

Reproducción asistida *post mortem* en el Código de las familias de Cuba: radiografía de su artículo 126

Leonardo B. PÉREZ GALLARDO*

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 22, 2024, pp. 115-145.

SUMARIO:

1. La concepción humana más allá del fallecimiento del padre o de la madre: Inseminación artificial *post mortem*. Las disímiles disquisiciones al respecto

2. La posición asumida por el Código de las familias de Cuba: sus principales fuentes inspiradoras

2.1. *Ámbito objetivo de aplicación de la norma: ¿la inseminación artificial, no así la transferencia embrionaria post mortem?*

2.2. *Ámbito subjetivo de aplicación de la norma*

2.2.1. La persona superviviente de un matrimonio o de una unión de hecho afectiva inscripta, ya sea heteroafectiva u homoafectiva

2.2.2. Especial referencia al supuesto de parejas de hombres. La posibilidad de utilización de los gametos del fallecido a través de la gestación solidaria

2.3. *Requisitos para que proceda*

2.3.1. Voluntad expresa del cónyuge o pareja de hecho afectiva de practicarse la reproducción asistida después de su fallecimiento ¿Qué entender por documento indubitado?

2.3.1.1. El *ius poenitendi* del titular de los gametos o de su pareja

2.3.2. Que se limite a un solo parto

2.3.3. Temporalidad. Plazo ordinario de un año. La prórroga concedida judicialmente

3. La capacidad para suceder del concebido *post mortem*. A modo conclusivo

* **Universidad de La Habana** (La Habana-Cuba), Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial. Notario.

1. La concepción humana más allá del fallecimiento del padre o de la madre: Inseminación artificial *post mortem*. Las disímiles disquisiciones al respecto

Los límites de la procreación humana no solo han estado signados por la propia existencia de los seres humanos, sino también por el período de fertilidad, variable según el género, mucho más prolongado en los hombres, que mientras viven están aptos físicamente para la procreación, *a contrario sensu* de las mujeres, cuyo reloj cronológico se detiene, en lo que a la concepción concierne, por lo general durante la quinta o sexta décadas de vida. La aspiración de todo ser humano a tener hijos es justa y legítima: «creced y multiplicaos», reza en la *Biblia*. Empero, la posibilidad de conservar los gametos por un largo tiempo, y la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones, amén de la crioconservación de dichos embriones ha generado dilemas no solo éticos, sino también jurídicos, en tanto supone una ruptura de las reglas tradicionales en sede de filiación y sucesiones.

Si bien en el Derecho romano se conoció el caso de hijos cuasipóstumos y póstumos, resultaba imposible el acogimiento de los hijos superpóstumos, particular hoy hecho realidad a partir de la aplicación de la inseminación artificial *post mortem*, un sueño irrealizable para los más connotados autores de ciencia ficción. Se trata de seres humanos que se conciben tras el fallecimiento de su padre o de su madre, en tanto en vida de estos, con su aquiescencia, resultaron crioconservados sus gametos. Los superpóstumos rompen con todas las reglas tradicionales que marcan las pautas para atribuir filiación, sustento de una ulterior reclamación sucesoria, en tanto *filius, ergo heres*.

Ahora bien, su irrupción en el Derecho ha llevado consigo la asunción de posiciones muy encontradas. El abanico de razones para apoyar una posición u otra en torno de los superpóstumos o hijos de ultratumba, ha sido muy diverso. Las críticas han venido desde diversos ángulos. Así, en el ordenamiento jurídico español que con la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida¹ se convirtió en uno de los ordenamientos pioneros en

¹ Vid. BOE, N.º 282, de 24-11-88.

admitir la aplicación *post mortem* de dichas técnicas, la crítica desde un inicio se hizo sentir. Se dijo que con ello se «hace vivo al que murió a fin de seguir manteniendo la existencia de matrimonio –cuando en verdad la muerte disuelve el matrimonio– y toda esa ficción para poder calificar de matrimonial a un hijo y atribuirle las consecuencias jurídicas de tal estado»². Se dijo también que con ella se pretendía un imposible, esto es, hacer revivir la muerte por medio del mecanismo del hijo, a través del cual se busca prolongar la vida del padre (teniendo en cuenta que en España solo se admite en el caso de premuerte del esposo, luego extendido a la pareja de hecho)³. Se ha intentado encontrar en ella un marcado interés patrimonial de la viuda, como es el de poder compartir la herencia de su esposo (luego también a las parejas de hecho) o relegar a los, hasta ese momento, llamados a la sucesión. Una vía de traer al mundo a un hijo, condenado irremediabilmente a una orfandad premeditada⁴. Esto es, según arguyen con vehemencia, críticos acérrimos de la permisibilidad que franqueó el artículo 9.2 de la norma española (hoy abrogada, pero que en esencia siguió manteniendo el actual artículo 9 de la Ley 14/2006⁵), como el profesor ALONSO PÉREZ:

² Tal es el parecer de BUSTOS PUECHE, José Enrique: *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*. Dykinson. Madrid, 1996, p. 171.

³ Según FRYDMAN, citado en CÁRCABA FERNÁNDEZ, María: *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Bosch. Barcelona, 1995, p. 82.

⁴ Sostiene STANZIONE, Pasquale: «*Procreazione assistita e categorie civilistiche*». En: *Studi in onore di Pietro Rescigno, II -Diritto Privato, I -Persone, famiglia, successioni e proprietà*. Giuffrè Editore. Milán, 1998, p. 865: «*In relata si tratta di evitare l'ipotesis di una famiglia programmata fin dall'inizio senza la figura paterna. Sullo sfondo si muove l'inquietante prospettiva di una società senza padre*». Para DOMÍNGUEZ, Juan: «Quiero tener un huérfano». En: *Aceprensa*, 26-11-2003, en <https://www.aceprensa.com/ciencia/quiero-tener-un-hu-rfano/>, «No es extraño que la mayoría de los países prohíba la inseminación de mujeres sin pareja, deriva caprichosa de las técnicas contra la infertilidad. Ahora que se insiste tanto en la protección de los niños, lo lógico es no privarles de su más elemental derecho: que no se les impida tener padre y madre. Otra cosa es hacer experimentos con ellos en laboratorios creados para satisfacción de adultos».

⁵ *Vid.* Ley N.º 14, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, *BOE*, N.º 126, de 27-05-06.

... ha de evitarse semejante desgracia siempre que sea posible, y en el supuesto de la fecundación *post mortem*, es perfectamente posible. Privar voluntariamente a un hijo de progenitor para el resto de sus días, por mucho deseo de perpetuarse o de dejar un heredero con tu propia sangre, incluso bien arropado patrimonialmente, es una jugada con las cartas en manos de un solo jugador y se presta un flaco servicio al futuro ser humano. Si de acuerdo con Segismundo, en *La vida es Sueño* de CALDERÓN, «el delito mayor del hombre es haber nacido», no agravemos más ese delito dejando al *concepturus* sin padre tan tempranamente. Si, como SÉNECA escribió, «a nadie le toca nacer impunemente», más penado vendrá aún a la vida el que desde antes de su concepción ya se ve privado de la suerte inmensa de tener padre. Fabricar hijos póstumos tardíos –«ultrapóstumos»–, hijos soñados, envueltos en el doble sueño del padre que los imaginó mientras se congela su simiente de vida futura, y del hijo al que solo le quedó soñar a lo largo de su existencia con su progenitor, viene a resultar una molesta pesadilla, cargada de frustración y de cierta responsabilidad ética⁶.

A fin de cuentas, a mi juicio, las posiciones muchas veces han sido extremas. No creo halagüeño, ni provechoso, el exaltar la aplicación *post mortem* de la inseminación artificial, si bien el tratamiento de la fertilización *in vitro* con transferencia de embriones debiera tener otro –tal y como explicaré *a posteriori*–. Parto del supuesto de que las técnicas en su aplicación tienen un fin noble –al permitir tener descendencia a quienes no pueden por razón de su género, o a quienes no pueden por motivos de salud– y no constituyen una vía a través de la cual se puede caprichosamente obtener descendencia, mucho menos condenar premeditadamente a la orfandad a un hijo o hija. En todo caso, ese niño o niña tendrá un padre o una madre, pero aun así tan familia es la familia monoparental como cualquier otro modelo familiar. Incluso la ausencia del padre o la madre será física, pero no estará ausente de su identidad estática, pudiendo relacionarse el hijo o hija con ambas

⁶ ALONSO PÉREZ, Mariano: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. T. XIII, Vol. 2. 2.^a EDESA. M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, directores. Madrid, 1998, pp. 17 y 18.

familias⁷. No creo que el tema se pueda calibrar solo desde el ámbito jurídico, necesita un enfoque multi y transdisciplinario. La inseminación *post mortem* no solo implica retos a la imaginación humana, a la manera en que estructuralmente tenemos diseñada la familia, sino también a los parámetros en los que concebimos la educación y formación de los hijos e hijas.

