

## **CUM RODAS**

**TITULO: Implicaciones Sucesorias de la Inseminación Artificial Post Mortem.**

Autores: Lic. María Antonia Jiménez Jiménez. Email: [director@rod.cfg.onat.gov.cu](mailto:director@rod.cfg.onat.gov.cu)

Lic. Mariela Pérez López.

### **RESUMEN**

El presente trabajo permite demostrar que no existe amparo legal en el Derecho Positivo Cubano para la institución del concepturus, nueva figura que surge a la par del desarrollo científico técnico, precisamente con la utilización de las técnicas de reproducción asistida, brindando especial interés en el desarrollo en Cuba de la inseminación artificial, su posibilidad de realización postmortem y su repercusión en cuanto a derecho de sucesiones se trata. La nueva figura cobra vigencia en el Derecho Comparado, por lo que se propone la inserción en el Código Civil vigente de la referida figura con el fin de proteger los derechos del que a los efectos legales no se ha concebido pero si ha sido crioconservado o como se le denomina científicamente "EL EMBRIÓN SEMBRADO".

## **Introducción**

El libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de las personas, su dignidad y demás derechos y valores, merecen especial protección, cualquiera que sea la relación humana que se presente, por lo que en la Inseminación Artificial, como método que ayuda a las parejas a tener un hijo cuando los intentos naturales han fracasado, se hace necesario mantener este principio de respeto a la persona y en consonancia la libertad como conocimiento de sus necesidades, cuya concepción parte de la consideración que, - el paciente - como individuo, tiene derecho a conservar su independencia, pues es un presupuesto de la dignidad del ser humano y por lo tanto, en el ejercicio de esta, debe ser respetada su libertad de elegir ya que constituye un derecho humano primario y fundamental.

Una vez que poseemos y utilizamos todas las bondades científicas a nuestro alcance se crean una serie de expectativas, en tanto a la regulación o no regulación legal de sus usos, teniendo en cuenta que lo más valioso está dado no por el avance tecnológico y de la ingeniería genética, que significa la aplicación de ellas, sino el determinar el alcance de los derechos y libertades previstos por las leyes.

Se plantea como objetivo general, analizar el desarrollo de la Inseminación Artificial en nuestro país, su regulación jurídica e implicaciones sucesorias post mortem, así como demostrar con el Derecho Comparado la protección legal a los frutos de la Inseminación Artificial en el mundo.

Para lo cual se utilizan métodos teóricos de análisis y síntesis y otros del orden empírico como la revisión de documentos que permitieron valorar el estado actual de la problemática.

## **Desarrollo**

Los especialistas en la temática, acostumbran a clasificar estas técnicas de acuerdo a su grado de complejidad, así, la fecundación asistida de baja complejidad corresponde a la inseminación artificial y consiste “ en la introducción del gameto masculino mediante un cateter en el aparato genital femenino, se produce la fecundación y el cigoto se forma en el ambiente natural, expresado en otras palabras, es la colocación directa de los espermatozoides dentro del útero después de procesar en el laboratorio el semen eyaculado. Este método es

recomendado en casos de mala calidad espermática, leve o de esterilidad de origen desconocido.

La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga, en dependencia si se llevan a efecto con semen de la pareja (homóloga) o con semen de un donante (heteróloga). La más aceptada es la homóloga, debido a que son menos las implicaciones del tipo legal que pudiera tener, y para la validación de esta, igual que para el resto, se necesita la obtención del consentimiento por ambos miembros de la pareja. En el supuesto de que la mujer se sometiera a la utilización de la técnica sin haberlo consentido el varón, es incuestionable que la inseminación se ha realizado por decisión exclusiva de la mujer, por su cuenta y riesgo, por lo que el niño al nacer no ha de ser atribuido al marido y se equipara con la fecundación heteróloga, amén de que el compañero muestre su conformidad, solo entonces, surtirá para él los efectos legales de la paternidad.

La fecundación homóloga en la inseminación artificial, no presenta inconvenientes, desde el punto de vista legal, en relación a la determinación de la filiación del hijo por nacer, pues la paternidad es atribuida al marido, siendo innegable que se trata de un hijo legítimo, pues las técnicas fueron utilizadas por personas capaces, que además, prestaron su consentimiento debidamente, siendo coincidente en una misma persona la paternidad biológica y la legal. Quedando entonces por resolver el momento primero de protección legal para ese futuro bebé, que antes de su concepción según lo médico legal reconocido hasta el momento, ya existe.

