

DANDO VIDA DESDE LA MUERTE: LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM Y SUS EFECTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

ARTÍCULO

LUCÍA PÉREZ MARTÍNEZ*

No hay hecho jurídico que rebase en importancia al de la muerte. La muerte, el más conmovedor fenómeno *vitae hominis*, remece con violencia atronadora hasta el último inciso del ordenamiento legal, produciendo una verdadera conmoción en el mundo jurídico.

INTRODUCCIÓN.....	840
I. TÉCNICAS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.....	841
A. <i>Inseminación artificial post mortem</i>	841
II. CONTEXTO HISTÓRICO	842
A. <i>Primer caso de inseminación artificial post mortem</i>	842
B. <i>Sociedad americana para la reproducción médica</i>	843
III. MARCO LEGAL INTERNACIONAL	844
A. <i>España</i>	844
B. <i>Portugal</i>	846
C. <i>Francia</i>	847
IV. MARCO LEGAL DE LA UTILIZACIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM EN EE. UU.	849
A. <i>Legislación y jurisprudencia estadounidense</i>	849
B. <i>Controversias relacionadas a la herencia</i>	853
C. <i>Beneficios del seguro social para niños concebidos póstumamente</i>	855
V. REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL EN PUERTO RICO.....	856
A. <i>Autonomía reproductiva y derecho a la intimidad</i>	856
CONCLUSIÓN.....	860

* Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico. Realizó sus estudios subgraduados en Ciencias Políticas con concentraciones menores en sociología y lenguas extranjeras en la mencionada institución. Actualmente forma parte del Cuerpo de Redactores e Investigadores de la Revista de Derecho Puertorriqueño Vol. LXIII.

INTRODUCCIÓN

Con el transcurso del tiempo, la concepción general de lo que representa la familia ha evolucionado en respuesta a los ideales socioculturales contemporáneos.² Se reconoce que históricamente no ha existido solamente una conjetura de lo que constituye la familia, sino que estas “siempre reflejan las fuerzas tecnológicas, económicas y culturales de sus sociedades”.³ No existe un molde o camino único para la construcción de una familia. Un elemento silente que influye sobre nuestra concepción actual de la familia es la infertilidad. Según las cifras a nivel mundial, se reporta un aumento en el número de personas que no pueden tener hijos en las últimas décadas.⁴ Por ejemplo, según una encuesta de la Organización Mundial de la Salud en el 2010, aproximadamente el diez por ciento (10%) de las mujeres experimentan infertilidad de alguna manera.⁵ Por otro lado, un estudio realizado por los Institutos Nacionales de Salud refleja que aproximadamente el doce por ciento (12%) de las parejas en edad reproductiva tienen dificultades para concebir.⁶ Ante este problema, la tecnología de reproducción asistida brinda tratamientos y procedimientos de fertilidad que pueden ayudar con las dificultades o la incapacidad de concebir hijos.⁷ La inseminación intrauterina es un método de reproducción artificial que captó la mayor parte del mercado en el año 2018 y se proyecta que se convertirá en uno de los sectores de más rápido crecimiento en los próximos años.⁸ La muerte ya no es un obstáculo para el nacimiento de un niño, sino que técnicamente es perfectamente posible considerar el nacimiento de un niño después de la muerte de uno de sus progenitores. Sin embargo, ¿es éticamente justificable la reproducción *post mortem*? ¿Es moralmente correcto recuperar material genético de pacientes fallecidos que no dieron su consentimiento? Si los espermatozoides recuperados se congelan, ¿cuáles deberían ser los términos del acuerdo de almacenamiento de estos? ¿Se debería implementar restricciones sobre quién puede ser inseminado? ¿Cómo garantizamos que se respeten los deseos del difunto en lo que respecta a las decisiones reproductivas tomadas después de su muerte? ¿Qué derechos tienen los hijos concebidos póstumamente a heredar del patrimonio del padre fallecido? Los nuevos avances tecnológicos en el campo de la inseminación artificial traen consigo complejas controversias legales y éticas que deben ser consideradas.

1 Cám. Comer. Mayoristas PR v. Hernández, 140 DPR 325, 327 (1996) (Negron García, opinión concurrente) (citando a Roberto Ato del Avellanal, *Proyecciones jurídicas de la muerte en diversas ramas del derecho*, 9 REV. COL. ABOG. LA PLATA 87, 89 (1967)).

2 *La Familia en la actualidad*, CLÍNICA EOS (30 de agosto de 2022), <https://clinicaeos.com/blog/areas/la-familia-en-la-actualidad/>.

3 *Cambios en la familia a través del tiempo*, PLATAFORMA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES (13 de noviembre de 2021), <https://leyderecho.org/cambios-en-la-familia-a-traves-del-tiempo/>.

4 *Global Artificial Insemination Market*, SPHERICAL INSIGHTS (septiembre 2022), <https://www.sphericalinsights.com/reports/artificial-insemination-market> (traducción suplida).

5 *Id.*

6 *Id.*

7 Kathleen Davis, *What to Know About Assisted Reproductive Technology*, MEDICAL NEWS TODAY (19 de octubre de 2021), <https://www.medicalnewstoday.com/articles/assisted-reproductive-technology>.

8 *Global Artificial Insemination Market*, *supra* nota 4.

En este escrito se discutirá el estatus legal de la reproducción médica asistida póstuma en el ordenamiento jurídico estadounidense y en jurisdicciones internacionales, particularmente en España, Portugal y Francia. La finalidad es dar a conocer avances en las técnicas de reproducción, centrándose específicamente en la fecundación *post mortem*, de manera que se exponga cómo otras jurisdicciones han reglamentado el procedimiento y determinar qué medidas deben ser implementadas en la nuestra. De igual forma, se intenta anticipar aspectos legales que puedan surgir de la práctica para identificar vacíos en el ordenamiento legal. Se procura abrir una discusión acerca de cómo atender asuntos relacionados con este procedimiento en Puerto Rico, ya que, tal como ocurre en la mayor parte de los países, aún no se ha dicho nada al respecto; ni por vía jurisprudencial ni por vía reglamentaria.

