida en una sucesión testamentaria mortis causa, se encuentra regulada en los siguientes artículos del Código de Comercio de Costa Rica:

Artículo 635: “El fideicomiso se constituirá por escrito mediante acto entre vivos o por testamento. Las causales de indignidad que consagra el Código Civil se aplicarán al fideicomisario”.

Este artículo aclara que la figura del fideicomiso, que es permitida en materia comercial, se puede aplicar también en materia de sucesiones, pero el artículo 661 inciso b, del Código de Comercio establece las condiciones para que esta opere en materia de sucesiones:

Quedan prohibidos:

b) Los fideicomisos en los que el beneficio se conceda a diversas personas que sucesivamente deben sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso en que la sustitución se realice en favor de personas que, a la muerte del fideicomitente, están vivas o concebidas ya […].

La norma anterior bajo un primer supuesto no permite establecer el fideicomiso testamentario sucesivamente, es decir que a la muerte del instituido entren otras personas al fideicomiso, aunque establece una excepción a esa prohibición, la cual consiste en permitir la sustitución a través de un fideicomiso, cuando sus beneficiarios estén vivos o concebidos.

En otras palabras, lo que se quiere evitar es generar una situación de inseguridad jurídica en la adjudicación de un patrimonio y no permitir situaciones en las que el fideicomiso pueda generar perpetuidad, en síntesis, a la luz de dicho artículo, las sustituciones testamentarias establecidas en un testamento se permiten.

Esta prohibición de no generar perpetuidad en el fideicomiso, se conoce en la doctrina como limitante del segundo grado, es decir, como lo explica Rams y otros (2012), pueden ser llamados a ser sustitutos fideicomisarios en un fideicomiso testamentario, cuantas personas desee el fideicomitente antes de la apertura de la sucesión, el límite del segundo grado es para las personas que no se encuentren vivas ni concebidas a la muerte del causante- fideicomitente, bajo este supuesto la doctrina ha aceptado que pueden ser fideicomisarios, siempre y cuando al momento de recoger el beneficio, se encuentren vivas.

La descripción anterior es conocida como los límites en los llamamientos, ya que en la sustitución fideicomisaria tanto el fiduciario como el fideicomisario son llamados a suceder el causante, por ello se dice que el fiduciario no es simplemente un encargado de administrar, cuidar y resguardar los bienes, pues él mismo es llamado a suceder como heredero o legatario, como lo explica Díez (2012):

> El no tiene un simple encargo de conservar y transmitir los bienes de la sucesión, hay siempre una llamada a ella a otra persona para después de aquel, ni el segundo llamado recibe los bienes del primero. Ambos son herederos del testador y lo mismo recibe de él el primer llamado que el segundo. (p. 97)

En cuanto a la limitación de llamamiento hasta el segundo grado, esta no se refiere a los fideicomisarios que se encuentran vivos, a la muerte del causante-fideicomitente, pues bajo este supuesto no existe riesgo de perpetuidad, porque la persona es una realidad capaz de recibir el beneficio del fideicomiso por el hecho que no existe dificultad en llamamientos sucesivos a favor de personas que están vivas, pues como lo indica Díez, no se presenta dificultad de los llamamientos sucesivos en favor de personas que viven al morir el testador, porque la simultaneidad de sus vidas significa que no se va a prolongar demasiado la vinculación en que quedan los bienes afectados por la sustitución.

La prohibición de llamamientos hasta el segundo grado, se refiere a los fideicomisarios que no estén vivos, o al menos concebidos, como lo explica Díez (2012), cuando se hace referencia a que las sustituciones no pasen del segundo grado, ello quiere decir que no es permitido más de dos llamamientos sucesivos a favor de personas que no viven al momento de la apertura de la sucesión del causante.

La justificación jurídica que no permite establecer dos o más llamamientos sucesivos a personas que no existen a la muerte del causante es evitar la perpetuidad en el fideicomiso y que se genere un estado de inseguridad jurídica, en los cuales la transmisión de los bienes nunca se produzca, como lo explica Díez: “[…] las limitaciones en los llamamientos obedecen a la necesidad de evitar vinculaciones de bienes por largo tiempo […]” (p. 99)

Sin embargo, existe una excepción a los llamamientos de personas que no existen todavía, las cuales pueden ser establecidas como sujetos en el fideicomiso, siempre y cuando vivan o al menos estén concebidas al momento de la apertura de su sucesión, es decir, el momento en el cual debe entrar a sustituir.

En síntesis, la sustitución fideicomisaria o el fideicomiso testamentario, consiste en que el fiduciario (primer sustituido) aunque recibe los bienes transmitidos por el causante en propiedad (fideicomitente), no puede disponer de esos bienes sino en la forma previamente establecida por el fideicomitente, conservando por lo general dichos bienes mientras se da el momento en el cual debe transmitirlos a un tercero (fideicomisario). Es decir el testador nombra a dos sustitutos, el primero se designa para que traspase los beneficios obtenidos de la sucesión a otra persona durante un plazo determinado. (Vargas, 2010)

Dicho de otra forma, esta consiste en el establecimiento de varios herederos sucesivos, ya que a la muerte del causante, el primer instituido recibe la herencia y solamente ante la muerte de este o la concurrencia de determinadas circunstancias, es que el segundo recibe los bienes objeto de la sucesión. En síntesis, la sustitución fideicomisaria debe cumplir dos requisitos esenciales, según lo indicado por Acedo (2014), el llamamiento debe ser doble o múltiple, la carga impuesta al fiduciario de conservar y transmitir los bienes al segundo llamado, y el carácter cronológico y sucesivo que se debe aplicar en los llamamientos.

Entonces los sujetos que intervienen en la sustitución fideicomisaria y necesarios para que esta opere, de acuerdo con lo indicado por (Acedo, 2014) son el fideicomitente, que es el causante y quien establece el fideicomiso en su testamento, el fiduciario o primer heredero, así como los segundos y otros llamados a suceder, y el fideicomisario o último heredero que al final es quien recibe los bienes hereditarios, sin ningún tipo de obligación, ni de conservarlos, ni restituirlos.

Cada una de las partes de la sustitución fideicomisaria tiene deberes y derechos, los cuales serán descritos de seguido:

El fiduciario es considerado heredero aunque de manera temporal, mientras se cumple la condición o el término establecido, sus principales obligaciones son, según Acedo (2014), las siguientes:

- Conservar los bienes recibidos en fideicomiso.

- Entregar la herencia al fideicomisario.

De igual manera, el fiduciario tiene atribuciones, las cuales son descritas por Díez (2012), a saber:

- No debe restituir los frutos, productos, entre otros que provengan de los bienes en fideicomiso, únicamente la herencia.
- Puede mejorar el bien, pero debe especificar si las mejoras son necesarias o no.
- Los gastos legítimos y créditos pueden ser cobrados al causante.
- Está facultado para cancelar hipotecas o créditos que pesan sobre la sucesión.
- Puede arrendar los bienes
- Si es necesario puede vender ciertos bienes para conservar el resto.

El fideicomisario posee derechos sucesorios, los que adquiere desde la muerte del testador, o si es condicional, hasta que ocurra el hecho impuesto como condición, aunque fallezca antes que el fiduciario, sus derechos pasan a sus sucesores, como lo indica Acedo (2014): "[…] cuando fuere condicional habrá que esperar a que el acontecimiento previsto se produzca para que se abra su sucesión". (p. 148)

Los derechos del fideicomisario, de acuerdo con Díez (2012), son:

- Solicitar al fiduciario un inventario de los bienes que debe restituirle, en un tiempo oportuno, ya que éste constituye una garantía a sus derechos.
- Puede ejercer cualquier acción legal contra el fiduciario cuando este no cumpla, o lo haga de manera defectuosa el deber de conservación del o los bienes.
- Recibir la herencia sin cargas ni deudas, sin perjuicio de su responsabilidad ilimitada como heredero.
- Adquirir la propiedad de los bienes desde la aceptación, la muerte del fiduciario o el cumplimiento de la condición.

Es importante mencionar que los sustitutos en el fideicomiso testamentario son los fideicomisarios, no el fiduciario, como lo indica Díez (2012): "[…] el fiduciario no es

más que un instituido, no un sustituto. Sustitutos suyos son los llamados sucesivamente para el momento que tenga que restituir la herencia". (p. 99)

Existen dos tipos de sustitución fideicomisaria, según lo explica (Acedo, 2014), la ordinaria o pura, en la cual el llamamiento del fideicomisario se produce cuando fallece el fideicomitente, y la condicional, en la que el llamamiento del fideicomisario depende de la ocurrencia de la condición impuesta por el mismo causante, es decir, como lo explica Díez (2012), es bajo condición puesto que, la entrega o restitución de los bienes al fideicomisario está sujeta al cumplimiento de ciertos hechos.

También se puede presentar la sustitución fideicomisaria a término, la cual consiste, según (Díez, 2012), en que la restitución de los bienes al fideicomisario se produce cuando se cumpla determinado plazo. Tanto el término como la condición, que se presentan en la sustitución fideicomisaria, son impuestos por el propio testador, hacia la figura del fideicomisario, ya que sus derechos derivan del fideicomitente y no del fiduciario.

La sustitución fideicomisario condicional, o bajo condición, puede presentarse de dos maneras:

- La condición "Si Sine Liberis": de acuerdo con Díez (2012), esta se presenta cuando el testador llama a heredar a una persona y de manera sucesiva a otra, en el supuesto de que, el primer llamado muera y no posee descendientes, por tanto si esto acontece los bienes pasan al segundo que fue llamado. Es decir, los hijos son la condición, no la sustitución. Esta se daría en el caso que el fideicomisario premuera al fiduciario, muera aquel con o sin hijos, el fiduciario queda liberado de la carga impuesta.
- Fideicomiso de residuo: Acedo (2014) lo define como una disposición sucesoria en la que el fiduciario es liberado por el testador de la obligación de conservar y luego transmitir los bienes en fideicomiso.

  Díez (2012), puntualiza ampliamente dicha figura:

> Estamos ante un fideicomiso de residuo cuando el testador autoriza al instituido en primer lugar para que disponga de los bienes de la herencia, con las limitaciones y para los supuestos que eventualmente pueda haber determinado, y el resto que quedase en el momento de la restitución (generalmente la muerte del fiduciario) pase a otras personas a las que llama sucesivamente de esa forma a su herencia. (p. 105)
>
> Este fideicomiso es condicional porque depende que sobre algo del patrimonio hereditario y sujeto a fideicomiso para que opere la sustitución, de lo contrario esta no tiene razón de ser.

La regulación de la sustitución fideicomisaria, en el artículo 656 del Código de Comercio costarricense establece una limitante para que pueda aplicar la sustitución fideicomisaria estrictamente, dicha norma establece que: “El fiduciario no podrá ser fideicomisario. De llegar a coincidir tales calidades, el fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista”.

La regulación dada no contradice la figura de la sustitución a través del fideicomiso, ya que el papel del fiduciario (primer instituido) y del fideicomisario (tercero que recibe los bienes), no puede recaer sobre una misma persona, sin embargo, en dicho instituto jurídico la adjudicación de bienes al fiduciario no significa la titularidad expresa y última sobre estos, sino que dicho traspaso se realiza para el beneficio de un tercero quien será en última instancia el titular real de dicho patrimonio, es decir, el destinario último del beneficio no es el fiduciario sino es el tercero a quien va destinado.

Vargas (2010) establece la aplicación de los fideicomisos que regula la legislación comercial a los testamentos, aduciendo: “[…] pues el fideicomiso previsto por el Código Mercantil, el fiduciario no es sino un vehículo, por así decirlo, para que se opere la transmisión del bien del fideicomitente -causante- al fideicomisario –heredero- y no substituto en este caso.” (p. 173)

Según la doctrina de Costa Rica, el permitir dicha figura en el Código de Comercio no se está aceptando que operen las sustituciones testamentarias, pues el fiduciario

no es un substituto, únicamente funciona como un medio para que el beneficio alcance a un tercero diferente del primero. El beneficio no es para el fiduciario directamente, por tanto el fideicomiso, por medio de un testamento, mientras no cree perpetuidad, sería válido amparado en la legislación comercial.

Como lo menciona Vargas (2010): “En todo caso la permitida no autoriza que el primer instituido (fiduciario) sea beneficiario”. (p. 174)

Además del fideicomiso en sede mercantil, las sustituciones fideicomisarias se asemejan a otras figuras como las disposiciones que se realizan en un testamento y son sometidas a condiciones, términos o modo, como más adelante serán descritas. Por estas razones, la mayoría de la doctrina entiende que las substituciones testamentarias fideicomisarias son permitidas y válidas en Costa Rica.

En Costa Rica aún no existe jurisprudencia respecto al caso, y su regulación, como queda claro anteriormente, no se ubica en el Código Civil sino en el de Comercio, contemplando la figura del fideicomiso testamentario, y no como sustitución testamentaria, sin embargo, en países como España es muy común, la cual se encuentra regulada de manera expresa en el Código Civil de ese país, en el numeral 781, el cual establece:

> Las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o en parte de la herencia, serán válidas siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

- Sustituciones ejemplar y pupilar

Las sustituciones testamentarias ejemplar y pupilar son muy similares, aunque ambas están prohibidas en la legislación de Costa Rica, en muchas legislaciones se permiten y son introducidas en los testamentos.

La sustitución pupilar, en esta el sustituido no es el sucesor sino el testador, es decir, es la que se da cuando una persona aún no posee la edad necesaria que la ley

establece para tener la facultad de testar, entonces la norma otorga la facultad a los padres y demás ascendientes del causante de testar en su nombre hasta que este cumpla la edad que en la ley se requiere para otorgar un testamento y que este sea válido.

Brenes (2013) explica dicha sustitución, la cual se define como:

> La pupilar es la que el padre de familia hace cuando, al instituir a su hijo menor o pupilo, nombra a la persona que debe suceder a éste si fallece antes de llegar a la edad en la que le es permitido otorgar testamento. (p. 273)

Esta sustitución encuentra su prohibición en la primera línea del artículo 577 del Código Civil, el cual dice: “No puede hacerse testamento por procurador”.

La sustitución ejemplar faculta a los padres o ascendientes de causante a testar en su nombre, no por razón de su edad, sino por una incapacidad, en este caso mental.

Brenes (2013) entiende que estas se presentan cuando:

> […] llamada así por haberse introducido a ejemplo de la pupilar, tiene lugar siempre que el instituyente nombra para su heredero o legatario en primer término a uno que padece de incapacidad mental y designa al mismo tiempo a quien ha de suceder al instituido, en caso de que muera en su estado de incapacidad. (p. 273)

Clases de testamentos

La legislación de sucesiones en Costa Rica, clasifica los testamentos dependiendo de los parámetros que contengan y los requisitos legales que le sean impuestos. Los tipos de testamentos son:

- **Testamento abierto:** su denominación se debe al carácter no confidencial de dicho documento, es decir, las disposiciones en el testamento pueden ser conocidas por cualquier persona, hasta los que están instituidos en él como

sucesores, ya que tales manifestaciones son conocidas a nivel general, no existe en el documento carácter de privacidad, confidencialidad o que este sea secreto, ya que la voluntad del testador no es mantener ocultas las disposiciones que estableció en su testamento.

- Este puede presentarse de varias formas según la manera en la cual es otorgado:

  - Testamento abierto ante notario y tres testigos sino lo escribe el testador; en el caso de que sea el testador quien escribe el testamento y no el notario solo deben concurrir dos testigos, más el notario.
  - Abierto solamente ante la concurrencia de testigos, es decir, sin necesidad que medie notario público o cartulario, ya que en esta segunda forma es el testador quien escribe de su puño y letra sus manifestaciones de última voluntad ante cuatro testigos; o las escribe una tercera persona, en cuyo caso el otorgamiento debe hacerse ante seis testigos. Ambas formas de testamento se encuentran indicadas en el artículo 583 del Código Civil.

- En el caso de esta forma de testamento abierto (ante testigos solamente), cuando persona distinta al testador es quien escribe dicho documento, se requieren seis testigos, pero si el propio testador lo escribe, solamente se necesitan cuatro testigos.
- El testamento abierto debe cumplir los siguientes requisitos formales, para que sea válido legalmente, los cuales son:

  - Debe estipular la fecha, lugar, día, hora, mes y año en los cuales se otorgó.
  - El testamento debe leerse ante la presencia de los testigos, la lectura la debe realizar el testador, el notario que lo otorgó o una persona que designe el propio testador. En el caso de las personas que poseen deficiencia auditiva pero que puedan hablar, deben leer su testamento. Sin embargo, si esta persona no sabe leer, tiene que designar a una persona que realice la lectura del testamento en su lugar.

- Debe contener la firma tanto del testador como del notario y los testigos. En el caso de que el testador no pueda o no quiera firmar, debe aclararlo en el testamento. Si dicha situación se presenta con los testigos, se debe consignar en el testamento dejando claro el motivo de dicha circunstancia, tales formalidades debe darse de manera continua. Lo anterior se encuentra estipulado en el artículo 585 del Código Civil de Costa Rica.

- En cuanto a la continuidad en las formalidades, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica explica la trascendencia de realizar las formalidades del testamento de manera continua:

> […] establece sus formalidades "ad solemnitatem"; exigiéndose, en su aparte final, que han de ser practicadas en acto continúo. El otorgamiento del testamento, atendiendo a la inconformidad del recurrente no consiste, propiamente, en la elaboración material del documento; sino más bien en dos actos continuos: a) lectura completa del documento por el testador o por la persona que indique o por el Notario, ante los testigos, y b) firma del testador, testigos y Notario. Debe tomarse en cuenta que la mayor parte de las veces, los instrumentos públicos son elaborados por el Notario de antemano, siguiendo las instrucciones previas del otorgante; sin que el testamento pueda ser la excepción […]
>
> Lo importante es que exista coincidencia entre la última voluntad del testador y lo que se indique en el documento, para lo cual es requisito ineludible su lectura y en la forma dicha, y dada esta, de inmediato debe procederse a su firma, por quienes han de encontrarse presentes. (Sentencia 261-1993)

- Aunque la sucesión testamentaria supone la liberalidad del dueño del patrimonio, de manifestar quiénes desea este que sean sus sucesores a su muerte, el testamento que contiene dichas manifestaciones debe cumplir ciertos requisitos legales, para que sea válido y sean ejecutables las disposiciones que contiene.

- La exigencia de ciertos requisitos legales tiene un fundamento aclarado en los pronunciamientos de la Sala Segunda de Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual menciona:

  > Los requisitos para ejercitar la correspondiente facultad están contemplados en el ordenamiento como esenciales y las formalidades para hacerlo tienen el carácter de ad solemnitatem, de manera que las violaciones que puedan cometerse, en uno u otro caso, vician el acto de manera absoluta. (Sentencia 228-1995)
  >
  > Para dicha Cámara, las formalidades supracitadas obedecen a una finalidad fundamental de proteger la voluntad de la persona testadora y diferenciarla de un simple documento. Así mismo, otra finalidad, es la de llamar la atención del testador o de la testadora sobre la relevancia del acto que realiza. Es por esto que dicha Sala mantiene la hipótesis que cualquier violación a una formalidad da lugar a la declaratoria de nulidad absoluta del testamento. (Sentencia 37- 1993)

- Testamento cerrado: denominado también como místico o secreto, ya que el testador no desea que nadie se entere del contenido hasta después de su muerte, redactándolo él mismo o un tercero, pero siempre con la firma del testador. En todo caso, la mayoría de las veces es el mismo testador quien lo escribe, pues su propósito es que los sucesores instituidos no se enteren de su condición de herederos o legatarios, hasta después de su deceso.
- En cuanto a las solemnidades legales que debe cumplir esta clase de testamento, están:
- No es indispensable que el texto sea en manuscrito, puede ser dactilografiado, con la excepción que siempre debe tener estampada la firma del testador, debe estar en un sobre cerrado que será entregado a un notario público, el cual expedirá una escritura consignando por indicación que al efecto le hace el testador, todo lo relacionado con el testamento que se le presenta como número de hojas, firma, cualquier aspecto en la forma de la escritura (tachones,

entrerrenglonadura, borrón, enmienda, nota), además de la hora, fecha y lugar en las cuales se otorgó dicha escritura. Siendo esta última firmada por dos testigos instrumentales, el notario y el testador.

Es importante aclarar, que en dicha escritura no se consigna la forma en la cual se testó, pues, el testador presentá al notario un sobre cerrado, que según lo indicado por el cliente contiene su testamento.

- En el sobre, el notario debe establecer una razón, la cual menciona que contiene el testamento, el lugar, hora y fecha en los cuales se otorgó la escritura, así como todo lo referente al tomo y página del protocolo en el cual consta. A igual que la escritura, esta razón debe tener la firma del testador, el notario público que la realiza y dos testigos instrumentales.
- Nuestra legislación establece que las personas que no sepan leer ni escribir no pueden testar de manera cerrada, todo lo anterior se encuentra establecido en el artículo 587 del Código Civil de Costa Rica.
- El establecimiento de los anteriores parámetros se justifica en preservar la voluntad del causante que testa, tal como lo dice la sentencia del Tribunal Primero Civil de San José: "[…] para justificar que las formalidades del testamento cerrado, primordialmente, tienen como propósito asegurar que la última voluntad del causante no se haya alterado. […]" (Sentencia 00484-2012)
- La forma más segura de otorgar un testamento cerrado que garantice la inalterabilidad de la voluntad del testador es el testamento ológrafo, ya que este lo escribe el testador íntegramente de su puño y letra, siendo la forma más objetiva y segura que se tiene para que las disposiciones de última voluntad no sean alteradas.
- Sobre este punto, Vargas (2010) justifica la importancia del testamento ológrafo como: "Es, tal vez, la forma más fidedigna del testamento, pues el cotejo de letras permitirá establecer si el pretendido testamento, en caso de que dudas sobre su legitimidad cupieran, es o no del otorgante. […]" (p. 143)
- En cuanto a los beneficios que puede recibir el testador, al escribir de su puño y letra el testamento, Vargas (2010) indica: "Se ha entendido que la redacción del testamento provenga del puño y letra del testador para asegurarse de que

no haya sido aprovechada una “firma en blanco” por personas inescrupulosas para su propio beneficio o de un tercero.” (p. 143)

- Sin embargo, este testamento presenta inconvenientes y dificultades tanto para conservarlo de manera íntegra por parte del testador, como los requisitos que se deben de llenar para su apertura, lo que provoca retrasos en la resolución que establece la apertura del proceso sucesorio.
- El testamento cerrado está expuesto a extravío, destrucción, alteración, modificación y otras circunstancias que pueden realizar terceras personas, ya que el testador es quien lo custodia y es, en principio, la única persona que conoce las disposiciones que contiene, debido a que el notario únicamente protocoliza aspectos de forma del documento, nunca indica en la escritura temas de fondo, por lo cual está expuesto a situaciones que provocarían que sus manifestaciones testamentarias no desplegaran los efectos deseados, llegando incluso a su nulidad.
- Brenes (2013) describe y plantea los aspectos negativos de otorgar un testamento cerrado: “[…] se halla expuesto a ser violado y a fácil extravío y requiere trámites y comprobaciones judiciales que retardan y embarazan a veces la apertura del juicio sucesorio”. (p. 400).
- Existen tres fases que se dan en un testamento cerrado para que este sea válido: la primera parte consiste en la redacción del testamento, que puede ser ológrafo o dactilografiado, inmediatamente después debe ser firmado por el testador. En la segunda etapa, dicho documento debe ser presentado al notario público en un sobre cerrado para que este otorgue una escritura certificando su presentación, y estableciendo la carátula que debe contener, el sobre que contenga el testamento, las respectivas firmas del testador, notario y testigos y como última fase los actos procesales para su apertura, determinados en el artículo 912 del Código Procesal Civil de Costa Rica.
- Testamentos privilegiados:
- Los testamentos anteriormente descritos, doctrinalmente son conocidos como las formas comunes de testar. Sin embargo, existen otras maneras de otorgar un testamento, las cuales se conocen como testamentos privilegiados, puesto

que solo son permitidos en casos excepcionales, se encuentran establecidos en el artículo 586 del Código Civil de Costa Rica.

- Estos testamentos son excepciones, ya que la legislación civil los emancipa de cumplir las formalidades legales comunes, debido a que el testador se encuentra expuesto a situaciones que pueden provocar su muerte en cualquier momento, por lo que las normas le permiten plasmar las disposiciones de última voluntad, sin establecer tantas formalidades, ya que son testamentos de urgencia.
- La validez de estos testamentos solo se presenta si el testador muere durante la situación en la cual se encontraba y que lo motivó a testar. Tiene un plazo de caducidad de 30 días a partir del día en el cual lo otorgó.
- Estos tipos de testamentos privilegiados únicamente se pueden otorgar como abiertos, estos son: el testamento abierto militar y el testamento abierto marítimo.

➢ Testamento militar:

- Este lo pueden realizar los militares pertenecientes al ejército, cuando se encuentren en batalla, o prisioneros en poder del enemigo. Los únicos requisitos que se imponen es la presencia de dos testigos y el jefe u oficial.

➢ Testamento marítimo:

- Este cobija no solo la navegación marítima sino también la aérea, además la norma no hace distinciones sobre la clase de navegantes, con lo cual se interpreta que cualquier persona que viaje a bordo de una embarcación marítima o aérea puede acceder a este testamento en el supuesto de que su vida esté en peligro durante el viaje.
- Las únicas formalidades que se deben cumplir es contar con la presencia del capitán o quien tenga a su mando la nave y dos testigos.

➢ Testamento mancomunado:

- Se presenta cuando dos o más personas en un mismo acto otorgan un testamento, ya sea instituyéndose recíprocamente como herederos o legatarios,

o estableciendo disposiciones testamentarias a favor de familiares u otras personas.

- Se encuentra regulado en el artículo 625 del Código Civil de Costa Rica.
- De este artículo se infiere que aunque existe físicamente un solo testamento, en realidad son dos o más testamentos independientes, con la peculiaridad de que se encuentran contenidos en uno solo, ya que dicha norma expresa que cada testador puede revocar de manera independiente sus disposiciones.
- Dicha situación la explica la Sala Segunda de la Corte Suprema de Costa Rica:

> Nuestro ordenamiento jurídico implícita y tácitamente reconoce la existencia del testamento mancomunado, pero prevé la posibilidad de que pueda ser revocado individualmente.
>
> El testamento mancomunado, entonces, es el otorgado por una pluralidad de personas en un solo acto o instrumento, siendo la característica esencial esa unidad instrumental. (Sentencia 00731-2000)

- La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia mencionada, establece varias formas de otorgar un testamento mancomunado: simultáneo, recíproco y correspectivo.
- La sentencia indicada anteriormente, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, las explica de la siguiente manera:

> Doctrinariamente, dentro de este tipo se han reconocido varias clases. El meramente simultáneo, que consiste en la simple reunión, en un solo instrumento de las últimas voluntades de todos los otorgantes sin que haya ningún punto de conexión entre unas y otras. El testamento recíproco, en el cual los testadores se instituyen en forma recíproca y, por último, el testamento correspectivo, que puede ser o no recíproco, en el cual las disposiciones de cada otorgante dependen jurídicamente de las disposiciones del otro. (Sentencia 00731-2000).

- A luz del artículo 625 del Código Civil de Costa Rica, que permite el testamento mancomunado, cualquiera de las formas descritas anteriormente puede ser aplicadas ya que el legislador no establece prohibición al respecto.

Capacidad para otorgar testamento (testamentifactio activa)

La legislación costarricense, en materia de sucesiones, impone diversos aspectos para que una persona pueda realizar un testamento, y principalmente que este se pueda ejecutar una vez muerto dicho testador.

El aspecto principal que debe cumplir una persona para que sus manifestaciones de última voluntad sean cumplidas a su muerte es la capacidad; en principio toda persona la tiene, sin embargo existen situaciones que demuestran lo contrario, generando que la ley no otorgue capacidad para contraer obligaciones. Como lo regula el artículo 628 del Código Civil de Costa Rica: “La capacidad para obligarse se presume siempre, mientras no se prueben los hechos o circunstancias por los cuales niegue la ley esa capacidad”.

Dicha capacidad se requiere para poder otorgar testamento y es denominada capacidad activa en la cual el testador debe ostentar entendimiento y voluntad coherentes. En el caso que estas sean viciadas por algún aspecto que pueden modificar y disminuir esa coherencia, en su capacidad volitiva y cognoscitiva, provocaría la pérdida de la capacidad para otorgar testamento. Y como consecuencia, ocurre la nulidad del testamento por considerar que su testador poseía una afectación en su posibilidad de entender y otorgar voluntad, por tanto no se pueden tomar en cuenta disposiciones de una persona fallecida que en vida se encontraba incapacitada, ya sea moralmente o legalmente, siendo cualquier acto que realice sería nulo.

Es la capacidad activa uno de los aspectos en torno a los cuales radica que el testamento tenga validez a la luz de la legislación costarricense. El Código Civil de Costa Rica, en el artículo 590, establece dos tipos de capacidad o requisitos que debe poseer una persona para que se le permita realizar un testamento, a saber, capacidad moral y capacidad legal, dicho numeral establece: “El testador debe ser moralmente capaz de hacer el testamento y legalmente capaz al hacer el testamento y al abrirse la sucesión”.

Cuando la norma hace alusión a ¨moralmente capaz¨ se refiere a la capacidad moral (estar la persona en su sano juicio), y cuando menciona ¨legalmente capaz¨ o sea la edad requerida para testar válidamente, hace referencia a la capacidad legal exigidas ambas capacidades al momento de la confección del testamento.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica interpreta lo indicado en el artículo 590 del Código Civil de Costa Rica, de la siguiente manera:

> De acuerdo con esa transcripción, nuestro ordenamiento jurídico positivo, distingue dos tipos de capacidad, al momento de testar: a) capacidad moral; y, b) capacidad legal. Lo anterior, en razón de que todo acto jurídico presupone la habilidad o la aptitud del sujeto que lo otorga, aunada a las exigencias que la ley establece, para presumir la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias. (Sentencia 261-1993)

La capacidad descrita anteriormente se denomina doctrinalmente capacidad de actuar. Al respecto, Pérez (1994) comenta el significado y trascendencia de dicha capacidad: “La capacidad de actuar designa la posibilidad de realizar personalmente comportamientos que provocan la constitución de efectos jurídicos”. (p. 42)

De acuerdo con la cita anterior, la capacidad de actuar constituye el otorgamiento de consecuencias jurídicas a los actos que realiza una persona. Además, esta se encuentra compuesta por dos factores que condicionan el otorgamiento de efectos jurídicos, que Pérez (1994), los menciona así:

> Todo efecto jurídico está subordinado a la existencia de los presupuestos de hecho a los cuales el Derecho, por considerarlos importantes, atribuye consecuencias. Los presupuestos de hecho de la capacidad de actuar son, precisamente, las condiciones de las que depende su reconocimiento (la edad, la salud). (p. 43)

Por lo tanto, son la edad y la salud mental los parámetros que impone la ley para poseer la aptitud legal que se requiere al otorgar testamento, como lo menciona el artículo 591 del Código Civil de Costa Rica:

Tienen incapacidad absoluta de testar:

1. -Los que no están en perfecto juicio.

2. -Los menores de quince años.

De seguido, se analizará cada uno de los incisos mencionados anteriormente, los cuales enuncian las dos clases de incapacidad absoluta para testar:

Capacidad moral

Esta se refiere a la buena salud mental que debe tener toda persona al momento de realizar un testamento, es decir, debe estar en su sano juicio, no poseer ninguna afectación en su mente que pueda provocar una alteración en su entendimiento y voluntad, que pueden afectar una buena toma de decisiones, en este caso, sobre sus disposiciones de última voluntad plasmadas en el testamento.

En conclusión, en cuanto a la incapacidad mental o moral, Brenes (2013) se refiere: “[…] al impedimento que una persona tiene para disponer de sus bienes a causa de hallarse privada del uso libre de sus facultades intelectuales”. (p. 407)

Esta condición es indispensable para que un testamento sea válido legalmente, ya que aunque este cumpla las otras formalidades legales, puede no causar efectos jurídicos, en el caso que se demuestre que el testador no se encontraba bien de su salud mental al momento que realizó dicho testamento.

La justificación de imponer capacidad mental en un testador la explica la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

> Y, precisamente, lo dispuesto en ese artículo 591, inciso 1, en el sentido de que la incapacidad natural es causa de incapacidad absoluta para testar,

> debe entendérsele como una valoración particular que el legislador ha realizado del mismo hecho, creando a partir de él una incapacidad absoluta para un acto particular, como lo es el otorgamiento de testamento, atendiendo a su importancia en cuanto a su trascendencia jurídica, pues a través de él se faculta a las personas para disponer, con efectos mortis causa, el ordenamiento de su sucesión. (Sentencia 228-1995)

Según lo indicado en dicha resolución, este tipo de incapacidad es llamada natural, debido a que la persona es incapaz pues posee una enfermedad o deficiencia constante, física o mental que le impide gobernarse por sí mismo. Por ello se afirma que es natural ya que deviene de una causa que la persona no generó, es externo a su voluntad, es decir, de la naturaleza.

La ley no establece qué causas pueden generar incapacidad natural para testar, sin embargo, a nivel doctrinal, se indican varias como las detalladas por Brenes (2013): demencia, locura, enajenación tranquila, idiotez, decrepitud, estados transitorios de locura (ocasionados por fiebres, parálisis cerebral), abuso de bebidas alcohólicas y drogas.

Otra causa es la epilepsia debido a la pérdida de capacidad cognoscitiva y volitiva. En los periodos previos y posteriores a las crisis de dicha enfermedad, se considera que la persona carece de discernimiento, ya que pierde sus facultades psicomotoras.

La nulidad de los actos llevados a cabo por una persona con enajenación mental, se encuentra también normado en el artículo 835 inciso 3 del Código Civil de Costa Rica, el cual indica: “Hay nulidad absoluta en los actos o contratos: 3.- Cuando se ejecuten o celebren por personas absolutamente incapaces¨.

La incapacidad mental del testador, como limitante al momento de realizar un testamento, no requiere ser declarada judicialmente (artículo 41 del Código Civil de Costa Rica) para que sea absoluta y provoque la nulidad del testamento, según lo explicado por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

> Vale añadir que en el numeral 41 ibídem se expresa que "los actos o contratos que realice el incapaz mental serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos". Sin embargo, esta regla cede ante la disposición expresa del artículo 590 antes citado, pues quien no esté en perfecto juicio, tiene incapacidad absoluta para testar, sin que se exija que la insania mental deba estar previamente declarada, en la vía judicial -interdicción de derechos-. Es esa lucidez mental la que podemos definir como aquel estado de la persona física, que le permite discernir acerca de las consecuencias futuras del acto de disposición que lleva a cabo. (Sentencia 261-1993)

Capacidad legal:

Se denomina legal porque hace referencia a la edad que debe poseer la persona para tener la facultad de testar, es decir, esta hace alusión a la capacidad que proviene y otorga la ley, indicando la necesidad que la persona tiene de alcanzar cierta edad para que sus actos desplieguen efectos jurídicos.

De acuerdo con lo determinado en el artículo 591 inciso 2 del Código Civil de Costa Rica, se tiene que ser mayor de 15 años para testar válidamente, de lo contrario se considera que el sujeto menor de la edad indicada no posee las cualidades cognoscitivas ni volitivas para discernir sobre el futuro de su patrimonio, en caso de su muerte.

Por ello las personas menores de 15 años deben ser representadas por sus padres o una persona mayor que ejerza su tutela. La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica establece el criterio de la edad que deviene de la ley como requisito para poder testar:

> Al efecto, siendo el testamento un acto de libre disposición patrimonial, mediante el cual el causante, dispone del todo o de parte de sus bienes, para después de su muerte, se establece que solo los mayores de quince años, en pleno goce de sus facultades mentales, podrán testar; ya que se

> presume que, en ese momento, han de contar con cierto grado de discernimiento -artículo 38 ídem-; en otros términos, con "lucidez mental suficiente", para distinguir las consecuencias que tendrá, en el futuro -sobrevenida la muerte-, su acto de disposición. (Sentencia 261-1993)

Según la resolución anterior, la ley presume que solamente después de los 15 años la persona adquiere una madurez en sus facultades sensoriales y psicomotoras que le permite tomar acuerdos coherentes y seguros en cuanto a su patrimonio, la legislación lo que pretende es, de algún modo, salvaguardar los bienes de una persona para que esta los pueda disfrutar, adoptando decisiones correctas.

Esta limitación en la edad para realizar actos jurídicos y su naturaleza legal, se despliega del artículo 38 del Código Civil de Costa Rica, el cual dice: “El menor de quince años es una persona absolutamente incapaz para obligarse por actos o contratos que personalmente realice, salvo los determinados específicamente por ley”

Es indispensable contar con capacidad moral y legal para poder realizar un testamento, de lo contrario sería nulo, aunque se posee capacidad legal pero se demuestre la falta de capacidad mental, o viceversa, no se tiene la posibilidad de testar legalmente. Como lo explica Vargas (2010): “El testador debe ser mayor de quince años y estar en su sano juicio al otorgar testamento y al morir no debe haber sido privado del derecho de testar.” (p. 132)

Libre testamentificación (libertad de testar)

Este es un principio normado en el artículo 595 del Código Civil de Costa Rica, el cual manifiesta, en principio, que toda persona tiene libertad para disponer de sus bienes de la manera que considere oportuna. Dicho de otra forma, la persona tiene libertad para decidir el futuro de su patrimonio para cuando muera, a través del otorgamiento de un documento denominado testamento.

Esa libertad de testar es el principio rector en la sucesión mortis causa testamentaria, pues en esta existe una manera en la cual el titular de un patrimonio puede indicar en vida, cómo desea que se reparta en caso de su fallecimiento, debido

a esta posibilidad, la legislación otorga al testador el derecho de realizar dichas disposiciones libremente, únicamente debe cumplir los requisitos de forma que fueron explicados anteriormente, cuando elabore dicho documento.

La libertad como derecho fundamental del ser humano, y este caso en el otorgamiento de diversos actos que generan consecuencias legales, se conoce en el ámbito del Derecho Privado como autonomía de la voluntad que se puede describir como la posibilidad de realizar todo aquello que no está prohibido.

Este principio a nivel doctrinal ha sido definido por Arroyo (2012) como:

> En ese sentido debe decirse que libertad testamentaria es tener libre disposición, por medio del testamento, de todos mis bienes y derechos para después de mi muerte, con respecto a quienes quiera heredar y sin más que cumplir con los requisitos legales para su otorgamiento y siempre que esté en los supuestos de hecho que demuestren capacidad para testar. (p. 1)

Sin embargo, como se mencionó al inicio, este principio no es absoluto ya que la ley establece una serie de limitantes indicadas en el artículo 595 del Código Civil de Costa Rica, las cuales son:

- Deber de alimentos para con sus hijos menores o que posean una discapacidad que no les permita valerse por sí mismos, debe asegurar su manutención cuando muera, a través de su testamento.
- Asegurar la manutención de sus padres y su cónyuge mientras lo requieran, igualmente en su testamento.
- Cuarta falcidia, figura regulada en el artículo 612 del Código Civil de Costa Rica, la cual ha sido establecida doctrinalmente como una limitante a la libertad de testar, ya que, en caso que todo el patrimonio se haya repartido a través de legados, aquella persona que sea declarada heredera del causante conforme a la ley, tiene derecho a recibir un diez por ciento del valor neto de los legados. Es decir, el heredero obtiene ese diez por ciento una vez pagadas todas las

obligaciones que haya dejado el causante. Esas obligaciones que pesen sobre la sucesión serán asumidas, según lo establece esa misma norma legal, por todos los legatarios en proporción a sus legados, es decir, todos deberán responder a prorrata por las deudas de la sucesión, pero con sus respectivos legados.

- Otra limitante contemplada en la doctrina es la llamada herencia forzosa o legítima, en Costa Rica no se da pero consiste en que una parte de la herencia es reservada para los parientes más próximos del causante, sin que pueda ser dispuesta por testamento, pero en la legislación costarricense esta forma de suceder al causante no está contemplada.
- Los bienes gananciales: son, en principio, los que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso, y ante la disolución de este cada uno de los cónyuges tiene el derecho a la mitad del valor neto de los bienes adquiridos durante el vínculo matrimonial.
- Aunque el cónyuge en su testamento disponga de todo su patrimonio incluido bienes que pueden ser considerados gananciales, el consorte sobreviviente puede cobrar dicho derecho a gananciales contra la sucesión de su cónyuge muerto, ya que esta es considerada una deuda de la sucesión si no fue asegurada por el testador antes de su muerte.
- La libertad de testar no puede ser un eximente para excluir el derecho a gananciales. Aunque el cónyuge sobreviviente sea instituido en el testamento de su consorte muerto como beneficiario, esta disposición debe aclarar que es a título de gananciales, de lo contrario quedaría pendiente y se tendría que liquidar como un pasivo de la sucesión. Dicho beneficio es independiente de cualquier derecho obtenido a través del testamento por el cónyuge sobreviviente.
- El patrimonio familiar: esta figura se encuentra establecida en el artículo 42 del Código de Familia de Costa Rica, consiste en la afectación a habitación fasmiliar a favor de determinados parientes que una persona le impone a un bien inmueble de su propiedad. Constituye una limitante a la libertad de testar, porque aunque el testador puede disponer del bien en su testamento, a su

muerte el sucesor lo recibe pero se mantiene el gravamen, por tanto el heredero o legatario no puede ejercer libremente los derechos de propiedad sobre él, ya que debe permitir la permanencia de los beneficiarios hasta que transcurra el plazo legal o sobrevengan las causales que impone el artículo 47 del Código de Familia de Costa Rica, que eliminan dicha afectación a la libre disposición del bien.

También la ley regula que ante el incumplimiento por parte del testador de cumplir con el deber de alimentos, los otros herederos recibirán como cuota de su herencia lo que sobre, luego de satisfecha la obligación alimentaria, ya que la norma otorga prioridad al acreedor alimentario.

De igual manera, la legislación dispensa al testador del deber de alimentos para su consorte y padres, si estos al morir el testador poseen bienes suficientes para satisfacer todas sus necesidades.

El Tribunal Primero Civil de San José, describe tal limitante a la libertad de testar:

> Avala el Tribunal todas las consideraciones de fondo dadas por el a quo por las cuales acoge el incidente de pensión alimenticia promovida por la madre del causante. No hay duda que una de las limitaciones a la libre testamentifacción es lo relativo a los alimentos, cuyo importe lo debe cubrir la sucesión, aun cuando haya una única heredera testamentaria. No debe confundirse el patrimonio sucesorio con los bienes de los herederos, pues aquel es la prolongación del cujus para los efectos de garantizar el pago de las obligaciones que tenía al momento de fallecer. (Sentencia 1034-1992)

Condiciones y modalidades del testamento

El contenido y las disposiciones de un testamento pueden estar sujetas a plazos o condiciones para obtener los beneficios que estas despliegan, ya que la legislación de sucesiones en Costa Rica permite que cuando la persona realice su testamento

pueda introducir ciertas circunstancias que deben cumplir los instituidos para beneficiarse de lo establecido en ellas.

Dichas condiciones o modalidades que imponga el testador no pueden ser físicamente imposibles o ilícitas, ya que no serían válidas. La imposibilidad de cumplimiento debe ser absoluta, porque si se trata de aspectos relativos que no impiden el cumplimiento, las condiciones siguen siendo válidas, en el tanto dichas cuestiones relativas no dificulten el cumplimiento de las modalidades y condiciones determinadas en el testamento.

Brenes (2013) indica al respecto: “Pero la imposibilidad tiene que ser completa: las dificultades más o menos serias que se presenten para la ejecución, no constituyen imposibilidad en ese sentido, siempre que no estorben de modo absoluto para poder llevar a cabo lo exigido”. (p. 428)

La introducción de condiciones y plazos en las disposiciones testamentarias, encuentran su fundamento en el artículo 604 del Código Civil de Costa Rica

Las disposiciones testamentarias pueden ser instituidas bajo término o condición, de seguido se analizará cada una de las posibles figuras:

Modalidad bajo término

Esta figura se presenta cuando el testador indica un plazo para que la disposición testamentaria provoque sus efectos. Esta se encuentra plasmada en el artículo 619 del Código Civil de Costa Rica.

Esta instaura dos clases de términos, los cuales se pueden introducir en las disposiciones testamentarias, y afectan el beneficio de los instituidos en el testamento. El término debe ser un hecho futuro pero cierto, del cual dependa la adquisición o la pérdida de un derecho u obligación, en este caso de un beneficio sucesorio.

Estos términos pueden ser iniciales o finales. En el primero se impone una fecha a partir de la cual el heredero o legatario va a obtener el derecho que se desprende de dicho testamento a su favor; y el término final, el testador establece una fecha hasta la

cual el sucesor va a poder disfrutar de lo dispuesto a su favor en la disposición testamentaria.

Por lo anterior, el testador puede interponer una fecha para que entre en vigor el derecho que va a transmitir por medio del testamento, o también puede señalar que cumplida cierta fecha, el sucesor ya no puede disfrutar más del derecho que se le otorgó por medio de un testamento.

Brenes (2013) explica las disposiciones testamentarias sujetas a término como aquellas en donde: "[…] el beneficio se concede por tiempo limitado fijo […]" (p. 429)

Condiciones

De igual manera la eficacia de un testamento puede estar sujeta a condiciones que instaura el testador y deben ser cumplidas por los herederos o legatarios a la muerte de este, para adquirir el beneficio que a su favor contiene dicho testamento. La condición es un hecho futuro pero incierto, de cuyo acaecimiento depende la adquisición o pérdida de un derecho u obligación. Pueden presentarse de dos maneras, como condiciones suspensivas o resolutorias.

Si el testador acompaña su disposición de una condición suspensiva, el sucesor no adquiere su derecho y, por ende, la disposición no surte sus efectos, hasta que ocurra el hecho futuro e incierto, es decir, fallece el testador y el instituido no adquiere el derecho todavía sino a partir de que ocurra el cumplimiento de dicha condición, por tanto se suspende la transmisión del beneficio otorgado testamentariamente.

Vargas (2010) explica la función de la condición suspensiva en un testamento, el cual dice:

> Si el testador acompaña su disposición de una condición suspensiva, la institución no produce efectos, y por lo tanto no tiene lugar la delación a favor del instituido, sino una vez que ocurra el hecho previsto o cuando se deba tener por cumplida cuando alguien que tenga interés impidiera que se cumpla. (p. 181)

El artículo 620 del Código Civil de Costa Rica indica que la condición suspensiva se cumplirá en el caso que algún tercero que tenga interés imposibilite tal cumplimiento. Mientras se cumple la condición suspensiva, el patrimonio relicto quedará sujeto a administración por parte del sucesor instituido, en el tanto ocurra el cumplimiento de la condición o exista la posibilidad de afirmar que la misma no será cumplida.

En cuanto al heredero que debe administrar los bienes de la sucesión hasta que se resuelva la condición suspensiva, el artículo 605 del Código Civil de Costa Rica determina que el causahabiente instituido para ejercer el cargo de administrador en dicha situación, debe dar garantía que devolverá los bienes recibidos más los frutos que obtenga de ello durante ese período, en el supuesto que la condición no sea cumplida. En caso contrario, la administración es otorgada a la persona que podría recibir la herencia o legado si la condición no fuese cumplida, rindiendo la garantía citada anteriormente.

La garantía que debe otorgar el sucesor, al cual se le impone la administración de los bienes sucesorios, debe entregarse al causahabiente al cual debe devolver el patrimonio, en caso de que no suceda la condición o que se posea la certeza de la imposibilidad de cumplimiento.

Por tanto, el heredero o legatario al cual se le instituya en un testamento con condición suspensiva, únicamente adquiere a la muerte del testador una expectativa de derecho, hasta que la condición no se cumpla no pueden ejercer los derechos de propiedad sobre dicho patrimonio, es decir, no puede establecer gravámenes que lo afecten, aunque es posible ceder el derecho a suceder, sin embargo, tal cesión queda en suspenso hasta que la condición se verifique.

Debido a que la vocación hereditaria de los causahabientes instituidos bajo condición suspensiva se determina en el momento en el cual se cumple la condición suspensiva, hasta ese momento se adquiere la calidad de heredero o legatario de manera absoluta y real, dejando de ser una expectativa. Como lo menciona el artículo 604 del Código Civil de Costa Rica en su segundo párrafo: “El legado o herencia cuya

existencia dependa de condición suspensiva, no se adquiere por el legatario o heredero, sino al cumplirse la condición […]”

La condición resolutoria se inserta en una disposición testamentaria para que cuando ocurra o se cumpla, la persona no pueda seguir disfrutando del patrimonio que obtuvo por herencia o legado a través testamento, es decir, el sucesor a la muerte del testador recibe el bien o bienes como si no hubiese ninguna condición impuesta, y puede disfrutar libremente de ellos, sin embargo una vez se cumpla la condición, expira su derecho de ser heredero o legatario.

El artículo 604 del Código Civil de Costa Rica, en su párrafo primero, establece dicha situación: “El heredero o legatario adquiere el legado o herencia incondicional o a término cierto, o bajo condición resolutoria, desde el momento en que muere el testador […]

Esta situación es contraria a la que acontece con la condición suspensiva, pues en la resolutoria el sucesor no adquiere una expectativa de su derecho a suceder a la muerte del testador, se le otorga el derecho absoluto a ser causahabiente al fallecimiento del causante, pero este derecho cesa en el momento que se cumple la condición impuesta, es decir, el beneficio se concede hasta el momento en el cual se cumpla el hecho previsto en la condición.

La condición resolutoria en un testamento puede constituir el hecho de no dar o no hacer, en este caso el heredero o legatario instituido bajo dicha modalidad, debe entregar una garantía que asegure que no darán o no harán lo prohibido por el testador, sino que deberán devolver lo que percibieron con sus frutos respectivos, según lo establecido por el artículo 617 del Código Civil de Costa Rica.

Dichas condiciones no pueden ser físicamente imposibles o ilícitas. Brenes (2013) expresa en qué consiste que una condición sea físicamente imposible:

> La condición es físicamente imposible, cuando en el orden regular de la naturaleza, o según el estado actual del progreso humano, ella es irrealizable, como lo sería si al legatario se le exigiese que hiciera algo que

> no está en las posibilidades humanas ejecutar, o que resolviese un problema de esos cuya solución, hasta el presente la ciencia considera imposibles. (p. 428)

En cuanto a la ilicitud de las condiciones, se indica que no deben ser contrarias a la ley, a la moral y a las buenas costumbres, que para su cumplimiento se requiera violentar normativa legal imperativa.

De igual manera, el testador puede establecer en su testamento que el instituido heredero o legatario deba cumplir una obligación, en el caso que el sucesor acepte la herencia o legado, es decir, instituido bajo submodo adquiere su derecho desde el momento en el cual el testador muere, pero al aceptar dicha sucesión, debe necesariamente satisfacer la obligación que el testador le designó.

En la legislación civil costarricense no se encuentra contemplada expresamente la figura, sin embargo, tácitamente la norma del artículo 617 del Código Civil, impone la obligación de rendir garantía al heredero o legatario que deban cumplir la condición de no dar y de no hacer, para asegurar que no harán y darán lo prohibido por el testador.

Herencia y Legados

Un patrimonio relicto puede repartirse en herencias y legados, debido a que dichas figuras poseen una definición y función diferente en el derecho sucesorio como fue aclarado y explicado en apartados anteriores, no obstante, la concurrencia de ambas solo se presenta en la sucesión testamentaria, dependiendo de la voluntad del testador.

En la sucesión legítima solo surge el heredero legítimo, ya que no existe manifestación de última voluntad del causante de la manera en la cual desea que su patrimonio sea repartido al momento de su muerte, por tanto solo se presenta al sucesor como heredero pues recibirá una cuota ideal del caudal hereditario, y no un valor u objeto.

Cuando se recibe una herencia se sucede a título universal, pues se obtiene la totalidad o una porción del patrimonio relicto. Pero si existe testamento, se hereda la porción indicada, no se aplica la regla de igualdad que rige en la sucesión intestada, puesto que se deben respetar las disposiciones del testador, esta solo se aplica cuando no se establece la porción a heredar, por tanto el legislador presume la voluntad del causante que era que los herederos instituidos recibieran partes iguales, al no existir designación, como sucede en la sucesión legítima, como lo expresa el artículo 597 del Código Civil.

El heredero testamentario no responde por las obligaciones del causante al igual que el legítimo, ya que estas son cubiertas con el caudal hereditario, por ello se liquidan primero las deudas y luego los legados o las herencias. Sin embargo, el heredero testamentario puede estar sometido a condiciones, términos o modos para disfrutar del beneficio testamentario, situación que no enfrenta el heredero legítimo.

Los legados son un instituto que únicamente se establece en un testamento, ya que en ellos se sucede a título particular, el legatario no recibe una cuota del caudal hereditario sino que el testador le transmite un bien determinado, aunque se puede presentar que el testador designe un bien para varias personas, en este caso serían colegatarios de él, asignándoseles una parte diversa a cada uno, recibiendo el bien en calidad de codueños, como lo ejemplifica Vargas (2010):

> […] lego la finca tal a mis hijos A y B, al primero de ellos le dejo un tercio y al segundo los dos tercios restantes. Entonces se les adjudicará en la partición al primero un derecho de un tercio proporcional al valor total del bien y el segundo un derecho de dos tercios con igual proporcionalidad. (p. 195)

El legatario adquiere su legado una vez muerto el testador, como lo explica el Tribunal Primero Civil de San José:

> […] el legatario adquiere el legado y sus frutos desde la muerte del testador. Agrega que también ha de tomarse en consideración que el testador separó

> una parte específica e identificable de sus bienes para que le fuera entregada a una persona en particular, por lo que no es necesario que exista pronunciamiento para que se le declare legatario, por lo que mientras se conserve esa calidad tendría todo el derecho de permanecer en posesión y disfrute de los bienes que le fueran legados. (Sentencia 1547-2000)

Además, el legado se otorga una vez liquidadas las deudas de la sucesión, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, señala:

> […] el derecho de entrar en posesión plena del legado deberá reconocerse hasta después de que hubieran sido liquidadas las cargas del sucesorio y deudas del causante, por lo que la oportunidad procesal para que esta situación se verifique en forma concreta deberá manifestarse en la cuenta final o partición. (Sentencia 319-1969)

Existe un derecho hereditario que pueden disfrutar ya sean los herederos testamentario y los legítimos, este consiste en el derecho de acrecer su cuota hereditaria. Los legatarios no pueden acceder a este derecho porque suceden un bien particular por disposición del testador. Sucede que cuando la cosa legada fuera indivisible o no se pueda dividir sin deterioro, y la parte de un colegatario caduca, entonces el colegatario subsistente puede conservar el bien, y pagar el valor de la parte caduca a los herederos o recibir de estos el valor de su parte en el bien y no conservarlo.