### 1.1 Desarrollo de la Inseminación Artificial en nuestro país

En Cuba comenzaron los ensayos en humanos por primera vez en 1974. Entre los médicos pioneros en la aplicación de este proceder, se cita a Estalina Santiesteban, Miriam Pérez Plaza y Bartolomé Arce. En la actualidad sólo se realiza la ya citada inseminación homóloga, es decir con espermatozoides del esposo. Siempre se procede después de un adecuado análisis que descarte la presencia de enfermedades, dependiendo de la selección de la pareja para su indicación y de la técnica utilizada.

Uno de los riesgos latentes puede ser, que el vínculo matrimonial de la familia que ha decidido por su expresa voluntad someterse a las técnicas de reproducción asistida se extinga por muerte de uno de sus miembros. Si el que muere es el

padre, la disolución del vínculo matrimonial y la correspondiente sucesión hereditaria, en la etapa previa a la implantación del embrión en el útero materno da lugar a nuevas situaciones:

- ◆ ¿Se debe seguir el proceso de fertilización iniciado en vida del padre?
- ◆ ¿Puede la madre negarse o rechazar la implantación si el padre está muerto?
- ◆ ¿Puede destruirse el preembrión creado?

Cuando la muerte del padre se produce en el período inmediato anterior a la implantación del embrión y habiendo expresado previamente que así fuera, el concebido se presumirá hijo del fallecido, pues nacerá antes de los 300 días, según lo que establece el artículo 74.2 del Código de la familia.

En dicho Código (todavía Cuba no había alcanzado el nivel de desarrollo científico requerido) no se contempla la posibilidad de que por razones técnicas o por deseo expreso de la pareja, la transferencia del preembrión sea demorada o pospuesta y en ese caso el nacimiento se produzca después de los 300 días de fallecido el padre. Tampoco contempla la variante de que la muerte ocurra sin que previamente se haya acordado el destino del embrión.

Se considera que una forma de prever, o al menos disminuir, las posibles consecuencias, sería que en el momento en que la pareja decide someterse a este tipo de tratamiento, deje decidido expresamente la conducta a seguir respecto al embrión en caso de disolución del vínculo por muerte del padre, con responsabilizar al cónyuge sobreviviente con la toma de decisiones.

Sería muy difícil para el derecho, determinar los límites racionales en cuanto al consentimiento que da la pareja sobre el uso y destino del preembrión. Sobre todo, esto debe ser analizado casuísticamente por una comisión interdisciplinaria integrada por médicos, juristas, psicólogos, sociólogos y otros, por la trascendencia de la decisión a adoptar.

No se puede pasar por alto, que la muerte del padre implica también una sucesión que incluye a todas las personas que pueden ser llamados a la herencia, que esto traería consigo la posible influencia sobre la decisión de la madre de los coherederos, haciendo que esta se deshaga de la idea de concebir ese embarazo, lo cual atentaría contra el fin perseguido por ese desarrollo científico y

la solicitud que con anterioridad ambos cónyuges realizaron y que puede ser tomado como voluntad del causante que no se puede variar por terceros. Además, si reflexionamos al respecto, puede decirse que no está concebido en un 100% pero si hay un 50% ya concebido y que existe vida en ese ser a nivel de laboratorio, por lo que se necesita protección ante los posibles ataques inescrupulosos y que se tenga en cuenta que se puede homologar ya con el llamado "concebido".

## 1.2 Inseminación Artificial Post Mortem

Para la inseminación artificial post mortem no debemos dejar de mencionar que para su aplicación es necesaria La Crioconservación de óvulos, esperma y embriones, que constituyen técnicas coadyuvantes de la inseminación artificial y como su nombre lo indica, consiste en preservar material reproductivo para la futura fecundación, tanto para las parejas que utilicen su propios embriones o para el caso en que no los utilicen y los donen, y siempre por el término que se establezca en la ley, por lo que implica una serie de decisiones tanto para la pareja casada o no, como para los donantes.