El tema de la inseminación artificial, concretamente la recuperación de esperma *post mortem*, es uno complejo y novedoso que debe atenderse con el propósito de mantenernos actualizados con sus avances y manejar estos asuntos de la manera más ética posible.

I. TÉCNICAS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

A. Inseminación artificial *post mortem*

La inseminación intrauterina es un tipo de inseminación artificial que trata la infertilidad colocando los espermatozoides directamente en el útero en el momento en que el ovario libera uno o más óvulos para ser fertilizados.⁹ El resultado esperado de la inseminación intrauterina es que los espermatozoides naden hacia las trompas de Falopio y fertilicen un óvulo en espera, hasta lograr un embarazo.¹⁰ Según la procedencia del semen, se distinguen dos tipos de inseminación artificial: la inseminación artificial homóloga y la inseminación artificial heteróloga.¹¹ La primera es aquella que se realiza con el esperma de la pareja, mientras que la segunda es con el semen de un donante anónimo.¹² Estos métodos buscan “asistir a aquellas parejas capacitadas para afrontar la responsabilidad de una familia y que, sin embargo, no [tienen] la capacidad de procrear de forma natural”.¹³

Por otro lado, el método de recuperación de esperma *post mortem* trasgrede la línea entre la vida y la muerte,¹⁴ mediante la extracción de esperma viable de un hombre recientemente fallecido para ser utilizado en procedimientos posteriores mediante tecnología de reproducción asistida.¹⁵ Este es uno de los varios procedimientos de reproducción asistida

9 Intrauterine Insemination (IUI), MAYO CLINIC (12 de septiembre de 2023), <https://www.mayoclinic.org/tests-procedures/intrauterine-insemination/about/pac-20384722>.

10 *Id.*

11 *Métodos de Reproducción Asistida*, SANITAS (23 de mayo de 2023), <https://www.sanitas.es/biblioteca-de-salud/ginecologia/exploraciones-ginecologia/sano41995wr>.

12 *Id.*

13 Lesy Annette Irizarry Pagán, *Implicaciones jurídicas de la inseminación artificial post mortem*, 39 REV. D.P. 165 (2000).

14 Michael Ernst et al., *Spawn of the Dead: A History of Postmortem Sperm Retrieval*, 201 J. UROLOGY e243 (2019).

15 Jaime Thomas et al., *A Case Report on the Prolonged Viability of Postmortem Human Testicular Sperm*, 4 F&S RPT. 235 (2023), (citando a Andrew R. Zinkel et al., *Postmortem Sperm Retrieval in the Emergency Department: A Case Report and Review of Available Guidelines*, 3 CLINICAL PRACTICE AND CASES IN EMERGENCY MEDICINE 405 (2019)).

utilizados para congelar espermatozoides, óvulos y embriones para luego revivirlos de forma viable logrando así el nacimiento después de la muerte de su progenitor.¹⁶ Las muestras de semen pueden conservarse congeladas y seguir siendo viables para la fecundación años más tardes.¹⁷ Esto conlleva un monitoreo exhaustivo y rutinario de la temperatura y el nivel de nitrógeno líquido de los *criobancos*, que almacenan las muestras.¹⁸ De esta forma, se evita la pérdida de la calidad de las muestras.

La fecundación *post mortem* es mayormente utilizada en los casos de muerte de un cónyuge por enfermedad, accidente o guerra antes de que la pareja tuviera la oportunidad de concebir.¹⁹ Así, los sobrevivientes en duelo que desean conservar una parte de su ser querido fallecido tienen la oportunidad de tomar decisiones informadas en casos particulares, como optar por el procedimiento de preservación de esperma póstumo.²⁰ Los gobiernos han respondido de manera diversa ante esta nueva técnica de reproducción artificial.²¹ La recuperación de esperma *post mortem* ha demostrado exitosamente producir descendencia viable y su uso ha seguido en incremento con los años.²²

II. CONTEXTO HISTÓRICO

A. Primer caso de inseminación artificial *post mortem*

A finales de la década de 1970, el urólogo Cappy Rothman de Los Ángeles, California, realizó la primera extracción de esperma *post mortem*.²³ Antes de esto, Rothman trabajó en la extracción de esperma de hombres infértiles.²⁴ Este trabajo le proporcionó vasto conocimiento respecto a la anatomía reproductiva masculina y la experiencia en el proceso de extracción y preservación de esperma permitiéndole ayudar a hombres con problemas reproductivos.²⁵ El primer caso de recuperación de esperma *post mortem* en 1980 involucró a un hombre de treinta años que sufrió muerte cerebral después de un accidente automovilístico y cuya familia solicitó dicha preservación, según reportó Rothman.²⁶ El primer nacimiento vivo resultante de una extracción *post mortem* no fue hasta 1999 cuando

¹⁶ Maria Doucettperry, *To Be Continued: A Look at Posthumous Reproduction As It Relates to Today's Military*, THE ARMY LAW., mayo 2008, en las págs. 1-2.

¹⁷ Claudia Maniscalco, *Todo sobre la gestacion 'post-mortem' como la de Ana Obregon: ¿Se necesita tener pareja? ¿Es legal en España?*, 20MINUTOS (6 de abril del 2023), <https://www.20minutos.es/noticia/5116506/0/todo-la-gestacion-post-mortem-como-la-de-ana-obregon-se-necesita-tener-pareja-es-legal-en-espana/>.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ The Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Posthumous Reproduction*, 82 FERTILITY AND STERILITY, 260 (2004).

²⁰ Thomas et al., *supra* nota 15, en la pág. 235.

²¹ Gulam Bahadur, *Posthumous Assisted Reproduction (PAR): Cancer Patients, Potential Cases, Counselling and Consent*, 11 HUM. REPRODUCTION 2573, 2575 (1996).

²² Thomas et al., *supra* nota 16, en la pág. 235.