En temas de esta naturaleza resulta muy riesgoso generalizar y hacer abstracciones. Vale la pena reflexionar en cada caso. La persona que expresa su voluntad, no lo hace en el sentido de que sus gametos sean intencionalmente utilizados solo después de su muerte, con ese único fin, no se trata de un acto *mortis causa*, en todo caso de un acto *post mortem*, en el que alguno de sus efectos se difieren al momento de su muerte, pero en el acto de autorización para la inseminación, aún después de muerto, el hecho luctuoso no es el elemento causal-funcional. La muerte no es la *ratio* misma del acto, por mucho que quiera verse lo contrario. No se trata de un mero capricho de la pareja. Tampoco de buscar un heredero como los nobles y príncipes del Medioevo. Mucho menos de perjudicar los derechos hereditarios de terceros, ello pudiera subyacer, no lo puedo negar, pero en todo ordenamiento jurídico la buena fe se presume y hay que actuar conforme con esa presunción, que por tener carácter *iuris tantum*, cabe su destrucción con prueba en contrario. La antípoda implicaría subvertir los valores axiológicos de cualquier Estado de Derecho. La aplicación *post mortem* de la inseminación artificial no vulnera principios éticos *per se*, no es el momento de la aplicación lo que pudiera quebrantar los valores axiológicos que informan cualquier ordenamiento jurídico, sino las razones inescrupulosas que pudieran esconderse detrás

⁷ Como nos ilustra Agustina PÉREZ, «se critica este instituto bajo la teoría de “crear” un niño deliberadamente huérfano. Urge aclarar en este sentido que no es cierto que el niño en estos casos nazca huérfano. Tal es aquel que carece de doble vínculo filial (...) pero en este caso va a tener una madre. La familia monoparental es tan familia como cualquier otra y “no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños” (...) Más aún, “la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que esta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”...». Vid. PÉREZ, Agustina: «Fertilización *post mortem*: qué dicen y qué piensan los medios y la doctrina en nuestro país», 2014-03-19, SJA 2014/03/19-36; JA 2014-I, Abeledo Perrot N.º AP/DOC/2832/2013.

de ellas, pero esto puede acontecer con la formalización de un matrimonio, con el otorgamiento de un testamento, con la concertación de un contrato de donación y a nadie se le ha ocurrido proscribir el matrimonio, el testamento o la donación, en los textos legales.

Compete pues, a las instituciones hospitalarias, a los centros en los que se depositan los gametos, a los notarios que instrumentan los títulos formales legitimadores de la disposición *post mortem* de dichos gametos, el control de esa manifestación de voluntad, cabe y es preciso que así sea, que se impongan –tal y como ha acontecido en el Código de las familias de Cuba– requisitos no solo temporales, sino también de legitimación, de modo que se trate de un acto heterónomo de voluntad, en el que no solo incida la voluntad procreacional de los miembros de la pareja, exteriorizada, sino también la del poder público, previa justificación de los requerimientos que harían permisible una situación puramente excepcional, en la que el hijo o hija por procrear y nacer, pueda encontrar condiciones, si no óptimas, sí al menos, adecuadas para su normal desarrollo físico y psíquico conforme con su mejor interés.

2. La posición asumida por el Código de las familias de Cuba: sus principales fuentes inspiradoras

El nuevo Código de las familias de Cuba (aprobado pro referéndum popular el 25 de septiembre de 2022 y contenido en la Ley N.º 156 de 22 de julio de 2023⁸) –tal y como ya he anticipado– toma partido adscribiéndose a la corriente normativa minoritaria que habilita la posibilidad de poder practicar la reproducción asistida *post mortem*⁹. Sin embargo, la posición que asume el legislador cubano va mucho más allá de sus principales fuentes de inspiración,

⁸ Vid. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, N.º 99, de 27-09-22.

⁹ Término más propicio, abarcador no solo de la inseminación artificial sino también de la fertilización *in vitro* con transferencia de embriones, en ambos casos, practicados después de la muerte de uno de los miembros de la pareja. Criterio que también defiende SANTOLARIA BAIG, Irene y RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «Determinación de la filiación y derechos sucesorios en la reproducción humana asistida *post mortem* en España». En: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Año 17, N.º 50. Universidad Nacional de La Plata. Buenos Aires, 2020, p. 86.

a saber: el artículo 9 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida de España, Ley N.º 14/2006, de 26 de mayo y el artículo 563, previsto en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de Argentina que no superó los debates parlamentarios¹⁰.

No puede negarse que el camino que llevó a tomar esta decisión fue escabroso por la fuerte crítica a la que fue sometida, esencialmente por determinadas denominaciones religiosas¹¹ que apuntaban a su improcedencia ética, en tanto manipulación intencional de la procreación humana, capricho de la persona sobreviviente de la pareja y conculcación del interés superior del niño, niña o adolescente, sobre la base del «derecho» que tiene un niño a tener una madre y un padre, sustentado sin dudas en el modelo biparental de familia, hegemónico, exclusivo y excluyente para un sector nada desdeñable de la población cubana.

La posibilidad de engendrar, más allá de la muerte de la persona humana, quimérica en otros tiempos, ya hoy es una realidad desde la ciencia y la tecnología a la que el Derecho cubano ha abierto sus puertas, sin negar en modo alguno el carácter excepcional que ella tiene. No se trata de potenciar la intencionalidad

¹⁰ «Artículo 563.- Filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la 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».

¹¹ Salta a la vista la posición de la Iglesia Católica que el 12 de septiembre de 2022 hace público el «Mensaje de los obispos católicos de Cuba en relación con el referendo sobre el nuevo Código de las familias», en el que se manifiesta en el sentido de no considerar favorable en el orden familiar lo que denomina fecundación *in vitro post mortem*, «por la que un niño nacería intencionalmente huérfano de padre», dado que «Todo hijo es un don en sí mismo; es un derecho del niño tener un papá y una mamá», <https://www.palabranueva.net/mensaje-de-los-obispos-catolicos-de-cuba-en-relacion-con-el-referendo-sobre-el-nuevo-codigo-de-las-familias/>.

de una filiación *post mortem*, sino de darle cauce en los supuestos en que las circunstancias de un caso en concreto y el cumplimiento de todos los requerimientos legales que se exigen, hacen prudente su admisibilidad.

2.1. *Ámbito objetivo de aplicación de la norma: ¿la inseminación artificial, no así la transferencia embrionaria post mortem?*

El artículo 126 del Código de las familias permite expresamente la práctica de la inseminación artificial, tras el fallecimiento del cónyuge o de la pareja de hecho afectiva, en este último caso, siempre que pueda acreditarse su existencia con la certificación que justifica su inscripción registral¹². Tras una interpretación gramatical o filológica de la norma, cabría concluir que el legislador solo da cabida a la inseminación artificial *post mortem*, pues hace referencia exclusivamente a los gametos y no a los embriones. Ciertamente no se habla de una inseminación artificial y sí de una reproducción asistida, expresión esta última que es de aplicación también a otras técnicas como la fertilización *in vitro* con transferencia de embriones, pero de esta última nada se dispone en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja conyugal o de la pareja afectiva de hecho. Particular que se refuerza en la Resolución 1151/2022, de 27 de octubre, «Reglamento de la reproducción asistida en seres humanos», del Ministro de Salud Pública¹³, que en su artículo 37 –que trae causa de los artículos 35 y 36– ubicados todos en una sección relativa a la «Utilización de gametos y embriones», se restringe a la utilización de gametos en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, disponiendo que en tales circunstancias se procede «según lo establecido en la legislación vigente», sin mucho más aporte al respecto. Cabría pensar que para el legislador la utilización de los embriones crioconservados por quien sobrevivió en la pareja es una verdad como un templo, en tanto que hay un consentimiento presunto de la persona fallecida, quien al expresar su aquiescencia para la práctica de las técnicas y haberse fecundado en vida el óvulo, deviniendo el proceso de desarrollo celular que se detiene por el congelamiento de preembriones y embriones, ha dado vida a un nuevo ser que deriva en un *nasciturus* extracorpóreo, en relación con el cual hay un

¹² En Cuba, en el Registro del Estado Civil.

¹³ *Vid. Gaceta Oficial de la República de Cuba*, extraordinaria, N.º 67, de 28-10-23.

consentimiento presunto a favor de su implantación en un útero (materno o no), pero aun así, estamos frente a una cuestión de muy delicada textura en el orden bioético en la que el legislador debe perfilar muy fino si quiere asumir esta posición, que no debería haberse dejado a recursos o herramientas hermenéuticas, sino que hubiera requerido de un pronunciamiento expreso en el orden normativo. Recordemos que en este caso no se trata de un supuesto de fecundación *post mortem*, o procreación *post mortem*. En estas circunstancias la procreación se ha realizado *in vitro*, no *in utero*, y por supuesto *ante mortem*, no *post mortem*.