Este fenómeno de acrecimiento consiste en la facultad de los sucesores de aumentar su parte hereditaria con las herencias o legados de otros causahabientes que caducaron, porque estos fueron declarados indignos, no aceptaron la herencia o premurieron al causante. Se puede presentar tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria.

En el caso de la sucesión legítima, el heredero puede acrecentar su porción hereditaria, en el caso que se presenten las siguientes circunstancias: que un heredero haya premuerto al causante, que haya sido declarado indigno, que no acepte la

herencia o renuncie a ella como lo establece el numeral 568 del Código Civil de Costa Rica, entonces los otros herederos pasarían a convertirse en coherederos de la cuota hereditaria que quedó caduca.

Los herederos testamentarios pueden acrecer su herencia con los legados y otras herencias que caduquen conforme a lo indicado en la legislación, siempre y cuando no exista disposición contraria por parte del testador, no sea instituida la figura de la sustitución o de la representación.

Las razones por las cuales una disposición testamentaria puede resultar caduca o sin efecto, se plasman en el siguiente artículo:

> La disposición testamentaria quedará sin efecto:
>
> 1.- Si el heredero o legatario fallece antes que el testador. Sin embargo, cabrá representación de tal heredero o legatario, con tal de que el representante sea descendiente o sobrino del testador, salvo lo que el testamento diga en contrario. Las reglas de la representación en la sucesión legítima, son aplicables a la testamentaria.
>
> 2.- Si la condición suspensiva de que dependía la existencia del legado o herencia llega a faltar o se cumple la resolutoria.
>
> 3.- Si el heredero o legatario es incapaz e indigno de adquirir la herencia o legado al abrirse la sucesión, o si el legado o herencia fuere condicional al cumplirse la condición.
>
> 4.- Si el heredero o legatario renuncia a su derecho.
>
> El legado específico caduca cuando el testador enajena de cualquier modo la cosa legada, o la trasforma de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que antes tenía, y cuando la cosa perece antes de la muerte del testador o antes de cumplirse la condición suspensiva de que depende el legado. (Artículo 626 Código Civil costarricense)

Interpretación del testamento

Aunque en la sucesión testamentaria rige el principio que se debe respetar íntegramente la voluntad del causante plasmada en un testamento, existen situaciones en las cuales es difícil entender a simple vista la voluntad del causante, ya que puede causar dudas, siendo indispensable buscar cuál fue la verdadera voluntad del testador al indicar dichas manifestaciones, determinándola por medio de la interpretación de su testamento.

La interpretación se manifiesta cuando los diversos sucesores instituidos no concuerdan en el significado de las disposiciones testamentarias.

En cuanto a las reglas que se deben seguir para realizar la interpretación de un testamento, la legislación civil costarricense únicamente en el numeral 615, establece ciertos parámetros, para definir si el contenido del testamento es válido o no, en la mayoría de los casos se presentan cuando se imponen condiciones físicamente imposibles que provocan dificultades interpretativas, en este caso, la legislación mencionada impone que las condiciones imposibles e ilícitas que se introduzcan en las cláusulas de un testamento se interpretan como si no se hubiesen estipulado, y la disposiciones que afecten se tendrá como pura y simple, es decir, como si no estuviere introducida en ella dicha condición. Pero si dicha condición es reconocida como la causa que determinado la liberalidad del testador, toda la disposición es nula.

La descripción anterior es el único sistema de interpretación testamentaria en Costa Rica, sin embargo, la doctrina establece diversos modelos que pueden aplicarse cuando se necesita interpretar el contenido de un testamento, los cuales son:

- Teoría clásica, subjetiva o de la voluntad interna: esta pregona que ante la duda en la redacción de un acto jurídico determinado debe investigarse la intención real de la persona, pues en ocasiones las palabras literales no permiten una buena comprensión de la voluntad del otorgante.

- Teoría objetiva, o de la voluntad declarada: en caso de duda el intérprete, debe apegarse únicamente al sentido literal de las palabras, no es posible indagar cuál fue la voluntad del otorgante más allá de las palabras escritas.

Revocación e Invalidez del testamento

Un testamento puede ser modificado por el testador cuantas veces este considere necesario, hasta el momento de su muerte, expresado dicho derecho de revocación por parte del testador en el artículo 621 del Código Civil costarricense. Sin embargo, luego del deceso del testador, los posibles sucesores pueden solicitar que dichas disposiciones sean declaradas nulas, inválidas o ineficaces, ya sea por el incumplimiento de requisitos legales.

En lo que respecta a la revocación del testamento por parte del testador, es un principio general que rige la posibilidad de testar, pues el otorgante puede testar cuantas veces desee, dejando sin efecto el testamento posterior parcial o totalmente, o la parte que le sea contraria al primero. Esta facultad la describe Brenes (2001) como: "[…] la esencia misma de los actos de esa especie que el disponente goce de entera liberalidad para modificar o suprimir sus disposiciones, hasta el momento de acaecer su fallecimiento". (p. 303)

La legislación de sucesiones en Costa Rica admite la revocación expresa y la tácita, la primera se presenta cuando el testador de manera expresa manifiesta su deseo de dejar sin efecto las disposiciones testamentarias que otorgó. La tácita se da cuando el testador, ya habiendo otorgado testamento, elabora otro que no menciona al primero, pero con disposiciones contrarias a las del primer testamento, por tanto la ley considera que las primeras quedan sin efecto, por la aparición de un testamento posterior.

Dicha figura se refleja en varios artículos del Código Civil de Costa Rica, como el 621 que menciona: "El testador puede revocar libremente su testamento, en todo o en parte, por otro testamento posterior. Este derecho no puede renunciarse."

También lo indica el artículo 622:“El segundo testamento que no menciona el primero, solo revoca de este la parte que le sea contraria”.

En la revocación del testamento rige el postulado, expresado por Brenes (2001) como: “Por el hecho de revocarse el testamento que revocó otro, no revive este último, necesitándose para revalidarlo declaración expresa” (p. 305)

También puede darse la nulidad y falsedad del testamento, por razones de fondo que aunque no están previstas en la legislación de sucesiones en Costa Rica, se infieren por imposición de cierto articulado civil que así lo declara. La nulidad de un testamento se puede dar por vicios en la voluntad del causante, por incapacidad legal y moral para otorgar testamento, no cumplimiento de formalidades legales que debe cumplir el documento que contiene las manifestaciones de última voluntad, que se otorgó en contradicción con las leyes vigentes.

En el caso que el testador carezca de capacidad activa para otorgar testamento, es decir, no se encuentre sano mentalmente y no sea mayor de quince años, y se demuestre dicha situación el testamento debe ser declarado nulo, pues se considera que una persona que no tenga dicha capacidad se le disminuye actitudes volitivas y cognoscitivas, por tanto su entendimiento y voluntad se encuentran viciados, hace imposible que dicha persona pueda obligarse jurídicamente pues carece de capacidad de actuar.

Puede presentarse la nulidad si se demuestra que la voluntad del testador al otorgar dicho testamento fue influenciada por error, dolo, violencia o intimidación, por tanto el otorgamiento del tal documento se dio por la concurrencia de dichos vicios, pero la voluntad que fue plasmada no coincidía con la que realmente deseó el testador que se cumpliere a su muerte, de comprobarse dicha situación el testamento podría declararse nulo.

Las reglas aplicables a la nulidad establecen que para que un acto o contrato jurídico se declare nulo, la nulidad se debe alegar dentro del plazo de 10 años, de lo contrario pasado este tiempo el vicio se convalida, es decir, el testamento surte sus

efectos jurídicos en el tanto los vicios de nulidad no sean alegados en el plazo mencionado. Como lo indica el artículo 837 del Código Civil de Costa Rica

Cuando el testamento queda sin efecto por mandato de ley, el patrimonio relicto se liquida mediante las reglas de la sucesión legitima.

Sucesión legítima

Como fue descrita anteriormente, la sucesión legítima o intestada se presenta solamente a falta de manifestación de voluntad del causante, es decir, cuando este último no elaboró testamento antes de su muerte, también se puede dar cuando existiendo testamento, el testador no dispuso en él de todos sus bienes o cuando el mismo es declarado nulo o caduco conforme a la ley. La validez de la sucesión legítima la regula el artículo 571 del Código Civil de Costa Rica: “Si una persona muriere sin disponer de sus bienes o dispusiere solo en parte, o si, habiendo dispuesto el testamento caducare o fuere anulado, entrarán a la herencia sus herederos legítimos”.

Por tanto, la ley suple esta falta por medio de una serie de reglas que determinan cómo debe ser repartido dicho patrimonio, las cuales establecen las personas que son consideradas herederas legítimas, indicando el orden excluyente en el cual van a recibir la porción hereditaria.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica explica la suplencia legal de la voluntad del causante, en su jurisprudencia:

> El fundamento mismo de la sucesión legítima -la ley-, y la necesidad imperiosa de distribuir los bienes del causante, hacen necesario que el legislador sustituya la voluntad presunta de este, siendo el más común de los mecanismos acudir a la proximidad de los lazos de parentesco, sin que ese hecho constituya por sí mismo una discriminación irrazonable. Tómese en cuenta que la sucesión legítima tiene como base la ausencia de una voluntad expresa e inequívoca de la persona en cuanto a la disposición última de su patrimonio -vía testamentaria-, lo que obliga al legislador a llenar ese vacío; y de allí que, por la naturaleza misma de la materia, el

> sistema que este elija ingresa en el ámbito de la discrecionalidad legislativa, potestad cuyo ejercicio solo puede ser objeto del contralor de constitucionalidad, en caso de ejercerse en forma manifiestamente arbitraria e irrazonable, lo que no ocurre en este caso. (Sentencia 589-1995)

Orden de los herederos legítimos

Este tipo de sucesión mortis causa impuesta por la legislación cumple la función de suplir la voluntad del causante, en ella se determinó una serie de personas que el legislador estableció por tener un parentesco sanguíneo o legal con el causante. Como lo explica la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: “En la sucesión intestada, pues, el Estado suple la voluntad del causante atribuyéndole la condición de heredero a las personas que, de acuerdo con las reglas de la convivencia social, el causante –normalmente– instituiría como tales.” (Sentencia 7518-2001)

Estos son clasificados en grupos u órdenes excluyentes entre sí, es decir, si existe uno o varios sujetos en un orden, los indicados en los órdenes siguientes quedan excluidos de la herencia, situación contraria se presenta cuando en el grupo no existe ninguna de las personas nombradas, entonces suceden los del orden siguiente, y si en este no se encuentra ninguno de los sucesores establecidos, se llaman a suceder a los herederos indicados en el orden siguiente y así sucesivamente, por ello se dice que son excluyentes entre sí.

Como lo describe el artículo 573 del Código Civil de Costa Rica: “Las personas comprendidas en cada inciso del artículo precedente entran a la herencia con el mismo derecho individual; y solo en falta de las que indica el inciso anterior entran las que llama el inciso siguiente, salvo el caso de representación”.

La situación anterior, la afirma reiteradamente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, a través de sus diversas resoluciones:

> Así, dichas personas "entrarán" en la herencia con el mismo derecho individual y solo a falta de las que se indica el orden precedente se llamará

> a las que se encuentran comprendidas en el orden siguiente, salvo el caso de que se aplique el instituto de la representación. (Sentencia 7518-2001)

En la sucesión legítima aplica la regla de que todos los herederos suceden por partes iguales, es decir, una cuota o parte ideal del todo, con ciertas excepciones como lo es el cónyuge que se convierta además en acreedor de la sucesión con respecto al derecho que posea de bienes gananciales.

A continuación se analizará cada uno de los órdenes en los cuales se agrupan los herederos legítimos, regulados en el numeral 572 del Código Civil de Costa Rica:

Primer orden: en este se encuentran los hijos, los padres y el consorte o conviviente en unión de hecho.

Los hijos del causante son unos de los primeros llamados a recibir la herencia de su padre. La ley no hace distinción en cuanto al tipo de filiación entre hijos y padres, es decir, tienen derecho a heredar tanto los hijos matrimoniales como extramatrimoniales, así como los adoptados, todos en la sucesión legítima tiene el mismo tratamiento.

La no clasificación por filiación en el derecho a suceder, fue instituida en la Constitución Política costarricense, como lo manifiesta la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: “Este grupo incluye a la familia nuclear del causante. El inciso fue modificado para incluir a los hijos y padres, sin calificaciones sobre su filiación”. (Sentencia 011565-2010)

La igualdad en general y el derecho a suceder de los hijos, sean estos matrimoniales o extramatrimoniales, la cual ha impuesto la legislación civil costarricense a partir de diversas reformas, es explicada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

> Tal derivación resulta ilógica porque los padres que procrean dentro o fuera del matrimonio, santa o torpemente, legal o ilegalmente, bien está que se llamen ilegítimos o no, según el caso, pero de ellos no se desprende de

> modo alguno que los hijos sean de una u otra condición, sino hijos de sus padres. No puede hablarse de hijos legítimos o ilegítimos, sino de hijos: todos iguales, todos nacidos en las propias condiciones biológicas, todos igualmente ajenos al acto de su nacimiento, y por ende idénticamente irresponsables, sin que quepa, por lo tanto, hacer entre ellos distingo de clase alguna". (Sentencia 0115565-2010)

La prohibición de realizar algún tipo de desigualdad en razón de la filiación es un mandato constitucional consagrado en el artículo 54 de la Constitución Política de Costa Rica: "Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación".

Sin embargo, la legislación debe reconocer que existen hijos que nacen dentro de un vínculo matrimonial y otros que no, la justificación de que exista aún la determinación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales es una cuestión de clasificación jurídica, pero esta situación no justifica que se establezcan derechos diferentes por el tipo de filiación que posee una persona. Lo anterior lo aclara la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

> En cuanto a hijos matrimoniales y extramatrimoniales, no se trata de dejar de distinguir entre dos realidades diferentes, sino de no hacer calificaciones jurídicas distintas, atendiendo a esa diferente realidad (artículo 54 de la Constitución Política). Es decir, que a pesar de que no se justifica el establecimiento de derechos diferentes para ambos grupos de personas, el derecho no puede desconocer que existen hijos que nacen dentro de la relación matrimonial y otros que nacen fuera de ella, sino que ese solo hecho no es determinante para que se establezcan derechos diferentes para ambos grupos de personas. (Sentencia 1894-1999)

De esta sentencia se desprende que aunque la ley reconoce que existen diferentes clases de filiación, esta situación no justifica el establecimiento desigual en el otorgamiento de derechos, como serían los sucesorios, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia expresa el fundamento que determina la igualdad en la filiación de los hijos:

> De lo anterior se desprende el hecho de que existan regulaciones diferentes para ambos tipos de filiación, sobre todo en materia de su determinación. … Ahora bien, el criterio sobre el que se basa la equiparación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales se fundamenta en el hecho de que la relación de los padres no debe afectar la condición de los hijos, y que la institución filial, como su mismo nombre lo indica, pone su acento en el hijo, como sujeto de imputación de diferentes derechos y deberes. (Sentencia 1894-1999)

En conclusión, los hijos heredan por partes iguales a su padre y madre, el causante de la sucesión, siendo contrario a la ley establecer tratamiento legal diferente por razones de filiación, es decir, sean estos hijos matrimoniales o extramatrimoniales del causante entran a suceder con el mismo derecho en la sucesión legítima de su padre y madre, lo único que requieren es poseer parentesco biológico, genético o legal en el caso de los hijos con el causante siendo contrario a la ley establecer un trato legal diferente a ellos, por la manera en la cual fueron concebidos y nacidos, además la norma no indica qué clase de hijos, solo menciona como los primeros herederos legítimos a los hijos, sin interponer clasificaciones al respecto.

En este primer grupo también se encuentran los padres, el consorte o conviviente en unión de hecho, incluyendo tanto a las uniones matrimoniales como las uniones de hecho. Es importante aclarar sin embargo que si hay consorte sobreviviente y conviviente de hecho a la vez, solo hereda el consorte; y además no es cualquier conviviente de hecho el que tiene derecho a suceder en forma legítima al causante, pues el mismo Código Civil le impone requisitos para ese efecto**.**

En lo que respecta al cónyuge supérstite, la legislación sucesoria costarricense en su numeral 571 inciso 1 aparte a), establece una serie de situaciones en las cuales dicho consorte no tiene derecho a la herencia de su cónyuge muerto, las cuales son:

- No tendrá derecho a heredar el cónyuge legalmente separado de cuerpos si él hubiere dado lugar a la separación.

- Tampoco podrá heredar el cónyuge separado de hecho, respecto de los bienes adquiridos por el causante durante la separación de hecho.

La separación de hecho o de cuerpos se produce cuando los cónyuges durante un tiempo razonable viven de forma separada e independiente, sin embargo no existe ningún pronunciamiento legal que certifique dicha separación, por ello se le denomina de hecho. Según los casos expuestos anteriormente el cónyuge sobreviviente, no será llamado a suceder al causante si este propició la separación, si se trata de una separación judicial constenciosa; tampoco recibirá cuota hereditaria de los bienes que el consorte fallecido adquirió durante el tiempo que se produjo la separación, en el caso de que sea una separación de hecho.

El derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro, que poseen los cónyuges y que nace por diversas razones, entre ellas la muerte de uno de los consortes, por considerarse disuelto el vínculo matrimonial, como lo indica el artículo 41 del Código de Familia de Costa Rica, no se exceptúa de la sucesión, sino que es considerada una deuda de pago prioritario en ella. Sin embargo, el artículo 572, inciso 1 aparte b, realiza ciertos límites en cuanto el derecho del cónyuge supérstite a los bienes gananciales y a su participación como heredero legítimo: “Si el cónyuge tuviere gananciales, solo recibirá lo que a estos falta para completar una porción igual a la que recibiría no teniéndolos”.

La frase anterior contenida en el artículo hace mención en la forma en la cual el cónyuge supérstite va a suceder, plantea dos situaciones diversas: si existen bienes gananciales, el cónyuge supérstite va a recibir el 50% del valor neto de los bienes considerados gananciales (no se encuentran en los supuestos del artículo 41 del Código de Familia), en cuanto a la cuota que le corresponde a título de herencia, recibirá la parte que necesita para completar la cuota que tendría en el caso que no existieran bienes gananciales, ya que todos los herederos legítimos reciben por partes iguales, debido a esto, al cónyuge sobreviviente no se le adjudicará una cuota hereditaria mayor a la de los otros herederos.

En caso de la inexistencia de los bienes gananciales, el consorte es llamado a suceder como heredero legítimo, y obtendrá una cuota hereditaria igual a la de los otros llamados a suceder, padres e hijos. Ante la no ganancialidad de los bienes, estas circunstancias la explica la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

> El artículo 572 inciso 1) acápite b) del Código Civil establece, en lo que toca al derecho de participación del cónyuge supérstite en el haber sucesorio del causante, que el primero, en caso de que haya adquirido bienes como gananciales, solo tiene derecho a recibir a consecuencia de su condición de heredero lo que le falta para completar una porción igual a la que recibiría no teniéndolos. (Sentencia 7518-2001)

En cuanto a la igualdad en la cuota hereditaria, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica establece:

> Nótese que el ordenamiento no le atribuye a ninguno de los sujetos comprendidos en el artículo 572 del Código Civil un derecho hereditario absoluto e irrestricto sobre los bienes del fallido; por el contrario, cada una de las personas que se encuentra en el mismo orden sucesorio hereda los bienes del difunto por partes iguales, con la excepción del cónyuge supérstite, el cual materialmente puede obtener una cuota igual o mayor que la de los demás herederos –sea como bienes gananciales, o en su condición de heredero–, pero nunca una inferior. (Sentencia 7518-2001)

Esta limitante impide que el cónyuge sobreviviente entre a suceder en igualdad respecto de los padres y los hijos, ya que aunque materialmente recibe igual porción que los otros, parte de ella es el derecho a gananciales que lo ostenta aunque el consorte esté vivo, ya que existen otras causas que provocan el nacimiento de la participación diferida en los bienes gananciales. La Sala constitucional aclara la forma en la cual sucede el consorte sobreviviente, la cual se ajusta a los principios de igualdad impuestos consttucionalmente:

> Nótese que el ordenamiento no le atribuye a ninguno de los sujetos comprendidos en el artículo 572 del Código Civil un derecho hereditario absoluto e irrestricto sobre los bienes del fallido; por el contrario, cada una de las personas que se encuentra en el mismo orden sucesorio hereda los bienes del difunto por partes iguales, con la excepción del cónyuge supérstite, el cual materialmente puede obtener una cuota igual o mayor que la de los demás herederos –sea como bienes gananciales, o en su condición de heredero–, pero nunca una inferior lo que,desde cualquier punto de vista, se adecua al Derecho de la Constitución. (Sentencia 7518-2001)

Las parejas vinculadas por una unión de hecho, es decir, aquellas que viven juntos pero su unión o vínculo no posee un reconocimiento legal, sin embargo el Código de Familia de Costa Rica en su artículo 242, les otorga a estas uniones todos los efectos patrimoniales propios de un matrimonio, entre ellos el derecho a los bienes gananciales, y a suceder legítimamente como si fuera un consorte, pero para ello esa unión debe reunir ciertos requisitos señalados en la misma norma citada y el artículo 243 del mismo Código. Desde el punto de visto del Derecho Civil, específicamente desde la óptica del Código Civil, para que el conviviente supérstite en una unión de hecho adquiera el derecho a heredar legítimamente debe cumplir con el presupuesto que indica el artículo 572 inciso 1 aparte ch:

> El conviviente en unión de hecho solo tendrá derecho cuando dicha unión se haya constituido entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, y se haya mantenido una relación pública, singular y estable durante tres años, al menos, respecto de los bienes adquiridos durante dicha unión.

Segundo orden: a falta de los sucesores indicados en el orden anterior, son llamados a suceder los abuelos y los ascendientes legítimos del causante, cuando se refiere a los abuelos, se incluyen los bisabuelos ya sean maternos o paternos, la legislación instituye a todos en condiciones de igualdad en cuanto a su derecho de

suceder, es decir, todos recibirán igual cuota hereditaria, ya que no se toman en cuenta los grados entre los ascendientes.

Tercer orden: a falta de sucesores del segundo orden, son llamados a suceder los hermanos del causante por parte de la madre, ya sean estos legítimos o naturales, suceden en partes iguales**,** sin que prive su clasificación materna filiatoria, es decir, entran a suceder todos los hermanos del causante, pero por línea materna.

Cuarto orden: son herederos legítimos los sobrinos del causante, sean estos hijos de las hermanas o de los hermanos del cujus, a falta de sucesores en el tercer orden. Este grupo fue modificado, determinando la igualdad entre los sobrinos del causante sean legítimos o naturales, la ley no hace distinción y por tanto los sobrinos del causante le suceden igualitariamente. Independientemente de su origen poseen parentesco familiar con el causante que no puede ser obviado, como lo describe la Sala Constitucional, en la resolución que modificó el inciso 4 del artículo 572 del Código Civil de Costa Rica, que fundamenta su solución en la necesaria igualdad entre los miembros de la familia:

> Nuestro sistema de vida está basado en principios que guardan la creencia de que todos los seres humanos nacemos libres, e iguales en dignidad y derechos, sin distinción de raza, sexo, color, idioma, religión u opinión política. La familia por otra parte, es indiscutiblemente el elemento natural y fundamental de la sociedad porque es en ella que se dan los elementos fundamentales para el desarrollo de las mejores cualidades del ser humano y donde se traspasan nuestras costumbres, tradiciones y enseñanzas de generación en generación. En consecuencia, la familia, compuesta por individuos libres e iguales en dignidad y derechos ante la ley, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado independientemente de la causa que le haya dado origen; su naturaleza e importancia justifican su protección. (Sentencia 2129-1994)

Quinto orden: a falta de sobrinos del causante, tiene derecho a recoger el beneficio hereditario los tíos del causante.

Sexto orden: cuando no existen herederos legítimos o los parientes próximos del causante indicados en los órdenes anteriores, la ley establece como sucesor al Estado. Ya que la herencia queda vacante, es decir, el patrimonio relicto no se puede liquidar puesto que no existen herederos a quienes adjudicársele.

El Estado sucede por medio de las juntas de educación, del o los lugares donde se encuentren los bienes del causante, estas no pueden ejercer su derecho sobre los bienes hasta tanto no exista una resolución judicial que ratifique el derecho sobre el patrimonio hereditario.

Representación sucesoria

Existen dos maneras en las cuales un heredero puede ser llamado a suceder, directa e indirectamente, es decir, por derecho propio o por representación. Como lo indica el artículo 574 del Código Civil de Costa Rica.

Cuando se sucede por derecho propio, implica que la persona instituida, ya sea testamentariamente o legítimamente, recibe a título de heredero o legatario, de manera directa la porción hereditaria que le corresponde del patrimonio del relicto, es decir, como lo explica Brenes (2013): “Del primer modo el llamamiento es directo: el sucesor recibe una porción completa de las porciones en que se distribuye el caudal entre los asignatarios principales, quienes heredan por cabeza”. (p. 379)

En el caso de ser llamado a suceder por representación, consiste en ocupar el lugar del primer llamado a suceder, porque este no quiere o no puede recibir la herencia, esta figura se puede dar en una sucesión legitima o testamentaria, sin embargo cuando existe testamento se presenta en el supuesto que el testador no haya establecido sustitución, como anteriormente se mencionó, ya que estas son muy similares con ciertas diferencias, como por ejemplo, la sustitución solo se puede dar en la sucesión testamentaria nunca en la legítima, porque es instituida en vida por el causante, la representación en la sucesión legítima es instituida por la ley estableciendo cuáles personas pueden ser representantes, en la sustitución cualquier persona que designe el testador puede sustituir.

Entonces, la representación sucesoria se presenta según lo mencionado por Brenes (2013): “Del segundo modo el llamamiento es indirecto: el representante no llega sino en defecto de otro que le precede en el orden de suceder, y recoge la parte que le tocaría a su representado, o fracción de ella, si este dejó más de un sucesor”. (p. 379)

Las razones por las cuales un heredero puede ser representado son: por haber sido declarado indigno, por la no aceptación o renuncia de la herencia, por premoriencia del heredero, tal y como lo explica el artículo 575 del Código Civil de Costa Rica. La premoriencia del heredero o legatario no se encuentra expresamente establecida en dicho artículo pero la interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia admiten tal criterio.

Parajeles (2010) explica las razones por las cuales se presenta la representación sucesoria:

> Es posible que un heredero directo no pueda recibir su cuota hereditaria por tres razones bien definidas. Por haber fallecido con anterioridad al causante, esto es, surge el instituto del premuerto. En segundo lugar, por declaración firme de indignidad contra el sucesor y, finalmente porque el heredero decide renunciar en forma expresa a su condición de heredero. En esos tres supuestos, se genera la representación a favor de los nietos o de los sobrinos del causante o dueño de los bienes a distribuir. (p. 172)

Si se presentan algunas de las causales anteriores en un heredero, este ya no podría heredar al causante, sin embargo, la legislación en su deseo de proteger a otros sucesores del causante contempla la posibilidad que otras personas, como sus descendientes y sobrinos, reciban la cuota hereditaria que le correspondería al heredero que no puede o no quiere recibir la sucesión.

En la representación sucesoria, los representantes no actúan en nombre del representado como usualmente se presenta dicha figura, estos actúan en nombre propio y la parte del caudal hereditario que reciben es para sí mismos, es decir, estos

no deben entregar a nadie su beneficio, el disfrute y todos los derechos que se desprendan de él les pertenecen a los representantes, por ello muchos autores consideran que la denominación realizada a esta figura es incorrecta.

Entonces, el sustento legal de la representación sucesoria, tanto en la sucesión legitima como en la testamentaria se encuentra en los siguientes artículos del Código Civil de Costa Rica:

> Artículo 574: Se puede suceder por derecho propio o por representación. Esta solo se admite a favor de los descendientes del difunto y a favor de los sobrinos.
>
> Artículo 575: Se puede representar al indigno, al que repudió la herencia y al ascendiente cuya herencia se ha repudiado.
>
> Artículo 626: La disposición testamentaria quedara sin efecto:
>
> 1. Si el heredero o legatario fallece antes que el testador.
>
> Sin embargo, cabrá representación de tal heredero o legatario, con tal de que el representante sea descendiente o sobrino del testador, salvo que el testamento diga en contrario. Las reglas de la representación en la sucesión legítima son aplicables a la testamentaria.

Según el artículo 574 del Código Civil, los representantes del sucesor que no quiso o no pudo recibir la herencia pueden ser sus descendientes o sus sobrinos, este particular lo indica Brenes (2013): “Consiste, pues, la representación, en la facultad que compete a ciertos herederos de un orden ulterior, de entrar al goce de la herencia que le correspondería a uno de sus antecedentes si estuviera en condiciones de heredar”. (p. 379)

En otros términos, la regla para definir los representantes son los que se encuentran en los órdenes siguientes, con respecto al que se encuentra el sucesor que va a ser representado, la representación sucesoria se da únicamente en línea descendente y colateral, pudiendo ser descendientes nietos, bisnietos, tataranietos,

etc., no existen límites. Como lo afirma Vargas (2010): “En cambio por vía de representación entran en la sucesión legítima los nietos, bisnietos, tataranietos y demás descendientes, sin que haya límite alguno por esta vía”. (p. 64).

Sin embargo, en la interpretación de quienes pueden entrar a suceder por vía de representación existen varios fundamentos doctrinales, pero la jurisprudencia indica cómo deben de entenderse tales normas, quiénes son considerados descendientes y sobrinos, y si deben ostentar parentesco con el heredero representado o con el causante. Sobre dicho particular el Tribunal Primero Civil de San José, indica cómo debe interpretarse la regla del parentesco del representado con el representante:

> Para representar es necesario: “Para que este se dé se requiere la existencia de un vínculo de parentesco entre el causante y el presunto representante. Para representar se requiere de una doble exigencia: parentesco con la persona a representar –premuerto, indigno o renunciante- y con el causante – nieto o sobrino. […]” (Sentencia 1106- V- 1990)

Primeramente, se debe recalcar que los representantes deben ser descendientes o sobrinos del causante y no del representado, es decir, cuando el artículo 574 del Código Civil hace referencia al difunto se refiere al causante de la sucesión y no al heredero representado, pero jurisprudencialmente se interpreta que dichos representantes deben tener también parentesco con el representado. El Tribunal Primero Civil de San José, explica dicha situación:

> La confusión surge del artículo 574 del Código Civil cuando habla de representación en la sucesión legítima, y en esa norma se utiliza la palabra "difunto", pero la problemática queda dilucidada con la lectura clara del artículo 626 mencionado, pues en esta disposición se identifica que la relación de parentesco del "sobrino" debe serlo con el "testador" y desde luego su derecho de representar debe derivarse del heredero directo a quien representa; esto es, del premuerto. Ahí radica la doble vocación ya que el representante debe tener vocación tanto con el premuerto cuanto con el testador. De no ser así, y de admitir la tesis de la recurrente, cualquier

> sobrino del causante podría heredar, lo que sería injusto porque debe respetarse la herencia directa a fin de evitar la intromisión en las porciones de otros herederos. (Sentencia 1932-1998)

En síntesis, para que se pueda dar la representación sucesoria es necesario el parentesco entre el representado y el causante, tal y como lo menciona el Tribunal Primero Civil de San José, a saber:

> Además de que no puede heredarse por representación a una heredera sin parentesco con el causante, menos podría heredarse a una persona que solo fue designada pero que no adquirió derechos de heredera. La representación supone que exista parentesco, y que por ello se ocupa el lugar del heredero más cercano que ha fallecido antes que se produzca la sucesión del pariente que dejó un patrimonio. El vínculo del parentesco es el que origina la representación. (Sentencia 1106- V- 1990)

Entonces, el causante, el representado y el representante deben necesariamente poseer un vínculo o parentesco, como lo explica Rams y otros (2012):

> La representación supone tres personas unidas entre sí por vínculos de parentesco;
>
> 1. El que hubiera sido llamado a suceder, en el caso que no premuriera, o no pudo o quiso aceptar la herencia.
> 2. El heredero o descendiente del causante del causante.
> 3. El representante debe ser descendiente del representado.

Asimismo, Rams y otros menciona que: “Solo puede haber representación entre los descendientes y tratándose de colaterales solo pueden ser representados los hermanos y únicamente por sus hijos; es decir, los sobrinos carnales del causante”. (p. 54)

Los sobrinos y nietos del causante pueden sucederle a este por representación, sin embargo existe preferencia en cuanto a los nietos, como lo explica Parajeles (2010):

> La representación por vía de nietos excluye la de los sobrinos. Es decir, no es posible designar nietos y sobrinos conjuntamente. La razón es sencilla. Los nietos operan cuando se trata de descendientes –hijos- de los herederos premuertos, indignos o renunciantes que a la vez son hijos del causante. Se trata del primer orden del artículo 574 inciso a) del Código Civil. Solo a falta de ascendientes y descendientes del ese primer orden, la herencia pasa a los hermanos. Inciso b) de ese numeral. Con los hermanos del causante como herederos directos, también se puede dar las opciones de premuertos, indignos o renunciantes. Los hijos de estos serían los sobrinos, quienes heredan por representación, pero solo por ausencia del primer orden. (p. 174)

Es decir, en la representación aplican las mismas normas que en la sucesión legítima, en cuanto la forma de entrar a suceder es excluyente, ya que solo a falta de los herederos del primer orden, entran los del segundo. En el caso de la representación solo existen dos órdenes, siendo el primero los descendientes del causante, y el segundo lo ocupan los sobrinos del mismo. Entonces, únicamente cuando no existen descendientes del causante como sus nietos, heredan por representación los sobrinos de este.

En cuanto a la porción que deben recibir los sucesores por derecho propio y por representación, la norma indica que la porción hereditaria se divide en porciones que se denominan viriles, ya que son constituidas dependiendo de la cantidad de herederos, ya sea por derecho propio o por representación. Por ejemplo, si “A” siendo el causante posee dos sucesores (hijos) “B” y “C”, pero “B” no puede o no quiere suceder al causante, “B” puede ser representando por descendientes suyos. Entonces hereda por vía directa a “A”: su hijo “C”, el cual recibe la porción viril, es decir, integra la cuota que le corresponde, y heredan por vía indirecta o por representación de “B” los descendientes de “A”.

Las cuotas hereditarias que reciben los representantes se determinan formando una sola porción que se divide en partes iguales según sea el número de sucesores por representación. Situación regulada en artículo 576 del Código Civil de Costa Rica.

De manera doctrinal, se ha establecido que para que se presente la representación deben concurrir los siguientes requisitos, según lo establece Vargas (2010):

- Que el representado haya muerto con anterioridad al causante, que sea declarado indigno o que no acepte la herencia.
- El representado debía poseer vocación hereditaria, en el supuesto de que estando vivo fuera llamado a suceder al causante.
- El representante debe poseer vocación hereditaria, esto requiere que esté vivo o al menos concebido al momento de la muerte del causante y no del representado como lo aclara la doctrina. (p. 79)

Premoriencia, conmoriencia y postmoriencia de los sucesores

Los sucesores instituidos en un testamento o incluidos en el artículo 572 del Código Civil de Costa Rica como herederos legítimos, pueden ya sea morir antes que el causante, situación que se conoce como heredero premuerto, también puede fallecer en el mismo momento que el causante, lo cual se denomina conmoriencia, o morir después del causante, figura denominada postmoriencia. La premoriencia, conmoriencia y postmoriencia poseen un tratamiento legal diverso, cuando estas se presentan en personas consideradas sucesores o herederos.

En el caso de heredero premuerto, es decir, el que fallece antes que el causante, la normativa, doctrina y jurisprudencia costarricense, han determinado que el heredero premuerto aunque no puede suceder porque ya no existe físicamente, su cuota hereditaria puede ser recogida por descendientes o sobrinos del causante, por medio de la representación sucesoria entrando a ocupar el lugar de esté en la sucesión, como se describió anteriormente.

La posibilidad de representación del premuerto se encuentra establecida tanto en la legislación como en la jurisprudencia, el Tribuna Primero Civil de San José lo afirma en la siguiente resolución: “La primera institución se produce cuando el heredero fallece antes del causante, y de proceder conforme a derecho, en la misma sucesión de la testadora podría distribuirse la cuota del premuerto por la vía de la representación”. (Sentencia 1932-1998)

Entonces el premuerto no adquiere derecho a suceder al causante puesto que no cumple con el requisito de existir al momento de la muerte del causante, debido a que muere antes que este, sin embargo, el beneficio hereditario de este puede ser recogido por sus descendientes o sobrinos, de este y del causante, como fue explicado en apartados anteriores.

Sobre este particular, la jurisprudencia civil costarricense, de manera reiterada, interpreta que los representantes deben ser sobrinos y descendientes del causante y no del heredero premuerto, no obstante, estos deben poseer parentesco tanto con el causante como con el premuerto, es decir el representante del heredero debe poseer doble vocación hereditaria, como lo indica la mencionada sentencia del Tribunal Primero Civil de San José: “Ahí radica la doble vocación ya que el representante debe tener vocación tanto con el premuerto cuanto con el causante. […]” (Sentencia 1932-1998)

Otro claro ejemplo jurisprudencial que reafirma que la figura de la representación en la sucesión mortis causa la deben ocupar descendientes o sobrinos del causante y no del heredero premuerto, es una resolución del Tribunal Primero Civil de San José, la cual indica: “El Tribunal confirmó el rechazo de esa gestión porque no son sobrinos del causante, que es lo que exige el artículo 574 del Código Civil, y no sobrinos de un heredero premuerto del causante”. (Sentencia 470-M, 1995)

Vargas (2010) menciona indirectamente la situación descrita: “Entendiéndose ello puesto que el representante hereda para sí pasando la herencia del causante a este último”. (p. 79)

La resolución del Tribunal Primero Civil de San José explica de manera expresa la figura de la representación sucesoria en el caso del premuerto: “En otras palabras, la representación por la vía del sobrino del testador - o causante en la sucesión legítima- únicamente procede en el supuesto que el heredero directo premuerto y el testador o difunto sean hermanos”. (Sentencia 1932-1998)

La conmoriencia se da cuando dos personas mueren en un mismo acto, y no se puede determinar cuál murió primero, dicha circunstancia se encuentra reglamentada en el artículo 35 del Código Civil de Costa Rica, el cual indica: “Si por haber perecido en un mismo acontecimiento, o por cualquier otra causa no fuere posible saber el orden en que han muerto, se presumirá que esas personas han fallecido en un mismo momento”.

En el supuesto que el heredero y el causante mueran en un mismo acontecimiento y no sea posible determinar cuál murió primero, la ley presume que los dos perecieron en el mismo momento, por tanto el presunto causahabiente no tendría vocación hereditaria por no cumplir con el requisito de sobrevivir al causante, como lo explica la jurisprudencia del Tribunal Primero Civil de San José:

> Si la condición para heredar es la de existir al momento de la muerte del causante, quien ha muerto al mismo tiempo del supuesto de causante no puede heredarle. De lo que se desprende que no hay sucesión en el caso de conmoriencia de personas entre las cuales, si hubiesen muerto en momentos diversos, la muerta más tarde habría podido suceder a la muerta antes. (Sentencia 693- 1992)

En síntesis, si no existe prueba fehaciente que demuestre quién falleció primero, si el causante o el sucesor, este último carece de vocación hereditaria, ya que no se puede determinar si sucedería por vía directa o indirecta, esto es por derecho propio en el caso que el causahabiente muera después, o por representación en el caso que el heredero o legatario fallezca antes que el causante.

La postmoriencia de un sucesor se presenta cuando este muere luego del deceso del causante, como lo menciona el Tribunal Primero Civil de San José, en su sentencia: “La segunda ocurre cuando el heredero fallece después de la causante o testadora”. (Sentencia 1932-1998)

Bajo este supuesto, el heredero no sería llamado a suceder por vía indirecta, esto es por representación. El sucesor postmuerto hereda por derecho propio, claro está que se declara heredero a la sucesión del postmuerto, su porción hereditaria pasa a formar parte de su patrimonio que también será objeto de liquidación a través de un proceso sucesorio, exista o no testamento. Tal parámetro lo describe el Tribunal Primero Civil de San José en diversas resoluciones como la siguiente:

> De existir herederos posmuertos, la distribución de la cuota de cada uno de ellos debe hacerse en la sucesión del respectivo heredero, y para ello en la primera sucesión bastaría con declarar como heredera a la sucesión del posmuerto en términos generales porque se ignora si el heredero posmuerto ha dejado o no testamento. (Sentencia 1932-1998)

El Tribunal Primero Civil explica que un heredero postmuerto no sucede por representación sino por vía directa: “[…] cuyos descendientes del posmuerto no heredan por representación porque la sucesión de ese posmuerto es heredera directa. Solo se representa en los supuestos de premuerto, indignidad o renuncia”. (Sentencia 470-M, 1995)

Proceso sucesorio en Costa Rica

Como se mencionó anteriormente, la sucesión nace en el mismo instante en que muere el causante, sin embargo para ejecutar un testamento o que se presente la repartición de bienes ante la falta de disposiciones de última voluntad del causante, es necesario que cualquier interesado inste la apertura del proceso sucesorio a nivel judicial y extrajudicial o notarial. Como lo indica el artículo 915 del Código Procesal Civil de Costa Rica: “Podrá promover el proceso sucesorio cualquiera que tenga interés en él”. Pero ese interés debe ser real, verdadero y debe ser demostrado.

Una de las finalidades del proceso sucesorio es liquidar el patrimonio de una persona ya muerta, o sea, se saldan primero las deudas del causante con dicho patrimonio y luego el sobrante se distribuye entre los sucesores, ya sean estos testamentarios o legítimos. El pago de acreedores del causante es el primer punto en liquidarse en el proceso sucesorio, ya que el patrimonio hereditario responde por las cargas y deudas del causante, solo a falta de este los legados deben saldar las obligaciones de la sucesión, como lo indica la norma.

La prioridad de pago a acreedores en un proceso sucesorio lo plasma Brenes (2013) al decir que: “Las deudas y cargas que gravan el patrimonio del difunto tienen que ser satisfechas con preferencia a cualquier asignación hereditaria, porque donde hay deudas no hay herencia, como reza el adagio jurídico”. (p. 372)

Las reglas que se deben seguir en la liquidación del pasivo de la sucesión, se encuentran indicadas en los numerales 564-565-566 y 567 del Código Civil de Costa Rica. Sin embargo, si el traspaso de los bienes a los sucesores ya se realizó, los acreedores no pueden perseguir el patrimonio de estos, pero los herederos y legatarios deben responder por tales deudas, hasta el valor de lo que recibieron a título de herencia o legado, cuando no existan otros bienes capaces de pagar las obligaciones del causante.

Dicho proceso sucesorio se divide en dos tipos, dependiendo de la clase de sucesión puede darse el juicio testamentario o el juicio legítimo o ab intestato. Ambos difieren en ciertos aspectos, como por ejemplo en el proceso testamentario, sea judicial o notarial, se debe llevar a cabo una serie de etapas previas a la que se declare la apertura del proceso, como el cumplimiento de las formalidades para la apertura de un testamento cerrado, la comprobación del testamento abierto ante testigos y del privilegiado. Dichas etapas preparatorias a la apertura del proceso están normadas en los artículos, del 911 al 914 del Código Procesal Civil de Costa Rica y 588 del Código Civil costarricense.

Las etapas previas nunca se presentarán en un juicio ab intestato o legítimo, o cuando se esté en presencia de un testamento abierto ante Notario (auténtico); se dan

ante la presencia de los otros testamentos citados; por ser un acto solemne, dicho documento requiere para su apertura y comprobación la consecución de una serie de actos que aseguren su integridad e inalterabilidad.

La jurisprudencia, de acuerdo con sus resoluciones, como la 599- 2009 del Tribunal Primero Civil de San José, ha divido el proceso sucesorio en cinco etapas, a saber:

- La apertura del proceso
- El inventario y avalúo de los bienes del patrimonio relicto
- La declaratoria de herederos
- La junta de los interesados o los herederos
- Partición

En el caso del proceso testamentario se presentan varias etapas previas como antes se mencionó, constituida por el cumplimiento de los requisitos legales para que se pueda abrir el testamento cerrado, la comprobación del abierto ante testigos y del testamento privilegiado, también se puede dar una etapa previa para asegurar los bienes de la sucesión, sin embargo estas forman parte de la primera etapa que corresponde a la apertura del proceso sucesorio.

El proceso sucesorio puede tramitarse extrajudicialmente, es decir, el que se lleva a cabo ante un notario público, sin embargo para que sea posible deben concurrir los siguientes requisitos: todos los interesados (herederos, legatarios, acreedores, cónyuge supérstite, etc.) deben ser mayores de edad y hábiles (capacidad moral), además no debe existir contención ni controversias entre ellos, de lo contrario cualquier desacuerdo que se presente debe ser resuelto a nivel judicial, en el mismo proceso sucesorio ya abierto, el cual pasará al Juzgado competente respectivo, pero el Notario pierde la competencia en forma absoluta para seguir tramitándolo. En el caso de las formalidades legales a seguir para la apertura y comprobación de los diversos tipos de testamentos, estas deben tramitarse en sede judicial, y una vez que el juez declare la idoneidad del documento, se continúa en sede notarial.

El proceso sucesorio extrajudicial debe cumplir las etapas indicadas anteriormente. Los parámetros que debe cumplir se encuentran regulados del artículo 129 al 137 del Código Notarial de Costa Rica, en el Código Procesal Civil costarricense del numeral 945 al 950. Acudir a la sede notarial es optativo, pero si existe contención en esa sede, el notario debe enviar el proceso ante el juez que de haberse seguido la sucesión en sede judicial tendría que conocer del proceso. Se puede tramitar por esta vía la sucesión testamentaria y la legítima.

Existen varios órganos o figuras de suma importancia en un proceso sucesorio como lo es el albacea, este es una figura que se encarga de representar legalmente la sucesión durante su proceso de liquidación y distribución. Es decir, este se encarga de administrar los bienes del causante, hasta que estos se distribuyan entre los diversos sucesores. Es llamado el órgano de gestión, administración y de representación en el proceso sucesorio.

Esta figura se presenta tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima; en el primer caso, el testador puede designar al albacea en el propio testamento, en el segundo caso, es la ley quien lo determina. Puede haber más de un albacea, sin embargo la legislación los clasifica en tres tipos: el albacea testamentario -el propietario y suplente-, el albacea provisional y el definitivo.

El albacea testamentario es aquel designado testamentariamente, pueden ser varios, pero el primer instituido es el que tiene la facultad para ejercer el cargo y solo a falta de este los segundos designados pueden llevar a cabo las funciones de albacea, como lo indica el artículo 541 del Código Civil de Costa Rica.

El albacea propietario es el designado primeramente por el testador, siendo el albacea suplente aquel que ejerce el cargo de manera temporal cuando el propietario no puede ejercer por un tiempo determinado. Igualmente, pueden existir varios, pero el cargo solo lo ejerce uno de ellos, siendo nombrados en el orden en el cual fueron mencionados. (Artículo 542 Código Civil de Costa Rica)

En cuanto al nombramiento del albacea provisional, este le compete al juez en el supuesto que existiendo testamento no estipula nada acerca del albacea, o la persona designada no quiso o no pudo aceptar el cargo. Como lo estipula el numeral 543 del Código Civil. Además se nombra ese tipo de albacea cuando la sucesión es legítima.

A falta de albacea testamentario, cuando es realizada la junta de interesados, estos poseen la facultad de definir quién ocupará el cargo de albacea definitivo.

El albacea tiene las siguientes funciones en un proceso sucesorio:

- Depositario de los bienes: es un deber del albacea guardar y custodiar los bienes del causante, hasta tanto no sean entregados a los presuntos sucesores.

- Inventario de bienes: se presenta una vez que el albacea acepte el cargo, este consiste en levantar un listado de los bienes que forman parte del patrimonio del difunto.
- Administración de los bienes del causante: este debe conservar la totalidad del patrimonio del relicto en su poder, hasta que dichos bienes sean adjudicados.

Entre otras funciones, todas tendientes a cuidar, resguardar y mantener íntegramente el caudal hereditario hasta tanto no se dé su distribución. (Vargas, 2010)

De seguido se explicará cada de las etapas del proceso sucesorio, según Parajeles (2010):

- Apertura del proceso: esta etapa inicial no corresponde a la apertura de la sucesión pues se considera abierta una vez que muere el causante. La apertura que declara el juez o notario es del proceso en sede judicial o notarial que tiende a liquidar el patrimonio de una persona ya muerta. Se debe presentar un escrito por la persona que solicita la iniciación de esta etapa, en el cual debe comprobarse la muerte del causante, por medio del acta de defunción expedida por el Registro Civil de Costa Rica o un documento fehaciente que compruebe su muerte temporalmente, ya que la presentación del acta mencionada es

necesaria. También se debe presentar el expediente de la declaratoria de ausencia, ante la solicitud de apertura por declaratoria de ausencia del causante.

- Se debe comprobar la existencia de un patrimonio, del testamento en el caso que exista, establecer el parentesco de los presuntos sucesores con el causante, definir si se presentan las figuras de la premoriencia, conmoriencia o postmoriencia para definir casos de representación sucesoria, o la posible cesión de los derechos hereditarios situación permitida en el artículo 1117 del Código Civil de Costa Rica, esta consiste en que el presunto heredero cede su derecho a suceder a otra persona. También se determina el procedimiento a seguir para designar el albacea.
- Todas estas circunstancias deben plantearse en el escrito inicial que promueve la iniciación del proceso sucesorio. Una vez publicado el edicto que decreta la apertura del proceso sucesorio, los presuntos sucesores cuentan con un plazo de 30 días para que se apersonen al proceso y hagan valer su derecho.
- Inventario y avalúo de bienes: se presentan dos listas que indican cuáles bienes forman parte del caudal hereditario y su respectivo valor, la primera es plasmada en el escrito inicial de apertura y la definitiva se realiza quince días después que el albacea acepta el cargo, estos pueden ser estimados en su valor por medio de un avalúo, siendo conocidos en la junta de los herederos, planteada más adelante.
- Declaratoria de herederos: esta depende de la existencia de un testamento ya que los sucesores declarados serán los que instituyan el testador, pero a falta de este la ley es la encargada de determinar quiénes serán herederos del causante bajo las reglas de la sucesión legítima, plasmada en el numeral 572 del Código Civil costarricense.
- En esta etapa se deben establecer, de manera definitiva, los sucesores por vía directa o derecho propio y los herederos por vía indirecta o representación sucesoria, es decir, definir los alcances de la vocación hereditaria. Esta última bajo el supuesto de la premoriencia, conmoriencia y postmoriencia, porque

como se explicó anteriormente la legislación otorga un tratamiento diferente, cuando dichas circunstancias concurren en los herederos o legatarios de una sucesión.

- En cuanto a la definición de la vocación hereditaria (que será analizada en apartados posteriores), esta es fundamental en dicha etapa. Al respecto, Parajeles (2010) menciona:

> El estudio de esta etapa incluye los requisitos para llevar a cabo la declaratoria, definir los alcances de la vocación hereditaria; entre ellos, temas como la conmoriencia, premoriencia y la postmoriencia. Desde luego, esos conceptos son importantes para identificar a los sucesores directos e indirectos. Estos últimos también denominados por representación. (p. 143)

- Como lo menciona el indicado autor en dicho momento procesal, es cuando se estudia, analiza y define la capacidad de suceder por parte de las personas que van a obtener el beneficio patrimonial. Pero existen situaciones en las cuales los sucesores no pueden o no quieren recibir la sucesión, bajo estos supuestos la legislación establece remedios legales, como la representación sucesoria.
- La resolución en la cual se dictan los sucesores se establece cuando hayan transcurrido los 30 días que prevé el artículo 917 del Código Procesal Civil de Costa Rica, para que los sucesores establecidos se apersonen a hacer valer sus derechos, acreditando su parentesco con el causante, en el caso de la sucesión legítima.
- Pero existe un requisito que debe ser llenado por el sucesor, para que la sucesión surta sus efectos legales. Se trata de la aceptación de la herencia que debe realizar el heredero o legatario de manera expresa, este en un requisito legal indicado en el artículo 528 del Código Civil costarricense: “La aceptación de la herencia, para que produzca todos sus efectos legales ha de ser expresa, pidiendo al Juez del domicilio de la sucesión, la declaratoria de ser tal heredero”.
- La aceptación o renuncia a la sucesión es un acto libre y voluntario que poseen los sucesores, es decir, no por el hecho de ser indicado como presunto heredero o legatario en una sucesión, se está obligado a aceptarla. La renuncia o no de

un derecho hereditario es una decisión facultativa de la persona considerada causahabiente.