²³ Jenny Morber, *The Moral Maze of Using a Dead Man's Sperm*, BBC (19 de mayo de 2016), <https://www.bbc.com/future/article/20160518-the-moral-maze-of-using-a-dead-mans-sperm>.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

²⁶ Carson Strong et al., *Ethics of Postmortem Sperm Retrieval: Ethics of Sperm Retrieval After Death or Persistent Vegetative State*, 15 HUM. REPRODUCTION 739 (2000).

Gabriela Vernoff dio a luz a su bebé Brandalynn a partir del esperma extraído por Rothman treinta horas después de la muerte de su esposo.²⁷ De acuerdo a los registros de la clínica de Rothman: en la década de 1980 se realizaron tres extracciones; quince extracciones en los 1990's; pero entre el año 2000 y el año 2014, fueron un poco menos de nueve extracciones anuales, para un total de 130.²⁸ La clínica de Rothman no es la única que ofrece este servicio.²⁹ Rothman veía la extracción de esperma *post mortem* principalmente como un acto de compasión hacia quienes atraviesan un proceso de duelo.³⁰ Aunque para los años recientes la base estadística es escasa, encuestas realizadas en centros de fertilidad de Estados Unidos en 1997 y 2002, partiendo de una muestra reducida, reflejan un aumento en solicitudes de recuperación de esperma *post mortem*.³¹

B. Sociedad americana para la reproducción médica

No obstante lo anterior, se reportó que, para el año 1997, catorce clínicas en once estados llevaban a cabo el procedimiento de recuperación de esperma póstumo, generalmente a un día tras la muerte del donante.³² Los resultados de esta encuesta reflejan que:

Los hombres, entre sesenta y quince años, habían muerto en accidentes de automóvil o de motocicleta, por rayos, en accidentes de construcción o agrícolas, o por caídas. Las solicitudes de preservación de material genético procedían de esposas, novias y padres. Recuperar material genético de los fallecidos es actualmente tan común que la Sociedad Estadounidense de Medicina Reproductiva ha desarrollado un protocolo de Reproducción Póstuma para abordarlo.³³

La Sociedad Americana de Medicina Reproductiva (ASRM, por sus siglas en inglés) actualizó sus pautas en 2018 y estableció que es “éticamente justificable” la recolección de esperma u óvulos después de la muerte si el fallecido dejó una autorización por escrito.³⁴ En ausencia de la documentación pertinente, las únicas solicitudes que se deben considerar deberán ser del cónyuge o pareja sobreviviente.³⁵ La ASRM también estableció que “se debe permitir un ‘tiempo adecuado para el duelo y el asesoramiento’ antes de cualquier reproducción póstuma asistida y que las clínicas y hospitales deben desarrollar políticas escritas si deciden ofrecer el procedimiento”.³⁶ Ciertas clínicas han informado un aumento

²⁷ Nicole Santa Cruz, *Benefits Denied to Girl Conceived with Dead Father's Sperm*, LOS ANGELES TIMES (19 de junio de 2009), <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2009-jun-19-me-dead-sperm19-story.html>.

²⁸ Morber, *supra* nota 23.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

³² Lori B. Andrews, *The Sperminator*, THE NEW YORK TIMES MAGAZINE (28 de marzo de 1999), <https://www.nytimes.com/1999/03/28/magazine/the-sperminator.html>.

³³ *Id.* (traducción suplida).

³⁴ Amanda MacMillan *What is Posthumous Sperm Retrieval?*, HEALTH (24 de junio de 2022), <https://www.health.com/condition/pregnancy/posthumous-sperm-retrieval>.

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

en las solicitudes de servicios de reproducción asistida, pero muchas carecen de políticas en relación a este procedimiento.³⁷ Aquellas que sí cuentan con las políticas pertinentes no siempre siguen las recomendaciones de la ASRM.³⁸

III. MARCO LEGAL INTERNACIONAL

A. España

En España, la inseminación artificial *post mortem* es legal desde 1988, cuando se convirtió en el primer país del mundo en contemplar esta práctica con efectos sobre la filiación.³⁹ El procedimiento está contemplado en el artículo 9.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que derogó la antigua Ley 35/1988, y establece lo siguiente:

El marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los [doce] meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.⁴⁰

La gestación subrogada en España es ilegal, sin embargo, la utilización del esperma de un hombre fallecido es legal.⁴¹ Esta Ley significó un importante progreso en el ámbito científico y médico, permitiendo que las técnicas de reproducción asistida no solo ayuden a tratar problemas de infertilidad, sino que también se utilicen en diagnósticos y en investigación.⁴² Se permite gestar tantos hijos como se desee.⁴³ En los casos en los cuales no hay un vínculo matrimonial, también es posible solo para lograr el embarazo de la mujer que en el momento de la muerte es su pareja, aclara la ley más adelante.⁴⁴

En España, se suscitaron muchas discusiones cuando la actriz y presentadora de televisión Ana Obregón utilizó un vientre de alquiler para cumplir el “último deseo de su hijo fallecido: tener un hijo”.⁴⁵ El nacimiento se anunció en un artículo de portada de la revista

37 Emma Trawick et al., *Posthumous Assisted Reproduction Policies Among a Cohort of United States' In Vitro Fertilization Clinics*, 1 F&S RPT. 66 (2020).

38 *Id.*

39 Marta Navarro Pastor, *Fecundación asistida post mortem y su tratamiento en Derecho Civil*, 6 REVISTA MÉDICO-JURÍDICA (2022).

40 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida art. 9.2 (B.O.E 2006, 14) (España).

41 Maniscalco, *supra* nota 17.

42 Exposición de motivos, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (B.O.E 2006, 14) (España).

43 *Id.*

44 Maniscalco, *supra* nota 17.

45 Jack Guy, *Mother and Grandmother to the Same Baby: Spanish Actress Sparks Surrogacy Debate*, CNN (6 de abril de 2023), <https://edition.cnn.com/2023/04/06/europe/ana-obregon-surrogacy-debate-spain-intl/index.html> (traducción suplida).