Esto nos recuerda lo acontecido en España con la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida, que motivó a que la siguiente, o sea, la Ley 14/2006 le diera un tratamiento diferente a la inseminación *post mortem* respecto de la fertilización *in vitro* con transferencia *post mortem* de embriones. En efecto, al igual que el artículo 126 del Código de las familias de Cuba, el artículo 9 de la abrogada Ley 35/1988 de España no fue nada diáfano con la situación dada a causa del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja que hubiere manifestado su voluntad para la práctica de una fertilización *in vitro*, y ya se hubiesen obtenido los preembriones.

La doctrina científica del momento –en España– intentó encontrar una solución con base en una aplicación analógica, para un supuesto no reconocido expresamente *ex lege*, empero en buena técnica jurídica se carecía de la *eadem ratio* que exige el artículo 4.2 del Código Civil español para auto-integrar el Derecho a partir del procedimiento analógico, en su modalidad de analogía *ex lege*. Algunos autores escépticos, como BUSTOS PUECHE, negaba la posibilidad de una transferencia *post mortem* al útero de la madre del embrión (si bien la ley española de 2006 distinguió entre preembrión y embrión¹⁴) criopreservado¹⁵. En tal sentido, a la luz de aquel precepto

¹⁴ Tomo la distinción que reconoce la vigente norma legal española entre preembrión y embrión, a pesar de que el autor comentado no la tuvo en cuenta. Según el artículo 1.2. de la Ley 14/2006: «... se entiende por preembrión el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde». Particular que ha llevado a los

invocaba que en el ordenamiento jurídico español, sí estaba justificado el término fecundación *post mortem* y no, embarazo *post mortem*, este último propio de la transferencia de los preembriones a la madre, después de fallecido el marido. Para ello se apoyaba en una interpretación *ad pedem litterae* del artículo 9 que hablaba inequívocamente de «material reproductor masculino» y de «fecundar a su mujer con aquél», de esa manera el citado profesor se inscribía entre los que apoyaban la tesis de la imprevisibilidad legal de que un preembrión sobrante congelado, pudiera después de la muerte del progenitor ser reclamado por la viuda (en el contexto español de la época) para su desarrollo natural y de igual manera tampoco le era dable al marido prestar su «consentimiento» en escritura pública o testamento (vías reconocidas en el entonces precepto vigente) para que su viuda pudiera disponer del embrión (o preembrión) crioconservado. Sin embargo, el propio autor reflexionaba sobre la paradoja que se creaba en el sentido de que lo que podría hacer una mujer sola, ajena a la formación del embrión, al no haber contribuido con su óvulo, esto es, pedir que se le implantara *in utero*, no lo pudiera hacer precisamente la mujer que había aportado el óvulo, siendo ella la madre biológica del embrión. En todo caso, rechaza la aplicación analógica, pues no encuentra la identidad de razón que predica el artículo 4.2 del Código Civil, ya que la aplicación de tal artículo hubiera supuesto alentar la creación de

primeros estudiosos de la norma a expresar, no sin razón que: «La simple lectura del texto pone de manifiesto que el preembrión no es algo distinto sustancialmente de un embrión. Lo que permite aplicarle tal categoría legal es el lugar donde se encuentra *in vitro*, al haber sido engendrado por medios artificiales. Pero si lo es por medios naturales *in vivo*, entonces, literalmente, no es preembrión. No tiene mucha base biológica asumir que el resultado de la fecundación es diferente según donde suceda: de hecho, las técnicas de reproducción asistida necesariamente se basan en que es el mismo resultado». *Vid.* FERNÁNDEZ GALLARDO, Iñigo: «Algunos aspectos sobre la nueva Ley de reproducción asistida». En: *El Derecho*. EDO 2006/273469.

- ¹⁵ Única posibilidad que se sigue dando en España, en tanto aún no está admitido pacto alguno sobre subrogación, motivo por el cual el Derecho español está diseñado para una inseminación artificial *post mortem* o una fertilización *in vitro* con transferencia *post mortem* de preembriones o embriones, siempre respecto de la madre y sobre la base del fallecimiento del padre. No es posible entonces en parejas de hombres, ni en el supuesto de un hombre sobreviviente de una pareja heteroaffectiva.

embriones sobrantes, dando al traste con el espíritu de la norma, que en todo caso lo toleraba como mal menor, pero no como principio informante¹⁶.

Por el contrario, para FEMENÍA LÓPEZ, la omisión del legislador de 1988 sobre el supuesto de transferencia de embriones *post mortem*, no obedeció a una exclusión voluntaria, sino a un descuido y ello lo sustenta en el plano de igualdad en el tratamiento que el artículo 1.1 daba a todas las técnicas de reproducción humana asistida, sin privilegiar una en detrimento de las otras y en que su utilización debía propugnarse en el tipo de patología padecida, y no por un régimen jurídico distinto¹⁷. En todo caso, las posiciones no fueron nunca pacíficas. Olvido, o no del legislador, trátase de omisión, de descuido o de gazapo normativo –situación que ha acontecido ahora en el Código de las familias de Cuba en la redacción del artículo 126–, tanto en aquella ley española como en la flamante norma cubana, se requiere de un tratamiento pormenorizado, si bien, soy del criterio que la transferencia *post mortem* de los embriones –al igual que lo que aconteció en España con la Ley 35/1988– nunca estuvo prohibida, ni tampoco está prohibida en nuestro nuevo Código, un razonamiento *a fortiori*, nos da la razón. Si se permite una fecundación *post mortem*, o sea, si se reconoce en el artículo 126 –como también en España en la abrogada norma en su artículo 9– la figura del *concepturus*, con las consiguientes implicaciones en terrenos filiatorios y sucesorios, cómo entonces no va a ser posible la tutela o protección

¹⁶ Vid. BUSTOS PUECHE, José Enrique: *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*. Dykinson. Madrid, 1996, pp. 174-176. A juicio del autor, lo cual, en cierta medida es contradictorio con su posición doctrinal tan reticente, solo admitía la posibilidad de una transferencia *post mortem* de los embriones el supuesto de un matrimonio que habiéndose sometido a un procedimiento de fecundación *in vitro*, estando ya a punto la transferencia de embriones, pidiera una suspensión temporal de su aplicación por indisposición pasajera, viaje inaplazable o fuerza mayor de la mujer y durante ese lapso muriera el hombre, supuesto en el cual defendía el derecho de la mujer a recibir el embrión y que el hijo nacido fuera matrimonial, no ex artículo 9 de la LTRA, sino ex artículo 15 de la Constitución.

¹⁷ Vid. FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J.: *Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*. McGraw Hill-Ciencias Jurídicas. Madrid, 1999, pp. 279-281, y concretamente en nota 97.

del *nasciturus*, pues sea un preembrión o un embrión, es un ser humano *in fieri* que merece toda la protección jurídica, a partir de la tuición reconocida en España en el artículo 29 del Código Civil¹⁸ y en Cuba en el artículo 25 del Código Civil¹⁹.

Por ello, tal y como ya me aventuré a apuntar hace más de quince años cuando analicé el artículo 9 de la Ley 14/2006 de España²⁰, a pesar de los criterios adversos que desde los primeros momentos de vigencia de esta Ley hispánica podían seguir defendiéndose²¹, el legislador cubano debió asumir

¹⁸ Esta posición fue abrazada por GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: «Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de Sucesiones». En: *Revista Jurídica del Notariado*. N.º 13. Madrid, 1995, p. 212, quien incluso consideró innecesaria una regulación pormenorizada en la Ley 35/1988, a su juicio si se regulaba la fecundación *post mortem*, la lógica indicaba que «una vez producido los embriones, e implantados los necesarios para asegurar razonablemente el embarazo (artículo 4), aunque fallezca el marido, la mujer puede pedir la transferencia embrionaria, porque su marido ya consintió, y ya en vida de él había sido concebido el que tras la gestación será hijo suyo, considerándose el preembrión como *nasciturus* para todos los efectos que le sean favorables y entre otros el tan importante de su derecho a la vida y que sus padres –especialmente si son los genéticos–, sean igualmente los legales».

¹⁹ *Vid. Ley N.º 59/1987, Código Civil de la República de Cuba (actualizado y concordado)*. 6.ª, Ediciones ONBC. La Habana, 2023.

²⁰ *Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.*: «Inseminación artificial y transferencia de preembriones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana (algunas glosas al artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de España)». En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 4. Madrid, 2007, pp. 605-630.