- Pero de aceptarse la herencia o legado, se posee un plazo de 30 días para aceptar de forma expresa la sucesión, con la excepción de los sucesores que se encuentran en el extranjero, a los cuales el plazo es prorrogado por 30 días más. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Primero Civil de San José ha concluido que la calidad de heredero se posee, y la declaratoria se debe realizar aunque el sucesor no se haya apersonado al proceso en el caso de la sucesión legítima:

> En cuanto al agravio que solo es posible declarar como heredero a quien se ha apersonado, la tesis es improcedente. Son herederos y así deben declararse, aquellos incluidos por la ley en caso de las sucesiones legítimas, como las que nos ocupa, independientemente que se hayan o no apersonado […] (Sentencia 1665-1992)

- La aceptación de la sucesión incluye todos los derechos y deberes que forman parte del patrimonio hereditario, es decir no es posible admitir aceptaciones parciales o limitación. En cuanto a las obligaciones que pesan sobre la sucesión, la aceptación las incluye pero los sucesores responden con los bienes de la sucesión y no con los propios, según lo legisla el artículo 535 del Código Civil de Costa Rica.
- La aceptación se debe realizar ante el juez de la sucesión en el plazo antes indicado, si transcurre dicho tiempo y no ha mediado aceptación por parte de los sucesores, estos pueden reclamar la herencia siempre y cuando no haya vencido el plazo para aceptar la herencia, el cual es de 10 años bajo prescripción ordinaria.
- Al igual que la aceptación, la renuncia o repudiación del caudal hereditario debe realizarse en forma expresa ante el juez de la sucesión, y debe otorgarla el propio heredero o legatario, pues si esta se realiza a favor de otra persona, la ley no la considera como renuncia, sino como donación o cesión de derechos,

ya que los efectos de la repudiación de herencia se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión.

- La renuncia o aceptación son irrevocables en principio, solo se puede revocar si en estas medió vicio como falta de capacidad, error, violencia, dolo, intimidación, pero estas deben ser probadas. (Artículo 539 Código Civil de Costa Rica)
- Sin embargo, si una persona repudia un beneficio sucesorio, pero intestado, puede revocarla, si desconocía la existencia de un testamento que le beneficia. Normado en el artículo 540 del Código Civil de Costa Rica.
- Junta de interesados o sucesores: una vez que se encuentre en firme la resolución que declara a los herederos o legatarios definitivos, se procede a convocar a los sucesores y al albacea -ya sea el provisional o el definitivo- a una junta para tomar los siguientes acuerdos: se decidirá quién ocupará el cargo de albacea definitivo, en caso que no se haya designado, la aprobación del inventario final de los bienes que conforman el patrimonio relicto, además del avalúo de estos y la ratificación de los créditos o deudas que se hayan legalizado conforme a la disposición legal del artículo 926 del Código Procesal Civil, ya que los acreedores en una sucesión deben legalizar su crédito para obtener su pago. Los parámetros que deben cumplir los acreedores para legalizar su crédito se encuentran en el artículo 771 del Código Procesal Civil de Costa Rica.
- Partición es la última etapa del proceso sucesorio ya sea judicial o notarial. En esta se decreta la distribución de todos los bienes del causante a los respectivos herederos o legatarios, una vez pagadas todas las cargas y deudas que pesan sobre la sucesión.
- La partición extrajudicial se puede realizar si todos los sucesores son mayores de edad y hábiles y existe muto acuerdo entre ellos sobre la forma en que se llevará a cabo la partición. Ante la falta de uno de los requisitos anteriores, la partición se debe realizar en la sede judicial, en la cual el albacea definitivo debe elaborar un proyecto que defina la distribución del patrimonio conocida como cuenta partición, el cual debe ser aprobado por los sucesores y contener: el

activo (los bienes del inventario aprobado en la junta de herederos), el pasivo (definir las deudas de la sucesión), la forma en la cual se pagarán las deudas o créditos que fueron aprobados en la etapa anterior, la distribución del activo sobrante entre los sucesores, también se debe incluir el derecho a gananciales del cónyuge supérstite.

- Una vez aprobados todos los aspectos anteriores, se declara en firme el proyecto de partición y se procede a la respectiva adjudicación y liquidación de tal patrimonio.

Reapertura del proceso sucesorio

Una vez concluido el proceso sucesorio, es decir, cuando el haber sucesorio ha sido adjudicado en su totalidad, ya sea en vía judicial o en sede notarial, existe la posibilidad de reabrir ese proceso, según lo determinado por el artículo 942 del Código Procesal Civil de Costa Rica. Las causas que provocan la reapertura no se encuentran establecidas expresamente en la legislación procesal civil, pues es el Tribunal es quien debe decidir si el motivo invocado es concreto y atendible para decretar la reapertura del proceso sucesorio, es decir, el legislador dejó a decisión del tribunal si acepta o no reabrirlo.

El Tribunal Primero Civil de San José, sobre este particular, determina que: “No existe una lista taxativa de los casos en los que se permite abrir de nuevo un proceso sucesorio ya finalizado, sino que el legislador dejó a discreción del tribunal valorar la solicitud, y acogerla o denegarla”. (Sentencia 00415-2011)

La jurisprudencia de los tribunales civiles ha aceptado una serie de situaciones que pueden instar nuevamente la apertura de un proceso sucesorio ya finalizado. Vargas (2010) plantea, citando resoluciones judiciales que estas causas pueden ser la aparición de bienes del causante que no fueron inventariados porque surgieron después de ejecutada la partición, por tanto es necesario distribuirlos entre los sucesores. También se ha admitido la reapertura ante una demanda de investigación de paternidad contra el causante, pero la sucesión es la que responde por las obligaciones de este, entonces la demandada es la sucesión.

La aparición de un heredero no declarado en el proceso sucesorio, según la diversa jurisprudencia civil, no constituye una razón concreta y atendible para decretar la reapertura pues esta condición se debe discutir en la vía ordinaria o declarativa. Sin embargo, si se presenta sucesor no indicado en la declaración de herederos, antes que finalice el proceso sucesorio, será tomado en cuenta como tal en la adjudicación del caudal hereditario. Como lo afirma el artículo 920 del Código Procesal Civil:

> Si en cualquier momento, antes de la aprobación de la cuenta partición o de la conclusión del sucesorio, se apersonaren quienes reclamen la calidad de sucesores, cuyo igual o mejor derecho sea evidente, el juez podrá modificar la declaratoria hecha, conforme corresponda. (p. 143)

El procedimiento que se realiza para ordenar la reapertura inicia con la solicitud ante el órgano judicial correspondiente, luego de recibida se notifica a los adjudicatarios dicha situación, personalmente o mediante un edicto en el Boletín Judicial, para que estos se apersonen a una audiencia en plazo de tres días, el cual empieza a correr a partir del día siguiente en el cual se realizó la publicación.

Reabrir una sucesión no afecta la adjudicación de bienes aprobada judicial o extrajudicialmente. Una vez transcurrido el plazo, el juez resolverá si la apertura procede o no, pero aceptándola debe nombrar un albacea, dando resolución al motivo que provoca tal reapertura.

Según la entrevista realizada al Presidente de la Sala Segunda, el Magistrado Orlando Aguirre, el hecho que un proceso sucesorio se reabra no provoca que lo actuado en el proceso anterior vaya a quedar sin efecto, ya las adjudicaciones y distribuciones realizadas están, y por el hecho de la reapertura no pierden los efectos otorgados anteriormente. El proceso sucesorio se reabre por causas que el tribunal considere oportunos y para tal efecto se nombra un albacea, por ejemplo si aparecen bienes del causante que no se conocían, reconocimiento de paternidad o la aparición de hijos póstumos del causante, es decir, concebidos post mortem en casos excepcionales, esta última causa será analizada posteriormente.

Sin embargo, a pesar de que un proceso sucesorio judicial o extrajudicial finalice, con la respectiva aprobación de la partición y se adjudique el patrimonio relicto, la calidad de heredero puede solictarse en la vía ordinaria, claro esta, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de prescripción de una sucesión mortis causa (10 años).

Lo anterior resulta de lo que establece el artículo 533 del Código Civil de Costa Rica:

> Después de vencido el término para aceptar, el heredero y sus sucesores, mientras no haya prescrito el derecho para pedir la herencia, podrán reclamarla de cualquiera que la posea, por habérsele declarado heredero; pero éste se considerará poseedor de buena fe para la cuestión de frutos.

Si el presunto sucesor adquiere la calidad de heredero en la vía ordinaria, y este posee mejor derecho que los adjudicatarios del proceso sucesorio fenecido este tiene derecho a recibir la parte de la herencia que le corresponde, por situarse en un orden superior, al cual se encontraban los que resultaron adjudicatarios. De acuerdo a los órdenes clasificatorios que impone el artículo 572 del Código Civil de Costa Rica, en lo que respecta a la sucesión legítima. Como lo afirma el artículo 532 del Código Civil de Costa Rica:

> Si durante el término del emplazamiento, alguno o algunos se presentaren reclamando la calidad de heredero y la probaren, vencido el término, se les declarará herederos sin perjuicio de tercero de mejor derecho, y se les pondrá en posesión de la herencia.

Es decir, aunque la partición sea aprobada en un proceso sucesorio judicial o extrajudicial, y sea adjudicado el respectivo patrimonio relicto, si surge un heredero con mejor derecho que los adjudicatarios, y dicha condición es reafirmada en la vía ordinaria, éste tiene derecho de recibir la couta hereditaria que lo corresponde, siempre y cuando no hayan transcurrido diez años, el plazo de prescripción de una sucesión mortis causa.

Vargas (2010) explica dicha situacion: “No quiere decir que con posterioridad a la partición no pueda llegarse a modificar la distribución hecha en el sucesorio, pero en tal supuesto ello solo será posible mediante una acción ordinaria.” (pág.388)

Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)

La reproducción humana artificial fue creada para remediar el mal de esterilidad o infertilidad que aqueja a muchas personas, impidiéndoles ejercer su derecho a la procreación, es decir, provocando una incapacidad para reproducirse sexualmente de manera natural.

La finalidad de la TRHA es explicada por Jouve (2012) como: “Las técnicas de reproducción asistida tratan básicamente de solucionar problemas de infertilidad, remediando sus causas o facilitando el encuentro de los gametos femeninos (ovocito) y masculinos (espermatozoides) en el útero o extracorpóreamente.” (p. 196)

Cabe distinguir los términos de infertilidad y esterilidad, la infertilidad es una incapacidad de reproducción humana temporal, es decir, con medios artificiales puede procrear, sin embargo la esterilidad es una enfermedad que en muchas ocasiones es irreversible. Esta incapacidad puede presentarse en el hombre, la mujer o en ambos, y sus causas son diversas como se indica en apartados anteriores.

Sin embargo, las causas principales por las que es necesaria la aplicación de las TRHA, son en la mujer cuando ciertos factores no permiten el paso de los espermatozoides a través de la trompas de Falopio, lo cual imposibilita que el espermatozoide pueda llegar al ó óvulo para su fertilización, y en los hombres que existan recuentos tan bajos de espermatozoides que sea imposible que alguno de los pocos espermatozoides pueda llegar con vida para fecundar el óvulo, supuestos indicados en la entrevista realizada al doctor Gerardo Escalante López, Director del Instituto Costarricense de Infertilidad.

Las TRHA fueron creadas para solucionar el problema de la infertilidad, sin embargo han generado polémica en la parte legal, ética, religiosa, cultural ya que cuando estas son aplicadas tienden a tener una relación directa con dichas áreas sociales.

Principalmente, las TRHA han generado dificultades jurídicas cuando son aplicadas, ya que los diferentes cuerpos normativos no están adaptados para tomar

en cuenta la reproducción humana artificial. Debido a que la legislación data desde tiempos muy remotos, en los cuales era impensable que concurrieran en los métodos de reproducción humana asistida, el legislador creó las normas de acuerdo con la realidad social en la cual se estaba durante su creación, las cuales no han sido reformadas para tomar en cuenta dichas circunstancias.

La mayoría de la legislación costarricense fue creada a finales del siglo XIX, como el Código Civil de este país que entró en vigencia en 1888, por tanto es claro que en esta época la tecnología y la ciencia no poseían el desarrollo que hoy en día experimentan, por ello la reproducción sexual asistida no existía, o se presentaba pero de manera muy esporádica y no conocida, puesto que apenas se iniciaba su estudio y creación.

Debido a esta situación, la ley no posee los mecanismos jurídicos adecuados para dar respuesta a los conflictos que surgen en torno a la aplicación de las TRHA ya que la ciencia avanzó rápidamente pero el derecho no, y por tanto la regulación jurídica no se adecua a la realidad social que experimenta la población costarricense y otras naciones sobre la fecundación humana artificial, sin embargo, es un deber de los órdenes jurídicos ser cambiantes y evolutivos, adaptar sus normas al desarrollo y nuevas situaciones que se presenten en una sociedad determinada.

La infertilidad es una causa externa que le impide a una persona el disfrute de uno de los derechos humanos más fundamentales y esenciales, la procreación, fundar una familia. Este se encuentra en el artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como el derecho que posee tanto el hombre como la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia.

Sobre este particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el derecho de procrear una vida humana, pertenece a la esfera privada de las personas, por tanto no puede ser objeto de injerencias arbitrarias por parte de ninguna autoridad, además este derecho se retrotrae al momento en el cual la pareja decide tener un hijo, ya sea concebido de manera natural o mediante los métodos de

reproducción humana artificial. La Corte Interamericana de Derechos Humanos define el derecho a la procreación o a fundar una familia de la siguiente manera:

> De la Convención Americana de Derechos Humanos se desprende que la protección del derecho a conformar una familia comprende la decisión de convertirse en padre o madre biológicos, e incorpora la opción y acceso a los medios pertinentes para materializarla. Esta decisión es parte de la esfera íntima de la vida y corresponde al ejercicio exclusivo de la autonomía de cada persona o pareja. (Punto 20 del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos número 85/10 caso 12361)

El ente máximo internacional indica que la procreación es una facultad de todo ser humano, es un derecho de la esfera íntima de las personas, las cuales no pueden ser limitadas por ninguna autoridad, por tanto el derecho a fundar una familia extiende su protección a partir del momento en el cual la pareja decide concebir un hijo, en este instante se despliega la tutela jurídica para proteger a los beneficiarios, esto es a los padres y el futuro ser por concebirse.

Por tanto, la legislación no podría interferir en la forma bajo la cual se desea procrear, ya que de lo contrario se estaría incurriendo en una violación directa a los derechos humanos. Bajo esta premisa las TRHA son un medio esencial para disfrutar el derecho a la procreación y bajo ninguna circunstancia legal se debe prohibir su disfrute, aunque implique la utilización de la fecundación humana artificial.

De acuerdo con la entrevista realizada al Lic. Boris Molina Acevedo, este considera que el derecho a la procreación es el más fundamental y esencial que poseen los seres humanos, pues a través de este se da la preservación y continuación de la especie humana, además resalta que el derecho a fundar una familia inicia con la existencia de la voluntad conjunta de la pareja de procrear, ese acto en el cual se toma la decisión de concebir un hijo, convirtiéndose las TRHA en un remedio a la enfermedad denominada infertilidad que impide que dicha voluntad se materialice.

Por tanto, a nivel jurídico, la reproducción humana artificial representa el medio por el cual ciertas minorías pueden ejercer su derecho a procrear o a fundar una familia. Y dicho derecho a fundar una familia inicia en el momento en el cual la persona decide concebir un hijo, y ante la imposibilidad recurre a las TRHA para concebirlo.

En torno a las técnicas de reproducción humana asistida surgen otros derechos como los de, la salud, integridad, dignidad, privacidad e intimidad, entre otros que serán analizados posteriormente.

Inseminación artificial

Esta técnica de reproducción humana asistida es practicada cuando existe una incapacidad relativa o absoluta para concebir, es decir, se realiza la técnica para ayudar al proceso de fecundación, ya que existe una causa relativa en los receptores que impide la concepción natural, pero la IA da solución a esta imposibilidad. Caso contrario, se presenta cuando el hombre sufre una esterilidad irreversible, situación en la cual para poder llevar a cabo la técnica se debe recurrir al semen de un donante.

Existen otras causas presentes en la mujer bajo las cuales se debe llevar la IA, como: malformaciones vaginales o en el cuello del útero, insuficiente líquido cervical, transtornos ovulatorios y de orden inmunológico, endometriosis de baja intensidad. (Rojas y Navarro, 2013)

Para que esta técnica pueda realizarse la mujer debe cumplir ciertos requisitos de orden médico; poseer un proceso ovulatorio normal, trompas de Falopio regulares, capacidad de gestar y óvulos de calidad, de lo contrario las probabilidades de éxito del método son escasas.

El procedimiento de la inseminación artificial consta de las siguientes etapas, según Junquera y Torre (2013) que las clasifica y explica así:

- Primeramente, se realiza el estudio médico de la pareja o persona que desea someterse a la IA, analizando su historial médico, realizando exámenes clínicos del aparato reproductor, entre otros. Ante la

imposibilidad de determinar la causa de la infertilidad y la ausencia o ineficacia de los tratamientos terapéuticos que tratan dicho mal. Los pacientes pueden optar por practicar la inseminación artificial, siendo previamente informados de todas las implicaciones científicas y médicas que trae consigo dicho método. Una vez que se toma la determinación de acudir a la IA, se pasa a otra etapa.

- La extracción del esperma constituye la siguiente etapa de la inseminación artificial, realizándose la preparación del semen en un laboratorio, seleccionando los que poseen movilidad progresiva y se elimina cualquier impureza. Las etapas preparatorias en la mujer consisten en estimular la ovulación y disponer de varios óvulos, sin embargo esta implica riesgos como embarazos múltiples, pero dicha estimulación es monitoreada para reducir tales problemas.
- Finalmente, se procede a introducir el material reproductor masculino preparado, este puede ser fresco o congelado, en un catéter unido a una jeringa que se coloca ya sea en el canal endocervical o en la zona vaginal del cuello uterino, durante 6 horas para luego ser retirado por la misma mujer, la cual debe permanecer en reposo por 15 minutos después del procedimiento.
- En síntesis, el proceso consta de tres etapas, las cuales son: mejora de los espermatozoides, estimulación ovárica y depósito de los espermatozoides.

Médicamente, existen varias circunstancias en las cuales es imposible la realización de dicha técnica, a saber:

- Cuando la mujer posee una obstrucción completa de ambas trompas.
- Anomalías en el útero que impiden la unión del espermatozoide con el óvulo o la implantación del embrión.
- Riesgo de malformaciones en el niño, por deficiencias cromosómicas en el hombre.

Fertilización in vitro

Este método de reproducción humana asistida es uno de los logros médico-científico más importantes que ha experimentado la sociedad humana, es considerado en su totalidad artificial, pues todo el proceso de fecundación se realiza en el exterior, fuera del cuerpo de la mujer hasta el momento en que ya se introduce el embrión concebido en un laboratorio, al vientre materno.

El proceso de fertilización in vitro consta de las siguientes etapas de acuerdo con lo indicado por Rojas y Navarro (2013):

- Obtención de gametos: los óvulos son recolectados a través de aspiración folicular, esto se realiza determinando el ciclo menstrual, los ovarios y el buen estado del útero. Para ello se estimulan los ovarios para obtener mayor cantidad de folículos que provoquen más óvulos, los cuales se seleccionan los mejores y más aptos para llevar a cabo la concepción, dicha recolección se realiza antes de que los óvulos ingresen a las trompas de Falopio, ya que de lo contrario es imposible localizarlos. Los espermatozoides se obtienen con el mismo procedimiento de la inseminación artificial.
- Fecundación in vitro: una vez que el óvulo se encuentra en óptimas condiciones se lleva a cabo la concepción depositando el semen con el óvulo, a la espera que se produzca la fecundación. La fecundación se puede comprobar de 17 a 18 horas después, por medio del microscopio, para luego trasladarlo a un nuevo cultivo con las condiciones de luz y temperatura requeridas, 48 horas más tarde ya se ha producido la fertilización final.
- Transferencia embrionaria: la introducción del embrión al útero puede realizarse 3, 4 o 5 días después de la concepción. Cuando el embrión se encuentre en el endometrio, ya existe embarazo, pero no es hasta después de 12 días después de la implantación que se puede constatar válidamente la presencia o no del embarazo. (pp. 57–59)

Junquera y Torre (2013) establecen una clasificación más detallada del procedimiento que se realiza en la fertilización in vitro:

- Estudio de la pareja infértil: incluye exámenes clínicos para asegurar la inexistencia de causas que impliquen riegos para los receptores de la técnica.
- Estímulo ovárico.
- Monitoreo del crecimiento folicular.
- Inducción folicular con medicamentos para concluir la fase de maduración.
- Recolección, estudio y preparación del semen.
- Recolección de los óvulos de cada uno de los folículos seleccionados.
- Depósito de los óvulos obtenidos en los tubos de Falcón para su análisis en el laboratorio.
- Fertilización del óvulo ya maduro con los espermatozoides.
- Transferencia de embriones obtenidos al útero materno.
- Reposo absoluto de la mujer durante 30 minutos y hasta las 24 horas. (p. 35)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece las etapas de la fertilización in vitro, en la sentencia del 2012, del caso Artavia & Murillo y otros contra el Estado de Costa Rica:

> Las fases que se siguen durante la FIV son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno.

A partir de la TRHA surge una serie de procedimientos que facilitan la aplicación de dichas técnicas ante el surgimiento de posibles obstáculos tendientes a la posibilidad de realizarlas. La congelación de los gametos masculinos, femeninos y el embrión conforman la posibilidad que poseen los receptores de dichas técnicas de

conservar por largos períodos de tiempo sus espermatozoides y óvulos, en el supuesto que no deseen utilizarlos inmediatamente o reservar algunos para otra posible fecundación artificial. También es posible crioconservar el embrión para ser implantado tiempo después de que fuera producida su concepción. O preservar varios embriones para practicarse diversas implantaciones en períodos determinados.

Para este efecto existen bancos de semen y óvulos que poseen las medidas técnicas, médicas y científicas adecuadas para conservar el material reproductor y los embriones, ya que estos requieren estar en condiciones similares a las que se encuentran en su estado natural, para ser capaces de fecundarse y de implantarse en el caso de los embriones.

Por ejemplo, deben estar a bajas temperaturas, que oscilen entre los -10°C a -40°C, guardados en cápsulas sumergidas en nitrógeno líquido. Los espermatozoides y óvulos pueden permanecer congelados por tiempo ilimitado. (Garrido, 2015)

Los embriones pueden conservarse hasta por tiempo indefinido si se encuentran bajo condiciones óptimas: bajo congelación, la cual implica someter a los embriones a cambios osmóticos, que permiten sustituir el agua intracelular por un crioprotector que funcionan como anticongelantes para evitar posibles daños celulares. Posteriormente se congelan a bajas temperaturas en nitrógeno líquido, a -196°C. (Jouve, 2012)

Los bancos de semen y óvulos no solo conservan dicho material reproductor para uso exclusivo de sus titulares, también mantienen reservas que son donadas a personas en las cuales su infertilidad provoca la ineficacia de sus óvulos o espermatozoides, es decir para que se realice bajo técnicas de reproducción humana heterólogas, por lo que existen personas que deciden donar sus gametos masculinos o femeninos para que sean utilizados en otras personas que lo requieran.

La donación de gametos es un contrato voluntario, gratuito, formal y anónimo, puesto que el donante entrega su material reproductor no con el deseo de procrear, sino para que este sea utilizado por otras personas que sufren infertilidad severa, por tanto su intención no es crear ningún vínculo con el ser que será concebido.

Además, el que recibirá dichos gametos tampoco posee la voluntad de crear ningún tipo de relación con el donante, puesto que no lo conoce, ya que únicamente recibe el material reproductor conservado en las instituciones creadas al efecto.

Este tipo de donación es permitida en la mayoría de las legislaciones, protegiendo siempre la identidad del donante, respecto de sus receptores. Como lo menciona el decreto ejecutivo 39210-M-PS del 2015, en su artículo 4 en su párrafo segundo, dispensa al donador de cualquier vínculo legal en razón de la técnica heteróloga.

Otra figura que surge en torno a las TRHA es la maternidad subrogada o vientre por sustitución. Esta consiste en que el embrión obtenido por la unión del óvulo y el espermatozoide es implantado en diferente vientre materno, es decir, no se transfiere al útero de la titular del óvulo que procreó a dicho embrión. Esta implica que la madre que presta su vientre tiene la obligación devolver el niño a la madre genética sustituida, por ello esta figura se presenta por medio de un contrato.

Se presenta cuando la mujer se le diagnostica esterilidad severa, la cual implica la ineficiencia de sus óvulos o factores internos que le impiden a su cuerpo gestar y procurar el desarrollo de esa persona, razón por la cual se recurre a otro vientre para que el desarrollo del embrión se produzca en este. Al respecto, Escobar (2007) plantea los supuestos que abarca la maternidad subrogada:

- Fecundación in vitro con material genético (óvulo y semen) de un matrimonio o pareja estable y gestación en el vientre de otra mujer.
- Mujer que presta su vientre y óvulo (casada o no) y es fecundada por inseminación artificial o fecundación in vitro, comprometiéndose a entregar el niño o la niña al marido donador del semen y a su mujer. Esta se denomina también maternidad sustituida o compartida.

La maternidad subrogada es una figura gratuita ya que la mujer subrogante presta su vientre para que el embrión se desarrolle, sin embargo si existe lucro se está en presencia de los vientres de alquiler, en los cuales la mujer presta su vientre y recibe una remuneración a cambio, muchas naciones no la permiten por considerar

que la vida humana no puede ser considerada un negocio, ya que resulta contrario a la dignidad humana como derecho fundamental.

De acuerdo con la entrevista otorgada por el Doctor en Genética y Biología Humana de la Universidad de Costa Rica, Alejandro Leal Esquivel, la maternidad subrogada impone diversos dilemas científicos, entre ellos la existencia de dos madres, una genética y otra gestante. Situación que genera grandes disyuntivas en el establecimiento de vínculos filiatorios porque, según su explicación, la relación materno filial es la primera en establecerse durante el proceso de gestación, pues en el mismo momento que el embrión se implanta en el vientre materno, sea este o no de su madre genética, el embrión empieza a expulsar una serie de impulsos y hormonas que generan que la madre se sienta de inmediato identificada con dicho ser.

Además que el embrión recibe todos los nutrientes y elementos para su desarrollo del cuerpo de su madre gestante. Muchas teorías en contra determinan que el vínculo materno se obtiene por medio del parto, ya que esa persona pudo nacer y existir gracias a la mujer que dio a luz, de lo contrario su existencia física nunca se hubiera concretado.

Por ejemplo, en países como Brasil, la maternidad es determinada por el parto, no obstante, muchos países la prohíben como Alemania, Francia, Portugal, España e Italia, pero permitida en otros como Estados Unidos de Norteamérica, Rusia, India, Ucrania e Israel.

Fecundación artificial post mortem

Otra práctica que surge producto de la reproducción humana artificial es la fecundación artificial post mortem, supuesto de esta investigación. Como se explicó en apartados anteriores, esta supone que la fertilización artificial del gameto femenino y el masculino, ya sea por inseminación artificial o fertilización in vitro, o la transferencia del embrión crioconservado, se realizan una vez muerto el varón, es decir el padre biológico.

Según la entrevista realizada al Doctor especialista en infertilidad, Gerardo Escalante López, Director del Instituto Costarricense de Infertilidad, considera que la fecundación artificial post mortem incluye los siguientes supuestos: que existan únicamente gametos masculinos y femeninos conservados, o que ya exista un embrión crioconservado y que no hayan sido transferido al útero materno.

La fecundación artificial post mortem implica únicamente la posibilidad de la muerte del padre biológico, ya que si muere la madre para poder continuar con el proceso se requiere la obtención de otra mujer que preste su vientre, bajo este supuesto se estaría frente a la maternidad subrogada o vientre de alquiler que fue analizado anteriormente. Ya no se estaría ante fecundación artificial post mortem sino ante vientre sustituto o maternidad subrogada, supuesto que ostenta un tratamiento biológico, científico y jurídico diverso en los países donde se permite o se sanciona.

Por ejemplo, en España no se permite la maternidad sustituta cuando esta sea a título oneroso. Esta se ha presentado bajo la presencia de dos situaciones diversas:

- Que la pareja estuviere previamente sometiéndose a cualquiera de las técnicas de reproducción humana artificial, por problemas de esterilidad o infertilidad en alguno de los dos o en ambos, y antes de realizarse propiamente la concepción o la transferencia del embrión crioconservado, el progenitor (hombre) muere.
- Que la pareja no sufriera infertilidad ni esterilidad, ni estuvieran previamente sometiéndose a los métodos de reproducción humana asistida, y el varón muere por causas no previstas, como un accidente, enfermedad, entre otras, entonces la cónyuge o compañera supérstite solicita al centro médico que le extraigan el semen al cuerpo de su marido, porque desea concebir un hijo por los métodos de reproducción humana artificial.

Este último supuesto genera más dilemas en cuanto el otorgamiento de derechos filiatorios, pues no existía voluntad de procrear, requisito indispensable para que se pueda continuar con el procedimiento de reproducción humana artificial, como más adelante será analizado y explicado.

De acuerdo con la entrevista realizada al doctor Gerardo Escalante López, él afirma que no continuaría con un método de reproducción humana asistida en el caso que el progenitor muriera y no existiera consentimiento de éste, que indique expresamente la autorización para que se utilice su material reproductor genético en la concepción artificial después de muerte. Lo anterior porque considera que utilizar material genético y biológico de una persona sin su consentimiento, muerta o viva, es violentar su dignidad y sus derechos.

La fecundación artificial post mortem es una figura muy actual, y reglamentada en muy pocos países, Costa Rica aún no posee regulación al respecto.

Cuando la fecundación artificial post mortem es aplicada y la mujer logra concebir un hijo y este nace posteriormente, surge una serie de dilemas jurídicos, pues la fecundación humana artificial no se encuentra prevista o no es tomada en cuenta en la normativa, principalmente en la áreas legales con las cuales se relaciona, como en lo que respecta a los derechos de filiación paterna y los derechos sucesorios que tendría ese hijo sobre el patrimonio de su padre ya muerto, siendo este último supuesto el objeto del presente proyecto investigativo.

Existen a nivel doctrinal varias teorías en contra y a favor de la prohibición absoluta o relativa de la fecundación artificial post mortem, las cuales fueron adoptadas por las legislaciones que regulan el tema ya sea para prohibir o permitir la aplicación de las técnicas de reproducción humana artificial después de la muerte del progenitor. De acuerdo con la explicación de Jiménez (2012) dichas teorías son:

- Prohibición absoluta de permitir el empleo de la fecundación artificial post mortem: esta tesis es adoptada y defendida por, Ley Sueca (1140- 1984), la Ley Italiana (N°40 del 2004), el código Civil de Francia (artículos 311-20), la recomendación 7.3 del Informe del CAHBI (Comité Ad-hoc de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas) del Consejo de Europa de 1987 y por la Iglesia Católica por medio de la instrucción “Donum Vitae” sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Los principales

argumentos que utilizan para negar la posibilidad de fecundación artificial post mortem son:

- El surgimiento de una orfandad premeditada, ya que ese menor estaría condenado a vivir sin padre, lesionando el interés superior del menor y el derecho humano de conocer a los padres biológicos, reconocido a nivel internacional.

- El consentimiento que se otorga para permitir el empleo de los gametos propios en las técnicas de reproducción humana asistida tiene el carácter de ser personalísimo e irrevocable, por lo que al desaparecer la posibilidad de revocarse por motivo de la muerte de quien lo otorgó, también debe desaparecer la eficacia de este.

- La última objeción para negar la fecundación artificial post mortem, consiste en que la aplicación de estas técnicas de reproducción pueden generar problemas jurídicos en lo que respecta al derecho a la filiación del menor nacido y la sucesión de su padre fallecido.

- Permisión relativa de la fecundación artificial post mortem: esta es establecida mediante el Informe Warnock y el Informe Palacios, los cuales afirman la permisión de la fecundación artificial post mortem pero negando todo derecho hereditario al menor que nazca bajo dicho método, pero otorgando la filiación con respecto a su progenitor ya muerto. Este sistema se adopta para evitar abusos o fraudes por parte de la mujer. Además se considera que el reconocimiento de derechos sucesorios no recompensa la falta de la presencia física de la figura paterna en la vida del o la menor.
- Permisión absoluta de la fecundación artificial post mortem: (Gil de Medina, 2000) esta es la adoptada por la legislación española, la cual admite la aplicación de la TRHA después de la muerte del progenitor, siempre y cuando se cumpla una serie de requisitos que la legislación al efecto impone, para que el menor nacido bajo dichos métodos pueda ostentar derechos filiatorios respecto de su padre muerto y por ende capacidad para ser tenido como

heredero o legatario en la sucesión de su padre ya fallecido. Principalmente debe existir un consentimiento por parte del progenitor previo y expreso, y la fecundación artificial sea esta IA o FIV debe realizarse en un período determinado impuesto por la ley, esto con el fin de no crear una situación de inseguridad jurídica en el tanto exista un proceso sucesorio.

En razón de estas tres teorías surgen críticas y oposiciones detalladas a continuación:

En cuanto a la tesis de la prohibición absoluta de la fecundación artificial post mortem, se plantean las siguientes posiciones:

La orfandad premeditada que se alega como presupuesto para denegar la fecundación artificial post mortem, puesto que el menor estaría destinado a crecer sin la figura paterna, siendo este un derecho humano fundamental, reconocido en las naciones por medio de los diferentes cuerpos normativos y en los diversos tratados internacionales que resguardan los derechos humanos, como la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 7. A lo cual los opositores a esta teoría indican que si bien es cierto no conocerá físicamente a su padre biológico, sí va a poseer la filiación de su parte, así como la convivencia con su familia paterna. Por otro lado, argumentan que el derecho de un menor de conocer su identidad biológica no implica necesariamente tener físicamente a su padre, sino más bien que este le proporcione las condiciones que requiere para su desarrollo.

La situación anterior no se garantiza aunque el padre esté vivo, puesto que muchas veces el progenitor de un menor vive pero no responde por sus obligaciones paternas, o también el caso de la madre soltera, la cual soporta individualmente todas las cargas económicas y emocionales que tienen la crianza de un hijo o hija por decisión propia, lo cual no se considera como una conducta que esté prohibida. De lo contrario, si se utiliza como argumento de prohibición evitar que niños crezcan sin padre, debería de igual manera no permitir a una mujer soltera procrear un hijo, como es explicado de seguido.

Jiménez (2012) describe los fundamentos que establecen que la fecundación artificial post mortem no genera el nacimiento de niños sin padre o una orfandad premeditada, pues existen otras situaciones que se dan en la sociedad, que podrían provocar la violación del derecho humano de conocer al padre y a la madre, y sin embargo no son restringidas legalmente:

> […] sobre este argumento debería prohibirse que tuvieran hijos los enfermos con enfermedades irreversibles y casos semejantes, prohibición inimaginable por ir en contra de la dignidad personal y a la intimidad personal y familiar, y que en la fecundación post mortem, a diferencia de la fecundación asistida de mujer sola, el hijo sí tendría padre aunque no llegue a conocerlo, pues tendrá una relación de filiación y de parentesco con su familia paterna. (p. 94)

Prohibir la fecundación artificial post mortem alegando el interés superior del menor por el hecho de no tener la posibilidad de conocer a su padre biológico, no es suficiente razón ya que también prohibir las técnicas de reproducción humana asistida sería violentar el derecho humano a la procreación de la madre y del padre, que en la mayoría de los casos la voluntad de procrear es una decisión tanto del hombre como de la mujer, y como se explicó anteriormente, la protección del derecho a fundar una familia inicia en el momento en que ambos progenitores determinan concebir un hijo o hija, por tanto, prohibir a la viuda concebir ese hijo que planeó y consintió con su esposo ya muerto, sería de igual manera violentar el derecho a la intimidad personal y familiar.

En cuanto a la revocación del consentimiento por la muerte de quien lo otorgó, los opositores indican que no existe razón para declarar la ineficacia de dicho consentimiento, puesto que se admiten otras disposiciones para después de la muerte la cuales son válidas ante la legislación, por tanto resulta improcedente negarle efectos jurídicos a la voluntad de procrear que otorga una persona antes de su muerte. (Jiménez, 2012)

En cuanto a los problemas en la determinación de filiación paterna, y la posible capacidad de suceder de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem, muchos doctrinarios afirmanque existen figuras permitidas por el ordenamiento jurídico que generan problemas más serios, y aún así, fueron reguladas y ordenadas legalmente, por tanto, la concpecion superpóstuma no debería convertirse en un dilema jurídico, sino una manera en la cual la legislacion puede adaptarse a la realidad social.

Pero, ésta se debe permitir tomado en cuanta los derechos sucesorios del menor que nace producto de fecundación artificial post mortem, ya que, autorizar la concepción póstuma, pero negándole al menor que nace producto de ésta cualquier derecho a suceder a su padre muerto es las más criticada, pues no es posible que al menor concebido por fecundación artificial post mortem se le otorgue la filiación paterna y se le excluya de la sucesión de dicho progenitor, existiendo un reconocimiento legal que le otorga la calidad de hijo. Una vez otorgada la filiación al hijo, no existe motivo válido que lo excluya de la sucesión de su padre muerto, bajo el supuesto que la filiación determina los derechos sucesorios.

No siendo suficiente motivar dicha exclusión para evitar fraudes y abusos, lo que se debe de hacer es adoptar medidas para evitarlos, de lo contrario se provocaría actos discriminatorios considerados como contrarios a los derechos humanos.

Rams (2002) justifica la oposición a dicha teoría estimando que si se reconoce filiación con respecto al padre muerto, no hay razón para privar al menor concebido bajo fecundación artificial post mortem de los derechos hereditarios sobre la sucesión de su padre, ya que posee la calidad de hijo legalmente:

> Nacido un ser por IA post mortem, la cuestión principal radica en determinar su filiación y saber si es hijo del fallecido o no. Si se estima que no cabe tenerle como hijo, por las razones que fuere, no hay lugar a pensar en derechos sucesorios respecto de esta persona. Pero si se puede estimar que el nacido es hijo del fallecido, no es lógico que se le prive de tales derechos. (p. 387)

La tesis permisiva, pero bajo ciertas condiciones, es la más aceptada y la adoptada por muchas legislaciones que regulan y permiten la fecundación artificial post mortem. La principal oposición que presenta es la ocurrencia de una orfandad premeditada, a lo cual los defensores le indican (Gil de Medina, 2000):

> Cabe señalar que el hijo sí va a tener padre, no lo conocerá materialmente, no disfrutará de él, de su protección y afecto, pero no puede decirse que es un hijo sin padre o de padre desconocido: tendrá filiación paterna, y relación de parentesco con la familia paterna, por lo que no se verá afectado o privado de la asistencia de esa familia.

Los argumentos que defiende esta postura son:

- La obligación de cumplir con los deberes respecto de los hijos no es exclusiva del padre, también de la madre, siempre que ambos vivan, al momento de la muerte de uno de los progenitores es cuando el cumplimiento recae en el que sobrevive.
- La constitución no establece tipos de familias, simplemente se limita a dar una protección a esta sin indicar calificaciones al respecto.
- El derecho de procreación de la mujer en la fecundación artificial post mortem prevalece sobre el derecho del menor de crecer bajo la presencia de una figura paterna, por las razones expuestas anteriormente.

Cabe mencionar que España es uno de pocos países en permitir y regular la fecundación artificial post mortem, estableciendo requisitos para que esta se pueda llevar a cabo, principalmente para proteger los derechos filiatorios y sucesorios del niño nace producto de ésta.

Además, existen otros beneficios que puede generar la fecundación artificial post mortem, explicados por Lledó (2007) están que puede ayudar a tratar enfermedades graves como, reparar tejidos por la edad por causa del mal de Parkinson, de infarto de miocardio, entre otras.

Ahora bien, Lledó (2007) ejemplifica la figura como:

> […] poner a disposición de la viuda estos logros en un hipotético tratamiento eficaz ante enfermedades graves. […] Es más, se permitiría con la concepción del hijo sobrevenido ayudar quizás al hermano si recayese en una enfermedad o patología incurable. De esa manera se permitiría la selección genética de embriones para prever contingencias del futuro y dulcificar tratamientos terapéuticos agresivos. (p. 129)

Seguidamente, se realizará el análisis de una serie de elementos que explican y fundamentan la incapacidad de suceder en una sucesión mortis causa de los hijos concebidos por medio de la fecundación artificial post mortem que actualmente poseen las personas concebidas bajo este método.

Objetivo 2: Examinar la relación existente entre la capacidad legal de suceder y la fecundación artificial post mortem en Costa Rica

Un hijo que es concebido luego de la muerte de su padre biológico, por medio de las técnicas de reproducción humana artificial, no posee, en principio, y según la legislación aplicable en Costa Rica actualmente, capacidad legal para ser considerado heredero o legatario en la sucesión de su padre.

La afirmación anterior no solo se basa en que no existe norma legal que tutele esa capacidad, sino también en que, en Costa Rica nunca ha presentado un caso de fecundación artificial post mortem que obligue al ordenamiento jurídico a establecer una solución a la vocación hereditaria de los hijos superpóstumos, como se les conoce cuando su concepción y nacimiento es posterior al deceso de su progenitor, no existe interpretación, doctrina o jurisprudencia que puedan solucionar la incapacidad legal de suceder de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem, como sí se ha presentado en otros países, que por medio de la interpretación de la legislación civil vigente, como también la creación de leyes específicas, permiten que los hijos producto de fecundación artificial post mortem puedan suceder a su padre biológico,

el causante, aunque no cumplen con el requisito de existencia al momento del fallecimiento del causante.

En síntesis, la relación de la capacidad legal de suceder y la fecundación post mortem es contraria, puesto que la aplicación de la última provoca dilemas jurídicos en el derecho sucesorio, ya que origina personas que no cumplen con uno de los preceptos del derecho sucesorio más antiguo e importante, la necesidad de que el presunto heredero o legatario exista a la muerte del causante.

Sin embargo, muchas legislaciones han logrado conciliar la fecundación artificial post mortem y la capacidad legal de suceder de las personas concebidas bajo esta técnica debido a que negarle vocación hereditaria a un hijo que aunque no se encontraba presente ni concebido a la muerte de su padre llegó luego a nacer, alegando el incumplimiento de dicho precepto, esta situación ocasionaría la violación de principios y derechos humanos fundamentales, por lo cual, de seguido serán analizados los elementos que conforman la capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa en Costa Rica, así como también todos los presupuestos jurídicos o no, que explican y describen la existencia de la persona. De igual manera se analizará la filiación de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem.

Por último, los derechos humanos fundamentales que violentan tanto la no permisión de la fecundación artificial post mortem como la negación de la vocación hereditaria a los hijos concebidos bajo esta técnica, para luego indicar la posible capacidad de suceder mortis causa que posee un hijo concebido y nacido luego del fallecimiento de su progenitor.

La capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa en Costa Rica

Los herederos o legatarios en una sucesión mortis causa deben cumplir u ostentar una serie de cualidades y requisitos impuestos por la propia legislación de sucesiones en Costa Rica, para que se les reconozca la capacidad y posibilidad de ser sucesores, tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria.

Todos los presuntos herederos o legatarios deben cumplir dichos parámetros, como es el caso de los hijos de este, aunque tienen un parentesco consanguíneo con el cujus, la ley no les exime de su cumplimiento.

En principio, toda persona posee capacidad legal de suceder, el único requisito es la personalidad, con la excepción de los concebidos como más adelante será analizado ampliamente, y como lo menciona Díez (2012): “El requisito necesario para suceder es pura y simplemente la personalidad. Tratándose de personas naturales, su capacidad deriva del hecho de nacer”. (p. 30)

Los presupuestos básicos para poseer la capacidad de suceder son: ser sujeto de derecho, es decir, poseer capacidad y personalidad jurídica, también es indispensable poseer capacidad legal para suceder, la cual no se encuentre limitada por la legislación, y sobrevivir al causante, con la excepción del ser concebido, y en algunas legislaciones incluyen al concepturus o ser no concebido, como será analizado posteriormente. (Acedo, 2014)

Sin embargo, existen situaciones que no le permiten legalmente a una persona, poseer la capacidad de suceder, como lo explica Díez (2012), en el sentido de que las normas que regulan la capacidad de suceder se presentan en la legislación con diversas denominaciones entre las que se encuentran prohibiciones para recibir por testamento válidamente la ineficacia de las disposiciones testamentarias que no se ajustan al parámetro anterior, y la indignidad, todas las anteriores forman parte de las llamadas incapacidades relativas para suceder. La incapacidad de suceder no es absoluta, puesto como fue mencionado anteriormente, la capacidad para suceder la posee cualquier persona, pero existen situaciones en las cuales se incurren y provocan incapacidad para ser sucesor.

Como lo explica Díez (2012): “Usualmente se les conceptúa como incapacidades relativas, porque afectan a personas determinadas en relación con una concreta sucesión”. (p. 31)

Entonces la capacidad de suceder en una sucesión mortis causa es inherente a cualquier persona, basta con el nacimiento y la excepción de los concebidos, pero existe una serie de hechos indicados en la legislación que producen incapacidad para ser tenido como heredero o legatario, estas se denominan incapacidades relativas, indignidad e ineficacia de la disposiciones testamentarias por ser física y legalmente imposibles.

Las incapacidades relativas para suceder se encuentran reguladas en el Código Civil de Costa Rica, en el numeral 592, el cual imposibilita una serie de personas para que sean tenidos como sucesores, los cuales son:

> 1.- Del menor no emancipado, su tutor, a no ser que habiendo renunciado la tutela haya dado cuenta de la administración, o que sea ascendiente o hermano del menor.
>
> 2.- Del menor, sus maestros o pedagogos, y cualquier persona a cuyo cuidado esté entregado.
>
> 3.- (*) ANULADO
>
> (*) Declarado inconstitucional el inciso 3) del artículo 592 por resolución N° 6328- 2000 de las 16:20 horas del 19 de julio de 2000 de la sala Constitucional.
>
> 4.- Del cónyuge adúltero, su copartícipe, si se ha probado judicialmente el adulterio, salvo que se hubieren unido en matrimonio.
>
> 5.- Del testador, el cartulario que le hace el testamento público o autoriza la cubierta del testamento cerrado, y la persona que le escriba ésta.
>
> La incapacidad de los incisos 2) y 3) no impide los legados remunerativos de los servicios recibidos por el testador, ni las disposiciones en favor del consorte o de parientes que pudieran ser herederos legítimos del testador.

Además de las personas mencionadas que se consideran incapaces para suceder, existe otra causal que genera la incapacidad para recibir herencia, la indignidad que será explicada de seguido.

Indignidad

Como se explicó anteriormente, consiste en una ofensa grave que comete el sucesor contra el causante o su honra, y en el caso nuestro contra los progenitores del causante, el consorte o sus hijos. Puede presentarse tanto en la sucesión legítima como la testamentaria. La declaratoria de indignidad la pueden solicitar los que tengan interés en ella, porque serían llamados a suceder en lugar del presunto indigno, es decir, los que tengan interés en que dicho sucesor no reciba su beneficio hereditario, porque pueden acceder al derecho de acrecer para los otros sucesores, ya que ante la vacancia de una cuota del patrimonio sucesorio, los demás herederos pueden aumentar su parte hereditaria, como fue explicado anteriormente.

La indignidad implica una aptitud que posee relativamente el heredero o legatario con respecto al causante y su fundamento se encuentra en situaciones éticas y morales que no producen sanciones absolutas a nivel general, estas quedan a discreción del causante quien posee entera libertad para perdonar al indigno y favorecerle luego en alguna de las disposiciones que establezca en su testamento. (Rams, 2009) Tal situación de perdón por el testador, que sería tácito, se encuentra expresamente prevista en el artículo 524 del Código Civil de Costa Rica.

La indignidad provoca la incapacidad relativa para suceder en una sucesión mortis causa, sin embargo la indignidad e incapacidad relativa son figuras jurídicas independientes, lo cual genera individualidad en ella, tal y como lo menciona Rams (2009): “La indignidad y la incapacidad relativa tienen de común no ser ni la una ni la otra, en caso alguno una cualidad del favorecido, sino una cualidad relativa frente a un determinado causante […]” (p. 60)

Las diferencias existentes en la indignidad e incapacidad relativa son explicadas por Rams (2009) de esta manera:

> La indignidad es una cualidad relativa a la conducta del sucesor que se basa en razones morales y éticas, tiene la consideración de pena privada, no limita la libertad del testador para favorecer al indigno o perdonar

> expresamente, y puede derivar de causas sobrevenidas tras la apertura o incluso la aceptación de la herencia, mientras la incapacidad relativa deriva de los hechos o situaciones siempre anteriores a la apertura de la sucesión, fundando una presunción independiente de la conducta del sucesor, no constituye pena y limita la libertad del testador, que no puede dispensar de ella ni burlar la prohibición legal a través de persona interpuesta. (p. 60)

Es decir, la principal diferencia existente entre la indignidad y la incapacidad relativa radica en que la primera constituye una acción propia o que viene del presunto sucesor, y limita su capacidad de suceder, pero la incapacidad es una circunstancia que no es provocada por el heredero o legatario, sino que viene indicada de la ley por lo que el testador no puede perdonar ni favorecer al incapaz, pues el sucesor posee cualidades que legalmente le impiden suceder al causante.

Existe otra diferencia entre la incapacidad relativa y la indignidad, consiste en su ámbito de aplicación, ya que la incapacidad relativa es propia de la sucesión testamentaria, mientras la indignidad se puede presentar tanto en la sucesión legítima como la testamentaria. (Rams, 2009)

Para que esta surta los efectos legales debe ser declarada judicialmente, es decir, se requiere que a instancia de parte el sucesor sea privado de su cuota hereditaria, la acción para solicitarla prescribe en cuatro años, y si muere el presunto sucesor indigno sin haberse invocado la indignidad, esta no se puede seguir contra los sucesores del tal heredero o legatario.

El artículo 524 del Código Civil de Costa Rica establece la figura del perdón tácito de indignidad, la cual surge bajo dos circunstancias: primeramente, si el testador al momento de otorgar testamento conocía la causa de indignidad y aun así lo instituyó como heredero o legatario. Segundo, si después de hacer el testamento se enteró de la indignidad, y teniendo la posibilidad de revocar la disposición no lo hace. La ley considera bajo estos supuestos, que el sucesor queda habilitado para recibir el beneficio hereditario.

Si desde la apertura de la sucesión el sucesor declarado indigno recibió algún bien, este tiene la obligación de devolver dichos bienes más los frutos que obtuvo de los mismos, según lo indicado en el artículo 526 del Código Civil de Costa Rica.

La indignidad no es otra cosa que la ingratitud del sucesor, la cual es sancionada por la ley, negándole infractor su facultad de ser heredero. Al respecto, Brenes (2013) explica dicha situación:

> […] este es un castigo que se impone al que falta de un modo grave a las consideraciones debidas a su benefactor, o le ofende con hechos reveladores de odio u otra pasión malsana.
>
> La indignidad, las más de las veces, no es otra cosa que la ingratitud castigada por ley civil. (p. 352-353)

La indignidad es similar a la figura de la exheredación que en Costa Rica no aplica, ya que se presenta en la herencia forzosa que tampoco se presente en nuestro país, siendo esta última la cuota hereditaria que se debe reservar para varios parientes del causante y que es imposición de ley, entonces la normativa ofrece al causante la posibilidad de quitar la porción hereditaria al sucesor bajo este régimen cuando comete alguna ofensa grave contra el cujus. Brenes (2013) aclara la función de la exheredación al decir que: “[…] se ha adoptado el recurso de la exheredación con el fin de proporcionar al testador el medio de privar al heredero forzoso que le ha ofendido gravemente, de los beneficios de la herencia”. (p. 351)

En cuanto al derecho a acrecer que pueden ostentar los otros sucesores en virtud de la declaratoria de indignidad de un heredero o legatario, no opera en los casos de representación sucesoria, como antes fue explicado. Brenes (2013) menciona tal circunstancia: “Excluido alguien de la sucesión a causa de la indignidad, es permitido que recoja la herencia que debería tocarle, aquel que, conforme a las leyes de la representación sucesoria, pueda venir en su lugar”. (p. 353)

La legislación de sucesiones en Costa Rica enumera las causas de indignidad en el artículo 523 del Código Civil, las cuales serán analizadas de seguido:

- Incurrir en una ofensa grave contra la propia persona o la honra del causante, o sus padres, consorte e hijos: las ofensas calificadas como graves implican un ámbito muy extenso de situaciones que pueden considerarse una ofensa, ya que esta puede darse bajo cualquier conducta que realice el sucesor, entonces es el juez, por medio de las pruebas que se le presente quien determina si dichas acciones son ofensas graves, ya sea hacia el causante, sus padres, hijos o cónyuge.
- La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia señala que se considera como ofensa grave:

  > […] las ofensas pueden ir desde una simple falta hasta un crimen y que pueden dar lugar a la exclusión de un heredero, considerando nuestros tribunales que el abandono en los deberes derivados de la patria potestad, como el de guarda, crianza y educación a los hijos o el maltrato físico inmoderado, dan lugar a que se tenga por establecida una falta grave […] (Sentencia 00182-1991)

- Cuando el heredero o legatario denuncie al causante por algún delito al que se le imponga legalmente pena de prisión: esta causal indica ciertas excepciones bajo las cuales no aplicaría, si las víctimas del delito denunciado es el propio sucesor, su consorte, sus padres o hijos. Igualmente es causal de indignidad contra el sucesor si en un proceso penal abierto que merezca pena corporal el heredero o legatario dan declaraciones falsas que perjudiquen al causante.
- Los parientes del artículo 190, sin embargo este fue derogado del Código Civil de Costa Rica, y en su lugar se aplica el artículo 196 del Código de Familia costarricense, el cual expresamente señala que pierden el derecho a heredar los parientes llamados a la tutela con respecto a su pupilo en el caso que muera sin testamento, sean mayores o no, cuando estos incurran en las siguientes acciones:

  - No ejerzan dicho cargo por su culpa.
  - Sean destituidos por mala administración.