¡Hola!, que relató “cómo la actriz utilizó muestras de esperma de su hijo Aless, quien murió de cáncer en 2020 a la edad de veintisiete años, para fecundar a una madre sustituta”.⁴⁶ Obregón, aunque es la abuela biológica, figurará como la madre de la niña nacida por maternidad subrogada en Estados Unidos.⁴⁷ Además de haber utilizado material genético de su hijo después de que falleciera a causa de cáncer, también se necesitó una donante de óvulo y una mujer gestante para llevar a cabo el procedimiento.⁴⁸ El joven había congelado sus muestras de esperma en Estados Unidos antes de comenzar su tratamiento de quimioterapia.⁴⁹ Esta práctica es considerada habitual para pacientes oncológicos y es recomendada por médicos, ya que dicho tratamiento puede afectar su fertilidad.⁵⁰ La noticia “fue la más comentada en las redes sociales, en las portadas de los periódicos e incluso en el Congreso de los Diputados”.⁵¹ El nacimiento mediante gestación subrogada de quien, según Ana Obregón, es su nieta ha generado un debate sobre las implicaciones legales de inscribir a la niña en el Registro Civil y los posibles problemas que esto puede causar.⁵²

La vocal de la Asociación Española de Abogados de Familia, María Dolores López-Muelas, advirtió que “es posible que se pueda impugnar su inscripción en el Registro Civil, ya que es contraria al orden público español”.⁵³ Como hemos mencionado anteriormente, la utilización del esperma de un hombre fallecido es legal en España, pero no así la gestación subrogada.⁵⁴ No obstante, según indica la *Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, la fecundación *post mortem* no podría realizarse pasados doce meses del fallecimiento del padre, aun contando con el consentimiento de este en un testamento ológrafo.⁵⁵ También resulta imprescindible que exista consentimiento libre, consciente y formal por parte del difunto mediante escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas.⁵⁶ Aless falleció el 13 mayo de 2020 y el procedimiento de fecundación *post mortem* fue realizado dos años después, por lo que estuvo fuera del término que establece la *Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*.⁵⁷ Existe también la posibilidad de que la niña quede inscrita en España y la Fiscalía actúe contra esa inscripción por ser contraria

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ Marta Corbal, *Los líos legales de Ana Obregón para registrar a su nieta como hija en España*, EL MUNDO (6 de abril 2023), <https://www.elmundo.es/loc/famosos/2023/04/06/642da60ffc6c838d2d8b4590.html>.

⁴⁸ Maniscalco, *supra* nota 18.

⁴⁹ Clara Angela Brascia & Pablo Linde, *Madre legal, abuela biológica por vientre de alquiler: preguntas y respuestas sobre el caso de Obregón*, EL PAÍS (6 de abril de 2023), <https://elpais.com/sociedad/2023-04-06/madre-legal-abuela-biologica-preguntas-y-respuestas-sobre-el-ventre-de-alquiler-al-que-recurrio-ana-obregon.html>.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

⁵² Asun Salvador, *Los problemas legales a los que se enfrenta Ana Obregón para inscribir al bebé en España: ¿qué dice la ley? ¿Hay otros casos?*, ONDA CERO (4 de mayo de 2023), https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/problemas-que-enfrenta-ana-obregon-inscribir-bebe-espana-que-dice-ley-hay-otros-casos_20230405642da3311036390001b71192.html.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Maniscalco, *supra* nota 18.

⁵⁵ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida art. 9.2 (B.O.E 2006, 14) (España).

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*

al ordenamiento español, generando jurisprudencia.⁵⁸ La actriz afirmó tener documentos que prueban que está legalmente reconocida como madre del bebé en Estados Unidos y que adoptar a un niño nacido en el extranjero es legal en España.⁵⁹ El caso de Obregón generó debate sobre los nuevos métodos de reproducción artificial, como lo son la maternidad subrogada y la fecundación *post mortem* pues para ese entonces solo estaba permitido para adopciones internacionales.

Un año más tarde, el Tribunal Supremo de España ha aprobado que los padres de niños nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada puedan modificar el Registro Civil, cambiando el lugar de nacimiento por el domicilio familiar.⁶⁰ Esta decisión protege la privacidad del menor y su derecho a la intimidad, especialmente en casos donde la filiación materna es adoptiva.⁶¹ Este tema ha comenzado a ganar terreno en el debate público y jurídico en varios países europeos, incluyendo España. Con el incremento de casos de gestación subrogada y fecundación *post mortem*, las legislaciones nacionales se están viendo obligadas a adaptarse para regular estas prácticas y garantizar los derechos de las personas involucradas, especialmente los menores.

B. Portugal

Ângela Ferreira, líder el movimiento para legalizar la inseminación *post mortem* en Portugal, dio a luz a su hijo, Guilherme, utilizando material genético *criopreservado* de su esposo después de que éste falleciese de cáncer en 2019 y dejase por escrito su deseo de que su esposa tuviese un hijo.⁶² La historia se dio a conocer en 2020 a través de un documental de la cadena portuguesa TVI y logró que más de 100,000 personas firmaran una petición para que la propuesta se debatiera en el Parlamento.⁶³ Sus reclamos fueron escuchados y, gracias a estos, el 16 de agosto de 2023, Ferreira tuvo el hijo por el cual luchó cuatro años.⁶⁴ Además, en su camino a la maternidad, logró cambiar la ley sobre procreación médicamente asistida.⁶⁵ Tras varios proyectos de diferentes partidos, y con un veto presidencial de por medio, la inseminación artificial *post mortem* entró en vigor en Portugal en noviembre de 2021.⁶⁶ La norma permite que una mujer sea inseminada con el

⁵⁸ Salvador, *supra* nota 52.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Martialay Ângela, *El Supremo aprueba que los nacidos por gestación subrogada puedan registrarse como nacidos en España*, EL MUNDO (19 septiembre 2024), <https://www.elmundo.es/espana/2024/09/19/66eco834e-4d4d8396b8b45ba.html>.