²¹ Para ABELLÁN, Fernando: «Crítica a la futura ley de reproducción». En: *Diario Médico*, de 28-04-06, en fecha en que aún no se había sancionado la Ley 14/2006, la novedad que considera lo bastante discutible «es la de presumir el consentimiento del varón a la fecundación *post mortem* cuando la viuda “hubiera estado sometida a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de embriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”. Se está pensando, lógicamente, en un accidente mortal del varón cuando ya la pareja tiene los embriones *in vitro* pendientes de transferencia o, incluso, criopreservados desde hace tiempo (...) Por esta vía se va a equiparar el consentimiento ordinario del varón prestado para la realización de la técnica de reproducción con su esposa o compañera, y pensado para tener un hijo en vida, con un supuesto consentimiento para tener un hijo póstumo, sobre lo que sin embargo puede no haberse ni tan siquiera pronunciado jamás el difunto».

la posición del legislador español de 2006²². El preembrión o el embrión, no son un *concepturus*, sino un *nasciturus*, y como tal deben ser tratados, tengan existencia *in utero* o extracórporea. Sería discriminatorio que el primero fuera protegido en el orden patrimonial y concretamente sucesorio, y el segundo no, por el hecho de no estar en el útero (materno o no). En todo caso, no se trataría ni tan siquiera de un superpóstumo, sino de un póstumo. Por ese motivo, es dable entender –lo cual lamentablemente no se incorporó en el artículo 126 del Código de las familias–, el *animus legislatoris* implícito en el postulado del artículo 9.2, segundo párrafo, de la Ley española de referencia, al enunciar: «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» ¿En qué se basó el legislador español para presumir tal «consentimiento»?

El que un varón quiera tener un hijo en vida no puede decirse que sea necesariamente equivalente a que lo desee también si piensa que va a morir. Es más, probablemente muchos varones preferirían a buen seguro no tener un hijo del que no van a poder ocuparse, que va a nacer sin padre. No obstante, tal y como se prevé en la norma, aun en el citado supuesto de opinión contraria, la decisión se hace recaer en la viuda, lo que puede resultar especialmente controvertido si el fallecido tuviera otros hijos de una previa relación matrimonial a los que afectará la decisión por motivos hereditarios». Empero, parece obviar el autor que el legislador pretende ofrecer al *nasciturus* extracórporeo un tratamiento lo más homogéneo posible en comparación con el *nasciturus in utero*. En todo caso cuando se procrea un hijo no se piensa en la muerte, pero el varón sabe que esta está latente y puede sobrevenir. No por ello la humanidad ha dejado de pensar en la perpetuación de la especie.

²² Es dable apuntar que con matices diferentes, aún con un tono más conservador, el legislador portugués en su primera Ley sobre reproducción médicamente asistida de 26 de julio del 2006, a pesar de proscribir la inseminación *post mortem*, sí que permitió la transferencia de aquellos embriones anteriormente creados en el ámbito de un «proyecto parental claramente establecido por escrito antes del fallecimiento del padre», según la terminología legal (artículo 22.3). O sea, autoriza la transferencia al útero materno de embriones (lo restringe a este caso) resultantes de una fertilización *in vitro* efectuada en vida de su esposo o compañero. Al respecto, *vid.* RAPOSO, Vera Lucía: «La nueva Ley portuguesa sobre reproducción asistida». En: *Revista Bioética y Derecho*. N.º 10. Barcelona, 2007, p. 11, http://www.ub.es/fildt/revista/pdf/RByD10_ArtVera.pdf.

Sencillamente en que quien se somete a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, lo hace de la misma manera que quien practica el acto sexual con la intención de procrear vía natural. Se asume el riesgo de tener uno o varios hijos, si el embarazo es múltiple, sin que quepa ética y jurídicamente seleccionar el número de hijos que en cada embarazo se busca. Si se pretendía tener un único hijo y el embarazo es gemelar, se aceptan ambos. Lo contrario sería asumir una posición utilitarista o, en todo caso, dar prevalencia a la economía personal o doméstica, y especular sobre los gastos que un advenimiento múltiple de hijos pudiera conllevar. Si se acude a las técnicas de reproducción humana asistida y, concretamente, a la fertilización *in vitro* con transferencia de embriones, también cabe el riesgo de un embarazo múltiple, pero a la vez, aun así, cabe la posibilidad, precisamente por el carácter asistido de la procreación y de la implantación de los preembriones en el útero, que queden preembriones «sobrantes», los cuales pueden ser dados a parejas que lo necesiten o crioconservados. Si el padre o madre asumió el riesgo que la técnica médica supone y ya ha procreado varios preembriones, no hay razón entonces para, con trato discriminatorio y egoísta, el legislador derive como consecuencia que la pareja sobreviviente (en caso de España, siempre que sea la mujer por la prohibición contenida en el artículo 10 de la Ley 14/2006 de la maternidad subrogada), en caso de fallecimiento de su par, no pueda llevar a buen fin el desarrollo ulterior de ese *nasciturus*, ser humano *in fieri*, que merece nacer.

Realmente el tema tiene ribetes bien difíciles, aunque no tanto la presunción en sí de la autorización. De modo que *in dubio pro vita*, esto es, en caso de duda, que se implante el preembrión y con ello, ya en el medio idóneo para desarrollar su vitalidad, pueda entonces nacer. Cabría objetar que tal procreación es obra de dos y si ambos progenitores no están contestes, no sería posible entonces la transferencia *post mortem* de los preembriones. También pudiera aducirse que, si en sede de inseminación artificial, se puede revocar la decisión de la utilización de los gametos en cualquier momento antes de la práctica de la inseminación (artículo 120.2 del Código), sería igualmente posible objetarse la transferencia del preembrión, en iguales condiciones. Pero ahí radica la diferencia esencial. En la Ley 14/2006 de España –extremo que

desde Cuba deberíamos tomar en cuenta—, en el legislador hay una marcada intención por proteger al *nasciturus*, el preembrión no puede tener el mismo tratamiento que el «material genético reproductor masculino», en el caso nuestro «los gametos», sin distinguir el género de su titular, pero una vez acontecida la fusión de los gametos masculinos y femeninos, y con ello la constitución de un preembrión, no se tienen idénticos derechos de disponibilidad sobre él que sobre los gametos mismos, porque no se trata de células germinales, sino de un ser humano *in fieri*, distinto a quienes le dieron vida, que merece un trato diferente, conforme con la dignidad que él encierra y por ello el más genuino derecho a nacer, aun con la ausencia de una de las personas que le dieron vida (no solo del padre en el contexto cubano).

2.2. *Ámbito subjetivo de aplicación de la norma*

No menos interesante y también polémico resulta el análisis del ámbito subjetivo de aplicación del precepto legal que se estudia. ¿En qué supuestos se aplica el artículo 126? Sin dudas lo más trascendente y novedoso, respecto de otras normas estudiadas en el Derecho comparado²³, es que al permitirse la

²³ Así, *verbi gratia*, en el Derecho español que ha servido de antecedente, no solo para el Derecho cubano, el ámbito de aplicación subjetiva es más reducido si lo comparamos con lo previsto en el artículo 126 del Código de las familias. La crítica al artículo 9 de la Ley 14/2006 no se ha hecho esperar, dado que «(e)n primer lugar, al hacerse alusión expresa a que el varón consienta la utilización de “su material reproductor”, queda fuera la prestación del consentimiento por parte del difunto para que su mujer o pareja de hecho se insemine con gametos pertenecientes a un tercero para que le dé un hijo después de muerto. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, debe descartarse también la transferencia de preembriones al útero de la madre con posterioridad a la muerte del marido o compañero, aunque concebido en vida de estos, cuando el preembrión haya sido obtenido por gametos donados por un tercero (...) En tercer lugar, como el artículo 9 habla de “fallecimiento del marido” (o del varón unido por vínculo matrimonial), hemos de descartar que la ley española contemple el caso de que quien sobreviva sea el varón y no la mujer, y sea aquel el que solicite que se implante el preembrión constituido en vida de ambos en el útero de otra mujer. Esta solución no sería coherente con el resto del articulado del texto legal, entre otras cosas, porque el artículo 10.1 de la ley subraya la nulidad de la gestación por sustitución (...) En cuarto lugar, al utilizarse el término “cónyuge superviviente” queda fuera la posibilidad de que ambos cónyuges o compañeros de

gestación solidaria (artículos 130 al 135), es dable la inseminación artificial *post mortem* e incluso la fertilización *in vitro* con transferencia de embriones *post mortem* –entendida en los términos que acabo de explicar–, no solo al fallecimiento del hombre, sino también al fallecimiento de la mujer, pues la gestante, de cumplir con todos los requerimientos establecidos, pudiera llevar a buen fin el embarazo con el óvulo de la difunta.