- Condenados por dolo en el juicio de cuentas.

  Además, este mismo ordinal indica que estos deben pagar los daños y perjuicios y el daño moral causado.

- Los herederos legítimos indicados en el artículo 572 del Código Civil de Costa Rica que no cuiden, recojan o internen en un establecimiento público al causante que se encuentre loco o abandonado.
- Los sucesores que, por recibir la herencia o el legado, estorbaren, con fraude o por fuerza, que el causante hiciera testamento o revocara el hecho, o sustrajeren éste, o forzaron al causante para que testara.

Además de la indignidad como requisito para suceder, está el hecho de ser persona física, es decir no se admiten personas jurídicas como herederos en el caso de la sucesión legítima, con la excepción del Estado. En la sucesión testamentaria no aplica esta regla, pues el testador puede instituir como heredera o legataria a una persona jurídica.

Testamentariamente, la capacidad para recibir por testamento se denomina testamentificación pasiva. Expresamente en el ordinal 592 del Código Civil de Costa Rica, contempla a ciertos sujetos que poseen incapacidad relativa para suceder testamentariamente, mencionados anteriormente.

El ausente declarado judicialmente no puede suceder porque no se conoce o no se tiene certeza si estaba vivo al momento que murió el causante, si existe certeza de que su ausencia fue anterior a la del causante, en ese supuesto eventualmente aplicaría la figura de la representación sucesoria.

Vocación hereditaria en Costa Rica

Existe un requisito adicional para que la ley otorgue la capacidad de ser heredero o legatario, y corresponde a encontrarse vivo o al menos concebido al momento en que muere el causante, esta situación se conoce jurídicamente como vocación hereditaria.

Parajeles (2010) la define como: “Para heredar se requiere vocación hereditaria. Ese carácter exige estar con vida al momento de la defunción del causante”. (p. 163)

A la vocación hereditaria también se le denomina llamamiento efectivo a los presuntos sucesores, para que este se presente deben darse dos presupuestos los cuales son, según Diez (2012) son: La efectividad del llamamiento, o vocación hereditaria, depende en todo caso de la apertura de la sucesión, y de que el llamado sobreviva al causante que no le haya premuerto”. (p. 29)

Pero la calidad de ser sucesor la otorga la ley, y el hecho de no poseer capacidad de actuar no quiere decir que se le prive al sucesor del derecho a suceder, pues se configura como un derecho propio que deviene de la ley. El Tribunal Primero Civil de San José en sus diversas resoluciones ha manifestado tal criterio: “La vocación hereditaria proviene de imperativo legal y no necesariamente de la aceptación. Si bien se publica un edicto y se notifica para excluirlo, debe mediar renuncia expresa”. (Sentencia 792-2010)

Este principio fue establecido doctrinal y jurisprudencialmente, pues en la legislación de sucesiones en Costa Rica no se encuentra indicado expresamente, pero sí tácitamente, como en el artículo 578 del Código Civil de Costa Rica, el cual prohíbe establecer disposiciones en un testamento a favor de personas inciertas y que no puedan llegar a ser ciertas y determinadas.

Esta norma indica la prohibición de establecer como sucesor a una persona que no esté viva o al menos concebida, es decir, que no se pueda determinar ni individualizar, que no sea una realidad objetiva, pero igualmente impone que para que la prohibición sea absoluta no puede existir ninguna posibilidad que demuestre la existencia o al menos la concepción del presunto heredero o legatario. Pues, si acontece dicho supuesto, la disposición testamentaria a favor de persona incierta sería válida.

El requisito de existencia al momento de la muerte del causante no es absoluto y limitado ya que admite que se tenga por sucesor a un ser concebido, es decir que aún

no se encuentre físicamente presente de manera independiente e individual. Sin embargo, para que ese derecho se concrete este debe nacer con vida, de lo contrario no se le adjudicará el beneficio hereditario debido a que el ser concebido no es tenido como sujeto de derechos, sino la ley otorga una tutela jurídica para el resguardo de sus futuros y posibles derechos que serán una realidad si el concebido llega a nacer con vida. Dicho supuesto lo indica el artículo 31 del Código Civil de Costa Rica.

Otro ejemplo que demuestra el carácter ilimitado que cobija el principio de la sobrevivencia del sucesor al causante, es el caso del premuerto al cual la legislación le otorga de manera indirecta vocación hereditaria, a pesar de no cumplir con el precepto de existencia al momento de la muerte del causante, pues la ley da la posibilidad que este sea sustituido en dicha sucesión (en virtud de la figura de la representación hereditaria) por sus descendientes, que a su vez sean descedientes o sobrinos del causante autor de la sucesión. Sin embargo, para que opere legamente dicha representación se exige que el premuerto debió poseer vocación hereditaria en el caso que estuviera vivo y fuera llamado a suceder.

Bajo esta premisa, existe una inequidad en las normas en cuanto al principio que para poder suceder se debe estar vivo o al menos concebido al fallecimiento del causante, sin embargo, el heredero premuerto no cumple tal requisito y la legislación le exige vocación hereditaria, aunque no va a recibir el beneficio hereditario por no existir, pero aun así se solicita su vocación hereditaria.

La vocación hereditaria indirecta del premuerto se refleja también en el hecho que los llamados a recoger el beneficio hereditario en lugar del heredero premuerto no suceden por derecho propio, sino en sustitución del premuerto.

Lo hacen en virtud de la figura de la representación hereditaria, aunque el término “representación” utilizado no tiene el sentido o significado que normalmente se le conoce en el derecho común. En otras palabras, normalmente en el derecho común, quien representa no actúa a nombre ni a beneficio propio, sino de otra persona. Situación distinta, sucede en el caso de la representación sucesoria, en la cual el

representante recibe el beneficio para sí mismo y no debe entregar ni rendir cuentas al representado, en este caso sería al heredero premuerto.

Presupuesto afirmado por Vargas (2010): En efecto todos sabemos que la representación se da cuando una persona actúa a nombre de otra, recibiendo esta última los efectos de tal actuación.

> En cambio, en el caso que nos ocupa el llamado a recibir la herencia de aquel que no quiere o no puede recibirla no se coloca en su lugar para actuar en su nombre y para que este resulte beneficiado con su actuación, sino por el contrario el beneficio lo recibirá él y no su representado. (p. 63)

Por lo tanto, esta situación genera que el principio de existencia del causahabiente al deceso del causante no sea imperativo y absoluto.

En conclusión, las condiciones que deben ostentar un heredero o legatario para poseer legalmente la capacidad de suceder son:

- No ser declarado indigno.
- Ser persona física y no jurídica en el caso de la sucesión legítima con la excepción del Estado.
- No ser declarado ausente.
- Existir o al menos estar concebido a la muerte del causante.

Capacidad de suceder de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem, según la legislación actual de Costa Rica

La fecundación artificial post mortem ha generado la posibilidad de que un hijo sea concebido tiempo después de la muerte de su padre biológico, supuesto posible por medio de las técnicas de reproducción humana asistida. Bajo el precepto que exista la congelación de los gametos masculinos o la crioconservación de uno o varios embriones, y que estos sean fecundados o transferidos luego del deceso del titular del material reproductor masculino que propició la fecundación del óvulo o el surgimiento del embrión crioconservado.

Los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem y que nazcan de manera efectiva no cumplen con el presupuesto legal que indica la legislación de sucesiones costarricense para ostentar vocación hereditaria, debido a que aunque nació efectivamente y está vivo, al momento de la muerte del causante no se encontraba ni tan siquiera concebido, entonces como la concepción del hijo se dio después de la muerte de su padre biológico, este no podría ser llamado a suceder a su padre biológico, el causante de la sucesión, en principio, según la normativa jurídica actual costarricense.

Aunque efectivamente la legislación brinda tutela jurídica al ser concebido, según el mandato legal que se indica en el artículo 31 del Código Civil de Costa Rica, que constituye no personalidad jurídica al nasciturus o ser concebido, sino una tutela jurisdiccional que respalda y reguarda sus posibles derechos, siendo estos efectivos si el ser concebido efectivamente llega a nacer con vida.

Sin embargo, dicha protección no se extiende al ser aún no concebido o concepturus, por tanto un hijo que nazca bajo fecundación artificial post mortem y según la aplicación objetiva de la ley, ostentaría incapacidad legal para suceder, carecería de todo derecho sucesorio, con respecto a la sucesión de su padre muerto.

Ahora bien, la restricción de los derechos sucesorios de los hijos del causante que no se encontraban presentes ni concebidos al momento de la apertura de la sucesión, pero fueron concebidos y nacieron luego de la muerte de su padre biológico, ocasionaría la violación de una serie de derechos humanos fundamentales, principalmente violentaría el principio constitucional de no discriminación e igualdad ante ley, ambos consagrados no solo a nivel nacional sino internacional, como derechos humanos fundamentales.

En síntesis, un hijo que no está concebido a la muerte de su padre, en principio no podría llegar a ser tenido en cuenta en la sucesión de su progenitor, aunque luego sea concebido y nazca, ya que no cumple con vocación hereditaria exigida al momento del deceso del sucesor, según la legislación costarricense actual.

La capacidad de suceder en una sucesión mortis causa testamentaria o legítima, de los hijos que no cumplieron con el requisito de existencia al momento de la muerte del causante, su padre, se otorga en muchos países del mundo, como más adelante será analizado, sin embargo en nuestro país la regulación del tema es completamente nula, en lo que respecta a la capacidad de suceder de los hijos superpóstumos, ya que ni el decreto ejecutivo que norma la fertilización in vitro en Costa Rica, ni el proyecto de ley que está pendiente de aprobación en la Asamblea Legislativa de Costa Rica, incluyen dicho tema, aunque el Decreto Ejecutivo prohíbe la fecundación artificial postmortem, de manera superficial, pues su régimen de prohibición no es amplio ni explicativo.

Sin embargo, en el proyecto de Ley sobre fecundación in vitro, se tiene la iniciativa de incluir el tema, bajo las recomendaciones de las Comisiones de la Asamblea Legislativa de Cost Rica que revisan tal proyecto, como anteriormente fue explicado.

Existen tres presupuestos básicos en los cuales se basan muchas legislaciones para no reconocer capacidad de suceder a un ser que ni tan siquiera está concebido, los cuales son indicados por Rodríguez (2015) : la incertidumbre que puede generar a los derechos sucesorios de otros herederos o legatarios de la sucesión que resultarían perjudicados con el nacimiento de este menor, en el supuesto que su porción hereditaria podría ser menor, o no serle otorgada del todo por tener mejor derecho el niño que es concebido y nacido luego de la muerte del causante.

El segundo criterio que se alega para negar capacidad de suceder a las personas que no cumplen con el requisito de existencia a la muerte del causante, consiste en la inadecuación de los preceptos legales tradicionales que rigen el derecho sucesorio, a situaciones en las cuales el sucesor no se encuentre concebido a la muerte del causante, supuesto no comtemplado en la legislacion sucesoria, por el carácter obsoleto de la misma.

También, la negación de vocación hereditaria a las personas concebidas y nacidas luego de la muerte del causante es evitar posibles situaciones de fraude y

abuso que se puedan cometer para obtener algún derecho hereditario en la sucesión del causante, cuando no se posee un título válido para obtener una porción de la sucesión.

Debido a que la creación de los ordenamientos jurídicos que regulan las sucesiones datan desde hace muchos años atrás, y las técnicas de reproducción humana artificial son un surgimiento científico muy actual, estas eran impensables hace una década atrás, por lo que no fueron tomadas en cuenta en la vocación hereditaria de los niños que nacen por dichos métodos, por los legisladores que instituyeron la normativa de sucesiones en Costa Rica.

El requisito que se demanda para ser considerado sucesor legalmente y que actualmente aplica la legislación de sucesiones en Costa Rica, radica en la existencia de la persona, este concepto es muy amplio y concebido de diferentes maneras, por ejemplo, la legislación reconoce como ser humano, en cuanto al otorgamiento de derechos, al ser que se encuentra concebido, sin embargo lo único que instituye es una protección a sus futuros derechos, ya que la personalidad jurídica y la capacidad de actuar le son reconocidas una vez este nazca y con vida, según lo indicado en el artículo 31 del Código Civil de Costa Rica.

Pero la capacidad de suceder de los hijos que se conciben luego del deceso del causante, su padre biológico, ya es una realidad posible en muchas legislaciones foráneas como la española, tema que será analizado en apartados posteriores. Como lo menciona Rams (2009): […] las personas futuras son ya una realidad pensable e identificable en su tiempo, y que pueden, desde ahora […] (p. 55)

La legislación española contempla la posibilidad que el testador instituya como herederos o legatarios a personas aún no concebidas a su muerte, a través de la figura jurídica denominada sustitución fideicomisaria, como lo afirma Díez (2012): “[…] la sustitución fideicomisaria, que permite que los testadores llamen en orden sucesivo a los herederos, incluso a los que no conocen al morir por no existir”. (p. 39)

Está claro que aunque la sustitución fideicomisaria se establece como un medio para otorgar capacidad de suceder al concepturus, está sujeta a condición la cual constituye que el no concebido llegue a nacer para que dicha institución testamentaria sea válida, es decir, los sistemas jurídicos que admiten la sustitución fideicomisaria permiten, muy recientemente, que el fideicomisario sea un ser aún no concebido a la muerte del causante pero para que la vocación hereditaria surta los efectos legales comunes, el fideicomisario debe llegar a nacer, de lo contrario, el traslado de los bienes por parte del fiduciario al fideicomisario nunca se llegará a concretar. Como lo explica Díez (2012):

> Pero si se reconoce la aptitud de la sustitución fideicomisaria como cauce para una llamada hereditaria a los no concebidos, no debe existir dificultad que impida su llamada directa sujeta a condición: si nacen. También su llamamiento como fideicomisarios, es decir, como herederos del testador, es condicional. (p. 39)

Como fue indicado anteriormente la capacidad legal de suceder radica principalmente en la existencia del heredero o legatario al momento en cual fallece el causante, pero el término existencia es muy amplio e interpretado de diversas formas tanto a nivel jurídico como científico, por ello es necesario analizar las teorías que explican el inicio de la existencia humana, para determinar la posible vocación hereditaria que podrían tener los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem.

Existencia de la persona humana

El momento en el cual inicia la existencia de un ser humano es muy difícil de establecer, pues existen diversas teorías que explican el inicio de la vida humana, explicadas y argumentadas por varios grupos sociales, influyendo en estas posturas creencias religiosas, ideologías políticas, jurídicas, culturales, sociales.

Al nivel médico y científico, la vida humana empieza en la formación del cigoto (célula que resulta de la unión del espermatozoide con el ó óvulo) ya que este conforma

un embrión humano y por lo tanto vida, es decir, es la primera realidad biológica de la vida en la reproducción humana. El cigoto es la primera fase del desarrollo de un embrión, sin embargo, existen otras fases del desarrollo del mismo (Jouve, 2012): “el embrión o cigoto se da desde la fecundación hasta el final de la séptima semana y el feto inicia a partir de octava semana”. (p. 118)

El cigoto es un embrión unicelular que en cuanto empieza a dividirse y proliferar da paso a las sucesivas etapas embrionarias de dos, cuatro, ocho, dieciséis células, la mórula o el blastocisto, que alcanzan el centenar de células. Todas esas etapas suceden rápidamente en las primeras horas de vida del embrión, y en cada una de ellas se mantiene la propiedad de existencia, que si no se interrumpe de forma intencional, como congelación o negación de la implantación, da paso a las otras etapas que llevan a la formación del feto hasta su nacimiento. (2012)

Por ello, antes de la formación del cigoto no se puede afirmar que existe vida, pues lo que existe son gametos, es decir la célula sexual masculina o femenina, aún no se ha producido su fusión porque los gametos no poseen ni dotación cromosómica ni identidad genética que le permita a un organismo poseer autonomía, además poseen una vida limitada que se reduce a unas pocas horas, siempre y cuando no sean preservados bajo las condiciones ideales. (2012)

En síntesis, el embrión tiene tres etapas del desarrollo, como las explica Córdoba y otros (2000), la primera fase se denomina mórulo, que se desarrolla hasta que se produce la segmentación celular, el segundo estadio se llama blástula o blastocisto que a los 14 días se anida en el útero hasta los 90 días, en los cuales surge la vida fetal hasta el nacimiento, siendo esta la última etapa.

En el derecho romano, el inicio de la existencia humana se producía con el nacimiento. No existía protección jurídica antes de nacer, pues se consideraba que el ser concebido no era persona, era únicamente una parte integral de la madre, es decir, una entraña de esta. Pero el concebido se reputaba nacido, siempre y cuando fuera para adquirir algún derecho, sin embargo la adquisición de derechos se condicionaba a que este hijo concebido naciera vivo.

A nivel jurídico, el momento en el cual da inicio existencia del ser humano posee una gran relevancia, para establecer la correspondiente tutela jurisdiccional a sus derechos, como le es, el otorgamiento de la personalidad jurídica, capacidad jurídica y de actuar. La existencia del ser humano a nivel jurídico, inicia cuando el ser humano está concebido, según el artículo 31 del Código Civil, como más adelante será analizada.

Sin embargo, la postura legal de cuándo inicia la vida de un ser humano no es unánime en los ordenamientos jurídicos de las diferentes naciones, y muchas disposiciones legales no son congruentes con las teorías científicas que explican el inicio de la vida de un ser humano. Pero los genetistas, biólogos, teólogos entre otros, han llegado a la conclusión que el ser humano existe desde el momento de su fecundación, concepto que será analizado posteriormente.

Teorías del inicio de la vida

Jurídicamente es indispensable definir cuándo inicia la vida de un ser humano, ya que los derechos y deberes que imponen las diversas legislaciones son dirigidos a las personas de manera íntegra e indiscutible, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en una de sus resoluciones más polémicas, en la cual prohíbe la fertilización in vitro, manifiesta la importancia que tiene la definición de la existencia de una persona para la legislación:

> Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. (Sentencia 2306-2000)

Debido a la importancia de definir el comienzo de la vida humana, surgieron diversas teorías científicas, éticas, religiosas y jurídicas que explican el inicio de la vida humana

de diversas maneras. En general son cuatro teorías, promulgadas por grupos diferentes. Córdoba y otros (2000) detallan lo siguiente:

- Teoría de la concepción: esta es promulgada por la religión católica y otras, sostiene la tesis que la vida humana empieza a partir del momento en el cual se unen el gameto masculino con el femenino, afirmando que este acto coincide con la aparición de la persona y en general de la vida humana. Consideran que el estatus de persona lo ostentan el cigoto o embrión. La transcendencia y aplicación de dicha teoría es explicada por Morales (2005) la cual implica:

  > Para esta teoría, la vida humana comienza con la concepción, entendida como la unión del espermatozoide masculino con el óvulo femenino,que se plasma a las pocas horas de la relación sexual. En ese sentido, cualquier determinación que se adopte después de la relación sexual podría ser considerada como un atentado contra la vida del ser humano. (p. 414)

  Es decir, le dan al embrión la calidad de persona puesto que diversos estudios científicos ratifican que a partir de la concepción se empieza a formar un ser independiente del cuerpo de la madre en todos los sentidos, genéticamente surge un ser vivo único e irrepetible, con patrimonio genético único diferente al de la madre, el cual es meramente autogobernado por el mismo embrión, por ello es necesario que sea protegido de manera íntegra.

  Además fundamentan su teoría en la realidad biológica que apunta de manera certera y fehaciente, que a partir de la concepción ya estamos ante un nuevo ser, por lo tanto debe ser considerado un sujeto de derecho, estando la legislación en la obligación de proporcionarle la protección jurídica que requiere.

  Existen principalmente dos objeciones a esta teoría, las cuales son (Morales, 2005): la primera es que se constituyan la concepción y la fecundación en solo acto, siendo estas dos etapas diversas e independientes que forman parte de un proceso que finaliza en la presencia física de una persona. Y la segunda crítica que se le realiza a esta postura consiste en la negativa de considerar un

cigoto una persona, ya que, aunque es cierto que la esencia, naturaleza y dotación genética del cigoto son iguales a la de cualquier ser de la especie humana, que merece protección legal, es ilógico compararlo íntegramente como una persona en miniatura.

- Teoría de la anidación: esta postula que la vida de una persona inicia en el momento en el cual el cigoto se anida en el útero de la mujer, esto sucede unos 14 días después de la concepción. Su fundamento consiste en (Córdoba y otros, 2000), que hasta el momento de la anidación no se puede considerar que el cigoto sea un ser individual, que anterior a este proceso se lleva a cabo su maduración, en el cual es posible que se produzca la segmentación o puede desdoblarse.

  Morales (2005) indica el fundamento científico y estadístico que sostiene que la vida humana empieza a partir de la anidación:

  > De estudios realizados, se llega a la conclusión de que de todos los preembriones (cigotos) que se generan solo el 50% se adhiere al útero materno y se pierde el resto. Otras investigaciones han determinado que solo el 42% se implanta. Algunas otras señalan que las dos terceras partes de los óvulos fecundados se pierden antes de la implantación. Ello lleva a sostener a los partidarios de esta teoría que mientras no se produzca el fenómeno de la anidación, la vida solo es una posibilidad, no una realidad concreta, que sí lo es cuando el cigoto se fija en el útero. En todo caso, aun reconociendo que se trata de posibilidades de vida, recién con la anidación es digno de protección el embrión. (p. 416)

  Los partidarios de esta teoría, afirman que antes de los 14 días, no puede existir una seguridad real, que el cigoto llegue a ser persona, pues durante este período pueden presentarse una serie de situaciones que provoquen, que dicho embrión no se materialice físicamente en un ser humano.

- Teoría del sistema nervioso central: afirma que el inicio de la vida humana se presenta cuando empieza la formación del sistema nervioso central, situación

que ocurre a partir del día 15 después de la concepción y el desarrollo cerebral finaliza a las ochos semanas, esta postura es la adoptada por la legislación francesa. Morales (2005) establece la explicación científica de esta teoría: “En ese instante, se inicia la traslación de la información genética al sistema nervioso central, lo que constituye una verdadera instancia diferenciadora”. (p. 417)

- La teoría del nacimiento con vida: esta afirma que el feto carece de independencia, ya que durante toda la etapa de gestación necesita la asistencia vital de su madre para sobrevivir, no es sino hasta su nacimiento que se puede asegurar que existe un ser humano con las cualidades biológicas y jurídicas que dicha condición trae consigo.

  (Córdoba y otros, 2005): “La teoría del nacimiento con vida aduce que el feto carece de independencia ya que necesita de la asistencia vital de su madre, y antes de su separación del seno materno no es sino una vícera de la madre.” (p. 30)

Otros autores como Borda (2008) indican que la vida de un ser humano comienza en el mismo momento de la concepción, este último término será analizado posteriormente.

Según la entrevista concedida por el doctor Gerardo Escalante López, Director del Instituto Costarricense de Infertilidad, la vida en las técnicas de reproducción humana artificial o natural existe antes, durante y después de que se llevan a cabo, aunque de diversas formas, ya que desde que se observan los espermatozoides estos poseen vitalidad al igual que los óvulos individualmente, es decir existe vitalidad en ellos aunque no exista unión. Cuando ya se da la fertilización del gameto masculino y femenino, los pronúcleos se funden y se da la reproducción celular que provoca la existencia del número adecuado de células y cromosomas, que producen la existencia del cigoto embrión con una identidad genética particular y única.

Existen diversos documentos internacionales que respaldan la teoría de la concepción como el inicio de la vida humana, como por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 1 inciso 2, establece:

"Artículo 1. Obligación de respetar los derechos

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano."

De igual manera el numeral 4 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, afirma que la concepción, es el momento en el cual inicia la vida humana, jurídicamente, el cual indica:

> Artículo 4. Derecho a la vida
>
> 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. […]

Países como Francia no poseen en su normativa civil una disposición expresa que indique cuándo se presenta la existencia de la persona, específicamente a partir de qué momento una persona adquiere personalidad jurídica, por tanto se interpreta que la personalidad jurídica es adquirida con el nacimiento, y bajo la condición que esa persona nazca vivo y viable.

El Código Civil de Italia, en su artículo 1, indica que la capacidad jurídica se adquiere desde el nacimiento. En Alemania, la Ley de protección de embriones de 1990 en el artículo 8, considera que existe vida en el embrión, 24 horas después que sucede la fusión de células, situación acontecida en el proceso de fecundación.

En Costa Rica, el Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 12, que tutela la existencia de la persona desde su concepción: "Derecho a la Vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción [...]"

En particular, la vida es el derecho y bien jurídico tutelado más importante e imprescindible para los seres humanos, por tanto el ordenamiento jurídico debe

procurar adoptar una teoría válida que defina a partir de qué momento existe una persona para otorgar sobre esta una serie de cualidades que le son inherentes por el solo hecho de su condición, como el otorgamiento de personalidad jurídica y la capacidad para ejercer los derechos y deberes que surgen producto de su condición de persona.

La legislación civil costarricense en su artículo 31, establece que la persona existe a partir de su nacimiento con vida, sin embargo, establece una excepción, al otorgarle tutela jurídica especial al ser concebido, concediéndole el estatus de persona para que le sea protegido cualquier derecho que le favorezca, pero el goce y ejercicio del este depende de que el ser concebido nazca con vida, de lo contrario dichos derechos no se materializan en la esfera jurídica.

En otras palabras, el ser concebido no es persona para la ley, pero los ordenamientos jurídicos conceden protección ante posibles situaciones jurídicas que le puedan beneficiar, bajo la condición de que estos nazcan con vida. Como lo manifiesta la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al determinar que la vida humana existe desde el momento de la concepción: "[…] todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación". (Sentencia 2306-2000)

Como lo manifiestan Córdoba y otros (2005), la mayoría de legislaciones adoptan la teoría del nacimiento con vida para definir el inicio de la vida humana, pero reconocen que desde la concepción existe un ser humano digno de la mayor tutela jurídica posible.

A nivel jurídico, el nacimiento con vida es el precedente que marca la existencia de una persona, es decir la legislación indica que una persona existe desde el momento de su nacimiento, con la excepción de considerar persona al ser concebido, pero únicamente en lo que le favorezca, como lo manifiesta el artículo 31 del Código Civil de Costa Rica, y otros ordenamientos jurídicos que comparten dicho criterio. Como el Código Civil de España, en sus artículos 29 y 30, Código Civil de Ecuador

artículo 60, Código Civil Colombiano artículo 90 y el Código Civil Argentino en su artículo 70, entre otros.

Todas estas legislaciones afirman que la existencia del ser humano inicia con su nacimiento, pero también admiten protección jurídica para todos sus derechos al ser concebido. Es decir, retrotraen el estatus de persona al momento de la concepción, pero como una especie de protección, no puede ser considerado de manera absoluta como persona.

En síntesis, la Corte sí reconoce que el ser concebido debe tener tutela jurídica, pero nunca darle el rango de persona propiamente dicha a un embrión. En cuanto al inicio de la vida la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Artavia & Murillo, contra el Estado de Costa Rica:

> Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

La Corte comparte el criterio de que resulta muy difícil determinar de una manera fehaciente cuándo empieza la existencia del ser humano, sin embargo esta acepta que el embrión posee vida, y que el ordenamiento debe dar protección a sus derechos, más no otorgarle el rango de persona.

> Respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida.

Por ello, antes de analizar la protección jurídica del nasciturus o ser concebido, es necesario describir tres conceptos fundamentales en la existencia de un ser humano, que a nivel jurídico son indispensables para determinar la tutela jurídica a los derechos de una persona como se expuso anteriormente, los cuales son: concepción, fertilización, nacimiento y persona.

Concepción y fecundación

Según la entrevista realizada al doctor Especialista en infertilidad, Gerardo Escalante López, Director del Instituto Costarricense de Infertilidad, la concepción y la fecundación son dos etapas diferentes en el proceso de reproducción humana, sea esta natural o artificial. La fecundación es la primera etapa del proceso de procreación, consiste en el momento en el cual el espermatozoide penetra o se introduce en el ó óvulo femenino, es decir, es el primer encuentro, la unión del gameto masculino y femenino, sea natural o artificial.

La concepción es la etapa siguiente inmediata a la fecundación, y consiste en el momento en el cual el óvulo ya fertilizado se implanta en el útero, acción que ocurre entre el 5 y 6 días después de la fecundación, en el extremo distal de la trompa de Falopio, del órgano reproductor de la mujer.

Sin embargo, el Doctor en Biología y Genética Humana de la Universidad de Costa Rica, Alejandro Leal Esquivel, en la entrevista que le fue realizada, considera que la fecundación y la concepción son sinónimos, y que en la práctica conforman un solo acto que constituye el mismo momento en el cual la célula sexual masculina y la femenina se unen, es decir, desde que el óvulo es penetrado por el espermatozoide, existiendo vida desde ese mismo instante.

La concepción de un ser humano, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos se da cuando el embrión o cigoto se implantan en el útero materno. Es decir, la Corte de igual manera explica que la concepción no es un hecho extraño e independiente de la mujer, la sentencia del caso de Costa Rica, por prohibición de

fertilización in vitro en dicho país, interpreta que la concepción constituye un hecho que forma parte del cuerpo de la mujer:

> La Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodatropina Coriónica”, que solo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.

Pérez (1994) define la concepción como: “La concepción es el hecho de formación de un nuevo individuo en el seno materno. El embarazo, en términos comunes, es el estado de la mujer que ha concebido, mientras dura el periodo de gestación” (p. 61)

Para Córdoba y otros, la fecundación se da cuando se fusiona el espermatozoide con el ó óvulo, de lo cual surge el cigoto o embrión, siendo esta la primera verdad biológica de vida. La concepción se produce aproximadamente a los 14 días después de la fecundación cuando el óvulo ya fertilizado o fecundado llega al útero.

Concepto de nacimiento y sus implicaciones jurídicas

El nacimiento se define como el momento en el cual el feto se desprende del cuerpo de la mujer, es decir, cuando ya es independiente y diferente del cuerpo de la mujer. Albaladejo (1996) interpreta el nacimiento de una persona, legalmente, como: "[…] el nacimiento, según la ley, tiene lugar, no a la salida del nuevo ser del claustro materno, sino cuando se rompe el cordón umbilical […]" (p. 215)

Pérez (1994), indica que el acto por el cual surge a la vida es: "El nacimiento es el desprendimiento del feto, que por este mismo hecho dejó de serlo. […] Se trata de la adquisición de la independencia orgánica del nuevo ser. Carece de importancia el hecho de que el nacimiento se haya efectuado naturalmente o gracias a una intervención quirúrgica". (p. 50)

El Código Civil de Costa Rica, en su artículo 31, en su primera línea, establece que el principio de la existencia de una persona es el momento del nacimiento: "La existencia de la persona física principia al nacer viva […]"

Es decir, una persona inicia su existencia en el mundo del derecho, con el acto de su nacimiento y que este se produzca con vida. A partir de este momento, la ley le reconoce personalidad jurídica al ser humano. Brenes (1998) interpreta dicho precepto jurídico indicando que la personalidad jurídica se adquiere bajo el cumplimiento de dos requisitos, el nacimiento y además que se nazca con vida. El nacimiento ha sido definido en la ley para determinar el inicio de la personalidad jurídica.

Por tanto, el momento en el cual se reputa la existencia de una persona radica en su nacimiento y que la persona nazca con vida. Sin embargo, la legislación le otorga protección jurídica al ser concebido pero no nacido (nasciturus). Es decir, existe contradicción en el hecho, que algunas legislaciones y doctrina indican que la existencia de la persona inicia con su nacimiento, y otros que a partir del mismo momento de la concepción, dicha discordancia en las normas es otorgarle protección jurídica al ser concebido, pero no ser considerado persona absolutamente.

El nacimiento con vida de una persona despliega una serie de efectos jurídicos, como el ser considerado una persona real y objetivamente, y no una expectativa, lo cual produce que los actos que fueron tutelados en la concepción surtan sus efectos jurídicos, lo cual provoca el otorgamiento de personalidad jurídica, capacidad jurídica y de actuar. Como serán analizadas de seguido, luego de definir el concepto de persona legalmente hablando.

Al ser humano, sea hombre o mujer, se le designa con el término persona, sin embargo dicha palabra no siempre se ha utilizado para calificar a los seres humanos, puesto que, (Bernard, 2006) en el derecho romano, la persona se usaba para nombrar a la máscara que utilizaban los actores dramáticos helenos en sus representación teatrales, luego aludió a los propios actores. Es hasta finales de la época clásica que el vocablo persona identificó al ser humano incluyendo a los esclavos, aunque eran considerados objetos del derecho, sin capacidad jurídica.

Pérez (1994) define la persona física legalmente como:

> […] el resultado de un substrato material que es el organismo humano dotado de los requisitos exigidos por la ley (en nuestro Código Civil: nacimiento con vida), los cuales constituyen los presupuestos de calificación de la figura subjetiva individual; por otra parte, es también resultado del reconocimiento formal con el cual se atribuye a este substrato de hecho la cualidad de persona en sentido jurídico. (p. 35)

Legalmente, persona es aquella a la cual la ley le otorga tal condición, y le reconoce una serie de aptitudes que le son propias y necesarias para el ejercicio de los derechos. Albaladejo (1996) explica dicha circunstancia:

> Jurídicamente es persona todo ser a quien el Derecho acepta como miembro de la Comunidad. Tal aceptación lleva consigo reconocimiento de la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, o con otra expresión de derechos y obligaciones (capacidad). Y puesto que es a la persona (a toda persona y solamente ella) a quien el derecho reconoce capacidad, también

> la persona puede ser definida, jurídicamente hablando, como ser capaz de derechos y obligaciones. (p. 212)

Brenes (1998) expresa que el término persona se utiliza para designar a todo ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Además existen dos clases de personas, las físicas y las jurídicas, siendo las segundas aquellas que son creadas por la ley. Asimismo, indica que todo ser humano es persona, y dicho vocablo es sinónimo de hombre, aplicándose este último a ambos sexos.

Por tanto existen dos cualidades básicas que la ley reconoce a las personas, indispensables en la esfera jurídica, pues sin estas el ser humano no puede obtener ningún derecho ni obligación, a saber, la personalidad jurídica y la capacidad jurídica y de obrar, cuando a un sujeto se le otorgan ambas, la ley lo denomina sujeto de derechos. Dichos supuestos son indicados por Albaladejo (1996): “Personalidad es la condición de persona. Capacidad es la condición de capaz”. (p. 211)

La personalidad jurídica consiste en la posibilidad que la ley brinda a una persona de ser titular de derechos y obligaciones que surten efectos jurídicos, así como también la aptitud para ejercerlos. Es decir, es la cualidad que el ordenamiento jurídico establece permitiéndoles a las personas a las cuales se les reconocen actuar por sí mismas ante cuestiones jurídicas.

El reconocimiento de personalidad jurídica es un derecho humano fundamental, como lo menciona Brenes (1998): “Por esta razón numerosos tratados internacionales ratificados en nuestro país consagran el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica”. (p. 168)

La tutela jurídica internacional de la personalidad jurídica mencionada se encuentra consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual menciona: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.” (Artículo 3)

Un ser humano con personalidad jurídica se le denomina legalmente como sujeto de derechos, es decir que esta persona ostenta tanto los derechos y obligaciones que

adquiere y además la capacidad para ejercerlos. Brenes (1998), lo define como: “La persona es “sujeto de derechos”, quiere decir que en ella residen potencialmente tanto los derechos en sí, cuanto la facultad de ejercitarlos.

Sin embargo, la normativa legal costarricense establece diversas causas que generan que una persona no pueda tener de manera absoluta capacidad jurídica o de actuar, debido a, su edad o condición física o mental, como serían los menores de edad o personas con alguna discapacidad física o mental que les impida del todo desarrollarse con normalidad, justamente por estas situaciones surge la figura de la representación de estas personas incapacitadas por otras que poseen de manera absoluta personalidad jurídica, por lo que los representantes actúan a nombre y cuenta del representado.

Debido a dicha circunstancia, existen dos tipos de capacidad, la jurídica y la de actuar, dos figuras diferentes que pueden residir ambas en una persona o no.

La capacidad jurídica, es la que ostenta todo ser humano, es el reconocimiento de la personalidad jurídica. Albaladejo (1996) la conceptualiza como: “[…] aptitud para ser, en general e indeterminadamente, titular de relaciones jurídicas, es una capacidad abstracta y uniforme para todos” (p. 226), o sea, es la que toda persona ostenta, siendo titular por sí de las diversas relaciones jurídicas.

Pérez (1994) establece que la capacidad jurídica es aquella la que se identifica con la existencia misma del ser humano.

La capacidad de actuar u obrar es aquella que no es general para todos los seres humanos, sino la ley la otorga solo a ciertas personas, ya que puede faltar de manera total, existir plenamente o limitadamente, y consiste en la posibilidad de ejercer los derechos y obligaciones que le afectan por sí mismas. Pérez la define como:

> […] la capacidad de actuar es una específica cualidad que debe ser reconocida por el derecho cuando existan los presupuesto de hecho (tales como la edad y la salud) a los cuales está condicionada, cualidad que se

> refiere más bien a la aptitud jurídicamente reconocida para realizar los actos jurídicos […] (p. 39)

Mas el momento en el cual se reconoce personalidad y capacidad jurídica se reduce a la existencia de la persona, es decir, se otorgan en el mismo momento que se da el inicio de la existencia de un ser humano.

El Código Civil de Costa Rica, en su artículo 31, en su primera línea, establece que el principio de la existencia de una persona es el momento del nacimiento: “La existencia de la persona física principia al nacer viva […]”

De esta manera, una persona inicia su existencia en el mundo del derecho con el acto de su nacimiento y que este se produzca con vida. A partir de este momento, la ley le reconoce personalidad jurídica al ser humano. Brenes (1998) interpreta dicho precepto jurídico indicando que la personalidad jurídica se adquiere bajo el cumplimiento de dos requisitos, el nacimiento y además que nazca con vida. El nacimiento ha sido definido en la ley para determinar el inicio de la personalidad jurídica.

Existen dos presupuestos básicos que imponen la doctrina jurídica y legislación para que un ser sea tenido como persona física: el momento del nacimiento y que la persona nazca con vida. Sin embargo, la legislación le otorga protección jurídica al ser concebido pero no nacido (nasciturus), es decir, establece una excepción por cuanto le concede la posibilidad de que sea tomado en cuenta en situaciones que le favorezcan, pero en un estado de pendencia, es decir, le serán imputadas una vez se produzca su nacimiento.

Protección jurídica del nasciturus y concepturus en el derecho sucesorio

Como se manifestó anteriormente, a través del artículo 31 del Código Civil de Costa Rica, la jurisprudencia y doctrina, se estableció la protección jurídica al nasciturus o ser concebido. La tutela jurídica del nasciturus, surge del mencionado artículo, el cual indica que una persona existe legalmente, cuando nace con vida, pero

es sujeta de derechos desde 300 días antes de su nacimiento, es decir, durante su periodo de gestación.

El ser concebido adquiere protección jurídica ante las situaciones y circunstancias que le puedan favorecer cuando llegue a estar presente, sin embargo estos derechos se adquieren hasta que este nazca con vida, es decir, la tutela jurídica del ser concebido se adquiere a condición de que este nazca con vida.

Albaladejo (1996), apunta lo siguiente en cuanto a la protección del concebido:

> Puesto que es el nacimiento el que determina la personalidad, el concebido, pero no nacido, ni es persona ni tiene capacidad jurídica o de obrar de ninguna clase. Sin embargo, la ley establece que se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones para ser persona. Con ello se pretende que obtenga los beneficios que hubiese podido recibir si hubiese sido ya persona, en vez de germen de persona. (p. 216)

En otras palabras, el concebido legalmente no es tenido como persona, pero para que adquiera tutela jurídica de sus futuros derechos este debe nacer y con vida, de lo contrario dicha tutela no surte sus efectos jurídicos, es decir, el nasciturus no adquiere personalidad jurídica, pues no cumple el requisito legal del nacimiento con vida que le otorga la condición de persona.

El ser que se encuentra concebido no tiene legalmente personalidad jurídica, ni capacidad de actuar, pues es el nacimiento con vida el momento al cual se remonta el inicio de la existencia de una persona. Pérez (1994) expresa sobre este particular que: “Se ha aclarado ya que el nacimiento es el presupuesto necesario para la existencia de la personalidad jurídica de los sujetos físicos, esto precisamente significa que antes de su nacimiento el sujeto no adquiere personalidad”. (p. 50)

Pérez (1994) aclara la protección jurídica al concebido:

> La atribución de derechos a favor del concebido subordina al evento del nacimiento, debe pensarse en una anticipación de la personalidad jurídica. En efecto, la ley admite a favor del concebido solamente la atribución y la conservación de derechos en relación con el nacimiento, pero si este no ocurre, no se determina ninguna de las consecuencias que se verificarían por efecto de la extinción de un sujeto de derecho. (p. 50)

En síntesis, los efectos jurídicos que provoca el nacimiento en cuanto al otorgamiento de personalidad jurídica, la legislación los retrotrae al momento en el que el ser humano es concebido por considerar que a partir de este momento existe vida humana en potencia, que provocará el nacimiento de una persona, ya que cuando existe la concepción las probabilidades de nacimiento de ese ser son muy altas, por tanto otorga protección a los derechos que le puedan favorecer cuando este nazca.

Retrotraer los efectos del nacimiento a la concepción, es un mandato legal que ha sido interpretado por varios autores, entre ellos Albaladejo (1996) que señala:

> Cuando se resuelva (se resuelve por el nacimiento o por aborto) nada habrá sufrido alteración, si el concebido no llegó a ser persona; y, si llegó, se le tiene (en cuanto a lo favorable) por nacido desde que fue concebido, haciendo suyos los derechos que le pertenecerían de haber sido persona durante el período de gestación, y quedando la situación como si verdaderamente lo hubiere sido (retroacción de los efectos del nacimiento. (p. 217)

Pérez (1994), admite de igual manera que la protección jurídica del concebido implica la retroacción de los efectos del nacimiento al período de concepción: “En tales casos, el recién nacido adquiere derechos con efectos que se remontan al momento en el cual fue concebido” (p. 50)

De igual manera, la interpretación del artículo 31 del Código Civil de Costa Rica le otorga la condición de persona, únicamente para situaciones que le sean favorables, como lo explica la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

> Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera "nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento", con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su estatus de persona. (Sentencia 2792-2004)

La justificación que realiza la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, para categorizar al embrión como persona, en lo que respecta a la protección jurídica de sus posibles derechos, es:

> En resumen, en cuanto ha sido concebida una persona, es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica. (Sentencia 2306-2000)

A partir de lo anterior, el embrión se le conoce como un ser humano en potencia, y finalmente la vida real y la existencia objetiva de un ser humano se concretan con su nacimiento y que se produzca con vida. Por ello, se afirma que vida hay en todos los estadios de un proceso reproductivo natural o artificial, puesto que las células que originan un nuevo ser desde antes de su unión, poseen vida.

Tal y como lo menciona Brenes (1998):

> La tutela jurídica que recibe el ser concebido se convierte en personalidad jurídica una vez que concurren dos circunstancias:
>
> Los efectos jurídicos atribuidos por el derecho costarricense a la concepción, a juicio nuestro, quedan condicionados a que el nasciturus reúna al nacer dos requisitos que son las condiciones necesarias para que adquiera personalidad jurídica, esto es el nacimiento y además nazca con vida. (p. 169)

En cuanto a la interpretación de los 300 días antes del nacimiento, sería el plazo de protección anterior al nacimiento, lo cual se computa desde que el ser fue concebido, ya que en un embarazo normal su plazo máximo es de 274 días, existiendo la posibilidad que este dure menos, por tanto los 300 días van más allá de la concepción propiamente dicha, y se podría extender al momento en el cual los progenitores deciden procrear, ya que también, como se explicó anteriormente, el derecho de procreación se extiende o inicia al desplegar sus efectos desde que los progenitores manifiestan su voluntad procreacional.

Por tanto, desde que los progenitores materializan su deseo procrear, ese ser que será concebido goza de tutela jurídica para todo lo que le favorece, dicho precepto lo considera favorable el Presidente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Magistrado Orlando Aguirre y el Lic. Boris Molina, quienes consideran que al existir una voluntad expresa de procrear, esta debe ser respetada y cumplida y por tanto la legislación debe brindar resguardo a los posibles derechos de ese ser concebido.

En cuanto a la interpretación del plazo de protección al concebido, Albaladejo (1996) indica:

> […] se ha de atender el plazo máximo (trescientos días) posibles que el Código establece de duración del embarazo. Así lo abonaría el fin perseguido -protección del nacido, extendida al periodo de gestación- que, en caso de duda, debe alcanzar a lo más, ya que se pretende favorecer al que nacerá, y por tanto, debe interpretarse en caso de duda, que su concepción tuvo lugar lo antes posible, pues cuanto antes haya sido, más beneficio cabe que reciba. (p. 217)

Sobre el plazo que dura un embarazo, es decir, desde el momento de la concepción hasta el nacimiento, nunca dura más de trescientos días, ya que su máximo término son 294 días, no pudiendo sobrepasar dicho plazo por razones biológicas, según lo indicado por el doctor Gerardo Escalante, Director del Instituto Costarricense de Infertilidad.

En materia de sucesiones es muy importante establecer la posición jurídica del ser concebido, puesto que si un heredero o legatario legítimo o testamentario, es un ser concebido, su cuota hereditaria es puesta en administración a condición de que dicho sucesor nazca con vida. Es decir, la vocación hereditaria se adquiere hasta el nacimiento, por lo tanto la administración del beneficio hereditario es mantenida hasta que exista certeza del nacimiento o no.

De igual manera existen diversas disposiciones legales, en las diferentes leyes nacionales que reafirman la protección jurídica al nasciturus; como el artículo 7 de la Ley de Extranjería y Naturalización de Costa Rica, y el 1400 del Código Civil de Costa Rica, que le permite recibir por donación al ser concebido.

Por ende, el artículo 31 del Código Civil, por la interpretación en el plazo, cobijaría de igual manera al ser aún no concebido como lo manifiesta la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:"Desde el punto de vista civil hay que recordar que el artículo 31 del Código Civil señala que toda persona se reputa nacida para lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento, es decir antes de su concepción."(Sentencia 2306-2000)

Debido al plazo de los 300 días, que impone el Código Civil para retrotraer los efectos del nacimiento al ser concebido, refleja que la protección jurídica va más allá de la concepción, dado que un embarazo de término normal nunca alcanza dicho período por ser biológicamente imposible, por tanto se da paso a la figura del concepturus o el que habrá de ser concebido.

El concepturus o ser no concebido, es una ficción jurídica porque no existe aún, pero puede llegar a ser concebido, a diferencia del nasciturus que sí es una realidad biológica ya que su existencia real puede ser comprobada. El concepturus surge a la vida jurídica cuando existe alguna circunstancia legal que le favorezca, de lo contrario es completamente desconocido. Costa Rica en su legislación no contempla de manera expresa que la protección del ser concebido se extienda al concepturus

La fecundación artificial post mortem propicia que se deba tomar en cuenta al concepturus, pues esto provoca la existencia de hechos que aumentan la posibilidad que la concepción de un ser humano sea posible aunque físicamente el progenitor muera, es decir, hay más certeza de la concepción, lo cual genera que los seres no concebidos sean una realidad, que deben ser tomados en cuenta, ya que como recién se explicó, la fecundación artificial post mortem se presenta cuando una mujer fecunda su ó óvulo, ya sea por inseminación artificial o fertilización in vitro, con semen de un hombre ya muerto o transfiere un embrión una vez muerto su padre biológico, dependiendo de los supuestos.

Dicho supuesto genera un antecedente real, que da certeza que aunque una persona no esté concebida, puede llegar a estarlo, es decir, es una realidad objetiva que puede ser identificada en cualquier momento, a pesar de que sus progenitores mueran, esto gracias a los métodos de reproducción humana asistida.

Martínez (2002) explica la situación jurídica del concepturus:

> En efecto, hasta no hace mucho tiempo era impensable que tras la muerte de un sujeto, su viuda o pareja pudiera llegar a concebir un hijo suyo, de modo que el fallecimiento determinaba la imposibilidad de plantearse la existencia del concepturus engendrado por el ya finado. No obstante, los avances de la ciencia permiten hoy la llamada fecundación artificial post mortem, es decir, la utilización de la técnicas de reproducción asistida reguladas por la ley, cuando el varón del que procede el material reproductor ya haya fallecido, lo que ha exigido pronunciarse sobre la filiación de las personas que lleguen a nacer a causa de estas prácticas, consecuentemente, sobre sus derechos sucesorios. (pp. 84-85)

Por consiguiente, la figura del concepturus ya posee tutela jurídica en diversos ordenamientos, supuesto posible debido a la aplicación de las TRHAque permiten que las personas futuras sean una realidad que se puede identificar y determinar, aunque en Costa Rica aún no existe legislación, doctrina ni jurisprudencia a favor ante la no ocurrencia de casos reales, en otros países como España, equiparan al concepturus

en el mismo estatus del nasciturus para todo lo que le sea favorable, bajo casos excepcionales, es decir, que cumplan los requisitos legales que imponen la ley especifica, como más adelante será detallado.

En la legislacion civil costarricense, específicamente el artículo 31 del Código Civil, retrorae los efectos del nacimiento, 300 días antes que éste se presente, es decir, protege los futuros derechos que le puedan favorecer a esa posible persona.sin embargo, un embarazo no tarda nunca 300 días ya que es biológicamente imposible, entonces dicho plazo contemplaría la posibilidad de favorecer a un ser que aún no esta concebido (concepturus).

Sin embargo, aceptar de manera absoluta al concepturus en la realidad jurídica sería generar un estado de inseguridad jurídica e indefensión con respecto a otras personas que poseen derechos ante una misma situación, es decir se crean dilemas jurídicos ya que los cánones legales que existen vienen desde épocas muy remotas, en las cuales era impensable la figura de las personas futuras, por ello las legislaciones no tomaron en cuenta al ser aún no concebido.

En definitiva, negarles derechos filiatorios y sucesorios a los seres no concebidos pero que pueden llegar a estarlo por existir una presupuesto real de concepción, sería violación de derechos humanos fundamentales, como el principio de no discriminación, igualdad ante la ley, derecho de procreación, entre otros. Por ello dichas legislaciones establecen requisitos que deben ser cumplidos, principalmente para asegurar que existe un hecho fehaciente, real y objetivo de que esa concepción se va a realizar, y con ello otorgar derechos a una persona que aunque existe al momento de solicitar el otorgamiento de estos, no estaba concebida cuando surgió la circunstancia que provocó el nacimiento de tales derechos a su favor, lo cual va en contra de lo que determinan los preceptos legales.

Lo anterior afirma el carácter condicional que posee la protección jurídica al concepturus y la característica esencial del concepturus, de ser un conjunto de derechos pero sin titular o sin sujeto, o sea, no es persona pues su existencia no se

ha materializado mas por diversas situaciones que surgen a su favor es considerado un sujeto de derechos, como lo explica Ochoa (2006):

> Ha sido considerado que la adquisición por parte del concepturus es condicional, dependiendo que llegue a nacer vivo, sin ser esta interpretación admitida sin más ya que la existencia del concepturus ni es un hecho accidental; como si lo es la condición; o que es un caso típico de derechos sin sujeto, lo cual además por la ilogicidad de la propia expresión; o que se trata de un supuesto de persona incierta, lo cual carece de sentido, justamente porque el concepturus justamente no es persona sino tan solo sujeto de derechos. (p. 179)

La figura del concepturus se presenta principalmente en el derecho sucesorio porque muchas veces el testador establece disposiciones a favor de una persona que a su muerte no se encuentra concebida o por el contrario se presenta la fecundación artificial post mortem de la viuda y esta, por ende, reclama derechos sucesorios para su hijo con respecto a su padre, el causante de la sucesión. También el concepturus plantea dilemas jurídicos en establecer qué clase filiación se le debe otorgar, en cuanto a la fecundación artificial post mortem, como más adelante será analizado.

El principal obstáculo que en principio posee un presunto heredero o legatario que no se encuentra ni tan siquiera concebido, es no ostentar vocación hereditaria a la muerte del causante, su padre, esto es el hecho de no existir, ni estar concebido al momento del fallecimiento del causante, precepto legal que comparten muchas legislaciones y viene desde tiempos remotos del derecho, necesario para obtener la capacidad legal de suceder, por tanto, la aceptación de un sucesor que no existe a la muerte del causante contradice dicho precepto legal que viene desde tiempos remotos, pero debe ser modificado en aras de respetar la voluntad del testador, como lo argumenta Rams (2009):

> El otro aspecto del requisito de la coexistencia entre el causante y el causahabiente, es decir, el de que exista ya, pone en pugna una exigencia del Cc precedida de larga tradición histórica y no desprovista de fundamento

práctico, con las graves razones de conveniencia y equidad que aconsejan dar eficacia a la voluntad del testador cuando instituye herederos que no han sido concebidos a su fallecimiento. (p. 55)

Las legislaciones que conceden protección jurídica al concepturus no tienen dicha tutela expresamente establecida en el ordenamiento jurídico, sino que surge de la interpretación de las normas civiles, como las normas a favor del concebido, la cual jurisprudencialmente se extiende al ser no concebido bajo casos excepcionales en cumplimiento de requisitos expresos que dichas normas imponen, por ello dichas normativas jurídicas crean normas que regulan la fecundación humana artificial, la cual indica los parámetros para la concepción post mortem, supuesto que provoca la aparición del concepturus, ante la muerte de su padre biológico, anterior al proceso de ser concebido.