⁶¹ *Id.*

⁶² EFE Lisboa, *Nace el primer bebé en Portugal tras la legalización de la inseminación post-mortem*, HERALDO (17 de agosto de 2023), <https://www.heraldo.es/noticias/internacional/2023/08/17/nace-el-primer-bebe-en-portugal-tras-la-legalizacion-de-la-inseminacion-post-mortem-1672327.html>.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Joana Ascensão, *Bebé nasce quatro anos depois da morte do pai: esta foi a odisseia de Ângela para legalizar a lei da inseminação pós-morte*, EXPRESSO (18 de agosto de 2023), <https://expresso.pt/sociedade/saude/2023-08-18-Bebe-nasce-quatro-anos-depois-da-morte-do-pai-esta-foi-a-odisseia-de-Angela-para-legalizar-a-lei-da-inseminacao-pos-morte-181ee95f>.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ EFE Lisboa, *supra* nota 62.

material genético de su pareja fallecida en los casos de proyectos parentales expresamente consentidos y en un periodo de entre seis meses y tres años tras la muerte.⁶⁷ Esta legislación convirtió a Portugal en uno de los primeros países en legalizar la inseminación artificial *post mortem*.⁶⁸ El Parlamento ya había aprobado la misma medida en dos ocasiones, a pesar del veto del Presidente Marcelo Rebelo de Sousa, quien inicialmente rechazó el proyecto de ley, argumentando que podría generar problemas en la sucesión.⁶⁹ El medio portugués The Portugal News informó que, después de que el Parlamento aprobara la ley en dos ocasiones y los partidos modificaran la legislación para satisfacer las peticiones de Marcelo, el presidente de la República finalmente aceptó la nueva versión de la ley número 48/2019, que regula la procreación médicamente asistida (PMA). De esta manera, se abrió la posibilidad para que las mujeres en estas condiciones pudieran quedar embarazadas utilizando el semen de sus maridos fallecidos.⁷⁰

Entre las modificaciones hechas a dicha ley se incluyó el reconocimiento del bebé entre los herederos del fallecido y “establecer que la herencia se mantendrá yacente durante un plazo de tres años tras su muerte, que será prorrogado en caso de que estén pendientes procesos de inseminación permitidos”.⁷¹ También establece que habrá “un límite máximo de tres intentos de tratamientos de inseminación”.⁷²

C. Francia

En 1984, una joven viuda, Corinne Parpalaix, demandó a un banco de espermatozoides exigiendo la devolución de una muestra congelada de su esposo recién fallecido.⁷³ Alain Parpalaix, joven de veinticuatro años que padeció de cáncer testicular, realizó un depósito de esperma en el *Centre d'Etude et de Conservation du Sperme* (CECOS, por sus siglas en francés) sin instrucciones para su uso futuro.⁷⁴ En aquella época, Alain vivía con su esposa, Corinne Parpalaix, quien solicitó el depósito de esperma.⁷⁵ Cuando CECOS denegó la solicitud, la viuda, acompañada de sus suegros, acudió a los tribunales.⁷⁶ El banco de esperma negó la solicitud de Parpalaix para obtener el semen de su esposo, argumentando que no

67 *Id.*

68 Emanuel Monteiro, *Inseminação pós-morte: gravidez de Ângela Ferreira é notícia em todo o mundo*, CNN PORTUGAL (23 de febrero de 2023), <https://cnnportugal.iol.pt/angela-ferreira/inseminacao-pos-morte/inseminacao-pos-morte-gravidez-de-angela-ferreira-e-noticia-em-todo-o-mundo/20230223/63f7c7eeocf-2665294d70c12>.

69 Paula Martins, *Portugal Pioneers Post-Mortem Insemination*, THE PORTUGAL NEWS (11 de noviembre de 2021), <https://www.theportugalnews.com/news/2021-11-11/portugal-pioneers-post-mortem-insemination/63492> (traducción suplida).

70 *Id.* (traducción suplida).

71 Fiorella Tagliafico, *Inseminación post-mortem: nació el primer bebé tras la legalización de este procedimiento en Portugal*, EL DIARIO (17 de agosto de 2023), <https://eldiario.com/2023/08/17/inseminacion-post-mortem-nacio-el-primer-bebe-en-portugal/>.

72 *Id.*

73 Irizarry, *supra* nota 13, en la pág. 174.

74 E. Donald Shapiro & Benedene Sonnenblick, *The Widow and the Sperm: The Law of Post-Mortem Insemination*, 1 J. L. AND HEALTH 229, 229-30.

75 *Id.* en la pág. 230.

76 *Id.*

había suficiente evidencia de que él, quien murió de cáncer testicular y no dejó testamento, deseara que ella tuviera un hijo tras su muerte. Los familiares del fallecido reclamaron el semen como sus herederos y dijeron que CECOS había incumplido el contrato al no devolverlo. Finalmente, el tribunal autorizó a Corinne Parpalaix a acceder al semen congelado de su esposo y ordenó al banco entregarlo a un médico elegido por ella. Según el tribunal, el testimonio de los familiares respaldaba el deseo del fallecido de que su esposa tuviera un hijo, aunque no hubiera pruebas escritas.⁷⁷ Sin embargo, aunque los familiares ganaron el caso judicial, el intento de inseminación artificial fracasó debido a la cantidad insuficiente y mala calidad del espermatozoides.⁷⁸ Debido a este caso, las leyes de bioética en Francia prohibieron cualquier posibilidad de inseminación después de la muerte.⁷⁹