2.2.1. La persona supérstite de un matrimonio o de una unión de hecho afectiva inscripta, ya sea heteroafectiva u homoafectiva

El Código de las familias alude expresamente al cónyuge o pareja de hecho fallecida, no al varón o al hombre, de modo que, para poderse hacerse inseminar, o practicar la fertilización *in vitro* con transferencia de embriones, tras el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, no se requiere que se trate de la mujer sobreviviente, el género no es presupuesto. Eso sí, hay que acreditar, o bien la existencia de un matrimonio, o de una unión de hecho afectiva inscrita, en este último caso, ya sea porque previamente había sido instrumentada ante notario o reconocida judicialmente. En principio, se supone que la alternativa empleada por la pareja es la primera, pues para iniciar el procedimiento médico de aplicación de cualquier técnica de reproducción

hecho fallezcan y que el preembrión sea transferido o implantado en el útero de otra mujer (...). Por último, tal y como se desprende del artículo 9, este solo regula la reproducción artificial *post mortem* en el caso de una pareja heterosexual. La literalidad del precepto, entre otras razones, impide que se extienda tal hipótesis a un matrimonio o pareja de hecho homosexual, de hombres o mujeres. Si se trata de dos hombres, la admisión de esta hipótesis chocaría contra la aludida prohibición legal de la maternidad subrogada, ya que aquellos siempre necesitarían el útero de una mujer. Si son dos mujeres esta misma objeción no existiría, ya que, o bien podrían fecundarse los óvulos de la fallecida con semen del donante y ser el preembrión implantado en el útero de la supérstite; o bien la fallecida podría consentir que, cuando nazca el hijo de su cónyuge (en caso de que hayan contraído matrimonio), se determine a su favor la filiación *post mortem* respecto del nacido (...). Pero ello supondría dar entrada a la fecundación por donación de semen de un tercero, y el artículo 9 no parece permitir la fecundación artificial *post mortem* en la que intervenga el semen de un donante...». Vid. RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: «Reproducción artificial *post mortem*», en: http://www.sasju.org.ar/interfaz/blog_nivel_3/97/archivos/05_04_rodriguez.pdf.

humana asistida hay que acreditar a través de certificación registral la existencia de la inscripción de dicha unión de hecho afectiva (ello se colige del artículo 306 del Código), *ergo* se entiende que si el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja sobrevino después ya se tenía antes instrumentada la unión.

Si el fallecido es el hombre de una pareja heteroafectiva, la *superstite* pudiera hacerse inseminar con los gametos de su esposo o pareja de hecho fallecida. El hijo nacido del resultado de esa inseminación *post mortem*, será hijo superpóstumo de su padre biológico y legal, fallecido previamente. No obstante, nada quita que quien geste sea una tercera persona con los gametos de los comitentes, uno de los cuales ya estaría fallecido. La posibilidad de acudir, en los casos en que legalmente proceda, a la gestación solidaria, no está supeditado en el Derecho cubano a que ambos comitentes estén vivos. Si el hombre, en caso de parejas heteroafectivas, ha fallecido y dispuso la posibilidad de utilizar *post mortem* sus gametos y además ha exteriorizado en vida su voluntad de acudir a la gestación solidaria, por darse los presupuestos que posibilitan el acceso a este procedimiento, nada priva que proceda –tras su deceso– la inseminación con sus gametos.

Ahora bien, en el caso de pareja de mujeres, cabe que la fallecida sea:

- a. La que aporte el óvulo, que será utilizado por su pareja para una inseminación *post mortem* con los gametos masculinos que da un tercero (dador anónimo);
- b. la esposa o pareja de hecho afectiva de la mujer que ha aportado el óvulo, y que tras el fallecimiento de la primera se haga inseminar con los gametos masculinos que da un tercero (dador anónimo), supuesto en el cual la fallecida será madre legal *post mortem*, pero no madre biológica;
- c. o bien la que haya aportado el óvulo o no, pero que por razones médicas, ninguna de las dos puede gestar, y siempre que se den las circunstancias y requerimientos previstos en los artículos 130 y siguientes de aplicación del Código de las familias, proceda la gestación solidaria, supuesto en el cual la fallecida sería madre legal *post mortem* en todo caso, ya haya aportado el óvulo (madre biológica) o no.

2.2.2. Especial referencia al supuesto de parejas de hombres. La posibilidad de utilización de los gametos del fallecido a través de la gestación solidaria

En relación con las parejas homoafectivas masculinas en el contexto cubano, no así, *verbi gratia*, en el español, cabría la posibilidad también de una inseminación *post mortem*, seguida de una gestación solidaria en los supuestos en los que esta procede, conforme con los dictados del Código de las familias, a lo que ya se ha hecho referencia. En tal caso, si el fallecido es el titular de los gametos y así lo hubiera dispuesto, el sobreviviente actuaría como comitente pudiendo concertar un pacto de gestación solidaria con la persona gestante, siempre que una tercera persona (mujer) aportare el óvulo, dado que por imperio del artículo 132.f la gestante no lo puede hacer. En tal caso, la fecundación ocurriría en el laboratorio y posteriormente se transferirían los embriones al útero de la gestante, «en el plazo de trescientos sesenta y cinco (365) días a partir de la autorización judicial, prorrogable una única vez mediante decisión judicial por un término de sesenta (60) días», según lo previsto en el artículo 133.2 del Código. Aquí hay que delimitar dos cuestiones, si la persona falleció en el período que media entre la fecundación extracorpórea y la transferencia de embriones, entonces no estaríamos frente a una fecundación *post mortem*, sino a una transferencia de embriones *post mortem* a través de la gestación solidaria. Si falleció sin haberse fecundado el óvulo, sí que estaríamos ante un supuesto de fecundación *post mortem*, requerimiento previo en el orden técnico para transferir *a posteriori* los embriones al útero de la persona gestante. Cabe también que el fallecido no haya sido el titular de los gametos pero tenía un proyecto de vida en común con el esposo o pareja de hecho afectiva en tal orden, en calidad de comitentes, con la aportación de los gametos de una mujer (dadora anónima) y el útero de la persona gestante y así también lo ha dejado expresado en documento indubitado. Si al fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, ya este había expresado conforme a Derecho su manifestación de voluntad a tal fin, ello supondría un reconocimiento filiatorio del hijo que se concebiría y vendría al mundo tras su deceso, cuyos padres legales serían el fallecido y la pareja o cónyuge sobreviviente. Es dable apuntar el requerimiento de la manifestación de voluntad de la persona fallecida en vida para que ello fuere posible

y también para acceder a la gestación solidaria, procedimiento que en nuestro ordenamiento jurídico exige además autorización judicial (artículos 131 y 132 del Código de las familias).

2.3. *Requisitos para que proceda*

Según el dictado del artículo 126 del Código de las familias, tres son los requisitos que deben cumplirse para que opere la práctica de la reproducción asistida *post mortem*.

2.3.1. Voluntad expresa del cónyuge o pareja de hecho afectiva de practicarse la reproducción asistida después de su fallecimiento. ¿Qué entender por documento indubitado?

La voluntad de quien aporta los gametos y de quien sin aportarlos forma parte de un proyecto de vida en el cual, aunque no sea el titular de estos, quiere asumir la paternidad o la maternidad, aun cuando sobrevenga su muerte antes de la concepción misma del hijo o hija, debe constar por escrito²⁴, pero

²⁴ En ello no hay duda alguna en el Derecho cubano. La voluntad debe ser expresa, sin resquicio alguno a la presunción, tal y como está aconteciendo en el Derecho argentino en el que dado el vacío del legislador que excluyó la figura del Proyecto del Código, ha hecho posible en determinados fallos judiciales acceder a la posibilidad de aplicar *post mortem* la inseminación artificial sobre la base de un consentimiento presunto, muy por el contrario a lo que pudiera acontecer con la transferencias de embriones *post mortem* en que tal consentimiento sí que se puede presumir. Así, en fecha 13-06-16, falleció el señor X en un accidente ferroviario ocurrido el 13-09-11, cuya esposa, acompañada por sus suegros (padres del fallecido) solicitan la extracción de material genético. Años más tarde, la viuda pretende recurrir a un procedimiento de reproducción asistida para tener un hijo con dicho material, ante la negativa del centro de salud especializado, peticiona a la justicia la correspondiente autorización para llevar adelante la práctica médica. El juzgado Nacional en lo Civil con competencia exclusiva en asuntos de familia N.º 87, en fecha 05-05-16 hace lugar a la acción. Este fallo fue comentado por la profesora HERRERA, quien con el solo título de su trabajo deja en entredicho a la jueza actuante por presumir el consentimiento del esposo fallecido para la inseminación *post mortem*. Vid. HERRERA, Marisa: «El consentimiento informado prestado desde el más allá y presumido en el más acá». En: *Diario DPI –Suplementos– Derecho Civil*,

el legislador se limita a expresar que el documento sea indubitado, y no exige expresamente que conste por escritura pública.