Tomando como fundamento la voluntad y consentimiento del progenitor de concebir y de asignarle derechos sucesorios a ese hijo que aún no es concebido, pero va a llegar a estarlo muy probablemente, ya que de lo contrario el progenitor, no establecería voluntad de beneficiar a alguien, sino posee certeza de su próxima existencia, ya sea por estarse sometiendo a un proceso de fecundación artificial o existir una decisión expresa de tener un hijo. Aunque el concepturus no sea hijo del causante, bajo el principio de libertad de testar que rige la sucesión testamentaria, la voluntad del testador debe ser respetada, siempre que no sea contraria a normas éticas o legales, como lo manifiesta Rams (2009): “[…] el respeto a la voluntad del causante que debe ser mantenida siempre que no choque con normas éticas o definidas conveniencias sociales [...]” (p. 56)

La legislación española es una de las pioneras en la admisión del concepturus como sucesor en una sucesión mortis causa, ejemplo de ello es la ley 14/2006 sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que a partir de su artículo 9, permite la fecundación artificial post mortem pero bajo el cumplimiento de requisitos por parte de la viuda, otorgando al menor concebido post mortem filiación con respecto a su padre biológico muerto, de igual manera, bajo la observación de diversos preceptos que serán analizados posteriormente.

Aunque este artículo no otorga al concepturus vocación hereditaria de manera expresa, esta se infiere por el otorgamiento de filiación que realiza dicha norma, como lo plantea Rodríguez (2015):

> El art. 9 LTRHA 2006 no atribuye de modo explícito derechos sucesorios a los nacidos fruto de estas técnicas, sin embargo puede inferirse la atribución implícita de tales derechos al determinar o facilitar la determinación de la filiación del hijo respecto al varón fallecido. La conclusión contraria conduciría a sostener la inconstitucionalidad del precepto por vulneración del principio de igualdad […] porque se trataría a hijos genéticos del mismo padre y de la misma madre de forma distinta en lo que se refiere a los derechos sucesorios.

En otras palabras, el nasciturus o ser concebido tiene capacidad de suceder expresamente concedida en la legislación, pero en lo que respecta al concepturus su capacidad de suceder es producto de la interpretación de la normas y bajo la condición de que esta nazca y con vida. El ordenamiento jurídico español posee varias soluciones que permiten al concepturus ser sujeto de derechos, las cuales son (Ochoa, 2006): la donación o la sucesión testamentaria, siendo de una u otra forma la ley aplica medidas de protección al ser no concebido, ya sea designándole un representante, o el caso del fideicomiso testamentario, para que terceras personas conserven y administren dichos bienes, entregándolos bajo la condición del nacimiento del concepturus, además en el proceso sucesorio se aplican las reglas de la viuda encinta (artículos 959 al 967). Dicha normativa será expuesta posteriormente.

La Filiación en Costa Rica

Generalidades

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define la palabra filiación como indicación de procedencia.

Benavides (2011), por su parte, sostiene que la procreación de un hijo es la consecuencia natural en una relación de pareja, aduciendo que maternidad o

paternidad es la condición de ser padre o madre, y filiación hace referencia a la calidad de hijo.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica define la filiación como: “[…] el conjunto de derechos y deberes que la ley asigna a la relación entre los hijos y sus padres.” (Sentencia 4575-2011)

En consecuencia, la filiación es el vínculo biológico y jurídico que caracteriza la relación de los padres con los hijos, es decir la existencia de la maternidad y paternidad con respecto a una persona denominada hijo, siendo la filiación la calidad de hijo. Como lo menciona Brenes (1998):

> Paternidad implica la calidad de padre, maternidad, la de madre; y filiación la del hijo. Esos conceptos se refieren a las relaciones civiles que entre padres e hijos se establecen en razón del enlace natural que entre unos y otros existe por el hecho de la transmisión de la vida de los primeros a los segundos; y con la particularidad, en cuanto se refiere a los derechos y obligaciones que recíprocamente les atañen a causa del parentesco que los une. (p. 117)

El concepto anterior es muy general pues solo abarca el vínculo por consanguinidad, sin embargo, la filiación no solo se establece cuando existen vínculos de sangre entre los implicados en la relación filial, sino también ante situaciones en las cuales no existe vínculo consanguíneo a las cuales la ley les otorga filiación.

Como lo explica Acedo (2013), la filiación existe cuando se trata de sangre, a saber del vínculo biológico que se da entre la madre y el padre con respecto al hijo, pero también la relación de filiación se presenta cuando no existiendo realidad biológica, la ley otorga dicho vínculo entre los padres y los hijos, aunque genéticamente no exista entre estos algún parentesco.

Por tanto, existen dos maneras en las cuales se presenta la filiación: la filiación biológica o por naturaleza y la filiación adoptiva o por adopción, ambas reguladas en la legislación de familia de Costa Rica y otras naciones. Acedo (2013) las define como

biológicamente hablando, todo ser humano tiene un padre y una madre, aunque no sean identificables, son una realidad, ya que es imposible que la existencia de una persona se concrete en el proceso de reproducción humana, ante la falta de alguno de los dos elementos esenciales en la concepción, el material reproductor masculino o femenino, de lo contrario sería imposible el surgimiento de un ser humano.

Siendo esta circunstancia natural, el pilar fundamental en el cual se basa el derecho para imponer la relación de filiación, materna y paterna, por medio de la filiación por naturaleza, la cual jurídicamente es clasificada, dependiendo de la existencia de vínculo matrimonial de los progenitores. Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, el derecho deja de lado el elemento natural para establecer la filiación del hijo, tomando en consideración presupuestos ajenos y diferentes al biológico, para determinar la maternidad y paternidad.

Es decir, la maternidad y paternidad son la cualidad de los progenitores, y la filiación es la cualidad del hijo respecto de sus padres. Rams (2002), especifica la relación de filiación en sus dos modalidades:

> Del hecho de que toda persona deba la existencia a su procreación o generación por un hombre y una mujer deriva su filiación (biológica) respecto de sus progenitores, y también su filiación jurídica, expresión para el derecho, en línea de principio de aquella relación biológica. Del hecho jurídico de la filiación deriva la relación jurídica de filiación (paternidad/maternidad), entendida como la existente entre generantes y generados, padres e hijos, con el conjunto de derechos, deberes y funciones que los vinculan en las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el derecho contempla. La adoptiva, en principio, es una creación del derecho imitando a la naturaleza y supliendo deficiencias personales de esta. (p. 317)

En síntesis, existen varios tipos de filiación, a saber, la biológica o natural, la adoptiva y la derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, comprendida

en el artículo 72 del Código de Familia de Costa Rica, las cuales han sido determinadas jurisprudencialmente, como lo especifica el Tribunal de Familia de San José:

> La filiación, como instituto jurídico, es un tema de indiscutible interés público y por ello aunque en algunos casos la autonomía de la voluntad es verdaderamente trascendente, la filiación no se rige por los *deseos* de los particulares.
>
> Al día de hoy, se puede identificar claramente tres tipos básicos de filiación:
>
> a) La filiación legal derivada de un vínculo biológico.
>
> b) La filiación legal derivada de las técnicas de reproducción asistida.
>
> c) La filiación legal derivada de la adopción. (Sentencia 0675-2015)

La filiación por vínculo biológico, como anteriormente fue explicada, es la que se establece producto de la relación de sangre de los padres con los hijos, la cual proviene de la naturaleza, sin embargo, esta depende de la existencia o no del matrimonio entre los padres, por tanto se clasifican en: filiación matrimonial y filiación extramatrimonial.

La filiación matrimonial, como lo detalla Brenes (1998), es aquella en la cual lo hijos son concebidos mientras los progenitores están ligados por el vínculo legal del matrimonio, por tanto se presume de matrimonio. Acedo (2013) explica que la filiación matrimonial es cuando los progenitores estaban casados entre sí.

Por ende, la filiación extramatrimonial es aquella que se presenta cuando existe la ausencia de matrimonio entre los progenitores del menor. Benavides (2011) la define como: “[…] es la que tiene lugar cuando la filiación se da fuera del matrimonio, o bien cuando los padres no están casados entre sí.” (p. 253)

Aunque la filiación natural diferencia entre hijos concebidos dentro de un matrimonio o no, la Constitución Política de Costa Rica en sus artículos 53 y 54, prohíbe realizar algún tipo de diferenciación entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial, dichos numerales establecen respectivamente:

> Artículo 53.-Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él.
>
> Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.
>
> Artículo 54.-Se prohíbe toda clasificación personal sobre la naturaleza de la filiación.

Dichos preceptos constitucionales reafirman que aunque la ley distingue el hecho de concebir los hijos fuera o dentro del matrimonio, ello no justifica discriminación y desigualdad en el trato ante la ley y la sociedad, como lo afirma la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

> La relación filial encuentra sustento constitucional tanto en el artículo 54 como en el artículo 53 de la Carta Política y que consagra, por un lado, la igualdad de derechos de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y, de otro lado, el derecho fundamental de las personas a saber quiénes son sus padres. La filiación es un derecho fundamental reconocido por la mayoría de los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica. (Sentencia 4575-2011)

Por tanto, la legislación costarricense prohíbe establecer clasificaciones discriminatorias, por razones filiatorias, pero la legislación de familia costarricense distingue entre hijos habidos fuera y dentro del matrimonio, sobre esta incongruencia legislativa, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, justifica dicha situación, afirmando:

> En cuanto a hijos matrimoniales y extramatrimoniales no se trata de dejar de distinguir entre dos realidades diferentes, sino de no hacer calificaciones jurídicas distintas, atendiendo a esa diferente realidad (artículo 54 de la Constitución Política). Es decir, que a pesar de que no se justifica el establecimiento de derechos diferentes para ambos grupos de personas, el derecho no puede desconocer que existen hijos que nacen dentro de la

> relación matrimonial y otros que nacen fuera de ella sino que ese solo hecho no es determinante para que se establezcan derechos diferentes para ambos grupos de personas. (Sentencia 1894-1999)

Según dicha resolución constitucional, aunque efectivamente se distingue legalmente la filiación, como matrimonial y extramatrimonial, esto no justifica de ninguna manera la diferencia en el trato legal de los hijos, por haber sido concebidos fuera o dentro de un matrimonio. Este precepto de no discriminación a pesar de la clasificación legal que posee la filiación, es adoptado no solo a nivel nacional, sino internacional como lo reflejan las resoluciones del Tribunal Constitucional Español, las cuales: “ratifican la aplicación del principio de igualdad entre los hijos, no tomando en cuenta la filiación, prohibiendo cualquier forma de discriminación que produzca un trato diferenciado para los hijos extramatrimoniales”. (Sentencias 9/2010 del 27 de abril, 154/2006 del 22 de mayo).

En cuanto a la filiación legal que se deriva de la adopción del menor, según Benavides (2011), se presenta cuando los padres legales de una persona no poseen vínculos sanguíneos con el hijo, pero la ley les otorga la paternidad y maternidad respecto del menor. Proceso denominado adopción por cuanto los presuntos padres deben llenar una serie de requisitos que establece el ordenamiento jurídico respectivo, para que dicho hijo ostente filiación respecto de los posibles padres.

El artículo 100 del Código de Familia de Costa Rica define la filiación por adopción como:

> La adopción es una institución jurídica de integración y protección familiar, orden público e interés social. Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos en calidad de hijo o hija.

El Código de Familia de Costa Rica, a partir del artículo mencionado, describe el procedimiento a llevar a cabo para que una pareja pueda adoptar un niño, al cual la legislación impone una relación de filiación entre el adoptado y los padres adoptantes.

Es decir, el elemento que rige en este tipo de filiación no es la realidad biológica, sino la voluntad de tener un hijo. Como lo describe Acedo (2013): “En ocasiones el derecho prescinde de aquel hecho natural y toma otros criterios y presupuestos diferentes, ajenos al biológico para establecer la maternidad o la paternidad, siendo el caso de la filiación por adopción o adoptiva”. (p. 196)

La filiación posee las siguientes características, según Rams (2002):

- Es un derecho personalísimo que directamente tiene influencia en la identificación de una persona, y solamente puede ser ejercido por la misma persona, no cabe la figura de la representación.
- Es irrenunciable, indisponible e imprescriptible.
- Su régimen jurídico es de interés público.

Una vez establecida la filiación se despliega una serie de efectos y consecuencias jurídicas, en diversas áreas jurídicas, las cuales son descritas por Rams (2002), por ejemplo, en el derecho de familia, los alimentos, patria potestad, tutela, entre otras. En el derecho de las personas surge la nacionalidad, derecho al honor a la intimidad, y muchos más, en el derecho sucesorio, el caso de la sucesión legítima.

Para determinar si un hijo posee filiación matrimonial y extramatrimonial, las cuales se presumen, depende si los progenitores están vinculados o no mediante el matrimonio. Por esta razón la legislación estableció plazos bajo los cuales se puede establecer si un hijo fue concebido o no dentro de un matrimonio. Para ello la ley indica un plazo mínimo o máximo para el periodo de gestación, como lo explica Brenes (1998) al decir que: de lo que antecede se echa de ver que el legislador, al determinar para la gestación un periodo mínimo y otro máximo, quiso sentar las bases para resolver prácticamente en casos determinados, si la concepción se realizó o no dentro del matrimonio; nazca después de su disolución, teniendo por lo tanto derecho a la calidad de hijo de matrimonio.

La presunción de paternidad se le denomina “pater is est”, es un principio general del derecho de familia. Principalmente en cuanto a filiación, el Código de Familia de Costa Rica lo regula en el artículo 69, el cual establece:

Presunción de paternidad: Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

Se presumen igualmente hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer;
b) Si estando presente consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y
c) Si de cualquier modo lo admitió como tal.

La paternidad es uno de elementos más complejos de establecer si el presunto padre no desea que se le atribuya dicha paternidad, ya que el acto en el cual se procrea a un hijo es realizado en la más profunda intimidad del ser humano, en el cual las únicas dos personas que se encuentra presentes es el hombre y la mujer, en esta última se presentan signos materiales visibles que prueban su maternidad, pero en el varón no existen elementos visibles que puedan probar que dicha persona es su hijo biológico.

Por ello hay dos formas de comprobar la paternidad, la primera, y las más exacta biológica y genéticamente hablando, es una prueba de sangre, denominada prueba de marcadores genéticos (prueba de ADN), la cual es realizada tanto al presunto progenitor como al hijo, sin embargo este es un método muy reciente debido a ello la

legislación estableció plazos en el período de gestación, que pudiesen determinar la paternidad ante la inexistencia de pruebas que ratificaran la paternidad.

Sin embargo, es importante recalcar que lo anterior aplica a la filiación natural, pues también se puede dar el caso de la paternidad por adopción, en la cual el elemento determinante no es la realidad biológica, sino la voluntad del varón de aceptar dicha paternidad.

La prueba de ADN es la mejor forma y la prueba final que utilizan las instancias judiciales para decretar la paternidad, como lo manifiesta la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

> La determinación del código genético de cada persona por medio del estudio del ADN es hoy día la forma más puntual de comprobar la paternidad y, precisamente, con la reforma del artículo 98 supracitado, se introdujo la novedad de utilizar esa prueba científica, no como prueba únicamente de descarte o para demostrar la inexistencia del parentesco, como sucedía en la legislación anterior, sino como prueba que puede verificar la existencia del mismo, con una certeza que no es posible contradecir, pues se ha dicho que tiene un 99.9999% de confiabilidad. Lo más relevante de la disposición contenida en el artículo 98 del Código de Familia es la posibilidad de utilizar ese elemento probatorio, no sólo para probar la no paternidad (como disponía el artículo reformado), sino también para probar la existencia de la relación de parentesco, porque a diferencia de otras pruebas previstas en nuestro ordenamiento, la prueba de marcadores genéticos arroja, respecto del vínculo paterno filial, información irrebatible en este caso. (Sentencia 241-2002)

De todo lo anterior, surge la presunción “pater is est”, la cual establece que los hijos de la esposa son hijos del marido igualmente, es decir, que parte de que los hijos de la esposa son hijos del marido. Este precepto viene desde el derecho romano, el cual decía: “pater is est quen nuptiac demostrant”, o que significa: padre es aquel a quien confieren esa calidad, las legítimas nupcias.

De igual manera, la mayoría de ordenamientos jurídicos recogen dicho principio y sus plazos de manera íntegra, como es el caso de España que establece la presunción pater is est en el artículo 116 del Código Civil de dicho país.

Entonces, como lo menciona Brenes (1998), todos los hijos concebidos o nacidos durante el vínculo de matrimonio al que se encuentren ligados sus progenitores se presumen del matrimonio, es decir, la maternidad y paternidad, salvo prueba en contrario, a través de la acción judicial denominada impugnación de paternidad, regulada en los artículos 72 al 74 del Código de Familia de Costa Rica, el cual es un medio que posee el marido para demostrar que el hijo de su esposa no es el suyo también.

Pero de igual manera puede presentarse el supuesto, que ya exista un reconocimiento de paternidad, pero que este no sea acorde a la verdad biológica, o sea que existe falsedad o error en dicho reconocimiento judicial, por lo que para rectificar el error, se debe seguir una impugnación de reconocimiento, regulada en el artículo 86 del Código de Familia. Los hijos pueden reclamar la paternidad a través de la acción judicial denominada vindicación de estado, indicada en los artículos 76 y 77 del Código de Familia.

En síntesis, dicha presunción legal puede desvirtuarse de varias formas, como lo explica el Tribunal de Familia de San José:

> La presunción legal pater is es relativa, no absoluta, ya que es susceptible de ser desvirtuada, pero la misma ley es la que dicta cómo se puede impugnar. De esta forma, para estas personas que nacen dentro del matrimonio pero que no son hijas del marido de la madre, la ley contempla básicamente tres vías para que se pueda desplazar su filiación paterna matrimonial presuntiva:
>
> 1. La impugnación de la paternidad, que puede ser gestionada por el marido, un apoderado especialísimo de él, los herederos de él o el curador de él.

2. La declaratoria de extramatrimonialidad, que puede ser gestionada por el hijo o por la madre.

3. El reconocimiento de hijo o hija de mujer casada, que puede ser gestionado por el padre biológico en un proceso en el que debe mediar participación de la madre biológica y del marido de ella, quien figura registralmente como padre. (Sentencia 445-2015)

Las causales que pueden ser alegadas para desvirtuar tal presunción son, según el artículo 70 del Código de Familia de Costa Rica, la imposibilidad física y material de cohabitación fecunda del marido para con su mujer, en otras palabras, que ante la presencia de causas ajenas al marido, la relación sexual que produce la concepción de un hijo, nunca se llevó a cabo al momento en el cual se presume el engendramiento; otras cusales podrían ser por causas en el marido, como enfermedad grave, ausencia, esterilidad, infertilidad, entre otras. De acuerdo con lo mencionado por el Tribunal de Familia de San José:

> Así tenemos que, si entre los esposos se da la normal cohabitación, durante el período de la concepción se ha de presumir que esa unión natural ha sido fecunda; y, por ende, que quien nace de ella es su fruto, aún y cuando se demuestre el adulterio de la mujer, durante ese mismo período, pues el vástago o retoño puede natural y perfectamente ser del propio marido.Se podría decir, entonces, que tal presunción de paternidad, únicamente cede ante la prueba de haberle sido imposible, al marido, la cohabitación con su mujer, en la época de la concepción; porque solo es admisible cualesquiera otra prueba, si se acredita que la mujer cometió adulterio en esa época; no así en el supuesto de cualquier otra relación adulterina, que no pueda ser acreditada o que aun siéndolo, no pueda ser circunscrita con precisión a la época indicada. (Sentencia 0496-2009)

Por lo tanto, la presunción pater is est únicamente aplica a los hijos nacidos entre los 180 días después del matrimonio o unión de hecho y los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio o separación de la unión de hecho declarada judicialmente.

Como claramente lo explica el artículo 69 del Código de Familia de Costa Rica, el cual establece los plazos mencionados.

De esta manera, la presunción de paternidad no es una simple imposición legal, pues según lo plantea Rams (2002) se sustenta en los siguientes preceptos:

- Al existir matrimonio o unión de hecho se presume que los cónyuges viven bajo un mismo techo y, por tanto, también cohabitación o relación sexual, acto mismo que propicia la concepción de un hijo.
- La presunción de concepción necesaria para establecer si el acto de engendrar un hijo fue llevado a cabo, ciento ochenta días antes de la celebración del matrimonio o unión de hecho, o después de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio o separación de la unión hecho, ya que, bajo estos supuestos la presunción no opera, únicamente con las excepciones del artículo 69 del Código de Familia, ya mencionadas.

  Sin embargo, la legislación no diferencia si el hijo es concebido o no dentro de dicho plazo, lo que interesa es que el menor nazca dentro del término de ciento ochenta días después del matrimonio o unión de hecho y antes de los trescientos días posteriores a la disolución del vínculo del matrimonio o unión de hecho. Como lo explica Rams (2002): "[…] sino que cubre a todo hijo nacido en matrimonio, aún engendrado con toda seguridad antes de su celebración". (p. 233)

El legislador estableció la presunción de concepción para resolver ciertos casos en los cuales es indispensable conocer si la concepción del hijo se realizó o no dentro del vínculo matrimonial, puesto que sunacimiento se presentó después de los 300 días de la disolución del matrimonio o separación en la unión de hecho, por ello resulta indispensable determinar si el acto de engendrar se realizó antes de dicho plazo, ya que de ser así aplica la presunción pater is est.

Al respecto, Brenes (1998), ilustra lo anterior con un ejemplo:

> Así póngase que muerto un hombre a las 12 del día del 1 de enero, su viuda da luz a un hijo al concluir las 11 de la noche de 28 de octubre del mismo año, justamente calculando 28 días al mes de febrero y excluyendo todo el día 1 de enero, a los 300 días del fallecimiento del marido. El hijo tendrá la calidad de hijo del matrimonio porque nació una hora antes de terminarse los 300 días fijados por la ley. (p. 120)

Por ello la probanza de la cohabitación causal o fecunda es indispensable cuando se desea impugnar determinada filiación, en la cual la prueba más eficaz, certera y confiable es la denominada prueba de marcadores genéricos o de ADN, regulada en el artículo 98 del Código de Familia de Costa Rica y actualmente es la prueba definitiva que toman en cuenta los jueces para establecer su decisión final. Como lo indica la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

> En todo proceso de investigación o impugnación de paternidad o maternidad, es admisible la prueba científica con el objeto de verificar la existencia o inexistencia de la relación de parentesco…". Así se puede determinar la verdad biológica, en las filiaciones matrimonial y extramatrimonial, y se puede llegar a establecer la verdad real. (Sentencia 0416-2002)

La sentencia anterior se fundamenta en el artículo 79, del Código de Familia de Costa Rica, el cual indica que en el caso de los hijos matrimoniales, la prueba de la correspondiente filiación deriva de las actas de nacimiento inscritas en el Registro Civil, ante la falta de ellas o de no encontrarse completas o ser falsa dicha inscripción, la prueba del vínculo filiatorio corresponde a la posesión notoria de estado, o cualquier medio de prueba ordinario, en el caso de los hijos extramatrimoniales, el reconocimiento se realiza con el consentimiento de ambos padres, o con el consentimiento expreso de la madre, según el artículo 84 del Código de Familia de Costa Rica. Igualmente, esta puede ser impugnada por cualquiera que posea interés, pero debe ser durante la minoría de edad del hijo, de acuerdo con el artículo 86 del mencionado cuerpo legal.

En cuanto a la presunción de maternidad, esta es muy discutida por el hecho de poseer la mujer signos visibles que le indican su maternidad, sin embargo la legislación de familia costarricense, en su numeral 91, legitima al hijo y sus descendientes, investigar la paternidad o maternidad, esta última es presumida por el parto, lo común es la declaración de paternidad y no de maternidad, como lo explica Benavides (2011): “En virtud de ser el parto un acto cierto y visible, no así la concepción, lo ordinario es la declaración de paternidad”. (p. 303)

La presunción de maternidad se da por el embarazo y parto, como lo manifiesta Brenes (1998):

> En cuanto a la maternidad, sí existen signos materiales que la indican con precisión: el embarazo y el parto, por lo cual no se requiere que la mujer sea casada para atribuirle la calidad de madre de los hijos que de ella procedan. Por eso se ha dicho que la madre es cierta y conocida. (p. 118)

En resumidas cuentas, las clases de filiación están clasificadas dependiendo de la existencia de vínculo biológico o no, de acuerdo con lo explicado por el mismo Tribunal de Familia de San José:

> Cuando se habla de la filiación legal derivada de un vínculo biológico estamos en presencia de la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial, y las formas en que estas se emplazan o desplazan están claramente definidas en el Código de Familia y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil. Cuando se habla de la filiación, derivada de las técnicas de reproducción asistida y de la filiación derivada de la adopción, el elemento común es la voluntad. (Sentencia 0675-2015)

De acuerdo con lo indicado anteriormente, existe un último tipo de filiación que proviene de las técnicas de reproducción humana asistida, la cual no posee mucha regulación ni doctrina, debido a la prohibición a la fertilización in vitro que se dio en

Costa Rica desde el año 2000 por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Como lo manifiesta el indicado Tribunal de Familia de San José:

> En Costa Rica está claramente definido cómo se puede emplazar una filiación adoptiva, previo desplazamiento de la filiación biológica; y por la razón ya indicada de la tardanza legislativa, aún no se desarrolla ampliamente el tema del emplazamiento de la filiación que se produce como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida. Lo único con que se cuenta es con el ya citado párrafo tercero del artículo 72 del Código de Familia. (Sentencia 0675-2015)

La filiación por técnicas de reproducción humana asistida, plantea diversas disyuntivas, ya que en el caso de que un hijo sea procreado por estos medios, el cual genéticamente es hijo de los progenitores que adquieren la maternidad y paternidad, es decir, el caso de la fecundación homóloga, no existe ningún problema puesto que la legislación no realiza distinción en la forma de concebir un hijo, actualmente, en Costa Rica, todos los métodos de reproducción sexual asistida son permitidos, por tanto si se establece la realidad biológica entre los progenitores y el hijo no existe ningún parámetro legal que impida conceder filiación matrimonial o extramatrimonial, según lo explicado anteriormente.

El artículo 72, en su tercer párrafo del Código de Familia de Costa Rica, regula esta clase de filiación al establecer que: La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades.

Sin embargo, las TRHA plantean problemas a la filiación, en el supuesto de la fecundación heteróloga, la cual supone, de acuerdo con Mazzinghi (2006), la utilización de óvulos o semen de terceros, ante la incapacidad de cualquiera de los cónyuges para producir dichos gametos sexuales.

En este sentido y según lo indicado por el numeral anterior, la fecundación homóloga no plantea mayor problema en cuanto es posible probar la verdad biológica, por medio de las pruebas genéticas. En cuanto a la fecundación heteróloga, dicho artículo indica que cuando se da por inseminación artificial, pero principalmente existe el consentimiento de ambos cónyuges, este subsana la falta de la realidad biológica para establecer la paternidad, como lo explica el Tribunal de Familia de San José:

> Finalmente, el concepto de posesión notoria de estado se podía enlazar con el concepto de "voluntad procreacional" para que, a pesar de la ausencia de un vínculo biológico, se pudiera mantener legalmente una filiación que no correspondía con la biológica. Tal es el caso que contempla el párrafo tercero del artículo 72 del Código de Familia, cuando señala que "la inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades."(Sentencia 0675-2015)

Entonces, en la filiación por TRHA rige el principio de voluntad procreacional frente a la verdad o realidad biológica, la primera es posible siempre y cuando medie consentimiento o voluntad expresa de los progenitores, en lo que respecta a la determinación de la filiación. En otras palabras, en la filiación de las TRHA rige el principio de autonomía de la voluntad, el cual significa, en palabras de Krasnow (2014), la voluntad procreacional como elemento que define la filiación que surge a partir de la reproducción humana artificial.

La verdad biológica rige en la actualidad la determinación de la filiación por naturaleza, dicho elemento posee otro supuesto que es la voluntad de procrear, sin embargo, esta unión se pierde y es reemplazada por la voluntad o el elemento volitivo cuando se trata de establecer la filiación producto de las TRHA, según lo analizado por Krasnow:

> Pero esta alianza no resulta posible en aquellos supuestos de TRHA donde el elemento biológico –presente total/parcialmente y/o ausente– pierde el

> lugar que representa en la filiación por naturaleza, para ser reemplazado por el elemento volitivo que actúa en esta fuente como elemento que define el vínculo filial. (p. 8)

La voluntad procreacional se fundamenta en tres principios fundamentales los cuales son mencionados por (Krasnow, 2014), los cuales son: la voluntad de la unión sexual, el deseo de procreación y la responsabilidad procreacional.

En cuanto a la primera, se considera que constituye el consentimiento ya sea, en la relación sexual o en la aplicación de las TRHA, la voluntad de procrear, se refiere al deseo de concebir un hijo, es decir, es la tutela al derecho de reproducción o de fundar una familia, el cual fue analizado anteriormente, y es considerado un derecho humano fundamental, consagrado por diversos instrumentos nacionales e internacionales.

La responsabilidad en la procreación no puede confundirse con la voluntad de concebir un hijo, dicha diferenciación y su debida justificación son explicadas por Ales (2012) al decir que tienen su razón de ser en la justificación del ámbito familiar ya que la voluntad de procrear es un aspecto meramente privado y familiar, en cuyo caso el poder público no puede intervenir por considerarse contrario a los principios constitucionales y de derechos humanos, siendo una esfera exclusiva de los progenitores.

Como lo indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Artavia & Murillo y otros contra el Estado de Costa Rica: “En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública […]”

En lo que respecta a la responsabilidad de procrear, el ámbito de actuación del principio de autonomía o voluntad en la determinación de la filiación es extrajudicial, sin embargo, los efectos que derivan de esta son de orden público como los alimentos, la patria potestad, entre otros aspectos. Bien lo explica Ales (2012) cuando menciona que: “Al tratarse cuestiones de orden público familiar por afectar directamente el estado

civil de los involucrados, y principalmente la identidad de las personas, el respeto al libre actuar de los individuos debe equilibrarse con un cierto grado de control público". (p. 266)

El consentimiento de los cónyuges es el elemento primordial en la voluntad procreacional, ya que contra el establecimiento de este no hay ningún aspecto legal que pueda limitar el establecimiento de la filiación, debido a que la misma legislación lo permite, en el caso de la fecundación heteróloga, la identidad del verdadero progenitor -el donante-, se mantiene en secreto, pues esto es una de las condiciones de la donación de esperma, por tratarse de un contrato gratuito, libre, formal.

En definitiva, se entiende que es un regalo, una entrega consiente, limitada a un fin específico, en la cual tanto el donador como el receptor están de acuerdo con ello, por tanto, en la mayoría de legislaciones se establecen requisitos para acceder a la donación de espermatozoides u óvulos. Entre estos se destacan la voluntad de ambos receptores de realizarse la fecundación o inseminación heteróloga, esto es con material reproductor de una persona completamente extraña y desconocida para el receptor o receptora, además del anonimato para el donante, pues su acto es de buena fe para propiciar la concepción de un hijo a una pareja o persona, la cual de otra manera nunca podría llegar a ser una realidad.

En lo que respecta a la fecundación heteróloga, la legislación costarricense la permite y el principio que la sustenta es la voluntad de procrear, no tomando en cuenta la realidad biológica, principalmente porque existe el consentimiento de ambos cónyuges de someterse a las TRHA, por tanto, un hijo concebido bajo este supuesto ostenta filiación respecto de las personas que decidieron concebirlo, aunque sea inexistente el vínculo biológico.

Al respecto, Ales (2012) plantea que: "En este supuesto existe una manifestación inicial de voluntad de tener por propio a un hijo que no lo es […] la libre manifestación de una voluntad que fija un estado civil a sabiendas de su inexactitud". (p. 270)

Dicho de otro modo, el vínculo filial no solamente rige la verdad biológica o genética sino que es indispensable tomar en cuenta la voluntad de procrear, ya que existiendo un deseo de concepción de un hijo y la posterior toma de decisión de reproducirse, de fundar una familia, la legislación no puede de ninguna manera restringirlo o limitarlo a cuestiones de forma, ya que uno de los principios generales del derecho se fundamenta en que la forma nunca se puede anteponer al fondo en un proceso judicial, siendo la filiación y su respectivo reconocimiento un acto jurisdiccional, razón por la cual le aplica tal principio.

De acuerdo con este principio se desprende la importancia de determinar la filiación respecto de los hijos, ya que a partir de ella se desprende una serie de derechos humanos fundamentales para dicho hijo, que deben ser tutelados y protegidos por encima de cualquier precepto legal, ya que como se ha afirmado, en la doctrina y diversa legislación los derechos humanos, aunque afecten a una minoría no pueden ser violentados, o no poseer tutela jurisdiccional, justificando la afectación a unos cuantos, ya que aunque solamente beneficie a una persona, la ley debe desplegar todos los medios jurídicos de protección, debido a que un ser que posea la calidad de persona, le son inherentes una serie de facultades como los derechos humanos, únicamente por ser persona.

Es así como del derecho a la filiación surgen diversos derechos humanos, los cuales son, según Karsnow (2014), el interés superior del menor, contenido en tratados internacionales como la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 3, el principio de igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, el derecho a la identidad y la inmediata inscripción (artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño), la mayor facilidad y celeridad en la determinación de la filiación, acceso a la prueba genética como medio para establecer la verdad biológica, derecho a fundar una familia y no ser discriminado, entre otros.

La filiación de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem

La filiación del hijo respecto de sus progenitores puede presentarse de diversas maneras, tal cual fue explicado, es decir, estas pueden ser matrimonial,

extramatrimonial, adoptiva o producto de las técnicas de reproducción humana asistida, especialmente en lo que respecta a la fecundación heteróloga, en la cual el principio que rige no es la verdad biológica, sino la voluntad o consentimiento en la procreación.

Como fue mencionado en apartados anteriores, en la determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial con respecto a la paternidad, se utiliza la presunción pater is, que indica plazos que hacen presumir el nacimiento de una persona, es decir, si el hijo nació en un vínculo matrimonial o no existente entre los progenitores.

Dichos plazos analizados indican que un hijo nacido en los 180 días antes del matrimonio o unión de hecho, o después de los 300 días de disuelto el vínculo, es hijo extramatrimonial, claro está, probando la respectiva realidad biológica entre el hijo y el presunto progenitor.

No obstante, si el hijo es procreado antes de que los progenitores contraigan matrimonio, se considera la filiación matrimonial, siempre y cuando progenitores sean las mismas personas que contraen matrimonio, aunque la manifestación de tal acto la deben realizar ambos progenitores o el padre, por medio del testamento, escritura pública, un acta que es levantada en el Patronato Nacional de la Infancia o un escrito dirigido al Registro Civil de Costa Rica, según los manifestado en el artículo 81 del Código de Familia de Costa Rica.

Cuando el presunto hijo nace después de los 300 días de disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho, la presunción pater is est no lo cubre, a menos que la mujer pueda probar que la concepción se dio antes de dicho plazo, pero de lo contrario la ley establece que es extramatrimonial, cuestión que no le afecta al menor en nada, ya que de comprobarse la verdad biológica, este gozará de los mismos derechos que uno matrimonial, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad entre los hijos, es decir, no clasificación discriminatoria por razones filiatorias, tal y como fue explicado en apartados anteriores.

Lo anterior se conoce como paternidad póstuma, según lo explica el artículo 75 del Código de Familia de Costa Rica, a saber:

> El hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio por muerte o por divorcio o de la separación de los cónyuges judicialmente decretada o de la declaración de ausencia del marido, se tendrá como habido fuera del matrimonio, salvo prueba en contrario.

Ahora bien, se puede presentar la circunstancia que dicho hijo sea concebido después de muerto su progenitor, esto es lo que se conoce como fecundación artificial post mortem, situación que la legislación costarricense no contempla y que bajo los preceptos legales actuales sería un caso al cual el ordenamiento jurídico en lo que respecta al derecho de familia y la filiación del respectivo menor, no tendría respuesta.

De acuerdo con la entrevista realizada al Presidente de la Sala Segunda, el Magistrado Orlando Aguirre, si la realidad biológica se demuestra, no existe presupuesto legal para negarle filiación a dicho menor respecto de su padre muerto, de lo contrario se violentaría una serie de derechos humanos, entre ellos el de la filiación, la igualdad, no discriminación, entre otros, opinión que igualmente comparte el Juez Civil, Lic. Ricardo Barrantes.

La fecundación artificial post mortem, respecto a las explicaciones anteriores, es posible gracias a las técnicas de reproducción humana asistida, debido a que en el proceso de fecundación no es necesaria la presencia del varón, únicamente de su material reproductor, aún más en el supuesto que ya exista un embrión crioconservado.

Los hijos concebidos bajo el método supuesto deben ostentar filiación, conocida en la doctrina como filiación post mortem, esta se presenta cuando un menor es concebido o nace con posterioridad a la muerte de su progenitor, es decir, según (Domínguez, 2009) “[…] filiación post mortem es aquella donde con base en las leyes jurídicas o naturales, el vínculo inmediato de consanguinidad existe pero previamente a su constitución o declaración ha fallecido alguno de sus protagonistas”. (p. 197)

Igualmente, como lo aclara Domínguez (2009), filiación post mortem es cualquier supuesto en el cual esta sea declarada luego de la muerte de su progenitor, en la mayoría de los casos se presenta cuando fallece el hombre, pues establecer la paternidad es más simple, sin embargo cuando quien fallece es la mujer, y aparece la figura de la maternidad subrogada, prohibida absoluta o parcialmente en muchas legislaciones, ya que este hijo tendría dos madres que poseen derechos de maternidad sobre él, basada en cuestiones genéticas y psicológicas reales resulta más complicado determinar quién ostenta la maternidad legal, supuesto necesario para declarar su filiación.

En cuanto a la legislación de familia en Costa Rica, un hijo nacido después de la muerte de su padre puede ostentar su filiación a través del testamento, según el artículo 89 del Código de Familia, es decir, que el padre, antes de morir, aunque su presunto hijo no haya nacido, reconoce su paternidad. Tal y como lo indica el artículo 94 del Código de Familia, es posible ejercer la investigación de paternidad aunque el hijo no haya nacido.

Pudiendo el hijo ejercer esta acción de reconocimiento antes de que cumpla 25 años de edad, aunque si existe un documento por parte del progenitor reconociendo su paternidad o maternidad, y el hijo posee más de esa edad, la acción puede ejercerse dos años después de aparecido dicho documento, según lo que establece el artículo 95 del Código de Familia.

La vindicación de estado, en lo que respecta a la filiación de los hijos, es imprescriptible, si dichos hijos mueren tal derecho pasa a sus nietos, los cuales tienen un plazo de cuatro años desde la muerte del hijo para interponer la acción, según el artículo 77 del Código de Familia de Costa Rica.

La justificación de la imprescriptibilidad de la vindicación de estado en la filiación a los hijos pero a sus herederos no, lo explica Benavides (2010) con lo siguiente:

> La vindicación de estado es la reclamación por parte del hijo de su filiación matrimonial, en nuestro derecho por los principios constitucionales de

> igualdad de los hijos, y de prohibición de calificar la filiación […] por ello para el hijo y los nietos el derecho de vindicar es imprescriptible, no así para los herederos. (p. 261)

Entonces, queda claro que el sistema jurídico de Costa Rica posee medios para que aunque el padre o madre fallezcan sin existir la filiación reconocida, se pueda establecer esta aun después de su muerte.

Sin embargo, estos supuestos se presentan en el caso del nasciturus o ser concebido, o cuando ya el menor haya nacido, nuestra legislación no indica nada respecto de la filiación post mortem o cuando el presunto hijo ni tan siquiera está concebido a la muerte del progenitor que fallece. Supuesto que presenta dificultad para establecer la filiación matrimonial o extramatrimonial, puesinterpretando de manera literal los artículos del Código de Familia de Costa Rica, al nacer mucho después de la muerte del progenitor, la filiación sería extramatrimonial.

No obstante, negarle filiación matrimonial al hijo concebido post mortem provocaría violación de principios constitucionales y de derechos humanos, tanto al menor como a sus padres, ya que la voluntad de procrear fue de ambos progenitores, aunado a ello, a las pruebas genéticas pueden verificar el parentesco consanguíneo entre el hijo y el progenitor muerto. Asimismo, al niño se le privaría dl derecho a la identidad, consagrado en tratados internacionales de derechos humanos, según lo explica (Bergamini, 2013)

> Más allá de las opiniones, hay algo que es indiscutible y es el derecho del niño a la identidad, amparado por la Convención sobre los Derechos del Niño en sus arts. 7, 8 y 9, que consiste en que no se distorsione, recorte, o niegue lo que constituye el esencial patrimonio cultural del sujeto integrado por distintos aspectos como la identidad de origen, la identidad familiar, intelectual, política, religiosa y social de cada persona. El niño nace y se proyecta desde sí mismo, pero en relación con los demás, y tiene derecho a ser el ser que realmente es y ser reconocido por los demás con una identidad propia. Uno de los aspectos más importantes es el ser reconocido

> por sus progenitores, quienes tuvieron la voluntad procreacional. En este sentido, resulta totalmente inadmisible privar al niño de su emplazamiento como hijo de las personas que quisieron darle la vida, y los demás efectos que ello implica. (pp.7-8)

La filiación post mortem se debe establecer de acuerdo con la realidad biológica que es fácilmente comprobable, pero principalmente las legislaciones que regulan este tema y la doctrina que lo desarrolla consideran como elemento fundamental para determinar la filiación del hijo concebido post mortem, el consentimiento expreso y manifiesto del progenitor fallecido, ya que como se explicó anteriormente, la voluntad procreacional es un elemento básico para filiación, pues la decisión de tener hijos es parte del ámbito privado de las personas y no debe ser objeto de injerencias arbitrarias por parte de ningún Estado.

Para Bergamini (2013), el consentimiento en la filiación es: “Sobre el punto, adquiere fundamental importancia el elemento volitivo que va a ser el elemento determinante del vínculo filiatorio. La voluntad puede ser demostrada mediante la documentación que acredite el recurso conjunto a un tratamiento, esto es el consentimiento informado”. (p. 7)

Muchas legislaciones reconocen de manera expresa la filiación post mortem y permiten su declaración, sin embargo debe mediar el consentimiento o voluntad procreacional para declararla, aunque también es de suma importancia la realidad biológica, de igual manera indican plazos, como lo explica Bergamini (2013):

> En derecho comparado, los Estados que regulan la materia generalmente limitan los efectos jurídicos entre el nacido y el progenitor fallecido, imponen un requisito ineludible de consentimiento por parte del fallecido y, en ocasiones un doble consentimiento, para el uso del material genético y para ser tratado como padre luego del nacimiento. En algunos casos se contempla un plazo máximo para que se lleve a cabo la inseminación o implantación en la mujer. (p. 9)

La importancia del consentimiento de la fecundación post mortem, es que este comprueba la voluntad procreacional, pero ella puede ser inferida por circunstancias como haber estado sometido a un procedimiento de reproducción humana asistida y luego sobrevino la muerte, sobre este particular en la trascendencia del consentimiento del hombre para la aplicación de la fecundación artificial post mortem en la viuda, Krasnow (2013) expresa que:

> En la misma dirección se sostuvo que el consentimiento expresado por el causante en vida para que su material genético sea utilizado después de su muerte, es imprescindible. Este autor entiende que si la fecundación *post mortem* se concreta sin contar con consentimiento *ad hoc* del marido fallecido, corresponde calificar esa fecundación atendiendo a que fue realizada por exclusiva decisión de la viuda, por su cuenta y riesgo. (p. 33)

En España, la filiación post mortem viene indica en el artículo 9.2 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana, la cual otorga filiación matrimonial, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, dicho numeral indica:

> 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 6.3, 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.

Es decir, bajo el cumplimiento de dos requisitos un hijo que nazca bajo fecundación artificial post mortem, ostentará filiación matrimonial respecto de su padre premuerto, como lo explica Rodríguez (2015), primeramente debe existir consentimiento expreso del marido, pues contempla solo la posibilidad que fallezca el

hombre, y el plazo de doce meses para continuar con la TRHA, cumpliendo ambos requisitos, dicho hijo tendrá filiación matrimonial y todos los efectos que surgen de ella.

Por otra parte, dicho artículo establece una presunción al consentimiento, como lo explica Yeneri (2010):

> Es importante remarcar que la propia ley establece una presunción de consentimiento cuando el cónyuge supérsite estuviese sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.(p. 16)

Bajo el supuesto que no exista consentimiento expreso o presumido, la legislación española no acepta la fecundación post mortem a la falta de estos, principalmente del consentimiento, y aunque la TRHA post mortem se lleve a cabo y nazca una persona, la jurisprudencia y doctrina española coinciden, y no otorgan filiación matrimonial a ese menor, le imputan filiación extramatrimonial, dicha interpretación surge del mismo artículo 9 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, tal cual lo puntualiza Lledó (2007):

> La finalidad en la voluntad del legislador con el texto, que comentamos, referido al párrafo primero, quería indicarnos que la regla general, a falta de consentimiento expreso del varón fallecido, era que si aún con esa falta de consentimiento, se utilizaba su material reproductor: y del mismo derivase el nacimiento de un ser humano ex post mortem; el citado hijo sobrevenido no tendría filiación paterna correspondiente al varón fallecido (que no dio su consentimiento). (p. 127)

En síntesis, el consentimiento del varón (indicada en el artículo 9 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida), para que su cónyuge o consorte utilice su material reproductor después de su muerte, es necesario no solo para que permita continuar con la fecundación artificial, sino también para que al menor nacido le sea determinada la filiación con respecto a su progenitor ya fallecido.

De acuerdo con Lledó (2007), los parámetros en la fecundación post mortem, en los cuales es indispensable el consentimiento del hombre, para que se deriven de este los efectos de la filiación matrimonial son:

- Para la utilización de los gametos depositados en determinado centro médico autorizado, es necesario el consentimiento del marido, expresado en el testamento, documento público, en los cuales se especifique la circunstancia mencionada.
- El consentimiento también es la prueba que demuestra que en dicho centro se llevó a cabo la fecundación artificial.
- El nacimiento debe producirse en los 12 meses siguientes al fallecimiento del padre biológico.

De lo anterior se interpreta, de acuerdo con la opinión de Lledó (2007), que a falta de estos la filiación será extramatrimonial, por lo que se determina la filiación materna pero no la paterna, es decir, tal hijo únicamente ostentará filiación respecto de su madre y no de su padre, aunque genéticamente se pueda demostrar que dicho menor es su hijo biológico, ahora bien, no podrá disfrutar de derechos de ningún tipo respecto de su progenitor ya fallecido.

En el caso de España, la fecundación artificial post mortem es permitida. En lo que respecta a la filiación post mortem, la legislación especial al efecto la concede siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en ella, como lo son el plazo de 12 meses y principalmente el consentimiento informado del varón para utilizar su material reproductor aún después de su muerte. Entonces, cumplidos ambos requisitos, la fecundación post mortem despliega todos los efectos filiatorios legales hacia el menor concebido por dicha técnica.

La justificación de la fecundación post mortem la reafirma el Tribunal Constitucional de España, en su sentencia 116-99, al decir: “[…] posibilitar la fecundación, por ende la creación de una familia. La fecundación post mortem es una práctica prevista en la propia ley, con los efectos que desde el punto de vista de la filiación se establecen”.

Además, la admisión de la fecundación artificial post mortem en España, bajo el artículo 9 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, se creó con el fin de equilibrar los diversos intereses que pueden estar implicados, como lo explica Lledó (2007):

> La aplicación del art.9 de la LRHA, un punto de equilibrio, una ponderación razonada entre los valores, derechos y bienes constitucionales implicados que articulen la viabilidad de la pretensión formulada por la viuda y/o consorte y en la que pudiesen encontrar acomodo distintas concepciones sobre el derecho a la vida, pero también el derecho a la protección de la salud, la obligación de los poder públicos de promover la ciencia de la investigación científica y técnica en beneficio del interés general. (p. 129)

En Alemania, la fecundación artificial post mortem es permitida, sin embargo, entre el progenitor fallecido y el hijo superpóstumo no se establecía ningún vínculo legal, ni ostentaría derechos filiatorios ni sucesorios respecto de su padre fallecido, lo anterior bajo la ley denominada La human fertilizacion and embriology Act de 1990 (Ales), 2012, pero la modificación del año 2003 a esta indicó que el varón fallecido podría ser tenido como padre del menor si concurren las siguientes circunstancias: que el hombre sea cónyuge o compañero de hecho de la madre del menor, que ambos estuvieran sometidos previamente a las TRHA, y principalmente que exista el consentimiento por escrito, de la utilización póstuma del material genético y que la madre en un plazo de cuarenta y dos días, a partir del nacimiento del hijo decida inscribir la paternidad del hombre muerto.

Todo lo anterior se encuentra establecido en la sección 28 (5A) – (5I) por la *Human Fertilisation and Embryology Act*, del 2003, de igual manera esta permitió establecer filiación post mortem en el caso de la fecundación heteróloga, siempre y cuando sea con óvulos de su esposa o compañera y que medie el consentimiento del varón. Además, atribuye todos los efectos legales que se derivan de la filiación.

Países como Argentina y Colombia poseen proyectos de ley que contemplan la fecundación post mortem, y al igual que España, otorgan filiación post mortem pero

bajo el cumplimiento de requisitos principalmente el consentimiento expreso del progenitor fallecido.

De acuerdo con lo anterior, negarle la filiación a un menor que nace de manera efectiva, pero que su concepción se presenta luego del deceso de su padre biológico es contradictorio a los derechos humanos, tanto del menor como de sus padres, en cuanto al derecho a fundar una familia, el cual inicia en el momento que se despliega la voluntad procreacional.

Objetivo 3: Explicar la normativa extranjera que regula la fecundación artificial post mortem y su incidencia en el derecho sucesorio

Legislación y jurisprudencia internacional en torno a la capacidad de suceder en una sucesión mortis causa de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem.

Como se ha mencionado en diversos apartados, la fecundación artificial post mortem en una realidad a nivel mundial que ha provocado que diversos países, mediante la creación o interpretación de leyes, prohibieran o permitieran tal práctica, adecuando las normas existentes.

De seguido, se expondrá la legislación de diversos países en cuanto a la fecundación artificial post mortem y su incidencia y tratamiento legal en el derecho sucesorio.

España

La fecundación artificial postmortem es permitida en España desde noviembre de 1988, a partir de la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción humana asistida, la cual fue reformada por la actual Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida,la reforma incluyo la fecundación artificial postmortem, a la cual se le

denomina en dicha legislación la premoriencia del marido, en la cual fueron reformados los requsitos que se imponen para poder concebir artificialmente luego del fallecimiento del varón, como más adelante será expuesto.

Por medio del artículo 9 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, se permite la fecundación artificial post mortem, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, los cuales le conceden filiación matrimonial al hijo nacido de esta y, por ende, todos los efectos que surte la declaración legal de filiación, entre estos los derechos sucesorios del hijo sobre la sucesión de sus padres.

Dicho artículo establece lo siguiente:

> 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 este 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 6.3, 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 aquéllas.
>
> Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite 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 apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

Específicamente en el primer párrafo de dicho numeral, se establece la negativa de reconocer la filiación de un hijo producto de las TRHA cuando la concepción no se haya dado a la muerte del progenitor (varón fallecido), es decir, estaría permitida la fecundación artificial post mortem, pero bajo la consecuencia que el hijo nacido producto de esta no tendría derechos filiatorios ni sucesorios respecto de su padre biológico muerto, aunque se pruebe la realidad genética, el cual fue inspirado por el Informe Warnock.

Por otra parte, en el inciso 2 se establecen excepciones, las cuales consisten, en que si el varón fallecido indica mediante consentimiento expreso que autoriza en su esposa, para que la utilización de su material reproductor se produzca después de su muerte, al menor se le otorga filiación matrimonial y todos los efectos que de esta se despliegan, como los derechos sucesorios. En el inciso 3 de la ley mencionada, se plantea la posibilidad que un hombre que no se encuentre unido por vínculo matrimonial con determinada mujer, pueda dejar su consentimiento para que, luego de su muerte, su conviviente pueda utilizar su material reproductor, para concebir de manera artificial un hijo, sin embargo, dicho consentimiento, será la prueba inicial que permita iniciar con el procedimiento de inscripción del nacimiento de dicho menor en el Registro Civil, de acuerdo a los preceptos que establece el articulo 44 de la Ley 20/2011 del Registro Civil, en lo relativo a la inscripción del nacimiento de un menor.

Además, otro de los requisitos necesarios, consiste en que la fecundación artificial se debe llevar a cabo en un plazo no mayor a los 12 meses luego del fallecimiento de hombre. Este plazo, anterior a la reforma de mayo del 2006 a la ley 35/88 sobre técnicas de reproducción humana asistida, era de 6 meses, pero con reforma el plazo fue ampliado a 6 meses, lo cual implica que la viuda tiene 12 meses luego del fallecimiento de su esposo para poder lograr la concepción de dicho hijo.

El plazo de los 12 meses se establece esencialmente para el derecho sucesorio, puesto que resulta indispensable para ofrecer seguridad jurídica a otros sucesores que pueden ver su porción hereditaria disminuida o aumentada si el menor llega o no a nacer. También este plazo es necesario para la determinación de la filiación, para así declarar la filiación matrimonial de tal hijo, en este caso no aplica la presunción de paternidad.

Tal y como lo explica Jiménez (2012), si la concepción efectivamente se realiza en los 12meses siguientes al fallecimiento del progenitor, como lo establece la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, el período de gestación nunca va a prolongarse más de los 300 días, que impone la ley por ser biológicamente imposible, pues existe certeza del momento en el cual el hijo fue concebido.