Aunque las leyes prohíben la inseminación post mortem, dos mujeres consiguieron recuperar los gametos de sus esposos fallecidos con autorización judicial.⁸⁰ Las decisiones judiciales recientes revelan que los jueces administrativos pueden anular disposiciones legales debido a circunstancias específicas.⁸¹ “La justicia francesa ha dado la razón a una mujer de España que había reclamado al gobierno francés que le permitieran inseminarse con espermatozoides congelados de su marido muerto”.⁸² Nicola Turri, esposo de Mariana González, falleció a la edad de treinta años a causa de leucemia.⁸³ “El deceso se produjo una hora antes de la cita que tenía su mujer para hacerse inseminar en París, donde residía entonces la pareja, con espermatozoides criogenizados en 2013, es decir, antes de que Turri se sometiera a un tratamiento de quimioterapia que podía dejarle estéril”.⁸⁴ González solicitó trasladar a España “el semen congelado de su difunto esposo para una inseminación *post mortem*”, debido a que “en Francia la concepción *post mortem* está prohibida, pero en España es legal hasta un año después del fallecimiento si existe consentimiento expreso previo del difunto”.⁸⁵ Debido a las circunstancias particulares del caso, el máximo tribunal administrativo accedió a la petición de la joven viuda española.⁸⁶ No obstante, se estableció que esta decisión no sentaría un precedente, pues el caso de González es uno excepcional.⁸⁷ Una de las razones del Consejo de Estado fue que “Nicola Turri enfermó en Francia y sus gametos quedaron conservados allí por una especie de mala fortuna”.⁸⁸

77 *Id.* (traducción suplida).

78 Shapiro & Sonnenblick, *supra* nota 74, en la pág. 233.

79 Virginie Ballet, *Insémination post-mortem : le Conseil d'Etat donne son accord... exceptionnel*, LIBÉRATION (31 de mayo de 2016), https://www.liberation.fr/france/2016/05/31/insemination-post-mortem-le-conseil-d-etat-donne-son-accord-exceptionnel_1456360/ (traducción suplida).

80 Christine Lassalas, *Insémination post mortem : si le droit devenait compréhensible?*, ACTU-JURIDIQUE (3 de marzo de 2017), <https://www.actu-juridique.fr/civil/insemination-post-mortem-si-le-droit-devenait-comprehensible/> (traducción suplida).

81 *Id.*

82 Francia acepta que una española reciba el semen de su marido muerto en París, ONDA CERO (31 de mayo de 2016), https://www.ondacero.es/noticias/mundo/francia-acepta-que-espanola-reciba-semen-marido-muerto-paris_20160531574d8c616584a8b56f903c77.html.

83 *Id.*

84 *Id.*

85 *Id.*

86 *Id.*

87 Ballet, *supra* nota 79.

88 *Id.* (traducción suplida).

La Ley de bioética permitió “la apertura de la reproducción asistida a todas las personas con capacidad reproductiva menores de [cuarenta y tres años]”.⁸⁹ Esta también establece que “una vez alcanzada la mayoría de edad, las personas concebidas por inseminación artificial tendrán derecho a conocer a quienes donaron el esperma y/o los óvulos para la concepción, una cuestión que hasta ahora dependía de la voluntad del donante”.⁹⁰ “Estos principios están enmarcados en el artículo L. 2141-2 del Código de Salud Pública de Francia.”⁹¹ También se establece que:

Además, el artículo L. 2141-11-1 del mismo código prohíbe la exportación de gametos depositados en Francia si están destinados a ser utilizados en el extranjero para fines prohibidos en Francia. Existe, por tanto, una doble prohibición: la de la inseminación póstuma y la de la exportación póstuma de gametos.⁹²

IV. MARCO LEGAL DE LA UTILIZACIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM EN EE. UU.

A. Legislación y jurisprudencia estadounidense

El Tribunal Supremo de Estados Unidos ha reconocido desde hace tiempo que el derecho a procrear es un derecho fundamental protegido por la Constitución.⁹³ No hay ninguna referencia explícita al derecho a la privacidad en la Constitución de Estados Unidos, pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos establece que la enmienda decimocuarta de la Constitución “garantiza la capacidad de una persona para tomar ciertas decisiones en asuntos relacionados con la procreación, la crianza de los hijos, la anticoncepción, el matrimonio, ... y la actividad sexual consensual”.⁹⁴ La Decimocuarta Enmienda asegura derechos fundamentales, como la vida, la libertad y la igualdad ante la ley, a través de sus disposiciones interrelacionadas, coincidiendo con los principios del derecho internacional de los derechos humanos.⁹⁵

Estos contornos de los derechos son informativos al tomar decisiones sobre disputas con relación a la inseminación artificial póstuma. Según un artículo sobre la reproducción póstuma:

Estados Unidos carece de leyes que aborden directamente la recuperación y el uso de gametos en los casos en que estos pertenezcan a una persona fallecida.

⁸⁹ Rosa Pérez Masdeu, *El Parlamento francés amplía la reproducción asistida a todas las mujeres*, FRANCE 24 (29 de junio de 2021), <https://www.france24.com/es/europa/20210629-francia-parlamento-ley-bioetica-aprobacion>.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ CODE DE LA SANTÉ PUBLIQUE [C. SANT. PUBL.] [CÓDIGO DE SALUD PÚBLICA] art. L. 2142-2 (Fr.).

⁹² Lassalas, *supra* nota 80.

⁹³ *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

⁹⁴ Kelsey Y. Santamaria, *Privacy Rights Under the Constitution: Procreating, Child Rearing, Contraception, Marriage, and Sexual Activity*, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE 1 (2022) (traducción suplida).

⁹⁵ THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO REPRODUCTIVE AUTONOMY: REALIZING THE PROMISE OF THE 14TH AMENDMENT, CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS 45 (2022) <https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2022/07/Final-14th-Amendment-Report-7.26.22.pdf> (traducción suplida).