Documento indubitado es aquel cuya autoría no supone duda alguna en tanto se ha fijado su autor por autoridad competente. Ello supone que si bien el

Bioética y Derechos Humanos. 05-07-16, cita: IJ-DXLI-982. No obstante, otros autores que comentaron el fallo llegaron a considerar loable el presumir el consentimiento del esposo para la extracción del semen aún después de su fallecimiento. Así, BARBÓN LACAMBARA, José Antonio: «Fecundación asistida *post mortem*. Más allá de la vida y del Código, más acá del Derecho». En: *Revista Interdisciplinaria de Familia*. N.º 6, septiembre 2016, 06-09-2016, cita: IJ-CXXIX-292. Otro fallo interesante en la doctrina argentina que justifica alarmantemente la intrascendencia del consentimiento expreso del dador de los gametos para que su pareja se insemine aún después de su fallecimiento lo constituyó el caso Sandoval, María Cecilia p/ Medida Autosatisfactiva, conocido por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de la Primera Circunscripción, Cámara Tercera 07-08-2014, cita: IJ-CMXX-485. En dicho fallo, el tribunal actuante se adhiere a la tesis de que «(e)n cuanto al consentimiento del padre fallecido, en el caso, es imposible que se hubiera otorgado al efecto de la fecundación *post mortem* toda vez que la muerte lo sorprendió en plena juventud y como consecuencia de un accidente laboral; aunque, de todo modos la cuestión es irrelevante por diversas razones de naturaleza puramente jurídica que debieron haberse tenido en cuenta al momento de resolver», entre las que inexplicablemente aduce que: «no existen derechos de personas cuya existencia se haya extinguido para el ordenamiento jurídico que puedan ser esgrimidos en contra de pretensiones lícitas y jurídicamente protegidas de personas de existencia visible», «ni siquiera en el ámbito de las sucesiones puede alegarse que el ordenamiento jurídico otorgue “derecho” al causante de que se cumplan sus disposiciones *mortis causa*, pues los beneficiarios pueden renunciar a recibir las herencias o legados, y además a quien la legislación protege y legitima para reclamar es a esos beneficiarios o a otros preteridos, no al causante». Y por último, se apoya en las normas sobre trasplantes de órganos y tejidos, sin tener en cuenta que los gametos son células germinales, o sea, que crean vida, con las implicaciones filiatorias que ello lleva. En tal orden, arguye que «(s)olo las leyes que han regulado la ablación y trasplantes de órganos y tejidos han establecido el respeto a la voluntad expresa del donante en vida, de distintas maneras, por tratarse de aspectos que la legislación considera ligadas a los atributos de la personalidad y a la auto-determinación. Pero dejando a salvo la situación excepcional de quienes fallecen sin haber emitido su voluntad sobre este aspecto, en cuyo caso los parientes establecidos en el artículo 21 y ss. de la ley pueden atestiguar sobre su voluntad». Empero, por fortuna, en otros fallos el resultado ha

documento público notarial es un documento indubitado dado que el notario tiene que dar juicio de identidad de la persona que comparece ante él (artículos 64.c y 81.c del Reglamento notarial), so pena de nulidad de dicho documento (artículo 16.b de la Ley de las notarías estatales), también tiene tal carácter el documento privado, cuya firma es reconocida en sede judicial

sido adverso, así, en los autos del proceso C., E. s/Autorización, conocido por el Juzgado Nacional de 1.ª Instancia en lo Civil, de 05-02-2020, cita: IJ-CMXII-890, se deja dicho que: «si bien la fecundación *post mortem* no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico positivo –ni prohibida ni permitida–, lo cierto es que la autorización solicitada en la especie no ha de prosperar ya que, a criterio de la suscripta, de los elementos de prueba que obran en autos no surge que se hubiere dado cumplimiento a un requisito básico para cualquier técnica de fecundación humana asistida, cual es el consentimiento informado prestado en forma expresa y personal por la persona interesada en llevarla adelante. En pocas palabras, podemos decir que la llamada voluntad procreacional, no es más ni menos que el querer engendrar un hijo (...) y se plasma mediante el otorgamiento del consentimiento libre e informado. Para decirlo de otro modo, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal (...) No cabe duda alguna que las personas que desean someterse a este tipo de prácticas (en este caso fecundación *post mortem*), ineludiblemente deberán manifestar su voluntad procreacional expresa ante el profesional, para que la lleve adelante o no, aun después de la muerte. Esta manifestación de la voluntad, expresada en el ámbito de la relación médico paciente, es lo que se ha dado en llamar consentimiento informado, en este caso, para llevar adelante un plan parental por medio de una técnica de reproducción humana asistida. Insisto, no se puede presumir el consentimiento del Sr. T., quien en vida fuera el esposo de la actora, en virtud de que era un derecho subjetivo personalísimo del mismo, que feneció con su muerte. Por ello, he de denegar la autorización para el uso del material genético criopreservado en un procedimiento de fecundación asistida *post mortem*; por lo que no me expediré respecto a los potenciales efectos filiatorios y sobre la vocación hereditaria del niño/a futuro». En la doctrina argentina, también hay voces que se han pronunciado en contra de admitir un consentimiento presunto para la inseminación *post mortem*, así, PÉREZ: ob. cit. («Fertilización *post mortem*...»), quien expresa que «(e)l acto de procrear es un acto personalísimo y no puede (o no debería) ser objeto de una presunción. Es decir, tanto en los casos en que se pretenda hacer una extracción compulsiva de material genético del premuerto, cuanto se desee utilizar el material genético criopreservado de aquél, es preciso contar con una expresión de la voluntad clara. La criopreservación de material genético no puede implicar en sí misma procrear bajo cualquier circunstancia, entre ellas, los casos de fecundación *post mortem*». En la jurisprudencia brasilera más reciente, también la posición prevalente

(*vid.* artículos 620.1.e y 625 del Código de procesos²⁵, en lo que se refiere al proceso ejecutivo de una deuda preexistente, pero que pudiera utilizarse también en otros asuntos de diversa naturaleza).

Tratándose de la posibilidad de aplicación *post mortem* de la reproducción asistida, por una cuestión de seguridad jurídica conviene que se exprese la manifestación de voluntad por escritura pública notarial. Es más, dado que el artículo 120.1 del Código de las familias deja dicho que «La voluntad de las personas que intervienen en el proceso se entiende exteriorizada mediante el consentimiento libre, informado, expreso y previamente otorgado en escritura pública notarial», debería ser ese el momento en que se exprese también la voluntad en el sentido de admitir una aplicación *post mortem* de la reproducción asistida, si se dieran las circunstancias. No obstante, cabe perfectamente que ello no se haya exteriorizado en dicha escritura pública²⁶,

es la contraria a admitir la inseminación *post mortem* sin el consentimiento expreso de la persona fallecida. *Vid.* FRANCISCO DE FARIA, David y CASTRO MENEZES MOTA, Shirlei: «*Inseminação post mortem: dilemas bioéticos e jurídicos na concepção de criança órfã em Portugal e no Brasil*». En: *Revista Internacional Consinter de Direito*. N.º XV, 2.º semestre de 2022, pp. 469-491. En definitiva, como sentencia la profesora RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Hay que preguntarse por el significado concreto de que una persona deposite sus gametos en un centro autorizado. Sin duda este hecho revela su intención clara de procrear en un futuro próximo y, además, de hacerlo mediante las técnicas de reproducción asistida, pero desde luego ello no supone ninguna prueba de la voluntad de procrear bajo cualquier circunstancia, incluso después de la muerte». *Vid.* RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción *post-mortem* y la doble maternidad». En: *Boletín del Ministerio de Justicia*. N.º 2179, año LXIX, junio 2015, www.mjusticia.es/bmj.

²⁵ *Vid.* Código de procesos, Ley N.º 141 de 28-10-21, en: *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, N.º 138, de 07-12-21.

²⁶ Así, al menos lo propicia la Dirección de Notarías del Ministerio de Justicia en su Indicación metodológica N.º 7 de 19-12-22 –actualizada el 11-11-23– (apartado cuarto). No obstante –aun su actualización– no se prevé en dicha Indicación que tiene por fin la instrumentación del consentimiento informado en sede notarial, que quien manifieste la voluntad sea el integrante de la pareja que no aportó los gametos pero que con su manifestación de voluntad asume una filiación *post mortem*, como miembro de la pareja que sí ha aportado los gametos.

previo al momento de iniciar la práctica de cualquiera de las técnicas, y la persona ante la inminencia de la muerte, decida expresar la voluntad en un documento privado, debidamente firmado y con la fecha del momento en que lo expresa, lo cual a mi juicio, siempre que dicha firma se reconozca ante el tribunal competente, tendría el valor de documento indubitado a que hace alusión el inciso a del artículo 126 del propio Código. Tómese en consideración que el requerimiento de la instrumentación de la manifestación de voluntad por escritura pública – tal y como lo dispone el artículo 120.1– es para la aplicación de las técnicas en vida de ambos miembros de la pareja conyugal o afectiva, pero no necesariamente cuando la inseminación artificial en concreto, opera tras el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, pues para estas especiales circunstancias las posibilidades que ofrece el legislador son más amplias, dado que con la expresión «documento indubitado» se incluyen otras alternativas distintas de la escritura pública notarial.