El mencionado plazo se aplica en las siguientes situaciones: para practicarse la fecundación artificial -previamente autorizada por el órgano jurisdiccional correspondiente-, como límite en el cual el hijo debe nacer o al menos estar concebido para otorgarle filiación matrimonial y durante ese período la partición de la herencia se suspende hasta tanto no se verifique la existencia de dicho hijo. Este plazo de 12 meses rige a partir del momento en el cual muere el progenitor, siempre y cuando exista consentimiento para continuar con las TRHA a su esposa o conviviente, es de caducidad o vigencia del consentimiento tras el fallecimiento del marido, por tanto la jurisprudencia y doctrina entienden que transcurrido el mencionado plazo se extingue el consentimiento, es decir, se debe actuar como si no hubiese existido nunca.

Recapitulando, si la fecundación artificial se lleva a cabo luego de los 12 meses siguientes a la muerte del progenitor, la filiación matrimonial y los efectos que derivan de esta, como el derecho a suceder, no operarían por incumplimiento de los requisitos legales, como lo indica el numeral 9.2 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida: “[…] 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”.

El consentimiento y plazo para llevar a cabo la fecundación artificial son indispensables,y siempre deben existir, como lo afirma una resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado, del 24 de setiembre del 2002, en el cual una viuda se le implantaron embriones conservados con material reproductor de su marido ya muerto, al menor nacido se le negó la inscripción como filiación matrimonial, ante la falta del mencionado consentimiento, la justificación jurídica para negar la filiación y los correspondientes derechos sucesorios al hijo producto de dicha práctica, es indicada en dicho pronunciamiento :

> No cabe prescindir de la necesidad de un consentimiento específico del marido para la utilización de su material genético en su mujer (y no solo para la crioconservación de los embriones) y que esta se realice en el plazo, pues el caso contrario llevaría a consecuencias poco deseables, quedando los embriones congelados o hasta que la viuda decidiera o no implantárselos, creando una permanente situación de indeterminación e inseguridad en las relaciones jurídicas derivadas del hecho del nacimiento totalmente inadmisibles.

En otras palabras está claro que una vez transcurridos doce meses posteriores a la muerte del progenitor, sin que la viuda se practique la fecundación artificial, el menor nacido no tendrá ni derechos filiatorios ni sucesorios respecto de su progenitor biológico, aunque genéticamente se compruebe el vínculo entre los mismos, como lo menciona Pérez (2007):

> Eso sí lo que queda claro es que decursado ese plazo, de aplicarse las técnicas, no cabrían efectos filiatorios, ni sucesorios respecto del concebido, aunque el resultado de las pruebas genéticas denuncie la verdadera relación filiatoria entre el nacido y su finado padre. (p. 153)

Además, si no existe el consentimiento del hombre, tampoco existirá reconocimiento de filiación paterna, ni los efectos de esta, únicamente el menor ostentará filiación materna extramatrimonial, como lo explica Lledó (2007):

> […] a falta de consentimiento expreso del varón fallecido, era que si aun con esa falta de consentimiento, se utilizaba su material reproductor; y de este se derivase el nacimiento de un ser humano ex post mortem; el citado hijo sobrevenido no tendrá la filiación paterna correspondiente al varón fallecido (que no dio su consentimiento). (p. 127)

El consentimiento puede ser otorgado por diversos medios que permite el artículo 9.2 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, los cuales son: el documento que regula el artículo 6.3 de la ley mencionada, mediante testamento, escritura pública o documento privado de instrucciones previas.

En cuanto a las características del consentimiento, el numeral 6.3 de la mencionada ley, dispone lo siguiente:

> Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así consta de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

De acuerdo con lo anterior, el consentimiento que otorga el varón, autorizando la utilización de su material reproductor, después de su muerte para la concepción del hijo, debe ser voluntario, consciente y formal, es decir, debe estar plasmado en los documentos mencionados, con todas las formalidades legales que para el caso se requieren. Además debe ser expreso y claro, en el cual el hombre señala en forma expresa y determinada, la mujer que está autorizada para usar gametos en la fecundación artificial, según la ley, puede ser la esposa o conviviente de hecho.

La formalidad en el consentimiento y la sanción de incumplimiento consiste en no aplicar la TRHA, y la no imputación de derechos filiatorios y sucesorios respecto de su progenitor se encuentra establecido en diversas resoluciones judiciales, en España, ejemplo de estas son:

Auto del Juzgado de primera instancia, número 17 de Valencia, el cual indica la no imputación de la filiación paterna del fallecido, al no constar el consentimiento ni en testamento ni en escritura pública. Pero no se solicita la utilización del material reproductor en su viuda; sino para atribuirle una filiación matrimonial para los dos ex cónyuges (la viuda y su consorte fallecido)

El auto de la audiencia provincial de Barcelona sección 12, del 16 de setiembre del 2004, indica que no se puede utilizar el material reproductor del varón fallecido cuando se pretende imputarle una filiación que él no ha consentido. Además, el auto del juzgado de primera instancia, número 13 de Valencia, es decir, se pretendía imputarle una filiación a quien no la había consentido.

A partir de la reforma de la Ley sobre de técnicas de reproducción humana asistida, en el 2006, se estableció la presunción del consentimiento, la cual consiste en que se presume la voluntad del hombre de utilizar sus gametos para después de su muerte, cuando la esposa o conviviente sobreviviente logra demostrar que antes del fallecimiento de su esposo o conviviente, ambos se estaban sometiendo a un tratamiento de fecundación artificial, o que ya existiese un embrión crioconservado. En ambos casos, se presume el consentimiento procreacional, por tanto el hijo nacido producto de la fecundación artificial post mortem, se le otorga filiación paterna matrimonial según sea el vinculo por el cual estan unidos los prgenitores, y todos los efectos que se derivan de esta. (Ales, 2012)

En lo que respecta a los derechos sucesorios del hijo concebido luego de la muerte de su padre biológico, la doctrina y jurisprudencia española establecen que una vez reconocida la filiación paterna matrimonial respecto de dicho hijo, este tiene derechos sucesorios respecto de su padre biológico muerto, claro está bajo el cumplimiento de los requisitos mencionados en el artículo 9 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida del mencionado país, los cuales son: el consentimiento del hombre para utilizar sus gametos después de su muerte en un proceso de reproducción artificial en determinada mujer, su esposa o conviviente, y

practicarse la filiación en un plazo de caducidad de 12 meses desde la muerte del progenitor.

Suplidos tales requisitos, y siendo efectivo el nacimiento del menor, se reconoce la filiación paterna, matrimonial o extramatrimonial, según sea el vínculo que une a los progenitores. Por tanto, dicho menor podrá legalmente suceder a su padre fallecido. Una vez reconocida legalmente la filiación no puede existir ningún parámetro legal para negar derechos sucesorios a un hijo, de lo contrario sería violentar principios fundamentales como la igualdad, según lo indica Ales (2012):

> Resultaría ilógico que si la misma norma permite a la mujer mayor de edad utilizar los gametos de su compañero muerto, simultáneamente le niegue al niño así concebido derechos sobre la sucesión de su padre, discriminando al hijo en relación con otros niños incluyendo sus hermanos biológicos. (p. 241)

En síntesis, en España, desde 1988, por medio de la legislación que regula las TRHA, se determinó que el hijo concebido luego de la muerte de su padre será considerado hijo de este para todos los efectos, incluidos los derechos sucesorios, claro está en casos excepcionales que cumplan las formalidades de la ley.

Las soluciones legales en dicho país para que un sucesor no concebido a la muerte del causante, quien es hijo de este último pueda sucederle, una vez reconocida la filiación paterna, la jurisprudencia, por medio de la interpretación doctrinal, ha aceptado tal situación en la sucesión testada, por medio de la sustitución fideicomisaria bajo condición, o el heredero condicional.

No obstante, gran parte del sector doctrinal de dicho país expone que el llamamiento directo al concepturus es posible en la sucesión intestada, sin que existan disposiciones testamentarias, o las figuras jurídicas antes mencionadas, claro está mientras estos puedan de algún modo ser identificables, como es el caso de la fecundación artificial post mortem, en el cual si bien la persona no existe a la muerte de su padre biológico, existen antecedentes que la concepción del menor se iba a

realizar en vida del progenitor, pero ante su muerte la viuda desea continuar y ejercer el derecho de reproducción o de fundar una familia, que fue adoptado por ambos, aún más cuando existe voluntad procreacional exteriorizada por el fallecido.

En lo que respecta a la sustitución fideicomisaria, se aplica de la siguiente manera cuando el testador impone como fideicomisario a un hijo no nacido a su muerte.

Primeramente, la doctrina indica que se deben cumplir los requisitos que señala artículo 9 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, para que se autorice judicialmente la fecundación artificial post mortem, y una vez nacido el menor se le reconozca la filiación paterna y de ella se desplieguen todos sus efectos, entre los cuales están los derechos sucesorios del menor.

Luego, para que el concepturus (sean estos gametos por fecundar o un embrión conservado) sea admitido como fideicomisario, claro está que debe nacer vivo (artículo 30 Código Civil de España), es necesario que la fecundación o la implantación del óvulo fecundado, se presente en los 12 meses siguientes a la muerte del fideicomitentes o progenitor, siempre y cuando exista consentimiento expreso o presunción de este por parte del progenitor.

Puede darse el caso que se declare la apertura de la sustitución fideicomisaria sin aún producirse la concepción del hijo superpóstumo, sin embargo, ante el plazo de 12 meses, si no ha transcurrido este, sigue pendiente la figura del fideicomisario, hasta tanto no transcurra dicho plazo, para ello se toma una serie de medidas procesales explicadas luego.

La legislación española modificó sus normas para que el no concebido pueda ser fideicomisario, por ejemplo el artículo 781 del Código Civil del mencionado país recoge esta posibilidad:

> Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

La mención de llamamientos que no pase de segundo grado se entiende que el fideicomitente puede establecer únicamente dos seres no concebidos a su muerte, claro, aplicando conjuntamente los requisitos de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida para que dicha institución sea válida.

Cuando los no concebidos son hijos del causante, se les considera como herederos forzosos, según el artículo 808 del Código Civil español, por tanto también pueden suceder puesto que por ley tienen derecho a la legítima, a los cuales no les aplica la indignidad o desheredación.

La legislación española basa la decisión de otorgar derechos sucesorios a hijos no concebidos a la muerte de su padre, en los siguientes motivos: la violación a principios constitucionales fundamentales, como la no discriminación por razones de filiación, sean concebidos natural o artificialmente, contemplado en el artículo 14 de la Constitución de España, además es contrario al derecho a la herencia consagrado en el artículo 33.2 de dicho ordenamiento jurídico, y el derecho a la protección integral del hijo con independencia de su filiación, tutelado por el artículo 39.2 del mencionado cuerpo legal.

Entonces, mientras se produce el nacimiento del menor, podrían pasar unos 21 meses desde la muerte de su padre biológico, por la extensión del plazo de 12 meses que otorga la Ley 14/2006, por esta razón se aplican las reglas del heredero bajo condición y las reglas de la viuda encinta, las cuales suspenden la partición de la herencia en el tanto no se verifique la condición o no transcurra el plazo, entonces, hasta tanto no exista seguridad de la concepción, o que transcurran los 12 meses establecidos para llevar a cabo la fecundación artificial post mortem.

En cuanto a las normas del heredero condicional, el proceso se suspende y la herencia se pone en administración, como lo establece el artículo 801 del Código Civil de España:

> Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o

> haya certeza de que no podrá cumplirse. Lo mismo se hará cuando el heredero o legatario no preste la fianza en el caso del artículo anterior.

En lo que respecta a las reglas de la viuda encinta, por la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social en la cual deben ser aplicadas, en la práctica, cuando se presentan casos de fecundación artificial post mortem, en los cuales al futuro hijo se le imputan derechos sucesorios, como medidas cautelares o preventivas en el proceso sucesorio, para evitar situaciones de fraude o abuso a los derechos de otros posibles herederos, se aplican las precauciones a la viuda encinta, reguladas del artículo 959 al 967 del Código Civil de España.

Cuando estas reglas se aplican a casos de fecundación artificial post mortem, en el momento que muere el progenitor y la viuda toma la decisión de continuar con la fecundación artificial, bajo la conservación de gametos del esposo muerto o un embrión conservado y principalmente ante la existencia del consentimiento de él, esta debe comunicar a todos los que tuvieran algún interés en la sucesión, -los otros sucesores- que sí existen a la muerte del causante. En lo que respecta a la interpretación del artículo 959 del mencionado cuerpo legal:

> Cuando la viuda crea haber quedado encinta, deberá ponerlo en conocimiento de los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.

Además esta situación debe ser de conocimiento del juez de la sucesión, para que este suspenda la partición de la herencia durante el plazo de 12 meses, y se pone en administración hasta tanto no transcurra el mencionado plazo sin que exista certeza de que el parto se va o no a producir. Según la interpretación de los numerales 965 y 966 del Código Civil español, los cuales establecen respectivamente:

> En el tiempo que medie hasta que se verifique el parto, o se adquiera la certidumbre de que este no tendrá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber pasado con exceso el término máximo para la gestación, se

> proveerá a la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaría.
>
> La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta. Sin embargo, el administrador podrá pagar a los acreedores, previo mandato judicial.

Transcurrido el tiempo indicado, la suspensión cesa y continúa el proceso, ya porque sea una realidad identificable o no el concepturus, con lo cual el administrador entrega los bienes y da cuentas de su administración, para que finalmente se produzca la partición. De acuerdo con lo indicado por el artículo 967 del mencionado ordenamiento jurídico:

> Verificado el parto o el aborto, o transcurrido el término de la gestación, el administrador de los bienes hereditarios cesará en su encargo y dará cuenta de su desempeño a los herederos o a sus legítimos representantes.

Reino Unido

La legislación inglesa en lo que respecta a la fecundación artificial post mortem, ha sufrido diversas modificaciones, pues en un principio se permitía, la ley no reconocía filiación paterna, de igual manera se privaba al hijo de derechos sucesorios respecto de su padre biológico fallecido, aunque fuera probada la verdad biológica, aunque esta situación ha variado.

Human Fertilization and Embriology Act de 1990 (HFEA), es el mecanismo legal que regula las TRHA en dicho país, a partir de su creación se establecía que el concebido con posterioridad a la muerte de progenitor no tendría jamás el estatus legal de hijo de este, por tanto, no podría suceder a su padre biológico. Sin embargo, en el 2003, dicha ley sufre algunas modificaciones, en las cuales la ley otorga filiación paterna al hijo concebido luego de la muerte de su progenitor, siempre y cuando este último fuera cónyuge o compañero de la madre del menor, que ambos se estuvieran sometiendo a un tratamiento infertilidad, que exista el consentimiento del varón

fallecido, autorizando la utilización póstuma de su material reproductor, y que la madre, 42 días después del nacimiento del menor, inscriba al hombre fallecido como progenitor de dicho menor.

Aunque se reconoció al hijo superpóstumo, los derechos de filiación respecto de su progenitor fallecido no se le concedieron derechos sucesorios respecto de su padre legal, limitando los efectos que derivan de la declaración de filiación. Lo anterior, según la modificación del año 2003 a la HFEA, sección 28 (5A) – (5I).

Además, a diferencia de la legislación española, dicha reforma permite que mediante consentimiento el hombre fallecido pueda otorgar filiación a un hijo concebido después de su muerte, pero fecundado con gametos de un tercero (donante) y su esposa o conviviente, así si el embrión fue fecundado con gametos masculinos y femeninos de terceros.

En el 2008 se presenta otra modificación en la fecundación de un embrión con gametos de un tercero, en el sentido de que la filiación se le puede imputar a determinado hombre, el esposo o conviviente de la madre del hijo, aunque la fecundación se produzca luego de la muerte de este, De acuerdo con la sección 40 (2).

De igual manera, con dicha reforma se permite que tanto parejas heterosexuales como homosexuales puedan recurrir a las TRHA, incluyendo la fecundación artificial post mortem.

En síntesis, en este país se le concede filiación paterna al hijo concebido luego de la muerte de su padre, pero negándole derecho a sucederle, pues esta legislación adopta la teoría intermedia en la cual se permite la fecundación artificial post mortem, pero el hijo producto no poseerá derechos sucesorios respecto de su padre biológico, de acuerdo con lo explicado anteriormente.

Principalmente, alegando la inseguridad e indefensión jurídica de otros herederos del causante, que sí existen a su muerte, y por tanto cumplen con el requisito de

existencia a la muerte del causante, además que los cánones sucesorios establecidos no se adaptan a tal figura.

Argentina

Actualmente, en Argentina se encuentra pendiente de aprobación un proyecto que pretende modificar el Código Civil de dicho país, en el cual se pretende permitir la fecundación artificial post mortem bajo el cumplimiento de requisitos, similares a los impuestos por la legislación española.

La propuesta de reforma incluye la fecundación artificial post mortem y sus efectos, incluyendo filiación y derechos sucesorios de los menores nacidos objeto esta.

El proyecto de la propone la adición al Código Civil Argentino de dos artículos, los cuales establecen lo siguiente:

> ARTÍCULO 563.- Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.
>
> No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:
>
> > a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.
> >
> > b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.
>
> Por su parte, en el libro dedicado a las sucesiones encontramos la siguiente norma proyectada:

ARTÍCULO 2279.- Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:

a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;

b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;

c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 563;

d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.

Según los artículos anteriores, se pretende permitir la fecundación artificial post mortem pero cumpliendo ciertos requisitos, como el consentimiento expreso del varón para la fecundación artificial después de su muerte, utilizando su material reproductor, ya sea por el testamento o el documento de instrucciones previas, además se otorga el plazo de un año luego de la muerte del progenitor para concebir dicho hijo.

En cuanto a lo estipulado anteriormente, si concurren dichos requisitos, el menor puede obtener filiación respecto de su padre biológico, aunque no lo establece expresamente la disposición legal mencionada, se interpreta de esta forma puesto que el párrafo primero no reconoce la filiación entre menor nacido producto de fecundación artificial post mortem y el padre biológico, más el segundo párrafo de dicho numeral manifiesta que ante el cumplimiento de los requisitos mencionados anteriormente, no rige lo dispuesto primeramente, por tanto, se entiende que no tiene efecto la imposición de no otorgar filiación a un hijo superpóstumo.

De igual manera, el segundo artículo que se pretende adicionar, el 2279, otorga capacidad de suceder a las personas concebidas después de la muerte del causante por medio de las TRHA, cumpliendo los requisitos del artículo 563, es decir, la adquisición de derechos sucesorios por parte del concepturus depende del cumplimiento de los requisitos que indica el artículo 563 del proyecto de reforma. No

obstante, constan en un proyecto de ley que aún no ha sido aprobado ya que existen muchas teorías en contra que fundamentan su oposición en la denominada orfandad premeditada, la cual es provocada por la madre al concebir un hijo destinado a nacer y crecer sin la figura paterna, siendo este un derecho humano fundamental, consagrado en tratados internacionales, como el derecho a conocer a sus padres biológicos, a la identidad.

La postura que está en contra de dicha reforma fundamenta su oposición bajo los siguientes parámetros, los cuales son explicados por Franck y otros (2012):

> En la fecundación post mortem se priva intencionalmente al niño de una de sus filiaciones (paterna). De esta forma, el Derecho habilitaría la concepción de huérfanos, lo cual resulta cruel para los niños. Afirma la Dra. Basset que tendremos niños que serán concebidos de un padre ya premuerto, en una forma de filiación que está llamada a causar sufrimiento en esos niños (como toda orfandad, incluso la no querida), aunque resulte de una satisfacción de un deseo de trascendencia de un adulto o de la errónea proyección de mantener vivo, de alguna manera, a quien ya falleció. (p. 3)

Esta teoría es apoyada por la iglesia católica, y otros grupos, los cuales proponen una reforma a dicho proyecto, que establece que se adicionen los mencionados artículos, pero indicando lo siguiente:

> Reemplazar el artículo 563 por el siguiente: Fecundación post mortem. Se prohíbe la utilización de gametos de una persona fallecida para cualquier fin reproductivo.
>
> Reemplazar el artículo 2279 por el siguiente: Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte, incluyendo a las concebidas en ese momento que nazcan con vida; b) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento. (Franck y otros, p.4)

Actualmente, en Argentina ya se aprobó el nuevo Código Civil y Comercial, sin embargo no fueron incluidos los mencionados artículos referentes a la fecundación artificial post mortem, por precisones de la iglesia catolica que sirvieron de fundamento en el congreso para no regular la fecundación artificial post mortem. Sin embargo, en el mes de junio del 2016, la jueza Celia Giordanino autorizó a una mujer para que utilice el esperma de su marido que murió hace cinco años en un accidente ferroviario, y anterior a su fallecimiento la pareja se estaba sometiendo a un tratamiento de fertilidad para concebir un hijo, pero ante la muerte de hombre, la mujer solicita la extracción de semen del cadáver de su esposo, el cual es conservado y luego esta inicia toda una disputa legal para que le autoricen utilizar el material reproductor de su cónyuge fallecido para fecundar un hijo, lo cual, luego de cinco años, una jueza le autoriza la fecundación artificial post mortem, en el supuesto que en Argentina no existe norma que prohíba dicha práctica. (El Clarín, 2016)

La jueza basó su decisión bajo los siguientes supuestos expuestos a la prensa nacional, en la Agencia Nacional de Noticia, TELAM, en Argentina:

La magistrada evaluó que "no existe norma alguna del derecho objetivo vigente que regule la petición" formulada por CPNO, pero recordó que el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Agregó que "la fecundación post mortem no es una técnica prohibida y con los elementos aportados es posible tener por acreditado que el señor P. tenía la voluntad firme de ser padre, deseo que se vio frustrado imprevistamente por el terrible accidente en el que perdió la vida".

De acuerdo con la legislación de sucesiones que rige en dicho país, un hijo no concebido a la muerte de su muerte no puede sucederle, lo anterior según el artículo 3290 del Código Civil de dicho país, el cual dice: “El hijo concebido es capaz de suceder. El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle”.

Colombia

Al igual que en Argentina, en Colombia no existe regulación expresa para la fecundación artificial post mortem, y sus efectos, la filiación y los derechos sucesorios del menor nacido. Ya que en el 2001 se intentó regular dicha práctica, por medio del proyecto de ley 151, el cual pretendía modificar el Código Civil y Penal de dicho país, en lo que respecta a las TRHA, el artículo 49 de dicha propuesta, contemplaba la fecundación artificial post mortem bajo la figura denominada procreación póstuma, que era prohibicionista, dicho artículo establecía:

> Que era prohibido la aplicación de las técnicas de procreación humana asistida a las mujeres cuyo esposo o compañero permanente falleciere antes de la aplicación de ellas y aunque ya se hubiere cumplido el paso correspondiente al depósito o aporte de los gametos del esposo o compañero permanente. (Moaide, 2011, p.10)

La justificación a dicha prohibición era garantizar el derecho de los niños a tener una familia. Sin embargo, en el artículo 41 del mencionado proyecto de ley, se establecía una excepción: “exceptúese lo preceptuado en el presente artículo, en el evento de que le sobreviniere la muerte al marido o compañero permanente y ya se hubiere realizado la fecundación respectiva”

Es decir, si ya existía un embrión a la muerte del progenitor, este debía implantarse en la viuda o conviviente supérstite, ya que de esta manera el hijo nacido se le podría reconocer filiación paterna matrimonial o extramatrimonial, y los derechos que se desprenden, aplicando la presunción del hijo póstumo que regula el artículo 92 del Código de Familia de Colombia, la cual consiste en aquellos hijos que no están concebidos a la muerte de su padre bilógico, pero ya existe un embrión formado anterior a su muerte, bajo este supuesto, si efectivamente nace ese menor, se le reconoce filiación respecto de su padre muerto.

Además se establecían sanciones de tipo penal en el caso que la fecundación artificial post mortem fuera realizada contrariamente a lo indicado en dicha ley.

Los motivos que provocaron la creación de dicho proyecto fueron, de acuerdo con lo indicado por Moaide (2011):

- La urgencia para la ciencia, el ordenamiento jurídico y la sociedad misma con su dimensión y alcance multidisciplinario y de los diferentes criterios, científicos, jurídicos, sociales, culturales, morales, éticos y religiosos, que el Parlamento Colombiano se pronunciare y legislare teniendo en cuenta los postulados de la protección constitucional a los grupos familiares y el grado de aceptación social que estos tópicos tienen en nuestro país.
- Incorporar a la legislación civil colombiana, la aplicación de las técnicas de procreación humana asistida, y que era evidente que había que legislar de inmediato, ya que la ciencia no se detiene y es deber del legislador ajustar ese alcance científico en nuestra normatividad.

Ahora bien, dicho proyecto no fue aprobado y actualmente la legislación colombiana posee un vacío legal en cuanto al tema, los argumentos para la no aprobación de la regulación que contenía la fecundación artificial post mortem fueron aspectos formales, pues la figura se oponía al sistema común de la filiación y los derechos sucesorios, además para garantizar los derechos del menor a tener una familia.

Aunque muchos grupos sociales establecen argumentos válidos que justifican que la fecundación artificial post mortem se debe permitir, ya que actualmente no existe ninguna ley que la permita o la prohíba. Dichos argumentos son según Moaide (2011):

> No resulta lógico que la legislación se refiera al fenómeno como procreación "póstuma" y que se refiera al hijo póstumo nacido mediante técnicas de reproducción asistida, toda vez que en el código civil ya existe la figura de "póstumo" refiriéndose el hijo que nace después de la muerte de su padre pero que queda concebido antes de la muerte de aquel, por lo que se esperaría un régimen de denominación diferente, tal como lo han hecho

> otras legislaciones en las que se habla de fecundación post mortem, o lo abordan desde la “premoriencia del marido”.
>
> El proyecto prohibía la fecundación post mortem por una única motivación consistente en que fue “con la finalidad de garantizar el derecho de los niños a tener una familia”, pero el modelo de familia de la época del proyecto no coincide con el modelo de familia actual. La Corte Constitucional Colombiana, como desarrollo del nuevo modelo constitucional, ha incorporado nuevos modelos de familia colombianos. (p. 11)

Como lo explica la Corte Constitucional de Colombia, en la resolución C-577 - 2011:

> Ahora bien, la presunción a favor de la “familia biológica” también puede ceder ante la denominada “familia de crianza”, que surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia”… A las anteriores formas de familia se suman aquellas denominadas monoparentales, debido a que están conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos y su número va en aumento por distintas causas, incluida la violencia que azota a un país como el nuestro y también el divorcio o las separaciones que dan lugar a hogares encabezados por uno solo de los padres, siendo evidente que el caso de las madres cabeza de familia es dominante y ha merecido la atención del legislador… También suele acontecer que después del divorcio o de la separación se consoliden nuevas uniones, en cuyo caso se da lugar a las llamadas “familias ensambladas”, que han sido definidas como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa […]

> A modo de conclusión conviene reiterar que “el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes.

En cuanto a la capacidad de suceder, el Código Civil colombiano establece expresamente quiénes son capaces legalmente para ser herederos o legatarios, en el artículo 1019, de dicho ordenamiento jurídico, el mismo indica:

> Para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el artículo 1014, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se trasmite la herencia o legado. Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición. Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los diez años subsiguientes a la apertura de la sucesión. Valdrán con la misma limitación las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante aunque el que lo presta no haya existido al momento de la muerte del testador.

En lo que respecta a las asignaciones hechas a favor de personas no existentes a la muerte del causante, estas deben estar consignadas expresamente en un testamento de lo contrario no son válidas, por imposición jurisprudencial, de acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de mayo de 1956, se establece que:

> […] las asignaciones a personas que a tiempo de abrirse la sucesión no existan pero se espera que existan, no son admisibles ni valederas en derecho sino por vía excepcional, y la característica de ser restringidas las hipótesis excepcionales, no poseen flexibilidad suficiente para permitir el hallazgo de esas mismas excepciones sino donde con claridad aparecen

> establecidas…..las leyes no han impuesto palabras sacramentales ni ritos consagrados para la determinación de esa clase de asignaciones. Pero es obvio que debe aparecer con absoluta claridad de los términos del testamento, que se trata de tales asignaciones. De otro modo se expondría al subjetivismo la interpretación y suerte de los actos testamentarios, con la inseguridad y el peligro consiguientes, aun a pesar del largo transcurso del tiempo.

Por tanto, para que un hijo no concebido a la muerte de su padre pueda sucederle legalmente, debe estar consignada esta posibilidad expresamente en un testamento, de lo contrario no se admite. Es decir, solo puede ser heredero en una sucesión mortis causa testamentaria.

En lo que respecta al artículo anterior, y a la figura del hijo póstumo regulada en la legislación de familia de dicho país, un hijo no concebido a la muerte de su padre podría sucederle si existe testamento de su padre biológico que le favorece, o ante la falta de este, deberá iniciar una disputa legal que le reconozca la filiación respecto de su padre muerto, y posteriormente bajo el principio de igualdad de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y de no discriminación, solicitar su derechos a suceder.

Hoy en día, Colombia no posee regulación sobre la fecundación artificial post mortem y todos sus efectos, sin embargo, en el año 2008 se presentó un caso de una viuda que solicitó fecundar sus óvulos de manera artificial, con material reproductor de su marido muerto, que se encuentra conservado en un centro médico de Barranquilla Colombia, ya que ambos se estaban sometiendo a un tratamiento de fertilidad en dicho país, cuando días antes que fuera a realizar la fecundación el hombre muere súbitamente, por lo que dicho centro médico se negó a continuar con el procedimiento ante la inexistencia de consentimiento del progenitor fallecido, dicha mujer interpuso acciones judiciales que no prosperaron y actualmente el material reproductor de este se encuentra congelado, a lo cual su viuda expresó:

“Hay mujeres que no tienen pareja y se pueden inseminar para sentirse realizadas como madres y yo que tuve un hombre que se hizo una intervención para

tener un hijo conmigo no lo puedo hacer, lo absurdo es que si yo quisiera podría ir a una clínica y tener un hijo de un desconocido".

Francia, Italia y otros países

Francia e Italia sí poseen regulación en cuanto a la fecundación artificial post mortem, sin embargo, ambas la prohíben, por tanto no se desprenden derechos filiatorios y sucesorios para el menor concebido luego de la muerte de su progenitor.

Italia, por medio de la Ley 40/2004 sobre procreación médica asistida, en su artículo 5, implícitamente prohíbe la fecundación artificial post mortem, ya que dicho numeral establece los requisitos para poder acceder a dichas técnicas, de lo contrario los centros médicos que practican las TRHA en este país no aplicarán bajo ningún supuesto, debe cumplirse los requisitos que menciona dicho numeral, a saber: que la pareja estuviese compuesta por personas mayores de edad, de distinto sexo, es decir, hombre y mujer, casados o bajo una unión de hecho, en edad fértil y además que ambos miembros de la pareja estén vivos, durante todo el procedimiento de fecundación artificial.

Con dichas imposiciones legales, especialmente el último requisito que indica que ambos progenitores deben estar vivos, cierra toda posibilidad a la fecundación artificial post mortem.

En Francia, la prohibición es expresa, mediante la Ley 800-2004 sobre Bioética, en su artículo 3, se indica que ante la muerte, ya sea, del hombre o la mujer que se están sometiendo a las TRHA, se impide la inseminación o transferencia de embriones, es decir, ambos miembros de la pareja deben estar vivos.

Por su parte, Grecia permite la fecundación artificial post mortem, mediante la ley 1329 del 15 de febrero de 1983, siempre y cuando el marido o compañero de la cónyuge o conviviente supérstite ante notario público exprese su consentimiento para la utilización de su material reproductor después de su muerte, dicha voluntad procreacional debe ser otorgada dos años antes de que el progenitor fallezca, una vez ocurre la muerte, la viuda puede acudir con el consentimiento expreso del progenitor

fallecido ante las instancias judiciales, para que se le permita la fecundación artificial con semen de su marido o compañero fallecido.

La autorización se da en 6 meses después de interpuesta la solicitud, ante su aprobación, la mujer tiene un plazo de 2 años para practicarse la fecundación artificial. Dicho plazo se estableció para suspender el proceso sucesorio de dicho progenitor fallecido, hasta tanto no se compruebe la existencia o no de ese futuro hijo. También, para que los derechos hereditarios, de otros sucesores no se vean afectados ante la pendencia de la distribución de los bienes, por no acontecer la concepción de este menor, se indica este plazo para que la viuda tenga la posibilidad de concebir dicho hijo, y que sus derechos sucesorios se vean limitados o extintos.

Lo anterior se desprende del artículo 1457 del Código Civil de Grecia el cual permite la fecundación luego de la muerte del progenitor, esposo o conviviente de la mujer, otorgándole un permiso judicial para que esta sea practicada, siempre y cuando el cónyuge o compañero sufra una enfermedad que le provoque esterilidad o hasta la muerte. O también se permite cuando existe un acta notarial en la cual este autoriza a su esposa o compañera a utilizar sus espermatozoides para la fecundación artificial, luego de su muerte.

De acuerdo con menciones doctrinales, cumplidos los requisitos mencionados se le concede filiación paterna al menor concebido y nacido luego de la muerte de su progenitor.

En los Países Bajos, la fecundación artificial post mortem es permitida por medio de la Ley del 20 de junio de 2002 sobre el embrión, sin embargo se indica que ante la muerte de una persona, sus gametos conservados deben ser destruidos, a menos que dicha persona, en vida, diera su consentimiento para que su material reproductor fuese utilizado póstumamente. Lo anterior aplica en el caso del hombre, puesto que la maternidad subrogada no se permite en dicha nación.

Además dicha ley le concede a los centros médicos la libertad de decidir si llevan cabo la fecundación artificial post mortem. Dicha ley impone que los gametos y

embriones pueden permanecer congelados por dos años, y ante circunstancias especiales, pueden conservarse hasta por cinco años, plazo en el cual se puede llevar a cabo la fecundación artificial después de la muerte del progenitor.

En cuanto al reconocimiento de paternidad de un hijo concebido luego de la muerte de su padre biológico, el artículo 407 del Código Civil, indica que un hombre muerto, puede ser reconocido como padre del menor, si en vida dio consentimiento para la concepción póstuma de dicho hijo.

Venezuela

Este país suramericano, no posee actualmente legislación específica en torno a la fecundación artificial postmortem y su incidencia en el derecho sucesorio, pues como se ha plasmado anteriormente, igual que en la mayoría de países, los preceptos y principios del derecho sucesorio no contemplan la posibilidad de que una persona no concebida a la muerte de su padre puede sucederle a título mortis causa. Es decir, no existe ningún ordenamiento jurídico que prohíba o permita la fecundación artificial postmortem. Sin embargo, en el año 2006 se presentó un caso, el cual llegó a los estrados judiciales del mencionado país.

Los antecedentes de dicho caso que provocaron la creacion de jurisprudencia sobre fecundación artificial postmortem fueron:

- Una pareja de esposos que no tenían hijos deciden congelar los espermatozoides del hombre, pues a éste le diagnostican una enfermedad muy agresiva (sarcoma de ewing extraesqueletico) por lo cual debe someterse a un tratamiento de radioterapia, que como consecuencia del mismo su fertilidad quedaría comprometida, es decir, le provocaría infertilidad.
- Ante el deseo de ambos de concebir un hijo, el varón congela sus espermatozoides en una clínica de fertilidad en Venezuela, denominada Grupo Medico de Fertilidad C.A, del Centro Médico Docente de la Trinidad. En diversos documentos privados y mediante actos públicos notarios, el

hombre externa su deseo de concebir un hijo luego de la finalización de su tratamiento médico, sin embargo, éste muere antes de concluir el mismo, producto de lo avanzado de su enfermedad.

- Ante la muerte de su esposo, la viuda del mismo decide continuar con la técnica de fecundación artificial, para tener el hijo que ella y su esposo deseaban, el cual fue planeado y anhelado por ambos.
- Sin embargo, el centro médico mencionado externa a la viuda su negativa de continuar con el procedimiento de fecundación artificial, principlamente por que no existía constancia que dicho consentimiento contemplara la posibilidad de la concepción póstuma, además la enfermedad que causó la muerte del esposo de ésta, puede resultar hereditaria en ciertos casos, es decir, es una patología tumoral genético- hereditaria, por lo que el menor que fuera concebido estaría condenado a morir, y a sufrir todos los efectos de dicha enfermedad.
- La viuda interpone una demanada contra tal Centro Médico, ante el JuzgadoTercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el cual comparte el critero del Centro Médico, para negar la continuación del proceso de fecundación in vitro, bajo la sentencia del 27 de mayo del 2005, la cual indica:

  Que el silencio o la falta de una manifestación clara en consentir la concepción, no puede ser entendida como consentimiento. El potencial padre y donador de la esperma debe consentir en forma clara e inequívoca no sólo la reproducción póstuma sino también el hecho de obligarse a mantener el menor.

  Que después del fallecimiento del padre, la carga de la prueba de las condiciones antes expuestas recae sobre el cónyuge supérstite, los propios hijos o los tutores de los mismos, por lo que no habiéndose demostrado el consentimiento para la reproducción post mortem del

ciudadano DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA, forzosamente ha de declararse impróspera la presente acción de amparo.

- Dicha resolución provoca que la actora, interponga un recurso de apelación ante la Sala Constitucional de Venezuela, la cual decide revocar la decisión de dicho Tribunal, y permitir que la viuda continúe con la concepción póstuma, pronunciándose sobre la filiación y derechos sucesorios del menor. Indicando, que la cónyuge sobreviviente puede solicitar el estudio cromosómico de la muestra espermatica que permite establecer si dicho material reproductor contiene células, que provocarían que el menor concebido con tales espermatozoides herede la enfermedad de su padre, puesto que la trasnmición genética de ésta enfermedad se presenta en ciertos casos.

  Dicha Sala, basa su resolución en derechos humanos fundamentales como; el derecho a procrear, a la libre autodetermación, a la maternidad, entre otros. Además en la prueba del consentimiento otorgado por el fallecido, como lo indica la Sala Constitucional Venezolana en tal resolución:

  De manera que el ejercicio del derecho de la actora de procrear, ejercer la maternidad, no supondría la negación para el posible descendiente de los derechos civiles y sociales a que tiene derecho, entre otros, por la Constitución y las leyes venezolanas, ya que se trataría de un descendiente del matrimonio. De allí que la Sala tiene por dado el consentimiento libre, consciente y formal del ciudadano Dilmar Godoy a la actora, ciudadana Yamilex Coromoto Nuñez de Godoy, de someterse a una fecundación in Vitro con la muestra de su semen, la cual se encuentra criopreservada en la sede de la parte accionada. Así se decide. (Sentencia 1456-2006)

- En cuanto a la posibilidad de que la enfermedad del progenitor sea heredable, dicho órgano judicial concluyé:

Respecto al factor de riesgo del cáncer de hueso, se observa que "…aunque los científicos no están seguros de la causa del cáncer de hueso, algunos factores pueden aumentar el riesgo para una persona. Estos cánceres ocurren con más frecuencia en niños y en adultos jóvenes. Ocurren especialmente en quienes han tenido tratamientos de radiación o de quimioterapia para otras enfermedades. Los adultos que tienen la enfermedad de Paget, una condición no cancerosa que se caracteriza por un desarrollo anormal de las células óseas nuevas, pueden tener un riesgo mayor de osteosarcoma. Un número reducido de cánceres óseos son hereditarios. (Sentencia 1456-2006)

- En cuanto al derecho a la filiación paterna que posee el menor concebido luego de la muerte de su padre, según los antecedentes de éste caso, la Sala Constitucional de Venezuela, resuelve:

  En casos como éstos (inseminación post mortem), donde consta la existencia del semen, así como de quien emana y el estado civil de los sujetos involucrados en la inseminación, por razones de seguridad jurídica se hace necesario una orden judicial al respecto, de manera que constatados esos extremos, se declare la filiación paterna del concebido en estas circunstancias y se ordene su inscripción en el registro civil con tal filiación, ajustado a lo dispuesto en el artículo 235 del Código Civil. Al fin y al cabo se trata de una filiación producto de un matrimonio, producida por estas técnicas aplicadas post mortem, pero donde el nacido es hijo del marido de la madre, a menos que tal paternidad sea desconocida por sus herederos mediante juicio al respecto.

  Esta filiación debe ser declarada en sentencia judicial, así no provenga de un proceso contencioso, y si los extremos que hacen presumir la filiación pueden determinarse por un juez de familia, que ordene y supervise la inseminación, en estos excepcionales casos podrá ser declarada, a pesar

de que no se esté ante el supuesto del artículo 201 del Código Civil. (Sentencia 1456-2006)

- Dicho órgano judicial, también se pronuncia sobre la posible capacidad de suceder a título mortis causa, del hijo concebido luego de la muerte de su padre, a lo cual indica:

  De allí, que en principio, el no concebido para la fecha de la apertura de la sucesión no hereda al padre que aportó el semen, o a la madre que consigna el óvulo.

  Pero, cuando la persona ha autorizado en vida la reproducción asistida, para que pueda realizarse post mortem, con persona señalada o señalable, hay una clara voluntad de que nazca alguien con la condición de hijo, a quien la Constitución y las leyes le reconocen el derecho de conocer a sus padres, lo que para esta Sala es un conocer integral y jurídico, y el artículo 809 del Código Civil debe ceder ante esta situación, ya que el conocer a qué tiene derecho este hijo, debe ser igual al de los otros hijos. (Sentencia 1456-2006)

CAPÍTULO 5:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

De acuerdo con lo analizado anteriormente, respecto a la posible capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem en Costa Rica, se exponen los siguientes resultados, producto del cumplimiento de los objetivos planteados para la realización de esta investigación.

En cuanto al cumplimiento del objetivo que propone analizar los parámetros legales establecidos en la sucesión mortis causa en Costa Rica, y las técnicas de reproducción humana artificial, se obtuvieron los siguientes resultados:

- Primeramente, es importante mencionar que actualmente en Costa Rica no existe una ley debidamente aprobada que regule las técnicas de reproducción humana asistida, y mucho menos la fecundación artificial post mortem y su incidencia en la capacidad legal de suceder a título mortis causa de los hijos concebidos por dicho método de fecundación artificial. Existe solo un proyecto de Ley sobre la fecundación in vitro (expediente 18824), pendiente de aprobación en la Asamblea Legislativa, el cual aún no define en su texto definitivo, incluir la posibilidad de practicar la fecundación artificial con el material reproductor, cuando uno de los progenitores ha muerto, en este caso el hombre, porque cuando es la mujer la que fallece, sus gametos pueden utilizarse en el supuesto que exista otra mujer a la cual se le implante el óvulo fecundado de la primera, supuesto que implica la maternidad subrogada o vientre sustituto, situación que merece un tratamiento legal diferente a la fecundación artificial post mortem, ya que se está ante la presencia de dos madres: una biológica y otra gestante, que debido a estudios científicos, médicos, sociales y jurídicos, poseen maternidad respecto del hijo nacido.
  Por consiguiente, el supuesto de fecundación artificial post mortem es aceptado a nivel doctrinal cuando es el hombre quien fallece y su viuda o conviviente fecunda su óvulo con los espermatozoides de este.

- En cuanto a los parámetros de la sucesión mortis causa en Costa Rica, poseen regulación específica, dependiendo si ella se rige por un testamento, o la ley suple la falta de disposiciones de última voluntad por parte del causante de la sucesión.
- Aunque en la sucesión testamentaria rige el principio de libertad de testar, el testador debe cumplir con todas las formalidades de ley para que dicho documento, que recoge la forma en la cual este último desea que se distribuya su patrimonio a su muerte, surta los efectos queridos por el causante, de lo contrario se puede solicitar su nulidad, y entonces la liquidación y distribución de dicho patrimonio se regiría por las normas de la sucesión legitima.
- De igual manera, la legislación contempla figuras que ante la posibilidad de no titularidad de los bienes objeto de la sucesión, porque los presuntos herederos o legatarios no puedan o no quieran aceptar la herencia o legado, pueden entrar otras personas a recoger el beneficio hereditario, ya sea que los imponga el testador bajo las figuras de la sustitución fideicomisaria y de la sustitución vulgar, o en su defecto la ley permite la representación sucesoria, la cual se rige por las reglas que impone la ley, a diferencia de las primeras, aunque en Costa Rica no se permite la sustitución fideicomisaria en el Código Civil, sí está permitida en el Código de Comercio de Costa Rica.
- La sucesión legítima o intestada se rige por las normas indicadas en la legislación civil al efecto, la cual establece quiénes son los herederos llamados a suceder al causante, bajo un sistema de grados u órdenes excluyentes entre sí, siendo constituidos por descendientes y ascendientes del causante, y solo a falta de los miembros contemplados en un orden entran en la sucesión los del siguiente orden.
- Entre los primeros llamados a suceder legítimamente, en el primer grupo de herederos de ese tipo, están los hijos del causante, en los cuales la ley aplica el principio de igualdad y no discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, ya que, la ley no hace diferenciación en la forma en

la cual fueron concebidos, si legalmente se les reconoce la filiación materna y paterna, adquieren la calidad de hijos, a los cuales la ley les da un tratamiento igualitario sin establecer distinciones entre estos, de acuerdo con los principios constitucionales, consagrados en los artículos 53 y 54 de la Constitución Política de Costa Rica.

- Las TRHA resultan uno de los principales avances médicos en la denominada biomedicina, pues constituyen una solución artificial a la imposibilidad que poseen algunas parejas de concebir un hijo naturalmente, ya sea por un problema de infertilidad o la esterilidad de los padres. Existen diversos métodos de fecundación humana artificial aplicados dependiendo del mal de infertilidad o esterilidad que presente el afectado y clasificados dependiendo de su complejidad, siendo la fertilización in vitro la última alternativa ante la imposibilidad de concebir un hijo.
- La fecundación artificial, por su parte, es un medio que posee una persona infértil o estéril para ejercer su derecho humano a la reproducción, o fundar una familia, y pertenece al ámbito privado de las personas quienes poseen absoluta libertad para decidir si desean o no tener hijos, y ante la imposibilidad natural, la ciencia ofrece medios artificiales para que de igual manera puedan reproducirse. Y ante una imposibilidad absoluta de concepción, la ley permite la fecundación heteróloga en el cual se puede formar un embrión con gametos de terceros desconocidos a los receptores de las técnicas, posibilidad que se permite en Costa Rica, de acuerdo con la interpretación del artículo 72 del Código de Familia de Costa Rica.
- De las TRHA surge la posibilidad de que una mujer pueda fecundar su óvulo mediante inseminación artificial o fertilización in vitro con el material reproductor de un hombre ya fallecido, situación a la cual se le denomina fecundación artificial post mortem, técnica que es muy reciente pero ha ocasionado casos en diversos países que a raíz de estos, deciden prohibirla, basados en la protección del derecho del menor de tener una familia para evitar una orfandad premeditada. Algunas legislaciones la

permiten aduciendo el derecho de reproducción de los progenitores, especialmente cuando existe consentimiento de procreación póstuma por parte de ellos, además de la admisión de la fecundación heteróloga, figuras que realmente provocan orfandad premeditada.

De seguido, se expondrán los resultados obtenidos luego del examen realizado a los diferentes elementos que componen la capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa y su relación con la fecundación artificial post mortem:

- La legislación de sucesiones en Costa Rica impone preceptos legales para que una persona pueda ser llamada a suceder a título mortis causa, los cuales vienen establecidos desde tiempos remotos, principalmente heredados del derecho romano. La capacidad de suceder en principio la ostenta cualquier persona, mas existen diversas situaciones impuestas legalmente que limitan dicha capacidad o provocan que no se otorgue vocación hereditaria, las cuales son: la indignidad, las incapacidades relativas para recibir por testamento y no encontrarse vivo o al menos concebido a la muerte del causante.
- Cuando la fecundación artificial post mortem es practicada y nace efectivamente una persona, surgen en torno a este nacimiento diversos dilemas a nivel jurídico, principalmente en el derecho a la filiación paterna de dicho menor, y los derechos sucesorios de este respecto de su padre muerto, pues la posibilidad de que un hijo sea concebido luego de la muerte de su padre biológico no está contemplada en el ordenamiento jurídico costarricense. Es decir, aunque la realidad biológica imponga vínculo entre el hijo superpóstumo y el padre fallecido, por aplicación de la reglas de filiación, este no sería considerado legalmente su hijo, pues la presunción de paternidad y otras figuras tendientes al reconocimiento de paternidad, no cobijan el supuesto de la fecundación artificial post mortem. Tampoco ostentaría capacidad legal para sucederle a título mortis causa, pues no cumple con el requisito impuesto a los sucesores de existir al momento de la muerte del causante, establecido a nivel doctrinal y

jurisprudencial en Costa Rica, aunque expresamente en el ordenamiento jurídico la jurisprudencia y la doctrina lo imponen.

- Del análisis de todos los elementos que componen la capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa, se concluye que el requisito de existencia del heredero o legatario a la muerte del causante no es absoluto, dado que como se expuso anteriormente, no existe unanimidad biológica, científica ni jurídica en cuanto al momento en el cual se puede afirmar que inicia la vida humana, pues cada una de la teorías respaldan su tesis en fundamentos válidos pero discutibles. Un ejemplo de carácter no absoluto de existencia a la muerte del causante es la posibilidad de que un ser concebido sea llamado a suceder, claro está, bajo la condición de nacer vivo para poder ejercer efectivamente su derecho hereditario. Sin embargo, una vez declarada legalmente la filiación paterna al hijo superpóstumo, no existe ningún precepto ni norma jurídica que no le permita a este disfrutar de los efectos de provoca la filiación, dentro de los cuales se encuentran los derechos sucesorios del hijo respecto del patrimonio de su padre.
- En Costa Rica, la determinación de la filiación no solamente se rige por la verdad biológica sino también por el consentimiento o voluntad procreacional, especialmente cuando esta deriva de las técnicas de reproducción humana asistida, como lo establece la jurisprudencia nacional. La voluntad es el elemento que provoca filiación en cuanto a la fecundación artificial.
- La relación del derecho sucesorio y la fecundación artificial post mortem es opuesta, considerando que la legislación de sucesiones posee parámetros que datan desde el derecho romano, en los cuales la fecundación artificial era impensable, por ello nunca se tomaron en cuenta dichas circunstancias en el derecho sucesorio. Mas el derecho tiene la obligación de adaptarse a la realidad que se vive en un momento dado. Siendo una realidad la fecundación artificial post mortem, es necesario que dicho supuesto sea contemplado en el derecho sucesorio, pues, si estos

niños llegan efectivamente a nacer, negarles el derecho a heredar sería violentar el principio de igualdad y discriminación entre los hijos, sean estos matrimoniales o extramatrimoniales. Además, cuando existe un testamento que les favorece, rige el principio de respetar la voluntad del causante, ya que de ninguna manera la forma puede anteponerse al fondo en todo proceso o acción judicial, principio general del derecho que fue afirmado en la entrevista realizada al Presidente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Magistrado Orlando Aguirre, es decir, que ante la violación de derechos humanos fundamentales, los formalismos nunca pueden anteponerse a estos.

- Bajo el análisis de los diversos elementos mencionados se concluye que la relación entre el derecho sucesorio y la fecundación artificial post mortem se puede conciliar, pues simplemente prohibirla generaría más disputas legales e inseguridad jurídica, porque son las personas y sus derechos los que resultan afectados. Por ello concluyo que un hijo concebido luego de la muerte de padre, puede suceder a título mortis causa, bajo casos excepcionales en lo cuales se compruebe la voluntad de procrear y la realidad biológica.

De acuerdo a la explicación realizada a la normativa extranjera que prohíbe o permite la fecundación artificial post mortem, se obtienen los siguientes resultados:

- Que la figura de la fecundación artificial post mortem es un vacío legal que posee la mayoría de ordenamientos jurídicos, pues muy pocas legislaciones la permiten y la mayoría la prohíben, en las cuales cuando se presenta un caso real no poseen un fundamento válido que justifique la prohibición, lo que ha provocado largas disputas legales en la cuales, o se llega a permitir la fecundación artificial post mortem concediendo derechos filiatorios y sucesorios al niño que nace producto de esta, o no se permite dicha práctica, situación que genera indefensión y violación de principios constitucionales y humanos fundamentales.

- España es actualmente el único país que contempla la posibilidad de que un hijo concebido luego de la muerte de su progenitor, pueda ser llamado a heredar, bajo la condición de que nazca vivo y bajo el cumplimiento de los requisitos que establece la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción medicamente asistida, consistentes en la existencia del consentimiento expreso del varón en el testamento, escritura pública o documento de instrucciones previas para la fecundación póstuma utilizando su material reproductor, en determinada mujer que puede ser su esposa o conviviente de hecho, también se permite probar el consentimiento, en el caso que no se encuentre expresado en los documentos mencionados. De igual manera, se impone el plazo de 12 meses luego de la muerte del progenitor para llevar a cabo la técnica.
- Asimismo, España aplica diversas figuras jurídicas para permitir la capacidad de suceder de los hijos concebidos luego de la muerte del causante, su padre biológico, como lo son: el heredero bajo condición y la sustitución fideicomisaria condicional, ambas se hacen efectivas cuando el menor nace, aplicando las reglas de la viuda encinta como medidas precautorias en el proceso sucesorio, pues la legislación Española adopta la tesis que la fecundación artificial se debe permitir pero bajo la adopción de requisitos que limiten la práctica, con el fin de evitar abusos, fraudes y violación de los derechos sucesorios de otros herederos.
- En lo que se refiere al Reino Unido, este permite la fecundación artificial post mortem bajo la existencia de consentimiento expresado en vida por el progenitor fallecido, pero adopta la postura de negarle al niño nacido derechos sucesorios respecto de su padre muerto, aunque permite reconocer la filiación paterna, además contempla la posibilidad de que esta sea llevada a cabo por parejas homosexuales.
- En América Latina, la regulación es prácticamente nula, pues países como Colombia, Argentina, Perú, entre otros, han querido legislar el tema pero por la oposición de diversos grupos sociales, los proyectos de ley que contemplan dicha situación no han sido aprobados.