Cabe señalar que el Código sucesorio uniforme y la Ley uniforme de paternidad tienen cierta relevancia para la reproducción póstuma ya que determinan los derechos y las responsabilidades asociadas con esta práctica. El Código sucesorio exige que se pruebe el consentimiento del difunto a la reproducción póstuma, ya sea por escrito o mediante otra evidencia clara. Además, el niño resultante se trata como si estuviera en gestación en el momento en que el padre murió si ese niño: (i) estuvo en el útero a más tardar treinta y seis meses después de la muerte de la persona o; (ii) nació a más tardar cuarenta y cinco meses después de la muerte de la persona. La Ley Uniforme de Paternidad determina que, en ausencia de consentimiento, el fallecido no se considera padre del niño resultante. Estas leyes pueden percibirse como un esfuerzo indirecto para regular la reproducción póstuma. Sin embargo, solo se utilizan en casos en los que el niño ya ha nacido y las cuestiones en juego han girado principalmente en torno a los derechos hereditarios y los privilegios de seguridad social.⁹⁶

i. Consentimiento implícito: el caso de Peter Zhu Co

En el 2019, el Tribunal Supremo de Nueva York autorizó a los padres de Peter Zhu a utilizar el espermatozoides de su hijo fallecido para tener descendencia, puesto que –según ellos– este era el sueño del joven.⁹⁷ En el momento de su accidente, Peter Zhu, de veintiún años, era un cadete de la Academia Militar de West Point y estaba a solo meses de graduarse cuando sufrió graves lesiones en la columna vertebral mientras esquiaba en el campus.⁹⁸ Los socorristas transportaron a Peter a un hospital cercano, donde luego los médicos lo declararon con muerte cerebral.⁹⁹ Debido a que Peter había accedido a ser donante de órganos, los médicos lo mantuvieron con asistencia vital.¹⁰⁰ La mañana en que se iba a realizar la cirugía de donación de órganos de Peter, sus padres presentaron una moción ante el tribunal solicitando reparación inmediata.¹⁰¹ La recuperación póstuma de material genético solo tiene éxito si los médicos recuperan el espermatozoides dentro de las primeras veinticuatro a cuarenta y ocho horas posteriores a la muerte del hombre.¹⁰² El tribunal aceptó la solicitud de reparación inmediata y una clínica de fertilidad almacenó el espermatozoides de Peter mientras los padres esperaban la decisión del tribunal sobre el permiso para utilizar dicho material genético para fines procreativos.¹⁰³

La familia de Zhu expresó que más allá de su deseo personal de tener una gran familia, el legado de su hijo también debía preservarse “por razones profundamente culturales”.¹⁰⁴

⁹⁶ Shelly Simana, *Creating Life After Death: Should Posthumous Reproduction Be Legally Permissible Without the Deceased's Prior Consent?* 5 J. L. AND THE BIOSCIENCES 329 (2018) (traducción suplida).

⁹⁷ *In re Zhu*, 103 N.Y.S.3d 775, 777 (N.Y. Sup. Ct. 2019).

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.* en las págs. 776-77.

¹⁰⁴ Allyson Chiu, *Their Only Son Died Unexpectedly. But a Court Order to Retrieve His Sperm Means His Legacy Could Live On*, THE WASHINGTON POST (5 de marzo de 2019) <https://www.washingtonpost.com/nation/2019/03/05/their-only-son-died-unexpectedly-court-order-retrieve-his-sperm-means-his-legacy-could-live/> (traducción suplida).

En la cultura china tradicional, el primogénito, especialmente si es varón, tiene un rol muy importante. Él es visto como el encargado de continuar el linaje familiar, heredar el apellido y cuidar a los padres cuando sean mayores. Esto viene de las ideas confucianas que le dan mucha importancia a la familia y a mantener la línea de sangre.

Por esta razón, muchas familias sentían una gran presión por tener hijos varones. Si el primer hijo era una niña, se esperaba que la pareja intentara tener otro hijo para asegurar un heredero varón. En el pasado, esto llevó incluso a la preferencia por los niños varones sobre las niñas, algo que se reforzó con políticas como la del hijo único en China, donde muchas familias priorizaban tener un niño.¹⁰⁵

Los padres de Zhu explicaron que, como único hijo varón de la familia, Peter tenía la responsabilidad, según la tradición china, de mantener el apellido familiar.¹⁰⁶ Afirmaron que él se tomaba este deber con mucha seriedad y planeaba continuar el linaje a través de sus propios hijos.¹⁰⁷ Sin embargo, expresaron su preocupación porque, al no tener descendencia, el apellido Zhu correría el riesgo de desaparecer. También señalaron que Peter no dejó indicaciones específicas sobre qué hacer con su material genético tras su fallecimiento, ni sobre si este debía usarse con fines reproductivos.¹⁰⁸

La presunta intención del peticionario se dedujo de algunas de sus acciones y declaraciones anteriores, junto con estatutos diseñados para servir como sustitutos de la intención del difunto. La opinión mayoritaria por el juez Colangelo añade que:

Aunque Peter no había expresado su intención sobre la recuperación póstuma de su material genético, el tribunal se basó en el registro del difunto como donante de órganos y en sus declaraciones y acciones pasadas para determinar la *presunta intención* del difunto de que sus padres fueran la parte adecuada para tomar determinaciones sobre la disposición final de su espermia.¹⁰⁹

El consentimiento prestado para este caso es muy diferente al requerido por países como España en donde se requiere el consentimiento expreso del fallecido para llevar acabo este tipo de procedimientos, entre otros requisitos. Este enfoque pone un fuerte énfasis en la autonomía personal y el consentimiento informado como pilares fundamentales del derecho. En contraste, en culturas como la china, donde el linaje y la continuidad del apellido familiar tienen una gran carga cultural y social, estas decisiones pueden estar influenciadas por las expectativas familiares y tradiciones. En casos como el de Peter Zhu, el peso cultural de preservar el apellido puede llegar a ejercer una presión significativa en las familias, quienes podrían priorizar la continuidad del linaje sobre otros aspectos legales o éticos.

El caso *In re Zhu* marca una diferencia con el precedente en reproducción póstuma, ya que se basa en pruebas menos contundentes y el Tribunal optó por enfocarse en la intención atribuida al fallecido.¹¹⁰ Este caso también demuestra la necesidad de una legislación

¹⁰⁵ Penny Kane, Ching Y Choi. *China's one child family policy*, BRITISH MEDICAL JOURNAL, (9 de octubre de 1999), <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC116810/pdf/992.pdf>.

¹⁰⁶ *Id.* (traducción suplida).