En el concepto de «documento indubitado» queda incluida también la posibilidad de manifestar la voluntad a través de un testamento ológrafo, que aunque su forma es privada, si cumple con los requerimientos que establece el artículo 485 del Código Civil, logra vencer la adveración judicial y en consecuencia reconocerse como testamento, expresión de la última voluntad de una persona y con ello acceder al Registro de actos de última voluntad y de declaratoria de herederos a los fines de su publicidad²⁷ también se tendrá

²⁷ Como ha dejado sentando nuestra jurisprudencia «... es reconocido el testamento ológrafo como aquel redactado íntegramente, de puño y letra del testador, con expresión de la fecha de su otorgamiento, firmado por el mismo y averdado judicialmente; por lo que la adveración del testamento ológrafo deviene en elemento de forma que se considera con carácter de requisito esencial, quedando supeditada la validez del acto al hecho de la adveración; y por tanto esta es un presupuesto lógico de validez del acto sin el cual la declaración de voluntad no produce efecto alguno; señalado lo anterior, y comoquiera que advenir significa certificar, por ello mediante el breve procedimiento establecido en nuestro ordenamiento procesal, de resultar viable, se acredita que el acto se ajusta a las exigencias establecidas y además se comprueba la autenticidad e identificación del causante, a partir de la escritura y de la firma...», Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, sent. N.º 360, de 28-09-11, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez.

por indubitada su autoría. Resulta irrelevante a mi juicio que el Código Civil establezca en su artículo 29.6 –tal y como fue modificado por la disposición final primera del Código de las familias– que la edad para testar es a partir de los 12 años, pues para crioconservar los gametos se hace necesario acudir a las técnicas de reproducción humana asistida, para la cual el Reglamento de la reproducción humana asistida (Resolución 1151/2022, de 27 de octubre) establece un rango etario que supera la mayoría de edad (*vid.* artículos 12.a y 18), de ahí que el testador siempre ha de tener una edad que le habilite acudir a las técnicas.

Por supuesto, las garantías del documento público notarial nunca se lograrían con cualquier otra modalidad documentaria, sobre todo por el juicio de discernimiento que da el notario, ahuyentando además –en mayor medida– cualquier sospecha de dudas sobre la existencia de vicios en la manifestación de voluntad o de la plena libertad del sujeto al momento de expresar su voluntad a tal fin, dado el manto de cobertura de la fe pública notarial. Esta posibilidad es idónea, además, porque cuenta con el asesoramiento técnico de un notario, lo que dota al documento de una fuerte presunción de autenticidad, de veracidad, de legitimación y de legalidad. La fe pública notarial hace que el documento en que se contenga la voluntad de la persona, sea un documento blindado en el tráfico jurídico, que presupone un negocio perfecto, en un documento también perfecto. Quien concurre ante notario, no solo encontrará la seguridad jurídica documental, sino también la sustantiva, en tanto la voluntad exteriorizada estará plenamente informada y racionalmente exteriorizada, amén de la claridad de los términos en los que se corporifica.

2.3.1.1. El *ius poenitendi* del titular de los gametos o de su pareja

El derecho de disponer de los gametos a los fines procreacionales, puede ejercerse, eso sí, *ad nutum*. Nada compele a su titular a mantener en pie la declaración de voluntad contenida en un documento indubitado. Si bien es cierto que el artículo 126 no prevé expresamente tal derecho, ello está reconocido en el artículo 121.2 que lo regula con alcance general no solo en casos de inseminación artificial sino también en supuestos de transferencias de embriones previa fertilización *in vitro*, de modo que el Código franquea

incluso la posibilidad de que la persona que haya inicialmente consentido para aplicar una fertilización *in vitro* con transferencia de embriones, pueda después retractarse de ello, *ergo*, igualmente si lo previó para que la reproducción se practique tras su muerte, puede con las mismas formalidades retractarse de lo dicho a través de la revocación, que en el caso de la *post mortem* –a mi juicio– sería suficiente que también constara por documento indubitado. En fin, en cualquier momento puede ejercer el *ius poenitendi* y destruir voluntariamente la eficacia del acto. Tal carácter forma parte de la naturaleza jurídica del acto dispositivo, aún haya sido recepcionada su voluntad por su pareja. Tratándose de una disposición con efectos *post mortem*, mientras no sobrevenga la muerte, puede ser enteramente revocable. Cabe además que el contenido del acto revocatorio se limite, con exclusividad, a que los gametos o embriones, sean utilizados tan solo mientras viva su titular, no así *post mortem*, a pesar de que en un momento se dispuso lo contrario. El autor de la declaración de voluntad puede ir sobre sus pasos, y retractarse mientras tenga vida. Eso sí, cabe la posibilidad que tanto la manifestación de voluntad en sentido positivo como su revocación pueden exteriorizarse a través de apoyos, de tratarse de personas en situación de discapacidad que necesitan de estos para expresar su voluntad. Por la trascendencia que tiene la revocación, en mi criterio –y en aras de la seguridad jurídica–, debe constar en documento indubitado, de la misma manera en que el legislador así exige que se exprese la voluntad para admitir una reproducción asistida tras la muerte, ya sea del titular de los gametos o de su pareja.

2.3.2. Que se limite a un solo parto

Aunque pueda parecer un absurdo, este requerimiento no lo es. Tratándose de una fecundación *post mortem* –y valga la aclaración– la posibilidad de ser utilizados los gametos tanto masculinos como femeninos, se limitan a una sola oportunidad.

Si se tratara de embriones extracorpóreos, habría que precisar si este requerimiento también resulta de aplicación, pues en principio debiera propiciarse su implantación en el útero ya sea materno o de la persona gestante, pues no se está concibiendo un hijo después de la muerte de uno de sus padres

o madres, concebido ya estaba, sino permitiendo la posibilidad de nacer a los embriones crioconservados. Razón esta que justifica su implantación para que tenga lugar la continuación de su desarrollo celular, detenida durante el proceso de congelamiento. En tales circunstancias habría que precisar si este requisito que el legislador impone es de aplicación también al supuesto de transferencia embrionaria *post mortem*, pues aunque resulte poco probable, en el tiempo dispensado en la norma, pudiera tener lugar más de un parto, si la segunda implantación opera poco tiempo después del primer parto, sin obviar la posibilidad –muy frecuente por cierto– de que se transfiera más de un embrión, deviniendo un parto múltiple, presupuesto que sí habilita el legislador, cualquiera sea la técnica que se emplee en circunstancias de previo fallecimiento de uno de los miembros de la pareja.

A los fines del cumplimiento de tal requisito conviene llevar a cabo por las autoridades sanitarias los controles correspondientes para evitar evadir la aplicación de la norma.

2.3.3. Temporalidad. Plazo ordinario de un año. La prórroga concedida judicialmente

La reproducción asistida *post mortem* necesariamente ha de aplicarse en el plazo que establece la ley, incluido el supuesto de transferencia de embriones tras el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja. El plazo busca garantías en el orden legal a los herederos de la persona fallecida, cuyos derechos sucesorios podrían verse disminuidos o extinguidos por el resultado –con éxito– de la aplicación de las técnicas, según las circunstancias de cada caso. La seguridad jurídica en sede sucesoria, impulsa, sin duda, la necesidad de poner cortapisas al ejercicio dilatado en el tiempo del derecho a practicar las técnicas de reproducción humana asistida. El plazo concedido es ante todo convencional, no hay razones científicas que apunten a que un plazo es más prudente que otro. Se siguió la fórmula del legislador español del artículo 9 de la Ley 14/2006 que había superado el plazo de seis meses que concedió la Ley 35/1988, insuficiente para un proceso no solo 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 persona sobreviviente, máxime cuando se trate de la mujer que pretenda inseminarse después de la muerte de su pareja. Suele acontecer que el fallecimiento de las personas que prevén y autorizan una reproducción asistida *post mortem* está asociado a un largo proceso de enfermedades oncológicas, donde no solo se desgasta físicamente el enfermo, sino los familiares más propinuos, entre ellos su pareja, 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. El plazo de un año, sin lesionar los derechos de terceros, resulta atinado y justo. No pone en apuros a la persona sobreviviente de la pareja, ni va en desmedro de los derechos de aquellos pretensos herederos concurrentes²⁸, o no²⁹, con el superpóstumo. No obstante, en la doctrina extranjera, hay quienes abogan por un plazo más prolongado, a mi juicio, demasiado peligroso³⁰. Eso sí, lo que queda claro es que decursado ese plazo, de aplicarse las técnicas, no cabría efectos filiatorios, ni sucesorios, respecto del concebido, aunque el resultado de las pruebas genéticas denuncie la verdadera relación filiatoria entre la persona nacida y su finado padre o madre. Extremo que algunos autores consideran discriminatorio en el orden constitucional, por afectar derechos filiatorios y sucesorios del hijo procreado extemporáneamente³¹.

²⁸ Como el resto de los hijos, a la postre, hermanos del superpóstumo.

²⁹ Como pudieran ser los padres o demás ascendientes, hermanos del causante, sobrinos o el resto de los colaterales, según los artículos del Código Civil.