Según el último objetivo general, su cumplimiento llevaría a establecer si en Costa Rica un hijo concebido luego de la muerte de su padre puede ser heredero o legatario en su sucesión mortis causa, de lo cual concluyó:

- Que los hijos concebidos luego de la muerte de su padre (fecundación artificial postmortem), tienen capacidad legal de suceder en la sucesión de su progenitor de acuerdo a la legislacion costarricense actual, bajo casos excepcionales, ya que no existe una norma jurídica expresa que regule dicha situación. Ya sea, que dicho hijo haya nacido efectivamente pero a la apertura de la sucesión no se encontraba concebido, o que exista un testamento que beneficie a ese hijo ni tan siquiera concebido, pero que se demuestre la certeza de la concepción próxima del mismo, es decir, que comprueba la voluntad procreacional y el vinculo biológico- genético entre el causante y el presunto hijo del mismo.

  Pues negarle el derecho a suceder a título mortis causa a su progenitor por un mero requisito de forma sería violentar primeramente el derecho de igualdad y no discriminación por razones filiatorias, además, al no existir prohibición legal expresa y el menor nace, se limitaría su personalidad jurídica, y los efectos que se desprenden de la filiación, como lo son los derechos sucesorios, ya que una vez determinada la filiación paterna no existe ningún precedente legal que le impida a ese hijo entrar en la sucesión mortis causa de su padre, pues, los hijos suceden a su padre con un derecho igual, no influyendo la clasificación filiatoria impuesta en la ley.
- Por ello se establece una solución legal o fundamentación jurídica ante la ocurrencia de una situacion real, que justifique la capacidad legal de suceder de un hijo, que aunque no existía a la muerte de su padre, nació y obtuvo la calidad de persona, a lo cual la forma legal nunca puede estar por encima de derechos fundamentales que surgen de la personalidad jurídica que se otorga a una persona cuando nace.
- La admisión de la fecundación artificial consiste en acomodar la situación a la legislación ya existente mediante la interpretación amplia de la normas, de acuerdo con la realidad social, es decir, interpretar las normas

según la realidad social que se experimenta en un tiempo determinado, lo cual es permitido por el artículo 10 del Código Civil de Costa Rica.

- De acuerdo con lo anterior, el artículo 31 del Código Civil de Costa Rica, contemplan un plazo que va más allá del periodo normal de gestación, ya que es biológicamente imposible que un embarazo desde la fecundación hasta el nacimiento del menor, tarde 300 días, por tanto la protección se extiende desde el momento en que existen los gametos masculinos y femeninos sin fecundar, es decir, desde que la pareja toma la decisión de procrear.
- A nivel de testamento, se podría establecer un fideicomiso testamentario a favor del no concebido como fideicomisario, o el heredero bajo condición suspensiva, claro está, probando que no provocará perpetuidad dado que existen antecedentes que permiten que esta persona futura sea una realidad identificable y determinada. Ambas figuras a condición de que nazca vivo surtirían sus efectos.
- Las anteriores justificaciones permiten brindar una solución legal a los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem y su capacidad de suceder en Costa Rica, claro está, en casos excepcionales.

Recomendaciones

Los resultados obtenidos en esta investigación permiten evidenciar que el derecho se encuentra estático e inmune ante los avances científicos, principalmente en la medicina humana bajo el surgimiento de la biomedicina. Lo anterior provoca grandes vacíos legales en los diversos ordenamientos jurídicos, como la fecundación artificial post mortem que produce violación de derechos humanos a los afectados, ya sea que esta se prohíba absolutamente o se permita pero negando derechos sucesorios y filiatorios al menor nacido.

De acuerdo con las conclusiones expuestas, se plantean las siguientes recomendaciones:

- Que no solamente se regule en Costa Rica la fertilización in vitro, sino más bien que se emita una ley que regule todos los métodos de fecundación humana artificial, pues todas son permitidas y practicadas en Costa Rica, y aún no existen normas unánimes que regulen no solo la forma de aplicación, sino otras situaciones que surgen en torno a éstas.
- Que la pretendida ley sobre las TRHA, necesaria en Costa Rica, incluya la fecundación artificial post mortem, no prohibiéndola absolutamente, pues se generarían nuevas disputas legales, cuando personas resulten afectadas, como sucedió con la fecundación in vitro. Tomando como modelo la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida, la cual impone diversos requisitos, para evitar situaciones de fraude y abuso del derecho. Ya que, al no existir normas juridicas expresas que establezcan la capacidad legal de suceder a título mortis causa de un hijo concebido luego de la muerte de su padre, el causante de la sucesión, puede presentarse abuso o fraude del derecho.
- Se deben establecer requisitos claros que limiten la fecundación artificial post mortem, para evitar situaciones de abuso y fraude en el derecho sucesorio, así como medidas para que el proceso sucesorio no resulte en suspenso por mucho tiempo, afectando el derecho de otros herederos

mediante el establecimiento de plazos para confirmar o no la existencia del menor, y la exigencia del consentimiento en la procreación póstuma.

- Es necesario que el Código Civil de Costa Rica se reforme a fin de incluir una norma expresa que regule la capacidad legal de suceder, pues este es un aspecto muy importante en el derecho sucesorio para que se aplique mediante interpretaciones doctrinales y sea contemplado en una ley para evitar una aplicación errónea de esta.
- En general, existe un desconocimiento generalizado y estigmatizado hacia las TRHA, razón por la cual es indispensable informar debidamente a la población para evitar que el posible avance del derecho, para contemplar nuevas situaciones como la fecundación artificial post mortem, se interrumpa por posturas sociales que, bajo supuestos erróneos y carentes de fundamentación lógica, dicha práctica no se regule o se prohíba.
- Los centros médicos que llevan cabo las TRHA, deben informar debidamente a la pareja que desea someterse a la fecundación artificial, previendo situaciones inesperadas, como la muerte de uno de los receptores de las mismas, por tanto considero, que dichas entidades deben por imperativo de ley, sean las encargadas de velar, por que el consentimiento de procreación sea plasmada aún después de la muerte de uno de los progenitores, claro está, si los mismos desean que dicho hijo sea concebido, aunque acontezca su muerte.

CAPÍTULO 6:
PROPUESTA

Solución legal a la capacidad de suceder de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem en Costa Rica

De acuerdo con lo anteriormente analizado, en Costa Rica no existe ningún tipo de ley, ni antecedente jurisprudencial o doctrinal acerca de la fecundación artificial post mortem, dado que es una alternativa que surge de las técnicas de reproducción humana asistida, las cuales son relativamente nuevas. La fecundación artificial post mortem, permite que el proceso de fecundación se lleve a cabo aún, cuando uno de sus progenitores -el varón- fallece, supuesto posible por las TRHA.

La fecundación artificial post mortem es una posibilidad no contemplada en el ordenamiento jurídico, por lo que al llevarla a la práctica provoca dilemas jurídicos como en el ámbito de la filiación del menor que nace bajo este método y en el derecho sucesorio, sobre la capacidad de suceder de él, ya que no cumple con el requisito de existencia a la muerte del causante, que sería su padre biológico, debido a que ni tan siquiera se encontraba concebido a su muerte, por tanto, no le aplica en principio la presunción del concebido, regulada en el artículo 31 del Código Civil de Costa Rica, según la interpretación estricta de la norma, pero el plazo indicado en dicha norma se extiende más allá, del periodo normal de gestación, como será analizado más adelante.

Por tanto, la legislación de sucesiones en Costa Rica no contempla un sucesor que no esté concebido al momento de la muerte del causante, puesto que dichas normas fueron emitidas desde hace muchos años cuando era impensable que una persona pudiese ser concebida después de la muerte de su padre biológico. Producto del avance tecnológico, ya las personas futuras son una realidad pensable e identificable, por ello el derecho debe ajustarse a la realidad social actual, e irse actualizando y adecuándose a las situaciones nuevas que surgen en una determinada comunidad de personas, ya que uno de sus principios generales es ser cambiante y ajustarse a la sociedad en el tiempo y momento que se vive.

En otras palabras, el derecho simplemente no puede prohibir todas las conductas nuevas y no reguladas que surgen, y poseen una estricta relación con el ámbito

jurídico, de lo contrario se generaría todo un caos legal a circunstancias que aunque no están amparadas por ninguna ley, existen personas afectadas y que necesitan tutela a sus derechos, principalmente humanos, ya que aunque sean minorías, sus derechos se deben de tutelar legalmente y tratar siempre de dar una respuesta que satisfaga los intereses de ambas partes, justificando debidamente la solución propuesta, pues este es el fin del derecho.

Considerando que prohibir de manera absoluta la fecundación artificial post mortem no es la mejor solución, porque de alguna u otra manera los afectados buscarán la manera de aplicarla, como sucede en muchos países en los cuales no se permite, las personas viajan a otras naciones donde sí es posible realizarla, con lo que la prohibición generaría más conflictos jurídicos.

Casos reales de fecundación artificial post mortem se han presentado en varios países en donde se han generado regulaciones legales de esta situación, en el sentido de que algunos la prohíben y otros la permiten, como anteriormente fue analizado.

Aunque la fecundación artificial post mortem genera dilemas a nivel jurídico, como la determinación de la filiación y la capacidad de suceder de los hijos concebidos por este método, porque se opone a todos los preceptos legales que existen desde tiempos muy remotos, la ley en Costa Rica no puede anteponer requisitos de forma sobre un asunto de fondo ya que los derechos implicados son considerados humanos pues afectan a personas que independientemente de la manera en que fueron concebidos, sea natural o artificialmente, si nacen de manera efectiva, son personas y merecen tutela a derechos tan elementales como los derechos de la identidad y los patrimoniales.

En definitiva, cuando ya estos menores son una realidad mucho después de la muerte de su padre biológico, negarles el derecho a la filiación respecto de su padre y la capacidad de ser sucesores, provocaría la violación directa a sus derechos humanos y constitucionales, lo cual desencadenaría en toda una disputa legal, no solo a nivel nacional sino internacional, como por ejemplo lo sucedido con la fertilización in vitro que simplemente fue prohibida, pero existían personas que resultaron afectadas

porque esta era la única manera que tenían para ejercer su derecho a la reproducción y al negárselas de manera directa el estado limitó sus posibilidades.

Lo anterior generó toda una situación de inseguridad, indefensión e inestabilidad jurídica, dado que nunca se utilizó un fundamento real y convincente que permitiera tal prohibición, lo que generó una demanda a nivel internacional que permitió nuevamente la aplicación de la fertilización in vitro en Costa Rica. De lo anterior se puede inferir que al ya estar permitidas de manera absoluta las TRHA, en algún momento se presentará un caso de fecundación artificial post mortem, ya sea solicitado su permiso o alegando los derechos filiatorios y sucesorios de ese menor, para lo cual nuestra legislación no posee respuesta.

Los países que permiten la fecundación artificial han tenido que reacomodar su legislación, para que a través de la interpretación y figuras jurídicas ya existentes, crear legislaciones especiales que regulen la fecundación artificial post mortem, o la premoriencia del marido, como la denominan gran parte de las legislaciones que contemplan dicha figura.

De igual manera, Costa Rica no está exenta de la posibilidad de que se presente un caso de fecundación artificial post mortem, porque no existe ninguna normativa que la prohíba ni la permita, y ante la admisión absoluta de las TRHA, por tanto, no es extraño la eventualidad de una madre solicitando para su hijo derechos sucesorios sobre el patrimonio de su padre biológico, el cual fue concebido mucho después de su muerte.

Debido a ello, el sistema judicial de Costa Rica debe encontrar una respuesta positiva o negativa, pero cualquier decisión debe poseer una fundamentación jurídica que se adecue a la normativa y doctrina en general, de lo contrario se violentarían derechos de los afectados al no obtener una repuesta a su problema.

A mi criterio, y según las opiniones de diversos profesionales, doctrina, jurisprudencia y normativa internacional, los cuales fueron analizados anteriormente, los hijos concebidos luego del fallecimiento de su padre bilógico, pero que nacen

efectivamente, pueden ostentar capacidad legal de suceder, pero bajo casos muy excepcionales, los cuales implican el cumplimiento de ciertos requisitos, ya que , no establecer límites podría ocasionar inseguridad jurídica en el proceso sucesorio con respecto a otros herederos o legatarios que posean un título válido para suceder y que su existencia fue real a la muerte del causante.

El presidente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Magistrado Orlando Aguirre, en la entrevista que le fue realizada, manifestaba que un hijo concebido por fecundación artificial post mortem y que luego nace efectivamente, puede ostentar la capacidad para suceder a su padre muerto, pero bajo casos muy excepcionales, en los cuales principalmente se pueda tener certeza del consentimiento del varón en lo que respecta a su concepción, como por ejemplo si una pareja ya se estaba sometiendo previamente a un tratamiento de fecundación artificial, o el hombre conservó su semen por motivo de una enfermedad en la cual su tratamiento lo iba a esterilizar, pero este muere inesperadamente en cualquiera de los dos supuestos, y la viuda puede comprobar la voluntad y consentimiento en la procreación del hijo, dicho magistrado considera que es viable aceptarlo como heredero o legatario en la sucesión de su padre fallecido, dispensándolo del requisito de existir al momento del deceso del causante.

Únicamente la capacidad de suceder de los hijos concebidos después de la muerte del progenitor puede aceptarse en circunstancias excepcionales y principalmente probando la verdad biológica y la voluntad procreacional. Es decir, una vez determinada la filiación paterna, se puede determinar su derecho a suceder a su padre muerto, criterio que de igual manera establece Rodríguez (2015): “[…] derechos sucesorios a los nacidos fruto de estas técnicas, sin embargo puede inferirse la atribución implícita de tales derechos al determinar o facilitar la determinación de la filiación del hijo respecto al varón fallecido”. (p. 6)

Asimismo, el Magistrado Orlando Aguirre y el Lic. Ricardo Barrantes consideran que negarle el derecho a suceder a un menor que ya es una realidad, que fue concebido y nació aunque mucho después de la muerte de su progenitor, sería

violentar derechos constitucionales como la no discriminación, la igualdad y derechos humanos fundamentales, entre ellos el interés superior del menor.

De seguido se establecerán los preceptos que fundamentan la posible capacidad de suceder de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem en Costa Rica, es decir, se indicará una serie de preceptos vigentes en la legislación actual de Costa Rica, que permitirían a un hijo concebido, luego de la muerte de su padre biológico, poseer capacidad de sucederle ya sea en una sucesión legitima o en una testamentaria.

Interpretación de las normas

Según la opinión del Presidente de la Sala Segunda, Magistrado Orlando Aguirre, el primer punto que se debe utilizar para fundamentar la solución legal a la capacidad de suceder de un hijo concebido luego de la muerte del causante, su padre, es la interpretación de las normas, porque al no existir ningún precedente normativo, jurisprudencial ni doctrinal, es necesario basar la solución en la interpretación de la ley que existe, esto es acomodar la situación a lo existente por medio de la interpretación, puesto que el legislador y juzgador están en la obligación de dar respuesta al caso que se somete a su valoración, de lo contrario la persona afectada estaría en un estado de indefensión inconstitucional a todas luces.

De acuerdo con lo anterior, ante la carencia de preceptos legales que regulen la fecundación artificial post mortem y su relación con el derecho sucesorio en Costa Rica, la interpretación de las leyes actuales es un medio idóneo para contemplar dicha situación, en casos excepcionales donde se compruebe la violación de derechos humanos del menor, la madre y el padre muerto, para dar solución al derecho a suceder de un hijo que no poseía vocación hereditaria a la muerte del causante su padre, por ello al aplicar la ley, esta no puede ser interpretada al tenor literal de las palabras, es necesario buscar la verdadera intención del legislador.

Por ello, el artículo 10 del Código Civil de Costa Rica permite realizar una interpretación amplia de las leyes, dicho numeral menciona:

> Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.

La posibilidad de interpretar ampliamente las normas y no apegarse solamente al significado estricto de sus palabras, sino analizar a fondo la intención y voluntad del legislador ante la creación de la norma, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica estableció tal criterio en una de sus resoluciones, la cual dicta lo siguiente:

> INTERPRETACIÓN FINALISTA Y EVOLUTIVA DE LAS NORMAS JURÍDICAS. La interpretación de las normas jurídicas por los operadores jurídicos con el propósito de aplicarlas no puede hacerse única y exclusivamente con fundamento en su tenor literal, puesto que para desentrañar, entender y comprender su verdadero sentido, significado y alcances, es preciso acudir a diversos instrumentos hermenéuticos, tales como el finalista, el institucional, el sistemático y el histórico-evolutivo. Sobre este particular, el Título Preliminar del Código Civil en su numeral 10 establece que "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas". Las proposiciones normativas se componen de términos lingüísticos los que tienen un área de significado o campo de referencia así como, también una zona de incertidumbre o indeterminación, que puede provocar serios equívocos en su interpretación y eventual aplicación. En virtud de lo anterior, al interpretar una norma es preciso indagar su objetivo (ratio) o fin propuesto y supuesto, respecto del cual la norma tiene naturaleza instrumental –método teleológico-. El intérprete debe, asimismo, confrontarla, relacionarla y concordarla con el resto de las normas jurídicas que conforman en particular una institución jurídica –método institucional-

> y, en general, el ordenamiento jurídico –método sistemático-, puesto que las normas no son compartimentos estancos y aislados sino que se encuentran conexas y coordinadas con otras, de forma explícita o implícita. Finalmente, es preciso tomar en consideración la realidad socio-económica e histórica a la cual se aplica una norma jurídica, la cual es variable y mutable por su enorme dinamismo, de tal forma que debe ser aplicada para coyunturas históricas en constante mutación –método histórico-evolutivo-. Cuando de interpretar una norma jurídica se trata, el intérprete no puede utilizar uno solo de los instrumentos indicados, por no tener un carácter excluyente, sino que estos son diversos momentos o estadios imprescindibles del entero y trascendente acto interpretativo. (Sentencia 3481-2003)

De lo anterior se deprende la posibilidad de interpretar las normas de acuerdo con varios supuestos, entre ellos, se encuentra ajustar las normas a la realidad social en la cual deben ser aplicadas, se infiere según lo mencionado líneas atrás, que la interpretación permite que el juzgador o aplicador de la ley la pueda adaptar y evolucionar al momento en el cual deban ser aplicadas, este es el denominado principio general del derecho, el cual dice que los ordenamientos jurídicos deben poseer un carácter evolutivo y cambiante, para dar cumplimento a su objetivo fundamental, el cual es ordenar y regular las conductas de una sociedad.

Por tanto, en lo que respecta a la aplicación de dicho numeral y jurisprudencia, se afirma que legalmente una persona que no esté al menos concebida a la muerte del causante, aunque este sea hijo biológico del último, no podría suceder a su padre dado que no cumple con el requisito de existencia al fallecimiento del causante, supuesto de la fecundación artificial post mortem. Pero en cuanto a lo indicado anteriormente, el presupuesto de existencia de la vida humana, no es unánime, jurídicamente la mayoría de legislaciones, incluyendo la costarricense, consideran que persona es el ser que nace con vida, sin embargo, se concede protección jurídica al ser concebido, a partir de este concepto surge también mucha polémica sobre qué momento implica la concepción en el proceso de reproducción.

Entonces, un hijo concebido después de la muerte de su padre no le puede suceder pues no cumple con los parámetros de la vocación hereditaria, sin embargo, dicho principio no es absoluto pues la legislación admite otras figuras que no viven al momento de la muerte del causante, como lo explica Jiménez (2012): “No obstante, puede replicarse que la existencia del causahabiente en el momento del fallecimiento del causante no es un principio absoluto pues se admite al nasciturus”. (p. 97)

En cuanto al supuesto que exista un embrión crioconservado a la muerte del progenitor, este se puede considerar ya categorizado como un ser concebido, con lo que negar su implantación sería violentar el derecho a la vida, como lo afirma Ales (2012): “Impedir la misma concepción del futuro niño resultaría en impedirle el goce del primer y más fundamental derecho: a la vida”. (p. 240)

A través de la interpretación del aspecto científico, también se presentan diversas posturas que pregonan que la concepción se presenta cuando se une el óvulo y el espermatozoide, y otros que esta sucede cuando el cigoto llega al útero y se implanta en él. Sin embargo, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos adopta la segunda postura pero reconoce que no existe aún una teoría que explique, de manera fehaciente, el inicio de la vida, pues diversos estudios científicos han demostrado que el cigoto posee ciertas características que permiten identificarle vida propia, pero de igual manera este no se va a materializar como ser humano sino es implantado en un vientre materno.

En síntesis, la vida existe antes, durante y después de la reproducción humana, sea esta natural o artificial, puesto que lo gametos que permiten la fecundación tienen vida propia, entonces, cuando se presenta la fecundación y concepción ya se puede hablar de vida humana y por supuesto cuando nace el resultado de esa reproducción se concreta la persona, según lo indicado por el doctor Gerardo Escalante López, sin embargo, cabe aclarar que persona es quien nace vivo, antes no se puede decir que se está ante la presencia de un ser humano, sin embargo, al ser una forma de vida merece tutela jurisdiccional, criterio igualmente mencionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Además, el derecho a la reproducción o procreación, explicado anteriormente, más que un derecho es una obligación pues este es el medio que existe para preservar la especie humana, facultad propia de la vida privada que inicia desde el momento en el cual la persona o pareja deciden tener un hijo, o exteriorizan su voluntad de procrear, precepto que es base fundamental para este derecho, según lo plasmado anteriormente.

En consecuencia, interpretando las normas desde la perspectiva social, bajo la cual será aplicada, se propone realizar la interpretación de los siguientes preceptos legales, los cuales constituyen legislación y figuras jurídicas que son permitidas en Costa Rica, como el fideicomiso testamentario y la condición en las disposiciones testamentarias, todo lo anterior será desarrollado de seguido y son los fundamentos legales de la posible solución a la capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem en Costa Rica, claro está, teniendo como base la interpretación amplia de las normas permitida en dicho país.

Retrotraer los efectos del artículo 31 del Código Civil de Costa Rica

La capacidad legal de suceder de los hijos concebidos luego de la muerte de su padre (supuesto de la fecundación artificial postmortem), en Costa Rica estaría otorgada indirectamente por el artículo 31 del Código Civil de Costa Rica, el cual torga protección jurídica al ser concebido ante situaciones que le puedan favorecer cuando nazca, siendo los derechos sucesorios una circunstancia que le resulta beneficiosa. Dicho artículo considera persona para todo lo que le favorezca, 300 días antes de su nacimiento, y como se explico anteriormete, ese plazo es mayor al período máximo de gestación, por lo que se estaría tomando en cuenta en el mismo, al ser no concebido (concepturus).

El Doctor Gerardo Escalante López, en la entrevista realizada, indicó que un embarazo a término completo no puede durar más de 294 días, es decir, como plazo máximo nunca puede sobrepasar ese plazo. Aunque la mayoría de embarazos no

cumple este término, este plazo inicia a partir de la fecundación, sin embargo, la doctrina indica que son de 284 a 286 días.

En cuanto a que el supuesto sea un plazo u otro, nunca va a sobrepasar los 300 días el periodo de gestación desde la concepción, por lo que bajo la interpretación y realidad médico-científica, el concepturus -o ser aun no concebido- gozaría de la protección de tal artículo, al ser los derechos sucesorios una situación que le puede favorecer, ya que al quedar ciertos días vacantes por ser biológicamente imposible que el periodo de gestación dure más de 300 días, la viuda pueda llevar a cabo la concepción bajo el supuesto que ya las etapas preparatorias estén cumplidas y el material reproductor de su esposo se encuentre ya conservado, pero este muere antes de realizar la fecundación o la transferencia del embrión.

En resumidas cuentas, el artículo 31 del Código Civil de Costa Rica estaría dando la calidad de persona a los gametos masculinos y femeninos, antes de que estos sean fecundados, pues el plazo de los 300 días cubre dicha circunstancia porque la realidad biológica determina que un embarazo se constituye desde el momento de la fecundación, nunca va a extenderse más de 294 días, bajo ningún supuesto, de acuerdo con la explicación científica, médica y biológica otorgada por el doctor Gerardo Escalante López, Director del Instituto Costarricense de Infertilidad, en la entrevista realizada.

De igual manera, una vez determinada la filiación no existe ningún precepto legal que le impida a ese hijo suceder a su padre muerto, aunque no cumpla con el requisito de existir al momento de la muerte del causante. Además de ser posible aplicar la presunción del artículo 31 del Código Civil costarricense, en cuanto a retrotraer los efectos del nacimiento al concepturus, claro está siendo ya este una realidad, pero no era así al momento del surgimiento de la situación que le favorecía, como la apertura de la sucesión de su padre muerto. También es posible aplicar la presunción de paternidad que indica que los hijos que nacen después de los 300 días de disuelto el vínculo matrimonial se consideran hijos matrimoniales, por tanto, al durar el tiempo de gestación desde la concepción hasta el nacimiento por ser biológicamente imposible se están protegiendo y permitiendo la posibilidad de las personas futuras.

De igual manera permitiendo la fecundación artificial post mortem, pues la viuda puede seguir con la técnica artificial de reproducción y darse la concepción permitiendo que el periodo de gestación dure los 300 días, lo cual no excedería el plazo y ese menor sería hijo del fallecido y, por ende, su derecho a suceder no podría ser discutido, planteando que lo cobija la tutela jurídica del artículo 31 del cuerpo legal mencionado, ya que la interpretación de este plazo debe ser en beneficio del ser que está por nacer, como lo explica Albaladejo (1996):

> Sobre este particular, se puede pensar que en principio se ha de atender al plazo máximo (de trescientos días) de duración de embarazo. Así lo abonaría el fin perseguido –protección del nacido, extendida al periodo de gestación-, que en caso de duda, debe alcanzar a lo más, ya que se pretende favorecer al que nacerá, y, por tanto […] (p. 217)

En síntesis, aplicando la presunción del artículo 31 del Código Civil costarricense, se concederían derechos a favor de una persona no concebida, pero bajo la existencia de un antecedente real que permite tener certeza que la concepción que se va a realizar, por medio de la voluntad procreacional, es decir, que anterior a la muerte del progenitor, ambos se estuvieran sometiendo a la fecundación artificial o existieran muestra del material reproductor del varón conservada, pues este último deseaba tener un hijo, pero ante circunstancias externas le era imposible. Es decir, que lleguen a nacer y sean identificadas, como lo explica el Tribunal Supremo en España, en sus sentencias del 25 de abril de 1963 y la de 3 de abril de 1965: “[…] en nuestro derecho positivo no existe prohibición alguna respecto de la posibilidad de suceder mortis causa de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sea de algún modo identificables o identificadas en su existencia real como personas”.

Está claro que un ser no concebido no se le puede atribuir derechos puesto que no es persona, todas las medidas anteriores se aplicarían a condición primero que sea efectivamente concebido y luego que nazca para atribuirle derechos sucesorios aunque no cumpla con la vocación hereditaria, pueden ser considerados sucesores pero bajo la condición de que nazcan, es por ello que se hace necesaria la adopción de medidas y límites a la fecundación artificial post mortem, para no generar situación

de inseguridad jurídica en el proceso sucesorio, y además evitar situaciones de abuso y fraude que puedan perjudicar a otros sucesores, ya que la prohibición absoluta no constituye una solución viable, por ello se hace necesario limitar la fecundación artificial post mortem y establecer medidas para su correcta utilización.

Principalmente, retrotraer la protección del nasciturus, indicada en el artículo mencionado, se presentaría ante casos muy excepcionales, en los cuales se pueda comprobar la voluntad de concebir ese hijo, principio rector para determinar la filiación por las TRHA, y una vez definida la filiación del menor concebido y nacido luego del deceso de su progenitor, por interpretación del mencionado artículo, este tendría la capacidad de suceder a su padre muerto, en el tanto que no es permitido realizar discriminación por aspectos de filiación y además que parte de los efectos que surgen al ostentar filiación paterna y materna son los derechos sucesorios.

De igual manera, al interpretar la presunción de paternidad, explicada anteriormente, cabría la posibilidad que ese menor sea concebido y nacido al término de los 300 días que indica la ley, es decir, el periodo de gestación que inicia en el momento de la fecundación nunca va a durar 300 días ya que biológicamente es imposible, por esta razón queda vacante determinado término, en el cual la pareja -la viuda- puede realizar todo el proceso de concepción, y ese menor aun así nacerá en dicho plazo, lo cual permitirá que no solo aplique la presunción de paternidad sino, también la protección jurídica del artículo 31 de la legislación civil en Costa Rica.

Según la opinión expresada por el Presidente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Magistrado Orlando Aguirre, considera viable retrotraer los efectos del nacimiento al momento en el cual la pareja decide procrear y se somete a las TRHA por alguna imposibilidad externa de hacerlo de forma natural. Pero claro está que dicha medida se adopta cuando el menor ya ha nacido, para justificar su derecho a suceder a su padre biológico, es decir, para dispensarlo del requisito doctrinal, que este no estuviera vivo ni concebido al momento del fallecimiento del causante su padre biológico-.

Requisitos de forma que limiten la fecundación artificial post mortem

Otra de las medidas o medio que se puede aplicar para que los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem puedan suceder a su padre biológico es regular la fecundación artificial post mortem, en el sentido de establecer requisitos para que pueda ser realizada y posteriormente el menor concebido y nacido después del fallecimiento de su progenitor pueda ostentar filiación y luego obtener derechos sucesorios sobre el patrimonio de su padre biológico.

Aunque biológicamente va a existir certeza del vínculo entre el fallecido y el hijo, resulta indispensable establecer medidas, principalmente en lo que respecta al proceso sucesorio, pues provocaría inestabilidad e inseguridad jurídica respecto de otros herederos o legatarios presentes, y además el fin de tal proceso es liquidar un patrimonio de una persona que ya ha muerto, no que este quede sin titular, es decir, un patrimonio sin dueño.

Lo anterior sería contrario a la legislación mantener pendiente la distribución de bienes del causante ante el ocurrencia de un hecho incierto, provocando indefensión y violación de derechos respecto de otros sucesores que poseen un título válido y la vocación necesaria exigida por la ley. Pero de igual manera prohibir de manera absoluta la FAPM, produciría dilemas jurídicos más serios, como la violación a derechos humanos fundamentales de reproducción, de identidad, a la no discriminación por la filiación e igualdad ante la ley, por tanto, lo más recomendable es adoptar medidas que eviten los abusos y fraudes principalmente en el campo de sucesiones.

Como lo explica Jiménez (2012), quien justifica la restricción en la práctica de la fecundación artificial post mortem: “El que este mecanismo pueda prestarse a abusos y fraudes no es motivo suficiente para negar esos efectos, sino que lo procedente es la adopción de medidas para evitarlos, pues de otro podrías incurrirse en discriminación por nacimiento”. (p. 96)

El Presidente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Magistrado Orlando Aguirre, así como el Juez Civil, Lic. Ricardo Barrantes, consideran primeramente la admisión de la fecundación artificial post mortem en el derecho

sucesorio, en casos muy excepcionales, en los cuales principalmente exista expresamente la voluntad de procrear del progenitor muerto, y además que existan antecedentes que demuestren que el deseo de concebir era cierto, y no un mero capricho, es decir, que con anterioridad al fallecimiento de este, existía el inicio de la fecundación artificial como un medio terapéutico que solucionara ya sea la infertilidad como un mal congénito, o sobrevenida producto de una enfermedad.

Una vez demostrado tal consentimiento es indispensable que la legislación adopte un plazo razonable para que la viuda pueda ejercer su derecho a la reproducción y, por ende, paralizar el proceso sucesorio durante dicho plazo ante el supuesto que sea comprobada la concepción y el nacimiento del menor. Las legislaciones que admiten dicha práctica justamente establecen como requisitos el consentimiento expreso del varón para la fecundación y el plazo para llevarla a cabo,

España indica un año para comprobar la concepción y posteriormente el nacimiento, lo anterior es indispensable no solo para permitir a la viuda concebir un hijo con material reproductor de su marido ya fallecido, sino también para otorgar filiación y derechos sucesorios al menor que nace bajo este método, respecto del progenitor fallecido. Ya que dicho consentimiento es válido, porque posee las mismas características que las manifestaciones de última voluntad que establece una persona en un testamento pues son disposiciones que una persona establece en vida para que sean cumplidas luego de su muerte, igual cualidad posee el consentimiento del varón para que su material reproductor se utilice para la concepción de un hijo. Tan válida es esta situación que el Código de Familia de Costa Rica permite el reconocimiento de paternidad por medio del testamento, facultad plasmada en el artículo 89 del mencionado cuerpo legal, la cual se mantiene aunque dicho documento sea revocado.

Entonces, interpretando dicho artículo, un hombre puede plasmar su voluntad procreacional en su testamento y de igual manera reconocer la paternidad del tal hijo, a condición por supuesto que dicho hijo sea concebido y nazca, de no cumplirse tal condición, la filiación respectiva no será establecida legalmente y por ende tampoco la capacidad de suceder de este, pues resulta ilógico atribuir derechos a un ser ni tan siquiera concebido, por interpretación de dicho numera es admisible la capacidad legal

de suceder del concepturus cuando este nace, por permitirse el reconocimiento de paternidad aunque el progenitor no esté vivo, y además la norma no hace referencia si el hijo reconocido por este instrumento deben estar vivo o concebido a la muerte del padre del mismo.

En dicho país, el plazo en la fecundación artificial post mortem fue extendido a seis meses más, bajo el supuesto que todos los días no son aptos para llevar a cabo el proceso de fecundación, y que el éxito en las TRHA depende del estado anímico de la mujer, por lo que bajo estas consideraciones se amplió el plazo. La justificación de dicha ampliación es mencionada por Pérez (2007), bajo la modificación del plazo para llevar a cabo la fecundación artificial post mortem:

> El plazo concedido era, a mi juicio, demasiado breve, para un proceso no sólo complejo en el orden médico, sino porque el éxito no depende en exclusiva de la pericia médica, sino también del estado físico y psíquico en que se encuentre la viuda, de su predisposición al éxito. Suele acontecer que el fallecimiento de las personas que prevén y autorizan una inseminación *post mortem*, está asociado a un largo proceso de enfermedades oncológicas, donde no solo se desgasta físicamente el enfermo, sino los familiares más propincuos, entre ellos la esposa, y estas circunstancias en nada suelen favorecer el triunfo en la aplicación de la técnica, máxime cuando ello se hace en fecha cercana al duelo, o incluso en etapa aún de duelo, con temor a que el plazo decurse, y entonces nada pueda hacerse. (p. 153)

En cuanto al derecho sucesorio, el plazo es indispensable pues durante este se suspende la continuación del proceso hasta tanto no se verifique la concepción del menor, dando oportunidad a la viuda de ejercer su derecho a la reproducción, el cual bajo el supuesto del consentimiento, fue adoptado también por el progenitor muerto y no generando atrasos en el proceso sucesorio.

En el proceso sucesorio, en España se aplican las reglas de la viuda encinta (art. 959 a 967 del Código Civil de ese país) las cuales suspenden la partición de la herencia

hasta que no se verifique la concepción o nacimiento del hijo superpóstumo, teniendo esta que notificar al juez su intención de concebir de la sucesión y demás interesados. El plazo de la suspensión es un año (término indicado en la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida). De igual manera este es de caducidad pues se entiende que pasado el plazo, aunque la viuda realice la fecundación artificial con semen de su esposo muerto, ese menor que nazca no tendría derechos filiatorios y, por ende, tampoco sucesorios.

Es así como el plazo para que la viuda verifique la concepción del menor o su nacimiento debe ser prudencial tomando en consideración los factores mencionados, como el estado anímico de la viuda, aspectos biológicos propios de la fecundación, entre otros.

El Magistrado Orlando Aguirre, Presidente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Costa Rica, considera que dicho plazo es una buena medida para no dejar pendiente, ni generar situación de inseguridad en lo que respecta al proceso judicial sucesorio, este considera que mientras no sobrepase los diez años, plazo en el cual prescribe la acción para solicitar la apertura del proceso sucesorio (artículo 868 del Código Civil de Costa Rica), puesto que la sucesión se abre desde el momento de la muerte del causante, no así el proceso judicial por el cual se hace la liquidación y distribución de los bienes del causante.

En conclusión, un hijo que no se encontraba concebido a la muerte de su padre biológico puede ser tenido como sucesor mortis causa de su padre, en Costa Rica, primeramente bajo la interpretación de la realidad social que se experimenta, permitiendo, bajo casos muy excepcionales, retrotraer los efectos del nacimiento al no ser concebido pero que puede ser identificado y probado su próxima concepción y nacimiento, de igual manera estableciendo plazos para realizar dicha concepción y la certeza de la voluntad procreacional del progenitor muerto, siendo asimilada como una disposición testamentaria.

De seguido se mencionarán las figuras jurídicas vigentes en Costa Rica, las cuales pueden ser una solución posible a la imposibilidad de seres de suceder al momento de la apertura de sucesión por no estar tan siquiera concebidos.

Fideicomiso testamentario, heredero bajo condición como medios para que el concepturus ostente capacidad de suceder en una sucesión mortis causa

De acuerdo con lo expuesto y analizado anteriormente, un ser todavía no engendrado puede ser tenido como heredero o legatario en la sucesión mortis causa de su padre biológico, aunque no cumple con el requisito de existir a la muerte del causante, si nace de manera efectiva, puede ser sucesor. Aún más si existen disposiciones testamentarias a favor de dichos hijos, dado que en la sucesión testamentaria rige el principio de libertad de testar, en el cual el dueño de un patrimonio puede disponer de él como desee en vida, para que ellas surtan efectos al momento de su muerte. Esto constituye el principio rector en la sucesión testamentaria, como lo afirma la Sala Constitucional de Costa Rica, en diversas resoluciones como:

> El Código Civil regula dos formas para recibir herencia, el primero mediante la denominada “libre testamentifactio” que permite a las personas disponer libremente de su patrimonio mediante testamento, lo cual está sujeto a algunas limitaciones establecidas en la ley (normalmente asociadas a la obligación de brindar alimentos) y el segundo mediante la sucesión legítima regulada en el artículo 572 del Código Civil. Esta última regula el derecho de recibir herencia legítimamente, es decir, mediante una norma que sustituye la voluntad del causante para seguir una secuencia de diferentes órdenes familiares. (Sentencia 4575-2011)

Con lo anterior se reafirma que en una sucesión prevalece la voluntad establecida en vida por el causante, sobre cómo se deben distribuir sus bienes, solo a falta de esta la ley impone la manera en la cual se debe de liquidar dicho patrimonio.

Por tanto, en lo que respecta a la capacidad de suceder de un hijo no concebido a la muerte de su padre, el causante de la sucesión, cuando exista un testamento en

el cual se establezcan disposiciones a favor de este, la voluntad del testador debe siempre ser cumplida, a menos que existan situaciones que permitan legalmente declarar la no validez o su caducidad, por razones de incapacidad moral o legal para testar, formalidades en su otorgamiento, entre otras razones que anteriormente fueron explicadas.

Una solución para que un hijo que no está concebido a la muerte de su padre pero resulta beneficiario en su testamento, y pueda recibir tal derecho sucesorio, podría ser las disposiciones condicionales, en el sentido de instituir al heredero o legatario al ser no concebido pero bajo la condición de que nazca, situación válida y regulada en el derecho de sucesiones en Costa Rica, presupuesto permitido de acuerdo con lo expresado por el Presidente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Magistrado Orlando Aguirre.

Basados en lo anterior, el artículo 615 del Código Civil de Costa Rica permite que el testador establezca condiciones en las diversas disposiciones de su testamento, siempre y cuando no sean ilícitas o contrarias a la ley y físicamente imposibles en su cumplimiento.

El derecho civil costarricense impone dos clases de condiciones: la suspensiva y la resolutoria, como se explicó anteriormente. El tipo de condición que aplica a este caso es la suspensiva, pues en esta se cumple la delación a favor del instituido se produce, de lo contrario no. Como lo explica Vargas (2010):

> Si el testador acompaña su disposición de una condición suspensiva, la institución no produce efectos y por lo tanto no tiene lugar la delación a favor del instituido, sino una vez ocurra el hecho previsto o cuando se deba tener por cumplida cuando alguien que tenga interés impidiera que se cumpla, esto último conforme lo dispone el artículo 620 del Código Civil. (p. 181)

Entonces, mientras no se cumpla la condición impuesta, el instituido como heredero no podrá recibir el beneficio hereditario. De igual manera, los bienes son

puestos en administración hasta tanto no se cumpla la condición o se tenga certeza que no será cumplida.

La administración de los bienes las puede ejercer el instituido como heredero, claro está prestando garantía que devolverá lo percibido con sus respectivos frutos si no se cumple la condición, pero también dicho cargo se le puede otorgar a la persona que de no cumplirse la condición, recibe la porción hereditaria, dando fianza de igual manera, tal y como lo indica el artículo 605 del Código Civil de Costa Rica.

Dicho numeral, en su última línea, establece que esta medida se adopta a las personas que están por nacer, entonces bajo la interpretación de esta norma se está permitiendo que una persona no concebida, pero que existen presupuestos que comprueban su concepción y posible nacimiento, es decir, que pueden ser identificadas, pueden suceder bajo condición suspensiva, la cual sería que nazcan, ya que la norma no diferencia entre si estas concebidos o no, únicamente menciona a las personas por nacer. Esto generaría indirectamente una disposición testamentaria a favor de un hijo no concebido, pero bajo pruebas que demuestren y permitan identificarlo en un corto plazo, sería válida.

Esta situación no es contraria a la ley, bajo el supuesto que actualmente no existe una ley que prohíba la fecundación artificial post mortem, en cuanto a los artículos que no permiten realizar testamento a favor de personas inciertas (artículo 578 Código Civil de Costa Rica), pero además, para que la restricción sea absoluta, estas no pueden llegar a ser ciertas y determinadas en algún momento. Este supuesto no se cumple pues un ser no concebido puede llegar a ser cierto y determinado aunque su progenitor muera, ya que la fecundación se realiza de manera artificial, a través de las TRHA.

En otras palabras, si el varón instituye como heredero o legatario a su hijo no existente es porque tiene la certeza que aunque muera será concebido y lo más probable nazca, pues existen antecedentes previos que lo comprueban, como estarse sometiendo a un proceso de fecundación artificial antes de morir, o mantener preservado su material reproductor consintiendo la voluntad procreacional aún después de su muerte, entre otros supuestos ya mencionados. El cumplimiento de la

voluntad del causante debe prevalecer sobre cualquier aspecto de forma, como lo ratifica Rams (2009):

> Pero el respeto a la voluntad del causante, que debe ser mantenida siempre que no choque con normas éticas o definidas conveniencias económicas, […] de personas que no han sido concebidas el día del óbito del testador, pero a quienes este, al mencionarlas en el testamento, quiso realmente favorecer en la forma que fuera viable, siendo evidente que tampoco quería el testador otorgar una disposición ineficaz. (p. 56)

De lo anterior se desprende que el testador al establecer como sucesor a un hijo no concebido, es porque este ya tenía el deseo y la voluntad de procrear, por tanto favoreció a ese futuro hijo, ya que existía la seguridad por parte del testador que aunque falleciera su hijo en algún momento sería engendrado y llegaría a nacer, por antecedentes anteriores a su fallecimiento.

En lo que respecta a que la condición, no debe ser físicamente imposible, no aplica en este caso, dado que un hijo puede ser concebido luego del deceso de su padre biológico, mediante las TRHA, supuesto de la fecundación artificial post mortem, siendo esta una realidad a nivel mundial, como se ha expresado reiteradamente en diferentes secciones de esta investigación, por tanto la institución testamentaria de un heredero o legatario no existente a la muerte del causante, bajo la condición de que nazca, no resulta imposible porque habiendo probanza efectiva de la concepción en un plazo determinado y la voluntad procreacional del progenitor fallecido, hay antecedentes que demuestran que dicha condición resulta realizable, es decir, su cumplimiento no es imposible.

Otra posible solución en una sucesión mortis causa testamentaria, para que un hijo no concebido a la muerte de su padre, instituido como heredero o legatario en el testamento de este pueda efectivamente ser llamado a suceder, es el fideicomiso testamentario, o sustitución fideicomisaria como la denominan las legislaciones de otros países.

En principio, la única sustitución testamentaria que se permite en Costa Rica, por disposición del Código Civil es la vulgar excluyendo las otras formas, sin embargo, el Código de Comercio permite establecer un fideicomiso en un testamento, es decir, que el patrimonio objeto de la sucesión sea dejado en fideicomiso, como fue explicado en apartados anteriores.

Este se permite en el artículo 635 del Código de Comercio de Costa Rica, el cual indica: “El fideicomiso se constituirá por escrito, mediante acto entre vivos o por testamento. Las causales de indignidad que consagra el Código Civil se aplicarán al fideicomisario”.

Por tanto, esta figura dispuesta en un testamento consiste en que el causante (fideicomitente) transmite sus bienes a otra persona (fiduciario), pero no para que este lo disfrute y obtenga la titularidad, sino para que a la muerte del primero, el último cumpla las disposiciones establecidas en el testamento, consistentes en conservar tales bienes y transmitirlos a un tercero (fideicomisario), es decir, el fiduciario retiene los bienes según las instrucciones del testador, ya sea por un periodo determinado o hasta que se cumpla determinada condición, a la cual la impone libremente el testador. (Vargas, 2010)

Aunque esta figura es poco común y su regulación es muy general, existiría la posibilidad de que sea un medio para que un hijo que no existe y sea instituido heredero o legatario, pueda ser suceder a su padre biológico, si este establece sus bienes en un fideicomiso a través de su testamento, en el cual siendo el progenitor, futuro causante, el fideicomitente, manifiesta que a su muerte sus bienes pasaran a una tercera persona, como su esposa, compañera, familiares o amigos, en este caso lo más común es que se establezca a la esposa o compañera de hecho, madre del futuro menor como fiduciaria, la cual recibe los bienes para cumplir con lo indicado por el causante, y el fideicomisario, el futuro hijo que únicamente recibirá los bienes si nace de manera efectiva.

Si bien, los artículos 655 y 661 del Código de Comercio de Costa Rica no permiten fideicomisos en los cuales los fideicomisarios sean personas que no estén vivas o concebidas, a fin de no generar perpetuidad, esto es que se establezcan llamamientos sucesivos a favor de personas no existentes, provocando el no cumplimiento del fideicomiso, puesto que el fiduciario no podría nunca cumplir con lo indicado por el fideicomitente, y dicho fideicomiso nunca terminaría.

Esta figura es la que se conoce en la doctrina internacional como la prohibición de realizar llamamientos de segundo grado, lo cual se explicó detalladamente en apartados anteriores, es decir, que no se permite llamar sucesivamente como fideicomisarios a personas que no estén vivas no concebidas.

Sin embargo, en estos casos, al ser posible la determinación e identificación del hijo inexistente, por existir antecedentes que comprueban que será concebido y nacerá a través de las TRHA, aunque su padre biológico no viva, el testador o fideicomitente, se estaría evitando la perpetuidad, ya que esta se puede presentar si no existe ninguna prueba que demuestre la voluntad procreacional de dicho hijo, aunque su progenitor muera.

En España, por ejemplo, la medida que adopta el legislador para que el concepturus pueda suceder legalmente a su padre es la denominada sustitución fideicomisaria bajo condición de que nazca, figura permitida en el artículo 758 de Código Civil de tal país, y adoptada como solución a la incapacidad de suceder de los hijos concebidos luego de la muerte de su padre. La figura se aplica a estos casos, junto con la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su artículo 9.2, que permite la fecundación artificial post mortem bajo el cumplimiento de requisitos, entre los cuales están, el plazo de un año después de la muerte del progenitor para llevar a cabo la fecundación artificial, dicho plazo, se aplica a la sustitución fideicomisaria, ya que si al menos la concepción no se da en este término, siendo esta la condición, el fiduciario estará exento de entregar los bienes al fideicomisario, pues este no llegó a existir, entonces ella sería nula.

La única exigencia que plantea la legislación es que el fideicomisario se encuentre vivo al abrirse su sucesión, es decir, al momento que el fiduciario muera o se deba cumplir la condición, además el artículo 781 del Código Civil español permite el llamamiento hasta el segundo grado a los fideicomisarios, la jurisprudencia y doctrina de dicho país, interpretan el mencionado numeral, como el medio para aceptar al concepturus como posible sucesor, bajo la condición de que al momento de entregar los bienes por parte del fiduciario esté vivo, lo cual se entiende como condición, permitida establecer en la figura del fideicomisario, en la sustitución fideicomisaria, según el artículo 759 del Código Civil del mencionado país.

Rams (2009) describe cómo se utiliza la sustitución fideicomisaria condicional, en el caso de que el fideicomisario sea una persona no viva, lo cual implica:

> Por consiguiente, pueden ser llamados como sustitutos fideicomisarios no solo tantas personas vivientes a la apertura de la presucesión como se desee, sino, además, hasta dos todavía no vivientes entonces, si bien es claro que cada una debe vivir ya al abrirse la postsucesión para ella. (p. 267)

La justificación que determina dicha legislación para imponer límites en el llamamiento como fideicomisarios al concepturus consiste en evitar la perpetuidad de esta, de acuerdo con la explicación de Rams (2009), la limitación a dos llamamientos a personas no existentes como fideicomisarios radica en un aspecto importante, el tiempo de duración de la sustitución, la cual debe concluir en un momento dado, pues esta es la esencia de la figura, de lo contrario no tendría razón de ser su aplicación, por ello dichas prohibiciones aseguran que no resulte indefinida o perpetua.

En lo que respecta a la legislación civil española, si la sustitución fideicomisaria infringe lo dispuesto en el mencionado artículo 781, que incluye que no pueden existir más de dos fideicomisarios no vivientes, sería nula, según el artículo 785. 2 del Código Civil de España, anteriormente citados.

Dicha figura podría aplicar en Costa Rica pues permite la figura del fideicomiso mediante testamento, pero siempre y cuando se demuestre que no va a generar

perpetuidad, en cuanto a la figura del fideicomisario, que sería el futuro hijo. Demostrando su concepción en un término razonable, que lógicamente sea posterior a la muerte del causante, su padre biológico, al no existir normativa de fondo en cuanto al fideicomiso testamentario, como se expuso anteriormente, y que rige en España normativa que sí regula específicamente la sustitución fideicomisaria, normando aspectos como este.

Por tanto, el testador podría establecer en su testamento un fideicomiso, teniendo como fideicomisario a su futuro hijo, bajo condición suspensiva de que nazca dicho menor, y sobre todo bajo la probanza que no existirá perpetuidad en él, bajo casos excepcionales, en los cuales se demuestre la voluntad de procrear del causante, y hechos que demuestren la concepción en un corto plazo. Amparados en la libertad de testar, y principios como la igualdad ante la ley y no discriminación por la filiación, principios constitucionales en Costa Rica.

Derechos humanos fundamentales del padre, la madre y el menor concebido por fecundación artificial post mortem

La justificación jurídica que permite reconocerle derecho a la filiación y derechos sucesorios a un hijo concebido luego de la muerte de su progenitor biológico son los derechos humanos que le pueden resultar violentados no solo a dicho menor, sino a su padre y madre biológicos.

Lo anterior, aunque la fecundación artificial post mortem no va a resultar en una situación que afecte a una gran colectividad, sí van a existir personas afectadas que van recurrir a dicha técnica, con lo que la concepción artificial post mortem se categoriza como un derecho de minorías, que aunque no afecte a una gran cantidad de personas en un sociedad, este debe ser tutelado y protegido, dado que los derechos humanos son personalísimos e inherentes al ser humano por su sola condición de persona, no se debe cumplir otro requisito para ostentarlos, aunque afecten a una sola persona debe ser tutelados y reconocidos, pues están por encima de cualquier precepto jurídico de forma, opinión que fue indicada por el Lic. Boris Molina y el Dr.

Gerardo Escalante Director del Instituto Costarricense de Infertilidad, en la entrevista que realicé a dichos profesionales.

La postura anterior es explicada por Hoyos (2005):

> El que los derechos humanos sean inherentes al ser humano significa que esos derechos no pueden separarse de cada persona, porque están unidos a su ser de tal forma que la persona y los derechos humanos son inseparables: el derecho supone la persona: la persona es el fundamento del derecho. (p. 225-226)

A lo largo del análisis plasmado en esta investigación, se ha enfatizado en que la prohibición de la fecundación artificial post mortem y el no otorgamiento de derechos sucesorios al menor producto de esta en diversas legislaciones, provocan una violación directa a los derechos humanos de los afectados, ya que una prohibición absoluta, provocaría una situación de abuso por parte del derecho, como lo explica Lledó:

> Con las cautelas y ponderación necesarias, el Derecho debe intervenir aportando una regulación que no puede ser en general simplemente prohibitiva, cercando cualquier posibilidad de utilización del material reproductor, que posibilite no solamente el derecho a intentar el inicio de un procedimiento de reproducción, sino la aplicación positiva de innovación de terapias génicas. (p. 128)

Sin embargo, la limitación de los derechos humanos fundamentales se puede realizar pero bajo ciertas situaciones excepcionales, las cuales son indicadas por resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual establece:

> Asimismo, la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales está ordenada a una serie de principios que este Tribunal ha señalado con anterioridad -sentencia número 3550-92-, así por ejemplo: 1.- deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; 2.- para alcanzar ese

> interés público, debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3.- la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4.- la restricción debe ser imperiosa socialmente y, por ende, excepcional. (Sentencia 4205-1996)

La fecundación artificial post mortem puede ser incluida en la bioética, disciplina muy reciente que fue adoptada por los problemas morales y éticos que han surgido en la sociedad a partir de los diversos avances científicos que se han presentado en las ciencias de la vida humana, los cuales han generado controversia a nivel jurídico también porque poseen una relación directa con los derechos humanos ya que muchos aspectos de la biomedicina, disciplina que aplica soluciones artificiales a problemas naturales que requieren la intervención del hombre para obtener una posible solución, caso de la fecundación artificial post mortem.