Es importante señalar que en el caso de lo preembriones la decisión y por tanto, el consentimiento informado, será otorgado por ambos miembros de la pareja con anterioridad a la generación de los mismos, no será admitido cualquier modificación o revocación para el uso de los preembriones ya obtenidos, por un solo miembro de la pareja, ni aún en el supuesto de que se encuentren ya separados legalmente.

Para la inseminación artificial post mortem el marido debe prestar su consentimiento de forma específica, para que su material reproductor pueda ser utilizado después de su fallecimiento y concretar con el una fecundación asistida post mortem y lograr descendencia con su mujer; pero para mantener la efectividad y utilización de su material genético después de la muerte, deberá hacerlo a través de escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, donde se especifique que podrá accederse a la utilización del material del marido aún después de su muerte, es obvio que en estos supuestos solo podemos hablar de fecundación homóloga, pues en la heteróloga se rompe todo vínculo con el donante.

Ciertamente, cuando hablamos de la inseminación artificial post mortem, no podemos pasar por alto sus implicaciones sucesorias, donde la capacidad para suceder es un fenómeno que está presente en ella en su momento de determinación, presupuesto de la aceptación de la herencia por el llamado a ella es que tenga aptitud para suceder, que no implica la capacidad para realizar actos jurídicos.

Un menor o un incapaz declarado judicialmente no pueden comparecer por sí mismos al acto de aceptación y adjudicación de la herencia, pero sí por conducto de su representante legal. La capacidad para suceder es algo más, es la aptitud que tiene un sujeto de poder acceder a la sucesión. Aquí conviene aclarar ciertos casos que han devenido paradigmas del tema no sin antes esclarecer que aunque se ha tratado en ocasión de la capacidad para suceder, propiamente dichos son supuestos que tienen que ver más con la propia existencia del llamado como requisito para suceder que con la capacidad, dando lo antes explicado a la figura del concepturus .

### 1.3 La figura del Concepturus en el Derecho Comparado.

En los últimos años ha ganado fuerza la protección al concepturus, o ser hipotéticamente existente, como realidad futura, como “representación mental de posibilidad futura”. Sin embargo, el desarrollo vertiginoso de aplicación de las técnicas de inseminación artificial en su variante post mortem, si bien poco admitida en el Derecho Comparado, ha hecho pensar a los juristas de forma diferente a como tradicionalmente se hacía, en desmedro de posible concurrencia del concepturus a la sucesión, aunque hoy día las voces a favor o en contra de la aplicación post mortem de las técnicas, son objeto de las más disímiles discordias doctrinales.

La doctrina científica tradicional española ha visto rejuegos de concurrencia del concepturus a la sucesión sólo en casos de que ésta sea deferida por testamento. En efecto, tras las Sentencias del Tribunal Supremo español de 25 de abril de 1963, 3 de abril de 1965 y 4 de febrero de 1970, el Alto Foro dio luz verde a la posibilidad de instituir en testamento a un sujeto que ni siquiera está concebido al momento del fallecimiento del causante, considerando que la institución queda sometida a la condición suspensiva de que llegue a existir, en tanto que, mientras

este acontecimiento sobrevenga, la herencia queda sujeta a administración de otra persona. Albaladejo, de quien se toman las referencias a las sentencias citadas, expresa que el sentir de parte de la doctrina y de la jurisprudencia es la admisibilidad de que el concepturus pueda acudir a la herencia, lo cual hoy día ya ha sido positivizado por el Código de Sucesiones de Cataluña, aún cuando el fundamento de admisión de una capacidad general para suceder en el concepturus tiene sus escollos.

No hay dudas que doctrinalmente ha sido unánime la admisión del concepturus, vía oblicua a través de las sustituciones fideicomisarias o de los legados, porque en tales casos no se rompe con el principio romano que exige la continuidad del causante por el heredero, no así por el legatario, y que funciona perfectamente en sede de sustitución fideicomisaria, pero lo difícil ha sido admitir su capacidad para suceder recta vía, o sea, como llamado ex voluntate o ex lege, sin mediación de otra persona.