³⁰ Sobre tal particular *vid.* CÁRCABA FERNÁNDEZ: *ob. cit.* (*Los problemas jurídicos...*), pp. 94 y 95 y en concreto los criterios manejados por la autora, de la doctrina española y foránea en nota 191.

³¹ *Vid. ibíd.*, pp. 90-93. Con extrema vehemencia BUSTOS PUECHE: *ob. cit.* (*El Derecho Civil...*), pp. 176 y 177, quien considera inconstitucional el artículo 9.1 de la Ley (trasunto del cual es el actual 9.1), dado que pretende impedir a un hijo la determinación de su filiación matrimonial, cuando se sabe a ciencia cierta quién fue su padre, por la razón ridícula –según apunta el autor– de inobservancia de requisitos de tiempo y forma. De esta manera lo tilda de inconstitucional, dado que el hijo procreado en estas circunstancias, se le niega el derecho de llevar los apellidos del padre que todos reputan como progenitor y, en consecuencia, de participar en su herencia.

Respecto del *dies a quo* para el cómputo del plazo de doce meses, será aquel a partir del día siguiente al del fallecimiento de la persona que ha querido asumir la paternidad o la maternidad, aun *post mortem*, o desde la fecha en que se entiende sucedida su muerte, según lo contenido en la sentencia que en su día se dicte sobre presunción judicial de muerte³², que ha de atenerse a lo previsto en el artículo 36.2 del Código Civil, a saber: el «momento en que se produjo el acontecimiento que hizo presumir la muerte o se tuvieron las últimas noticias del desaparecido».

El plazo previsto *ex lege* puede no obstante prorrogarse, a mi juicio, siempre que existan causas justificadas –si bien nada se establece en la norma legal–. Al tratarse de una prórroga, su solicitud debería estar resuelta en sede judicial antes de que finalice el plazo de 365 días, inicialmente dado. La prórroga hay que verla como una excepción, lo cual hace que el plazo total sea de 425 días. Si la prórroga no se solicita en sede judicial y se otorga antes de que finalice el plazo inicial de 365 días, no sería entonces una prórroga porque no supondría una extensión del plazo sin solución de continuidad. Si su solicitud se hace después de transcurridos el plazo de ley, entonces ya habrá concluido este, y los herederos pudieran interesar la tramitación de la sucesión, porque la prórroga implica la inexistencia de período alguno de interrupción del discurrir del plazo. Se prorroga lo que aún no ha concluido, para evitar precisamente períodos intermitentes que a la postre no harían más que aumentar la incerteza de los derechos sucesorios de terceros y dilatar el fenómeno sucesorio, en desmedro de los derechos de los herederos.

3. La capacidad para suceder del concebido *post mortem*

Por último, es dable apuntar que al reconocerse la posibilidad de aplicar las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem* y concretamente la inseminación, se hizo necesario modificar el Código Civil para habilitar la capacidad para suceder del *concepturus*.

³² Por el tribunal municipal competente, según lo prevé el artículo 24.1.k del Código de procesos, sustanciándose por los trámites de la jurisdicción voluntaria, conforme lo dispuesto en el artículo 601.9.e del propio Código.

El término *concepturus* o *nondum conceptus* se refiere a un ser hipotéticamente existente, una realidad futura³³,

... o sujeto de derecho futuro a favor del cual, por medio de una ficción legal, se realiza una atribución patrimonial. Se trata de un término adoptado por la doctrina jurídica, por el cual se expresa la posibilidad del nacimiento de un ser humano que no se encuentra siquiera concebido en el momento en que se realiza un determinado acto jurídico (generalmente una atribución patrimonial), cuya eficacia depende de un suceso futuro e incierto (condición suspensiva): el nacimiento de dicho ser. Como realidad hipotética el *concepturus* puede llegar a ser concebido y efectivamente nacer o, por el contrario, no verificarse nunca tal evento (...) *Conceptus* y *concepturus* son especies que pertenecen al mismo género (*nasciturus*) pero no se identifican pues, el primero, es una realidad –ser ya concebido– mientras que, el segundo, es solo una hipótesis, admitida mediante una ficción jurídica, que bien puede no verificarse...³⁴.

De este modo, no solo el *nasciturus* tiene capacidad para suceder, conforme con lo dispuesto en el artículo 25 del Código Civil, sino también el *concepturus* y de modo directo, sin necesidad de recurrir (por vía oblicua) a otras figuras –como ha acontecido en el Derecho español– con la sustitución fideicomisaria, los legados y la institución de herederos bajo condición suspensiva³⁵. De ahí que el artículo 466.2, inciso b, del Código Civil –tal y como fue modificado por la disposición final décimotercera del Código de las familias– prevea la capacidad para suceder del *concepturus*, en tanto que la del *nasciturus in utero* o *in vitro* viene regulada en el inciso a, siempre que nazca con vida.

³³ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Capítulo IV. Constitución del derecho hereditario». En: *Derecho de sucesiones*. T. I. Editorial Félix Varela. L. PÉREZ GALLARDO, coord. La Habana, 2004, p. 127.

³⁴ Vid. HUNG GIL, Freddy A.: *La protección jurídica al concebido no nacido en el Derecho civil*. Ediciones Olejnik. Santiago de Chile, 2018, p. 20.

³⁵ Sobre el tema, vid. PÉREZ GALLARDO: ob. cit. («Capítulo IV. Constitución...»), pp. 125-130 y la doctrina que allí se cita.

A modo conclusivo

El Código de las familias extiende el manto protector del Derecho a la filiación derivada de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, resultando hoy día uno de los cuerpos legales que más alternativas y opciones ofrece a las personas, pretendan estas desarrollar sus planes reproductivos, ya sea en pareja o individualmente, cualquiera sea su orientación sexual o género.

El artículo 126 de dicho cuerpo legal da cobertura a la fecundación *post mortem*, o sea, la que tiene lugar tras el fallecimiento de cualquiera de los miembros de una pareja, y no solo del hombre, de modo tal que la persona sobreviviente puede interesar la práctica de la inseminación artificial, ya sea homóloga o heteróloga, siempre que su pareja haya expresado tal voluntad en documento indubitado, manifestación de voluntad que tendrá el valor de reconocimiento filiatorio, cuya fuente es la voluntad procreacional, aun cuando la persona fallecida no sea la titular de los gametos que se empleen en la inseminación y siempre que esta se practique en el plazo de ley. La no distinción del género de la persona fallecida y de la persona sobreviviente se debe a que en el Código también se admite la gestación solidaria, de modo que las parejas de hombres, casadas o en unión de hecho afectiva, pueden emplear –en los que casos en que opere– el procedimiento de gestación solidaria, con gametos de la persona fallecida o de su cónyuge o pareja sobreviviente, en todo caso, la calidad de comitente puede darse también respecto de la persona fallecida, siempre que se cumplan con los requerimientos exigidos para la autorización de la gestación solidaria en vía judicial.

Al amparo del mencionado precepto legal, también tiene protección la transferencia de embriones, tras el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja. Si bien nada dice la norma expresamente al respecto, no puede perderse de vista que el legislador no lo prohíbe, de modo que si se admite la inseminación artificial *post mortem*, *a fortiori* debe darse cabida a la fertilización *in vitro* con transferencia de embriones *post mortem*, tratándose de un *nasciturus* extracorpóreo o *in vitro*, ha de presumirse la aquiescencia de la persona fallecida que en vida concibió al *nasciturus*, luego criopreservado,

que necesitaría el útero (materno o no) para continuar con su desarrollo vital. En todo caso, no se trataría de un hijo superpóstumo, sino de un póstumo, en relación con el cual siempre tendría a su favor la previsión del artículo 25 del Código Civil.

A diferencia de otros cuerpos normativos, el vigente Código Civil, reformado por el Código de las familias, reconoce la capacidad para suceder no solo del *nasciturus*, sino también del *concepturus*, fruto de una fecundación *post mortem*, de manera que el derecho a suceder le viene dado recta vía y no a través de mecanismos sucesorios indirectos que hacen suponer un camino sinuoso para acudir a la herencia.

* * *

Resumen: El autor examina la reciente normativa en materia de reproducción asistida *post mortem* que se desprende del Código de las familias de Cuba. Para tales fines, se analiza el artículo 126 que regula tal supuesto, inquiriendo tanto las diversas opciones que se contemplan como los requisitos de procedencia, en donde se destaca la voluntad procreacional, número de partos y temporalidad. **Palabras clave:** Reproducción asistida *post mortem*, concepción humana, inseminación artificial. Recibido: 06-01-24. Aprobado: 19-03-24.

*Post-mortem assisted reproduction in the Cuban Family Code:
an overview of its article 126*

Abstract: The author examines the recent regulations on assisted reproduction *post mortem* that arise from the Cuban Family Code. For such purposes, article 126 that regulates such a case is analyzed, inquiring about both the various options that are contemplated and the requirements of origin, where the procreative will, number of births and temporality are highlighted. **Keywords:** Assisted reproduction *post mortem*, human conception, artificial insemination.