La bioética, según Frosini (1997), surge desde 1971, en Estados Unidos de América, cuando el oncólogo estadunidense Van R. Potter, incluye en uno de sus libros el término bioética y lo desarrolla, debido al inicio de los avances médicos científicos. Este médico define esta disciplina como: “Estudio sistematizado de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud cuando esa conducta se examina a la luz de los valores y de los principios morales”.

De acuerdo con la interpretación de Frosini (1997), la bioética se puede entonces definir como: “la relación entre la naturaleza creadora de la vida física, y la sociedad, artífice de las reglas de conducta humana”. (p. 76)

De lo anterior se denota el papel del Estado encargado de regular y ordenar las conductas sociales, siendo esta una de ellas y relacionándose de manera directa con los derechos humanos, se hace necesaria la intervención estatal para evitar violaciones directas a derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos vienen desde épocas muy remotas como el derecho romano, por tanto, no poseen preceptos que se acomoden a estas realidades sociales, por lo que las personas afectadas se han visto en la necesidad de instar el sistema para que

se actualice y encuentre solución a estos problemas jurídicos, que surgen a partir de la bioética, como es el caso de la fecundación artificial post mortem.

En Costa Rica, actualmente no existe ningún precepto legal que prohíba la fecundación artificial post mortem, por tanto se aplica el principio del Derecho que reza, que lo que no está prohibido está permitido. Sin embargo, si se presentara un caso, y efectivamente el menor nace y reclama derecho a la filiación y derechos sucesorios respecto a sus padre fallecido, no existe ningún parámetro legal que fundamente la negativa o no, para conceder tales derechos.

Por lo tanto, según la explicación dada por el Juez, Lic. Ricardo Barrantes, el juzgador en su decisión debe fundamentarse en los derechos de las partes que están implicadas en dicho caso, es decir, el interés superior del menor y los derechos humanos que se derivan de este, como el derecho a poseer filiación materna y paterna, a la igualdad ante la ley, a la no discriminación por razones filiatorias, entre otros; también se debe tomar en cuenta la voluntad procreacional del progenitor muerto, aún más si esta se encuentra plasmada en un documento válido como su testamento, y el derecho de la viuda a la reproducción e intimidad.

Todos los anteriores son derechos humanos reconocidos a nivel nacional e internacional, que según la doctrina priva sobre cualquier aspecto de forma legalmente hablando, aunque como lo explica el Magistrado Orlando Aguirre, Presidente de la Sala Segunda, por el hecho de afectar solo a ciertas personas, a estos no se les puede negar tutela jurídica.

De seguido serán analizados los derechos humanos que poseen relación con la fecundación artificial post mortem.

Derecho a la reproducción o procreación

La procreación humana es un derecho natural y esencial de todo ser humano, es decir, consustancial a la persona, y aunque los ordenamientos jurídicos no le otorgaran tutela, siempre sería un derecho propio y personalísimo en el ser humano, como lo explica (Banda, 1998):

> La procreación es consustancial al ser humano, algo que emana de su propia naturaleza humana, un don esencial para la perpetuación de la especie, de manera que no podemos pensar que ante la hipotética situación de no existencia de normas legales que así lo establezcan explícitamente, es evidente que los seres humanos pueden ejercer su sexualidad como un derecho que tendrá por finalidad lograr la perpetuación de la especie humana. Así acotado, este sería el llamado derecho a la procreación. (p.51)

Este derecho está también conocido como el derecho a la reproducción humana, o más recientemente se le denomina el de fundar una familia, el cual se encuentra consagrado en el artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

> Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Este derecho pertenece a la esfera privada de las personas, es decir, forma parte de la intimidad de las personas, nadie puede interferir en la voluntad o no, de una persona de concebir un hijo, ya que es una decisión que involucra a cada persona o pareja y la cual no puede resultar en una imposición legal.

Como lo tutela el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual incluye el derecho de la procreación como un aspecto de la vida privada de las personas, interpretación que afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia realizada del caso Artavia & Murillo y otros contra el Estado de Costa Rica, la cual establece que ejercer el derecho a la procreación es

propio de la vida privada de las personas, y no se admite bajo ningún motivo la injerencia del Estado.

Debido al avance tecnológico, el derecho a la procreación humana ya no está circunscrito a un hecho o acto natural, ya que existen algunas personas incapaces de procrear de manera natural, por lo que las TRHA vinieron a solucionar dicho mal, por medio de la fecundación artificial, de esta manera, las personas pueden, bajo su derecho de reproducir, acudir a los métodos de procreación artificial, ante la existencia de esterilidad o infertilidad. Es decir, las TRHA son un medio para que las personas ejerzan su derecho a la reproducción o a fundar una familia.

Lo anterior, es ratificado por el voto salvado, a la sentencia 2306-2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: “El derecho a la reproducción, como derecho a la autodeterminación física, permite al sujeto acceder tanto a la reproducción natural, como valerse de las nuevas tecnologías reproductivas.”

De lo anterior se afirma que, limitar el derecho de procreación a una persona por cuestiones legales de forma, es violentar su derecho a la privacidad, implica que el Estado tenga injerencia directa en la vida privada de las personas, situación que violenta los principios que rigen un estado de democracia.

En conclusión, prohibir a la viuda o conviviente supérstite el derecho a continuar con la concepción de un hijo, que fue una decisión de ambos progenitores, pero por circunstancias ajenas a estos, el hombre fallece, estableciendo en vida su voluntad procreacional, incluso después de su muerte, de esta manera, no permitir la fecundación artificial post mortem implica el no respeto de la voluntad del fallecido, al ser esta una disposición de última voluntad, se asemeja al carácter del testamento el cual, a la muerte del testador, se debe ejecutar de la manera indicada por el último.

Si bien es necesario en el caso de la fecundación artificial post mortem limitar el derecho de la procreación, estableciendo plazos y la existencia del consentimiento en la procreación para proteger los derechos de otras personas, que se pueden ver limitados o extintos, por el nacimiento de dicho hijo superpóstumo, como es el caso de

otros herederos o legatarios del causante, padre biológico de dicho menor. Por tanto, específicamente en la fecundación artificial post mortem, el derecho a procrear no es absoluto, pues existe la posibilidad de violentar derechos de otras personas con su ejercicio no limitado, como los derechos del propio hijo que puede ver limitado su derecho a la filiación paterna, y los derechos sucesorios, respecto de su progenitor fallecido, como lo describe Banda (1998), en la siguiente opinión:

> La procreación es consustancial al ser humano, algo que emana de su propia naturaleza humana, un don esencial para la perpetuación de la especie, de manera que no podemos pensar que ante la hipotética situación de no existencia de normas legales que así lo establezcan explícitamente, es evidente que los seres humanos pueden ejercer su sexualidad como un derecho que tendrá por finalidad lograr la perpetuación de la especie humana. Así acotado, este sería el llamado derecho a la procreación, pero ello no puede llevarnos a la conclusión de que su ejercicio pueda ser irrestricto, pues siempre será necesario tener presente las normas legales que regulan el ejercicio de la sexualidad (no es un derecho absoluto) y, desde luego, que también debemos considerar las normas morales fundamentales a las que el ser humano se adhiere. Así debería entenderse solamente el posible derecho a la procreación, como aquel cuyo ejercicio es expresión de la sexualidad de la pareja humana con el fin de perpetuar la especie humana. (p.51)

En síntesis, la prohibición de la fecundación artificial post mortem violenta el derecho de reproducción de la pareja, tanto de la viuda o compañera supérstite, pero tal derecho no debe ser absoluto, porque ante la no aplicación de límites, se pueden vulnerar los derechos del menor, en el sentido deque la declaración de los derechos de filiación paterna y derecho a suceder a su padre muerto no podrían ser declarados al no existir antecedentes y fundamentos de fondo suficientes, que permitan dispensar de los requisitos formales que impone la ley, en cuanto a estos aspectos.

Derecho a la salud

De igual manera, no permitir la fecundación artificial a una persona que padece un mal de esterilidad o infertilidad, acceder a las TRHA, como un remedio a su enfermedad, implicaría ir en contra del derecho a la salud que ostenta toda persona, y el cual debe ser otorgado y protegido por el Estado como una obligación inherente a este. La esterilidad es considerada por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad, y la infertilidad un mal que al ser tratado medicamente puede ser superado, logrando que la persona pueda concebir un hijo, aunque por medio artificiales. Por ello, las TRHA son la solución a dicha enfermedad y las personas afectadas pueden acudir a ellas como un remedio ejerciendo su derecho a la salud.

En Costa Rica, el derecho a la salud no se encuentra establecido expresamente a nivel constitucional, pero, el mismo se deriva del derecho a la vida, el cual se encuentra consagrado en el artículo 21 de la Constitución Política de Costa Rica. Por tanto, al ser el derecho a la vida fundamental, está por encima de cualquier precepto legal de forma, siendo obligación del Estado costarricense garantizar este derecho a todos sus ciudadanos. La inclusión del derecho a la salud en el derecho a la vida, lo explica la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

> […] El derecho a la vida reconocido en el numeral 21 de la Constitución es la piedra angular sobre la cual descansan el resto de los derechos fundamentales de los habitantes de la república. De igual forma, en ese ordinal de la carta política encuentra asidero el derecho a la salud, puesto que, la vida resulta inconcebible si no se le garantizan a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental […] (11222-2003)

Derecho a la privacidad

Otro derecho fundamental que se transgrede en relación con la pareja implicada en la fecundación artificial post mortem es el derecho a la vida privada o a la privacidad, en el supuesto que implica la decisión de reproducirse.

El derecho de procreación es considerado como un elemento que forma parte de la esfera privada de las personas, por tanto el Estado no puede de ninguna manera interferir en la decisión de las personas de tener hijos o no. Este derecho es consagrado y tutelado a nivel internacional, por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual, en su artículo 12 establece:

> Nadie será objeto de injerencias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra las injerencias o ataques.

De igual manera, el derecho a la privacidad se encuentra protegido en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 11 que menciona:

> 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
>
> 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
>
> 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

El numeral anterior garantiza la integridad de la vida privada pues indica que nadie (incluido el Estado) puede interferir en la vida privada de las personas, y además establece que la ley debe proteger y asegurar a las personas contra las injerencias arbitrarias y abusivas que puedan atentar a su intimidad o vida privada.

En Costa Rica, ambos tratados internacionales aplican pues, los tiene ratificados dándoles un rango superior al de las leyes nacionales. Aunque también la norma superior en en Estado costarricense tutela de igual manera el derecho a la intimidad, en el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución Política, que señala: “Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Artavia & Murillo y otros contra el Estado de Costa Rica, explica el derecho a la intimidad, como:

> El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.

El derecho a la vida privada se relaciona con diversos aspectos, entre los cuales están el derecho a procrear, y también recientemente se incluye el derecho o libertad de decidir si se puede procrear por medios naturales o artificiales, esta última en lo que respecta a las técnicas de reproducción humana asistida, más aún si estas constituyen la solución para concebir, ante la imposibilidad de reproducirse de manera natural, por tanto, el Estado no puede prohibir la aplicación de las TRHA, de lo contrario, se vulneraría el derecho a la intimidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos enumera las situaciones que pertenecen a la esfera privada de las personas:

> En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos

> derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

Por tanto, la decisión de tener hijos mediante reproducción artificial, no solo se presenta en el derecho de la procreación o a fundar una familia, sino que además forma parte de la vida privada de las personas.

De esta manera, prohibirle a una viuda o conviviente supérstite fecundar su óvulo con el material reproductor de su marido fallecido, pero que en vida expresó su consentimiento de procrear, se considera una injerencia abusiva y arbitraria por parte del Estado, pues la decisión de tener un hijos fue de ambos, claro está en el supuesto de que exista voluntad procreacional, de lo contrario, no se podría demostrar el consentimiento del varón muerto en la concepción de dicho hijo.

Interés superior del menor

Como se ha mencionado reiteradamente, negarle derechos sucesorios a un menor que nace de manera efectiva, pero que fue concebido luego de la muerte de su padre biológico, argumentando dicha negación en aspectos formales, es violentar derechos fundamentales del niño, el interés superior del menor, dicho principio es general y debe prevalecer en cualquier acción judicial en la cual los intereses de un niño estén comprometidos, como sería este caso. Este principio establece que ante cualquier aspecto formal, en la resolución de una acción judicial deben prevalecer los derechos e intereses del niño implicado en el proceso judicial o cualquier hecho en el cual sus derechos se pueden ser violentados.

El Tribunal de Familia de San José explica este principio de manera amplia:

> El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. (Sentencia 1036-2015)

Además, el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, consagra tal principio, en los siguientes términos:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Ante todo, cuando se presenta la fecundación artificial post mortem, y el niño es concebido y nace efectivamente, negarle el derecho a ser heredero de su padre bilógico, bajo un requisito de forma, es violentar principios tan fundamentales como el de interés superior del menor.

Principios de igualdad ante la ley y no discriminación por razones de filiación

La sustitución fideicomisaria y la condición suspensiva en las disposiciones testamentarias son posibles soluciones en una sucesión mortis causa testamentaria, para que los hijos no concebidos a la muerte de su progenitor, puedan sucederle legalmente.

Pero al no existir manifestaciones de última voluntad, por parte del causante, la ley suple dicha falta, mediante la denominada sucesión legítima o intestada, la cual es impuesta y regulada por la legislación civil.

La solución o justificación legal para que los hijos no existentes a la muerte del causante puedan sucederle, pero que existen pruebas de la concepción después de la muerte de su progenitor, además del consentimiento procreacional en vida de este último, es decir, bajo casos muy excepcionales, sería los principios de igualdad ante la ley y no discriminación por razones de filiación. Los artículos que sustentan dichos principios constitucionales se expondrán a continuación.

El artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica, el cual impone un igual tratamiento legal para todo ser con calidad de persona, prohibiendo realizar tratos discriminatorios, en cuanto a la aplicación de la ley.

En lo que respecta al caso en concreto, la aplicación de dicho artículo sería igualdad de tratamiento legal para los hijos del causante, es decir, indirectamente entre los miembros de una familia, este artículo está pensado como una protección a la familia, como lo menciona la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

> Nuestro sistema de vida está basado en principios que guardan la creencia de que todos los seres humanos nacemos libres, e iguales en dignidad y derechos, sin distinción de raza, sexo, color, idioma, religión u opinión política. La familia, por otra parte, es indiscutiblemente el elemento natural y fundamental de la sociedad porque es en ella que se dan los elementos fundamentales para el desarrollo de las mejores cualidades del ser humano y donde se traspasan nuestras costumbres, tradiciones y enseñanzas de generación en generación. En consecuencia, la familia, compuesta por individuos libres e iguales en dignidad y derechos ante la ley, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado independientemente de la causa que le haya dado origen; su naturaleza e importancia justifican su protección. (Sentencia 2129-1994)

Los artículos 53 y 54 de la Constitución Política de Costa Rica establecen la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, en cuanto a las obligaciones de los padres, y la no discriminación por razones de filiación.

Ambos principios son íntegramente aplicables ante la negativa que impone la ley a los hijos no vivos a la muerte de su progenitor para sucederle legítimamente y testamentariamente. En cuanto a la sucesión legítima, la norma superior en Costa Rica impone la prohibición de imponer tratos desiguales legalmente por razones de filiaciones, es decir, somos todos iguales ante la ley, bajo este presupuesto negarle capacidad de suceder a un hijo que si bien es cierto no existía a la muerte de padre, el causante de la sucesión, pero que luego fue concebido y nació, declarándose la paternidad, sería otorgarle un tratamiento legal diferente por su forma de ser concebido, supuesto de discriminación.

Pues tal y como lo afirma la jurisprudencia, en una sucesión legítima, como primer orden, sus llamados a suceder los hijos del causante, sin que la norma contenga alguna clasificación para los hijos, simplemente el artículo 572 del Código Civil llama a los hijos a suceder a su padre.

El presidente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Magistrado Orlando Aguirre, en la entrevista realizada, aseveró que en una sucesión legítima, una vez determinada la filiación, no existe parámetro o precepto legal que puedan impedir que un hijo ya nacido al momento de solicitar el derecho a suceder a su padre, pero que no se encontraba concebido a la muerte de su progenitor, pueda sucederle, ya que la ley de sucesiones en Costa Rica no hace diferencia entre los hijos, es decir, la forma en la que fueron concebidos, mientras exista una declaración de paternidad, con respecto al causante, ya esa persona es su hijo, y de la misma se despliegan todos los efectos propios de la filiación, entre ellos los derechos patrimoniales que incluyen el derecho a suceder.

Siendo que el artículo 572 de Código Civil de Costa Rica llama a los hijos sin hacer diferencias ni distinciones, si un hijo ostenta filiación legal respecto al causante de la sucesión, de igual manera debe ser llamado a suceder. Si ya existe, no se puede alegar que a la apertura de la sucesión no existía, puesto que el llamamiento propiamente dicho se realiza cuando inicia el proceso sucesorio, más el derecho a suceder nace a la muerte del causante, situación que no impide que este menor pueda suceder, a través de diversas medidas que pongan en administración la herencia

mientras se verifica al menos su concepción para no generar indefensión o inseguridad jurídica en el proceso mismo.

Claro está que el juzgador costarricense es el encargado de imponer plazos prudenciales para que este hecho se verifique y no ocasionar violación de derechos respecto de otros sucesores que sí cumplen el requisito de existencia a la apertura de la sucesión, durante ese periodo, el proceso sucesorio puede, siempre y cuando sea antes de la partición de los bienes hereditarios, situación que no presenta mayores inconvenientes, dado que otras legislaciones la realizan, como en España, según lo explicado anteriormente. Más todo con el fin de no ocasionar una situación de discriminación y trato desigual entre los hijos del causante, que aun sean concebidos después de su muerte, biológicamente no se puede discutir la calidad de hijo del causante, más aún si existe el consentimiento en su procreación.

En cuanto a la aplicación de principio de igualdad y no discriminación, como la obligación del estado de tutelar y proteger ambos, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en diversas resoluciones, reafirma estos principios estableciendo el siguiente criterio:

> […] encontramos primero la noción de que la diferenciación no está prohibida por nuestro ordenamiento, siempre que la base para practicarla sea objetiva y además razonable. Además, ha sostenido que es de ineludible aplicación, lo que la doctrina llama la regla jurídica de igualdad, definida como "trato igual para los iguales" que implica su contraparte de "trato desigual para los desiguales", sustentada esta última, en el hecho de que sería injusto tratar de forma distinta, a personas en iguales condiciones, pero también lo es, dar un trato similar a personas que se encuentren en categorías y situaciones diferentes. Partiendo del concepto ya enunciado, de que el derecho a la igualdad no es el derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado igual que quienes se encuentren en idéntica situación, debemos señalar que se trata no sólo de un principio, sino de un derecho subjetivo que puede ser invocado ante los Tribunales, demandando su preservación y restablecimiento. Ese derecho subjetivo de todos los

> ciudadanos tiene como contraparte la obligación constitucionalmente impuesta a los poderes públicos, de tratar de igual forma a los que se encuentren en iguales situaciones de hecho. (Sentencia 11344-2006)

De lo anterior se deduce la prohibición de establecer tratos discriminatorios a los hijos por razón de su filiación, aunque la legislación distinguen dos formas de declarar la filiación (matrimonial y extramatrimonial), esta situación no sustenta la desigualdad en el trato legal a los hijos, principalmente en el llamamiento a sucederle legítimamente, como lo explica la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

> En cuanto a hijos matrimoniales y extramatrimoniales no se trata de dejar de distinguir entre dos realidades diferentes, sino de no hacer calificaciones jurídicas distintas, atendiendo a esa diferente realidad (artículo 54 de la Constitución Política). Es decir, que a pesar de que no se justifica el establecimiento de derechos diferentes para ambos grupos de personas, el derecho no puede desconocer que existen hijos que nacen dentro de la relación matrimonial y otros que nacen fuera de ella (con posterioridad a la promulgación de la Ley No.7532 de 8 de agosto de 1995, se distingue la situación del hijo que nace fuera del matrimonio, pero dentro de la unión de hecho regulada en el Título VII del Código de Familia, de la situación del hijo extramatrimonial que no nace dentro de la unión de hecho), sino que ese solo hecho no es determinante para que se establezcan derechos diferentes para ambos grupos de personas. (Sentencia 1894-1999)

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, en una sucesión legítima es viable llamar como sucesor a un hijo del causante, es decir, ya declarada su filiación que no cumplió con el requisito de existir a la muerte del causante, bajo ciertos casos excepcionales como se manifestó reiteradamente, de lo contrario, se violentarían principios tan fundamentales como la igualdad de trato ante la ley y no discriminación por razones de filiación.

Como última reflexión, se podría decir que resultaría violatorio el principio de igualdad que se permita la fecundación heteróloga, es decir, permitir a una mujer la fecundación artificial con material reproductor de un tercero desconocido, del cual el menor nacido no tendrá filiación paterna, situación que permite el artículo 72 del Código de Familia de Costa Rica, y no otorgar filiación a un menor cuyo progenitor biológico es conocido, y tuvo un vínculo con su madre, resultaría contrario al principio de igualdad, como lo explica Ales (2012):

> Si el legislador permite y facilita la realización de inseminaciones artificiales con gametos de hombre desconocidos por la receptora para concebir hijos, parecería violatorio de principio de igualdad consagrar una situación filial diversa para los niños cuyo progenitor es efectivamente conocido y no ha optado por el anonimato en ningún momento. (p. 240)

BIBLIOGRAFÍA, ANEXOS Y APENDICE

Bibliografía

Bibliografía citada

Acedo, A. (2013). Derecho de Familia. Madrid, España: DYKINSON, S.L

Acedo, A. (2014). *Derecho de sucesiones*. Madrid, España: DYKINSON, S.L

Albaladejo, M. (1996). *Derecho civil I. Introducción y parte general. (14thed).* Barcelona, España: José María Bosch, Editor S.A.

Albesa, J., Moreno, R. & Rubio, J. (2012). *Apuntes de derecho de sucesiones*. Madrid, España. DYKINSON, S.L

Ales, M. (2012). *El derecho a la identidad en la filiación*. Sevilla, España: Tirant Lo Blanch.

Aliste, T. (2011). *La tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*. Barcelona: Atelier.

Alpízar, M. (2010). *Análisis del artículo 595 del Código Civil de Costa Rica, a la luz de la jurisprudencia costarricense: ¿Una verdadera limitación a la libertad de testar?* Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.

Benavides, D. (2011). *Código de Familia: concordado y comentado con jurisprudencia constitucional.* (4th ed.). San José, Costa Rica: Juritexto S.A.

Bernard, R. (2006). *Derecho romano: Curso de derecho romano privado*. Caracas, Venezuela. (2 ed). Universidad Católica Andrés Bello.

Borda, G. (2008). *Tratado de Derecho Civil*. (13th ed.). Buenos Aires, Argentina: La Ley S.A.

Brenes, A. (1998). *Tratado de las personas*. San José, Costa Rica. (5 ed). Juricentro, S.A.

Brenes, A. (2013). *Tratado de los bienes*. San José, Costa Rica. (7 ed). Juricentro, S.A.

Coello, H. (2002). *La sucesión por causa de muerte.* Cuenca Ecuador: Universidad de Cuenca.

Córdoba, J. & Sánchez, J. (2000). *Fecundación humana asistida: aspectos jurídicos emergentes*. Córdoba, Argentina.: Alveroni.

Díez, L. & Gullón, A. (2012). Sistemas del Derecho Civil. (11th ed.). Madrid, España: Grupo Anaya S.A.

Fernández, J. (2010). *Derecho de las Sucesiones*. Madrid, España: Reus, S.A.

Franck, M. & Laffeniere, J. (2012). *La fecundación post mortem*. Buenos Aires, Argentina.

Jiménez, F. (2012). *La Reproducción Asistida y su Régimen Jurídico*. Madrid, España: Editorial Reus.

Jouve, N. (2012). *El manantial de la vida: genes y bioética.* Madrid, España: Encuentro, S.A.

Junquera, R. & Torre, F. (2013). *La reproducción medicamente asistida*. Madrid, España: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Madriñán, M. (2008). *La representación sucesoria en el derecho común*. [Santiago de Compostela]: Universidad de Santiago de Compostela, Servizo de Publicaciones e Intercambio Científico.

Martínez, M. (2002). *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*. Madrid, España: DYKINSON S.L.

Mazzinghi. J. (2006). *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: La Ley S.A.E.

Moaide, V. (2011). *Reflexión crítica sobre la Fecundación post mortem, como técnica de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico colombiano y su incidencia en el ámbito filial y sucesorial*. Cartagena, Colombia.

Morillas, M. (2014). *El patrimonio sucesorio, reflexiones para un debate reformista (Las causas de indignidad y la acción procesal de indignidad e incapacidad)*. Madrid, España, Dykinson, S.L.

Ochoa, O. (2006). *Derecho civil I*. Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.

Páez, G. (2011). *Aspectos clínicos de la inseminación homóloga. ¿Es actualmente una técnica eficaz? Persona y Bioética*. Vol. 15, No.1, 2011, pp. 25-39. Bogotá: D - Universidad de La Sabana.

Parajeles, G. (2010). *Manual del proceso sucesorio*. San José, C.R.: Editorial Investigaciones Jurídicas.

Pérez, A. (2012). *Fertilización post mortem, un supuesto especial entre las técnicas de la reproducción humana asistida*. Buenos Aires, Argentina.

Rams, J. (2002). *Elementos de Derecho Civil: IV Famili*a. Madrid, España: DYKINSON, S.A.

Rams, J. (2009). *Elementos de Derecho Civil: V Sucesiones*. Madrid, España: DYKINSON, S.A.

Rojas, A.. & Navarro, F. (2013). *Derechos Reproductivos en el contexto de los derechos humanos: Fecundación in Vitro en Costa Rica*. Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Tesone, M. (2009). *Reproducción humana*. Buenos Aires, Argentina: Eudeba.

Vargas, F. (2010). *Manual de derecho sucesorio costarricense*. San José, C.R: Ed. Investigaciones Jurídicas.

Bibliografía electrónica

Arroyo, W. (2012). A*rtículo 595 del Código Civil de Costa Rica: ¿Limitación a la libertad de testar?* (1st ed.). San José: Universidad de Costa Rica. Recuperado el 11 de Febrero del 2016, de http://www.corteidh.or.cr.

Banda, A. (1998). *Dignidad de la persona y reproducción humana asistida*. Revista de Derecho Valdivia, (9). Universidad Austral de Chile. Recuperado el 21 de enero de 2016, de http: //www.mingaonline.uach.cl

Bergamini, M. (2013). *Filiación post mortem: Realidad socio jurídica en el marco del nuevo Código*. Buenos Aires, Argentina. Recuperado el 20 de diciembre del 2015, de http://jndcbahiablanca2015.com

Brena, I. (2011). *Algunas consideraciones en torno al Derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, (82), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 12 de enero del 2016, de http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado

Carrillo, A. (2012). C*apacidad para testar y suceder por testamento en Roma: la indignitas*. Derecho en Red. Recuperado el 1 de marzo del 2016, de http://www.derechoromano.es

Casas, D.; Díaz, L. & Mantilla, E (2012). *Análisis a partir del derecho comparado de la situación jurídica del estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en Colombia*. Colombia. Recuperado el 4 de enero del 2016, de http://www.corteidh.or.cr

Domínguez, M. (2009). *Breve referencia a la filiación post mortem*. Caracas, Venezuela. Recuperado el 26 de mayo de 2016, de www.ulpiano.org.

Escalante, G. (2016). *La fertilización in vitro en Costa Rica*. Medicina, Vida y Salud. Recuperado el 21 de enero del 2016, de http://www.hacienda.go.cr.

Escobar, I. (2007). *Derecho a la reproducción humana*. Scielo.

Ferrer, C. (2016). *Inseminación artificial* (IA). RA – Reproducción Asistida ORG. Recuperado el 26 de marzo del 2016, de http// www.reproduccionasistida.org/inseminacion-artificial-ia.

Garrido, L. (2015). *Inyección intracitoplásmica de espermatozoides*. Reproducción asistida. Recuperado el 25 marzo del 2016, de http://www.reproduccionasistida.org/

Gil de Medina, J. (2000). *La Reproducción Humana Asistida, incidencias en la filiación*. Recuperado el 26 de enero del 2016, de www.biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ3528.

Krasnow, A. (2014). *La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina*. Indret, Revista para el análisis del derecho, (01). Recuperado el 20 de diciembre del 2015, de www.indret.com

Morales, J. (2005). *El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida*. Revista de Derecho PUCP, (58). Recuperado el 26 de mayo del 2016, de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3101

Muñoz, Y. (2010). *La Fecundación post mortem*. Barcelona, España. Recuperado el 11 de enero del 2016, de https://yeneri.files.wordpress.com

Pérez, L. (2007). *Inseminación artificial y transferencia de embriones post mortem: Procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C, (20). Recuperado el 01 de marzo de 2016, de http://www.doctrina.vlex.com.mx

Reuters, T. (2012). *Fallo del día: régimen aplicable a los hijos póstumos por fecundación in vitro*. THOMSON REUTERS. Recuperado el 13 de setiembre del 2015, de http://thomsonreuterslatam.com/author/thomson-reuters/

Rodríguez, A. (2015). *La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico*. Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho, 20.

Recuperado el 3 de marzo del 2016, de http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/121.

Casos:

Caso Artavia, Murillo y otros ("Fertilización in vitro") versus Estado de Costa Rica. Sentencia del 26 de febrero de 2016, supervisión de cumplimiento de sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016). Recuperado el 19 de abril de 2016, de http://www.corteidh.or.cr

Sentencia número 1456 del 27 de mayo del 2006, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela.

Jurisprudencia de Costa Rica:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 589-1995

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 7518-2001

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 011565-2010

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 1894-1999

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2129-1994

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2306-2000

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 4575-2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 3481-2003

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 11222-2003

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 5-F-2003

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 00182-1991

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 0261-1993

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 0228-1995

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 037-1993

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 00731-2000

Tribunal Agrario, del segundo Circuito Judicial de San José, sentencia 01466-2011.

Tribunal de Familia, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 0675-2015.

Tribunal Primero Civil, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 01100-2012

Tribunal Primero Civil, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 00484-2012

Tribunal Primero Civil, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 1034-1992

Tribunal Primero Civil, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 1547-2000

Tribunal Primero Civil, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 1932-1998

Tribunal Primero Civil, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 470-M-1995

Tribunal Primero Civil, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 693- 1992

Tribunal Primero Civil, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 1665-1992

Tribunal Primero Civil, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 00415-2011

Tribunal Primero Civil, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 0792-2010

Tribunal Segundo Civil, sección I, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 00252-2011

Tribunal Segundo Civil, sección I, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 00020-2010

Normativa:

Constitución Política de Costa Rica

Código Civil de Costa Rica

Código de Familia de Costa Rica

Código de Comercio de Costa Rica

Glosario y Abreviaturas

Glosario

- **Abintestato:** expresión que viene del latín ab instestato, significa sin testamento, que se refiere al procedimiento judicial sobre la herencia y la adjudicación de los bienes del que muere sin testar o con un testamento nulo, pasando entonces la herencia, por ministerio de la ley, a los parientes más próximos.
- **Cigoto:** Célula que resulta de la unión de las células sexuales masculina y femenina y a partir de la cual se desarrolla el embrión de un ser vivo.
- **Colegatario:** persona a la que se le ha legado alguna cosa conjuntamente con otra u otras.
- **Conmoriencia:** término que indica que dos personas murieron al mismo tiempo o en un mismo acto**.**
- **Concepturus:** ser aun no concebido.
- **Cujus:** expresión latina que equivale al que causa una sucesión, es decir, el causante.
- **Embrión:** es la unión de la célula reproductora femenina (óvulo) y el material reproductor masculino (espermatozoides, semen o esperma), que constituye la etapa primera de un ser vivo en desarrollo.
- **Endometriosis:** enfermedad en las mujeres durante su ciclo reproductivo, en la cual el endometrio se sitúa fuera del útero.
- **Gameto:** célula reproductora masculina o femenina de un ser vivo.
- **Hijos superpóstumos:** proviene del latín postumus, significa "el hijo que es concebido después de la muerte de su padre.
- **Intratubárica:** hace referencia a que el proceso de fecundación se da en la trompa, mediante la colocación artificial de los óvulos y espermatozoides en la trompa de Falopio.

- **In Vitro:** expresión latina que significa dentro del vidrio, se refiere a una técnica para realizar un experimento en un tubo de ensayo, o generalmente en un ambiente controlado fuera de un organismo vivo.
- **Mortis causa:** expresión latina que significa por causa de la muerte o a causa de la muerte.
- **Nasciturus:** significa ser concebido en el vientre materno.
- **Premoriencia:** ficción jurídica, que establece criterios sobre quien ha muerto antes.
- **Postmoriencia:** expresión que establece que una persona muere después de otra.
- **post mortem:** expresión latina que significa después de la muerte
- **Relicto:** expresión que viene del latín relictus y significa del caudal o de los bienes que dejo alguno o quedaron de él a su fallecimiento.
- **Testamentifactio:** expresión latina, referida a la capacidad para otorgar testamento.

Abreviaturas

FIV: Fertilización in vitro

FIVTE: Fertilización in vitro con transferencia de embriones

IA: Inseminación artificial

IAC: Inseminación artificial homóloga o conyugal

IAD: Inseminación Artificial de Donante o Heteróloga

ICSI o IICE: Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides

TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

XIX: Siglo diecinueve

HFEA: Human Fertilization and Embriology Act (Ley del Reino Unido que regula las técnicas de reproducción humana asistida).

ANEXOS

Anexo 1

Universidad Latina – Campus Heredia.

Entrevista dirigida al Lic. Boris Molina Acevedo. Abogado. Realizada el 30 de mayo del 2016, en la Universidad Latina de Costa Rica, Campus Heredia.

Mi nombre es Karol Murillo Arroyo, soy estudiante de la Licenciatura en Derecho, y estoy realizando una entrevista a su persona con el fin de conocer su posición acerca de la fecundación artificial post mortem y su relación con el derecho sucesorio. Por lo que le solicito respetuosamente me conceda la siguiente entrevista, la cual será utilizada con fines estrictamente académicos.

1. Qué piensa usted de la posibilidad de realizar de las técnicas de reproducción humana artificial después de la muerte de uno de sus progenitores, específicamente del varón que se somete con su pareja a dichos procedimientos.
2. Según la doctrina la realización de las prácticas de reproducción humana asistida después de la muerte de uno de los progenitores, específicamente del varón, se conoce como fecundación artificial post mortem. Según su criterio, debería incluirse en la regulación de Costa Rica al respecto (ley de fertilización in vitro) permitiéndola o prohibiéndola, y por qué.
3. De acuerdo con sus conocimientos jurídicos, a partir de qué momento un ser en el derecho costarricense puede ostentar tutela jurídica a sus derechos.
4. Considera usted que una persona que aún no ha sido concebida debería contar en la legislación con tutela para sus futuros derechos y por qué.
5. Según su opinión, las personas concebidas por fecundación artificial post mortem deberían ostentar derechos filiatorios y sucesorios con respecto a su padre fallecido antes de su fecundación.

6. Para usted, cómo se podrían conciliar la actual incapacidad de suceder que impone la legislación civil de Costa Rica a las personas físicas que no existen al momento de la muerte del causante.
7. Con respecto a sus opiniones jurídicas, cuáles parámetros se deben establecer a nivel regulatorio para la práctica de la fecundación artificial post mortem en Costa Rica.
8. Qué solución legal propondría usted si en este momento se le presentara un caso de fecundación artificial post mortem, y la madre del menor solicita derechos filiatorios y sucesorios para su hijo, fecundado luego de la muerte de la muerte del padre del mismo.
9. Según su opinión, la fecundación artificial post mortem violenta derechos del niño o de la madre.
10. En el caso de que se declare un heredero que no cumplió con el requisito de existencia a la muerte del causante, qué estrategia propondría usted para no generar un estado de inseguridad e incertidumbre jurídica.
11. El nacimiento de un hijo súper póstumo, es decir que no existía al momento de la muerte de su padre, el causante de la sucesión, según su criterio jurídico esta podría ser una razón concreta y atendible para solicitar la reapertura del proceso sucesorio. (artículo 948 CC)
12. Usted considera que Costa Rica está preparada a nivel social, cultural y jurídico para afrontar la fecundación artificial post mortem.

Anexo 2

Universidad Latina de Costa Rica

Entrevista dirigida al Doctor Alejandro Leal Esquivel. Especialista en Biología y genética humana, el 7 de junio del 2016 en la Escuela de Biología de la Universidad de Costa Rica.

Mi nombre es Karol Murillo Arroyo, soy estudiante de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Latina, Campus Heredia, y estoy realizando la tesis para obtener la Licenciatura en dicha carrera. Por lo cual le solicito, respetuosamente, me conceda una entrevista con el fin de conocer su opinión y criterios genéticos y biológicos respecto de las técnicas de fecundación humana artificial, específicamente de la fecundación artificial post mortem. La cual será utilizada con fines estrictamente académicos.

1. ¿Qué significa biológicamente el término existencia?

2. Biológicamente, los términos fecundación y concepción ¿poseen una misma significación?

3. De acuerdo con sus conocimientos, ¿Cuándo se puede decir que existe vida humana en el proceso de reproducción humana?

4. ¿Cuál es la diferencia entre un cigoto y un embrión?

5. Genéticamente, ¿Cómo se establecen los vínculos sanguíneos entre los padres y los hijos, únicamente se toman en consideración aspectos objetivos o también aspectos subjetivos?

6. A pesar que el progenitor de un ser vivo muera aunque este último no se encuentre concebido al momento de su muerte, ¿es posible establecer vínculos genéticos entre ambos?

7. En el caso de la maternidad subrogada, ¿cuál mujer posee relación genética con el menor, la madre subrogada o la subrogante?

8. ¿Qué trascendencia biológica y genética tiene la infertilidad de una persona?

9. En las técnicas de reproducción humana artificial, ¿en qué etapa del proceso se puede decir que se está en presencia de vida humana?

10. ¿Un embrión formado extracorpóreamente (fertilización in vitro), puede ser considerado como un ser humano aunque no se haya implantado en el vientre materno?

11. ¿Considera usted que la fecundación artificial post mortem debe ser permitida en Costa Rica?

12. Según su criterio, bajo cuáles circunstancias debe admitirse.

Anexo 3

Universidad Latina – Campus Heredia.

Entrevista dirigida al Lic. Ricardo Barrantes, Juez civil en el Primer Circuito Judicial en San José, Costa Rica. El día 14 de junio del 2016, en el Juzgado Primero especializado de Cobro, en el Primer Circuito judicial de San José.

Mi nombre es Karol Murillo Arroyo, soy estudiante de la Licenciatura en Derecho, estoy realizando la tesis para obtener dicho grado académico, y deseo realizar una entrevista a su persona con el fin de conocer su posición y criterio, acerca de la posible capacidad de suceder que tendrían los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem. Por lo que le solicito, respetuosamente, me conceda la siguiente entrevista, la cual será de uso confidencial y con fines estrictamente académicos.

1. ¿A partir de qué momento una ser debe obtener tutela jurídica a sus futuros derechos?

2. La tutela legal que el ordenamiento jurídico brinda en el artículo 31 del Código Civil, a los seres concebidos, ¿podría extenderse a personas que aín no están concebidas pero pueden llegar a estarlo (concepturus)?

3. El requisito de existir al momento de la muerte del causante, ¿considera usted que es absoluto, o cabría la posibilidad de aceptar casos que no cumplen con dicho parámetro?

4. ¿Un ser que ni tan siquiera está concebido al momento de la muerte del causante, quien es a la vez su padre biológico, puede ser declarado como heredero o legatario de la sucesión (testamentaria o legitima) de su padre, el causante?

5. Considera usted que una persona a la que se le otorgan derechos filiatorios aunque fue concebido luego de la muerte su padre, ¿puede negársele vocación hereditaria respecto de la sucesión de su progenitor muerto?

6. ¿Es legal que un testador establezca disposiciones testamentarias a favor de persona incierta pero que puede llegar a ser cierta y determinada?

7. ¿Puede supeditarse la calidad de heredero o legatario al cumplimiento de condiciones suspensivas o los términos iniciales en un testamento?

8. ¿Es válido otorgar testamento, introduciendo una sustitución, en la cual el fideicomisario sea una persona que ni tan siquiera está concebida, pero puede llegar a estarlo?

9. ¿En el proceso civil, la forma debe anteponerse sobre el fondo?

10. ¿Usted declararía como sucesor legítimo o testamentario, que no cumplió con el requisito de existir al momento de la muerte del causante?

11. El nacimiento de un hijo súper póstumo, es decir, que no existía al momento de la muerte de su padre, el causante de la sucesión, según su criterio jurídico podría ser una razón concreta y atendible para solicitar la reapertura del proceso sucesorio. (Artículo 948 CC)

12. En el caso de aprobarse la fecundación artificial post mortem o que se presente un caso real en Costa Rica, considera usted, que una medida legal a nivel del proceso sucesorio para tomar en cuenta a estas posibles personas como sucesores, puede ser suspender la declaratoria de herederos por un tiempo prudencial, para que la mujer pueda continuar con el proceso de fecundación artificial, y demuestre su embarazo o nacimiento del niño.

13. Considera usted, ¿qué no permitir la fecundación artificial post mortem sería una solución adecuada para evitar las diversas situaciones que generan dilemas principalmente a nivel jurídico?

14. En el caso de que sea permitida, ¿negar la vocación hereditaria a estas personas sería violentarles derechos fundamentales?

15. De acuerdo a sus conocimientos del proceso civil, ¿qué solución legal propondría usted si en este momento se le presentara un caso de fecundación artificial post mortem, y la madre del menor solicita derechos filiatorios y sucesorios para su hijo, fecundado luego de la muerte de la muerte del padre del mismo?

16. Según su opinión, ¿la fecundación artificial post mortem debería permitirse en Costa Rica?

17. De acuerdo con su opinión, nuestro sistema judicial sucesorio está preparado para enfrentar cambios y reformas tal radicales.

Anexo 4

Universidad Latina – Campus Heredia.

Entrevista dirigida al Lic. Orlando Aguirre Gómez, Magistrado Presidente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, realizada el día 1 de julio del 2016, en la Sala Segunda, en el Primer Circuito Judicial de San José.

Mi nombre es Karol Murillo Arroyo, soy estudiante de la Licenciatura en Derecho, estoy realizando la tesis para obtener dicho grado académico, y deseo realizar una entrevista a su persona con el fin de conocer su posición y criterio respecto a algunos temas relacionados con la capacidad de suceder a título mortis causa que tendrían los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem. Por lo que le solicito, respetuosamente, me conceda la siguiente entrevista, la cual será utilizada con fines estrictamente académicos.

1. ¿A partir de qué momento un ser humano debe obtener tutela jurídica a sus futuros derechos?

2. El “concepturus” es aquel que aún no está concebido pero que puede llegar a estarlo. ¿La tutela legal que el ordenamiento jurídico brinda en el artículo 31 del Código Civil a los seres concebidos, podría extenderse al “concepturus”?

3. El requisito de existir al momento de la muerte del causante, ¿considera usted que es absoluto, o cabría la posibilidad de aceptar casos que no cumplen con dicho parámetro? ¿Cuáles casos serían?

4. El heredero premuerto no cumple con el requisito mencionado de encontrarse vivo a la muerte del causante. Sin embargo su cuota hereditaria podría ser recogida por determinados parientes suyos en virtud de la figura de la representación hereditaria. Según la doctrina, se exige doble vocación hereditaria para suceder por representación: que el representado haya tenido “vocación hereditaria”, lo mismo que el representante.

¿Está de acuerdo con esa doctrina, o cómo interpreta usted ese tema de la vocación hereditaria en relación con el heredero premuerto?

5. ¿Por qué se le otorga vocación hereditaria respecto de una sucesión al premuerto y se le niega la misma a una persona que vive pero que no estaba concebida a la muerte del causante, siendo este su padre?

6. ¿Un ser que ni tan siquiera está concebido al momento de la muerte del causante, quien es a la vez su padre biológico, podría ser, según el estado actual de nuestra legislación, declarado como heredero o legatario de la sucesión (testamentaria o legitima)? ¿En caso afirmativo, cuál sería el fundamento positivo (normas legales) que ampararía esa respuesta?

7. Considera usted que a una persona a la que se le otorgan derechos filiatorios aunque fue concebido luego de la muerte de su padre, ¿puede negársele vocación hereditaria respecto de la sucesión de su progenitor muerto?

8. ¿Sería válida una disposición testamentaria en que un testador establezca disposiciones testamentarias a favor de persona incierta pero que puede llegar a ser cierta y determinada, después de la muerte del testador?

9. ¿Puede supeditarse la calidad de heredero o legatario al cumplimiento de condiciones suspensivas o los términos iniciales en un testamento?

10. ¿Es válido otorgar testamento, bajo fideicomiso, en la cual el fideicomisario sea una persona que ni tan siquiera está concebida, pero puede llegar a estarlo? ¿En caso afirmativo, cuál sería el fundamento legal de la respuesta?

11. ¿En el proceso civil, considera usted que la forma debe anteponerse sobre el fondo?

12. En un caso dado, ¿podría declararse como sucesora legitima o testamentaria, a una persona que no cumplió con el requisito de existir al momento de la muerte del causante?

13. El nacimiento de un hijo súper póstumo, es decir que no existía al momento de la muerte de su padre, el causante de la sucesión, según su criterio jurídico ¿podría ser una razón concreta y atendible para solicitar la reapertura del proceso sucesorio, a efecto de incluirlo como heredero del causante y otorgarle todos los derechos inherentes a esa condición? (Artículo 948 C.P.C)

14. En el caso de aprobarse la fecundación artificial post mortem o que se presente un caso real en Costa Rica, considera usted, que una medida legal a nivel del proceso sucesorio para tomar en cuenta a estas posibles personas como sucesores, puede ser suspender la partición del caudal hereditario por un tiempo prudencial, para que la mujer pueda continuar con el proceso de fecundación artificial, y demuestre su embarazo o nacimiento del niño.

15. Considera usted, ¿qué no permitir la fecundación artificial post mortem sería una solución adecuada para evitar las diversas situaciones que generan dilemas principalmente a nivel jurídico?

16. En el caso de que sea permitida, ¿negar la vocación hereditaria a estas personas seria violentarles derechos fundamentales?

17. De acuerdo a sus conocimientos del proceso civil, ¿qué solución legal propondría usted si en este momento se le presentara un caso de fecundación artificial post mortem, y la madre del menor solicita derechos filiatorios y sucesorios para su hijo, fecundado luego de la muerte de la muerte del?

19. Según su opinión, ¿la fecundación artificial post mortem debería permitirse en Costa Rica?

18. Permitir la fecundación artificial post mortem, pero bajo el cumplimiento de ciertos requisitos como la existencia de un consentimiento y plazos para que la viuda pueda continuar con las TRHA, ¿puede ser una medida que ayude a no crear situaciones de inseguridad jurídica con respecto a otros sucesores que si cumplieron con el requisito de existencia, y en el proceso sucesorio?

20. De acuerdo a su opinión, nuestro sistema sucesorio está preparado para enfrentar cambios y reformas tan radicales.

Anexo 5

Universidad Latina de Costa Rica

Entrevista dirigida a Médico ginecólogo, especialista en infertilidad y Director del Instituto Costarricense de infertilidad, Dr. Gerardo Escalante López, realizada el día 4 de julio del 2016, en Centro Médico la California, San José.

Mi nombre es Karol Murillo Arroyo, soy estudiante de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Latina, Campus Heredia, y estoy realizando la tesis para obtener la Licenciatura en dicha carrera. Por lo cual le solicito, respetuosamente, me conceda una entrevista con el fin su opinión y criterio médico acerca de las técnicas de fecundación humana artificial, específicamente de la fecundación artificial post mortem. La cual será utilizada con fines estrictamente académicos.

1. ¿Por qué razones médicas se llevan a cabo las técnicas de reproducción humana artificial?
2. ¿Cuáles son las causas que se asocian a la infertilidad, tanto en el hombre como en la mujer?
3. ¿Cómo se lleva a cabo la inseminación artificial y la fertilización in vitro?
4. ¿Cuál es la principal diferencia entre la inseminación artificial y la fecundación in vitro?
5. ¿Cuáles son las etapas preparatorias a la realización propiamente dicha de la fecundación asistida, sea a través de inseminación o fertilización in vitro?
6. ¿Cuánto tiempo dura el procedimiento tanto, en la fertilización in vitro como en la inseminación artificial?
7. Medicamente hablando ¿cuándo se considera que existe vida en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida?
8. Actualmente en Costa Rica, ¿cuáles técnicas reproducción humana artificial se practican?

9. ¿Existe alguna normativa interna o externa médica que sea la encargada de regular los métodos de reproducción humana asistida en Costa Rica?
10. ¿En qué consiste la fecundación artificial post mortem, y a través de cuáles técnicas de reproducción humana asistida pueden realizarse?
11. ¿Bajo cuales condiciones debe ser realizada una fecundación humana asistida para que pueda ser considerada como post mortem?
12. El caso de que exista un embrión crioconservado antes de la muerte del progenitor (hombre) y que este sea implantado después de la muerte de este, ¿puede ser considerado como fecundación artificial post mortem?
13. ¿Qué requisitos se le exigen a la persona que solicita la fecundación artificial post mortem, para que el médico se la practique?
14. ¿Es viable que una mujer pueda fecundar su óvulo con el semen de un hombre ya fallecido, cuando dicho material reproductor no ha sido extraído de su cuerpo antes de la muerte del mismo, sino que se encuentra en su cadáver?
15. ¿Cuánto tiempo puede durar el semen del hombre en su cuerpo ya fallecido, para que esté se pueda extraer y posea la capacidad de fecundar el óvulo de la mujer?
16. ¿La realización de la fecundación artificial post mortem implica algún riesgo de salud para el niño o la madre?
17. Durante la aplicación de la fecundación artificial post mortem, ¿en qué etapa de esta se considera que ya existe vida?
18. ¿Cuál es la diferencia entre concepción y fecundación, o poseen un mismo significado?
19. Considera usted ¿qué se debe permitir la fecundación artificial post mortem en Costa Rica?
20. Según sus criterios médicos, nuestro sistema de salud ya sea este público o privado está capacitado para afrontar la fecundación artificial post mortem.

APENDICE

Heredia, 16 de abril del 2016

Señor
Jorge Eduardo León
Director
Licenciatura en Derecho

Estimado señor:

He revisado y corregido el Anteproyecto, denominado: **"Análisis Jurídico de la capacidad de suceder en una sucesión mortis causa, de los hijos concebidos por fecundación artificial Postmortem"**, elaborado por la estudiante Karol Murillo Arroyo, como requisito para matricular la tesis.

Considero que dicho trabajo cumple con el formato y la metodología exigida por la Universidad.

Suscribe cordialmente,

1901568.

Lic. Hazel Garita Ramírez, MBH
Profesora Metodóloga

San José, 21 de abril del 2016

Señor
Lic. Jorge Eduardo León Vargas
M.B.A.
Director País
Escuela de Derecho
Facultad de Ciencias Sociales
Universidad Latina de Costa Rica
Campus de Heredia

Estimado señor:

He revisado y corregido el Anteproyecto denominado: **"Análisis jurídico de la capacidad de suceder en una sucesión mortis causa, de los hijos concebidos por fecundación artificial postmortem",** elaborado por Karol Jeannette Murillo Arroyo, estudiante de la carrera de Derecho en la modalidad de Licenciatura, en la Universidad Latina de Costa Rica, Campus de Heredia, como requisito para matricular la tesis.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos exigidos por la Universidad para los efectos indicados, por lo que en mi carácter de tutor de la tesis le doy mi aprobación al mencionado Anteproyecto.

Me suscribo cordialmente,

Lic. Juan Ramón Coronado Huertas
Tutor

Cc/ arch. pers.

Heredia, 10 de agosto del 2016

Señores

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

Estimados señores:

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación denominado **La capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa de los hijos concebidos por fecundación artificial post mortem en Costa Rica**, elaborado por la estudiante Karol Jeannette Murillo Arroyo, para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho de la Universidad Latina de Costa Rica, Campus Heredia.

Corregí el trabajo en aspectos tales como construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico, y desde ese punto de vista considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación, por cuanto cumple con los requisitos establecidos por la Universidad.

Se suscribe de ustedes, cordialmente,

M.Sc. Carolina Berrocal Saborío
Filóloga Española
Carné del Colypro No.25046, Acfil 057
berrocal.caro@gmail.com / 8861-5768

Heredia, 14 de setiembre de 2016.

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: "La capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa, de los hijos concebidos por fecundación artificial postmortem en Costa Rica", elaborado por la estudiante Karol Jeannette Murillo Arroyo, como requisito para que la citada estudiante puedan optar por el grado de Licenciatura en la carrera de Derecho.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su defensa oral ante el Consejo Asesor.

Suscribe cordialmente,

Lic. William Villalobos Herrera.

Heredia, 14 de setiembre de 2016.

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: "La capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa, de los hijos concebidos por fecundación artificial postmortem en Costa Rica", elaborado por la estudiante Karol Jeannette Murillo Arroyo, como requisito para que la citada estudiante puedan optar por el grado de Licenciatura en la carrera de Derecho.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su defensa oral ante el Consejo Asesor.

Suscribe cordialmente,

Lic. Juan Ramón Coronado Huertas.

Tutor

Heredia, 14 de setiembre de 2016.

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: "La capacidad legal de suceder en una sucesión mortis causa, de los hijos concebidos por fecundación artificial postmortem en Costa Rica", elaborado por la estudiante Karol Jeannette Murillo Arroyo, como requisito para que la citada estudiante puedan optar por el grado de Licenciatura en la carrera de Derecho.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su defensa oral ante el Consejo Asesor.

Suscribe cordialmente,

Lic. Juan Ramón Coronado Huertas.

Tutor