Ante lo cual expresa Rivas Martínez que la capacidad para suceder recta vía del concepturus no se puede negar si el causante ha exteriorizado su voluntad de manera fehaciente para que tenga efecto una inseminación artificial post mortem sobre su viuda, siempre que se practique en el término de seis meses establecido por la ley, contado a partir del fallecimiento del titular del semen, siendo evidente que la fecundación será posterior a la apertura de la sucesión, aunque el artículo 9 del Código de Sucesiones catalán considere concebido en el momento de ésta al hijo nacido dentro del período legal de fecundación. Toda fecundación asistida post mortem que cumpla con tales requerimientos y que culmine con un nacimiento, sea cual sea el momento de éste, dará lugar a una persona capaz de suceder considerada concebida por ficción en el momento de la apertura de la sucesión, presunción de naturaleza iuris et de iure.

Sin dejar de mencionar la situación de la persona por concebir o sea Concepturus en el Derecho venezolano, donde este toma en cuenta a la persona antes de ser concebida, aunque a efectos muy limitados, dejando claro en el artículo 1443 del Código Civil de dicho país que “Los hijos, por nacer de una persona determinada pueden recibir donaciones, aunque todavía no se hayan concebido” , el mismo artículo pero en su inciso 1) abre las puertas a la representación diciendo que

para aceptar la donación “los hijos no concebidos serán representados por el padre o la madre indicados por el donante según el caso.

Sin embargo, creo que a poco se impondrá en los ordenamientos jurídicos, admítase o no la inseminación post mortem, la posibilidad de que el concepturus tenga capacidad para suceder, derogándose el principio que exige la existencia, al menos por vida intrauterina, del sucesor a la muerte del sucedido. Todo lo relativo a los embriones y preembriones, su status jurídico y su tutela reclaman reformar los viejos cánones en que se han venido sustentando los principios del Derecho de Familia y del Derecho sucesorio.

En el Derecho nacional, nada hay regulado sobre el tema, sólo se cuenta con resoluciones en las que el Ministerio de Salud reconoce las formas de aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la ética médica al respecto y otros requisitos que no son de utilidad para el presente trabajo. No regulándose su aplicabilidad o no post mortem, ni las implicaciones sucesorias. Salvo que por analogía se aplique el artículo 25 del Código Civil, lo cual los autores no consideran acertado, el concepturus en el ordenamiento cubano vigente tiene vedada toda posibilidad de acudir a la herencia por derecho propio o por representación.

Se considera que existe la posibilidad de que ese embrión que está en formación o sembrado puedan reconocérseles sus derechos a través de la introducción en el Código Civil Cubano de la figura del concepturus como una institución diferente del nasciturus, donde en casos excepcionales de la utilización de las técnicas de reproducción asistida también se le hagan valer los derechos al no concebido, según lo establecido legalmente para determinar el tiempo de concepción, condicionado por la existencia de solicitud de ayuda médica para poder procrear una pareja y que conste que ya el padre haya hecho la donación de sus gametos, lo cual no es difícil de demostrar.

## CONCLUSIONES

- La existencia de las técnicas de reproducción asistida da la posibilidad de que las parejas puedan satisfacer los deseos de procrear que de forma natural tenían frustrados.
- Se reconoce en España y Venezuela, a través de la institución del concepturus, el derecho a heredar al no concebido y que tiene posibilidades reales de existencia en un futuro.
- En Cuba existe una laguna legal con respecto al reconocimiento del no concebido pero que ya es considerado un embrión en el laboratorio.
- Es necesario introducir en el Código Civil cubano la figura del concepturus y el reconocimiento de todo lo que le sea favorable.

## BIBLIOGRAFIA

.La Cadena, JR: "Consideraciones genético - biológicas sobre el desarrollo embrionario humano", Tomado de: <http://www.sld.cu/eventos/> Consultado 10 de mayo del 2010.

Comité de expertos sobre Bioética y clonación. Informe sobre la clonación; en las fronteras de la vida. Ediciones Doce Calles Madrid. Tomado de:[http://www.monografias.com/\(1999\)](http://www.monografias.com/(1999)). Consultado 14 de mayo del 2010.

Gindoff, F: "Clonación por separación embrionaria". En las fronteras de la vida; ciencia y ética de la clonación. Ediciones Doce Calles Madrid pp 52 – 61. Disponible en: [http://www.bvs.sld.cu/\(1998\)](http://www.bvs.sld.cu/(1998)). Consultado 18 de mayo del 2010.

Ley No.59. Código Civil. La Habana, Cuba:Gaceta Oficial de la República de Cuba; 1987.