¹⁰⁷ *Id.* (traducción suplida).

¹⁰⁸ *Id.* (traducción suplida).

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Mary Kathryn Sapp, *In re Zhu: Implied Consent to Posthumous Sperm Retrieval*, 23 SMU SCI & TECH. L. REV. 89, 99 (2021).

estatal clara que regule la reproducción póstuma para que las familias en duelo puedan aprovechar este avance en la ciencia reproductiva sin navegar por el vacío legislativo.

i. Requisito de consentimiento escrito del donante

En el caso de *Robertson v. Saadat*, el esposo de Sarah Robertson, Aaron Robertson, falleció de un raro trastorno genético a los veintinueve años.¹¹¹ Sarah organizó la extracción del esperma de su esposo mientras él estaba incapacitado.¹¹² Antes de su incapacitación, el difunto había expresado su deseo de tener hijos con su esposa.¹¹³ La extracción de su esperma mientras estaba incapacitado se realizó únicamente por instrucción de su esposa, y no se presentó ninguna evidencia que demostrara que el difunto deseaba que su esperma se utilizara en la producción de un hijo póstumo.¹¹⁴ Después del fallecimiento de su esposo, Sarah intentó afirmar que tenía derecho a usar el material genético del difunto con fines de reproducción asistida póstuma, citando tanto su condición de cónyuge sobreviviente como la intención previamente expresada por el difunto de tener hijos con ella.¹¹⁵ Diez años después, cuando Sarah intentó utilizar el esperma para concebir, el almacén no pudo localizarlo.¹¹⁶ Sarah demandó argumentando que perdió la oportunidad de tener un hijo con vínculo biológico con su esposo fallecido, basando sus reclamos en cuestiones contractuales y no contractuales.¹¹⁷

La gerente de la clínica, Ilinca Halfon, le comunicó a la demandante que había perdido cinco de los seis viales, sin ofrecerle explicación alguna.¹¹⁸ La clínica luego alegó que los viales probablemente se destruyeron en un incendio antes de que Saadat comprara la clínica.¹¹⁹ No obstante, “la demandante luego descubrió que el incendio había ocurrido más de un año antes de que la clínica Tyler Medical recibiera los viales de Aaron”.¹²⁰ Respecto a la decisión del tribunal de primera instancia, el Tribunal establece que:

[A]dmitió excepciones a las causas de responsabilidad extracontractual concluyendo, *inter alia*, que la demandante no tenía derecho legal a utilizar el esperma de su marido para la concepción póstuma y, por lo tanto, no sufrió ningún daño por su pérdida. De igual forma, el tribunal de primera instancia sostuvo que la demandante no podía recuperar daños y perjuicios por angustias emocionales o pérdida de los intereses de fertilidad en virtud de su causa de acción por incumplimiento de contrato.¹²¹

111 *Robertson v. Saadat*, 48 Cal.App.5th 630, 634 (Cal. Ct. App. 2020).

112 *Id.* en las págs. 632-33.

113 *Id.* en la pág. 633.

114 *Id.*

115 *Id.* en las págs. 644-45.

116 *Id.* en la pág. 632.

117 *Id.* (traducción suplida).

118 *Id.* en la pág. 634.

119 *Id.*

120 *Id.* en las págs. 634-35 (traducción suplida).

121 *Id.* en la pág. 632 (traducción suplida).

Ante esto, Sarah acudió al tribunal de apelaciones y dicho foro afirmó la sentencia del tribunal de primera instancia.¹²²

El Tribunal, por su parte, señaló que los hechos alegados fueron insuficientes para demostrar que Aaron tenía la intención de que su esperma fuera utilizado para una concepción póstuma.¹²³ Conforme la ley del estado de California, “la intención del donante rige la disposición del material almacenado en el momento de la muerte del donante”.¹²⁴ Salvo la indicación afirmativa contraria, se presume que el difunto no tiene la intención de utilizar póstumamente su material gamético para la concepción.¹²⁵ El tribunal determinó que Sarah no tenía derecho a concebir con el esperma de Aarón simplemente porque era su esposa o porque él había expresado deseos de concebir con ella durante su vida.¹²⁶ Como evidencia, Sarah había proporcionado cartas y tarjetas escritas por su esposo indicando de manera similar su deseo de tener hijos con ella.¹²⁷ Aunque esas alegaciones, de ser ciertas, establecerían que el esposo tenía la intención de tener hijos con su esposa mientras estaba vivo, no establecen como cuestión de derecho que él tenía la intención de que su esposa concibiera un hijo con su esperma póstumamente.¹²⁸

Lo que parece ser decisivo en el caso de *Robertson* es el hecho de que el difunto no dejó ninguna instrucción que demuestre que tenía la intención de concebir un hijo póstumo usando su esperma o que alguna vez tuvo la intención de permitir que se le extrajera el esperma mientras estaba incapacitado.¹²⁹

B. Controversias relacionadas a la herencia

i. Finley v. Astrue

La controversia en este caso trataba sobre si “un niño que fue creado como embrión mediante fertilización *in vitro* durante el matrimonio de sus progenitores, pero implantado en el útero de la madre después de la muerte de su padre, hereda del padre como hijo sobreviviente”, según la Ley de intestado de Arkansas.¹³⁰ El Tribunal Supremo de Arkansas concluyó que no.¹³¹

Amy Finley y Wade W. Finley Jr. se casaron el 6 de octubre de 1990 y durante el transcurso de su matrimonio tuvieron complicaciones de concepción.¹³² Los Finley recibieron tratamientos de fertilidad y participaron en el Programa de Fertilización *In Vitro* y Transferencia de Embriones de la Universidad de Ciencias Médicas de Arkansas (UAMS, por sus siglas en inglés).¹³³ De los hechos del caso se desprende que:

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.* en la pág. 640.

¹²⁴ *Id.* (traducción suplida).

¹²⁵ *Id.* en la pág. 647.

¹²⁶ *Id.* en las págs. 645-48.

¹²⁷ *Id.* en la pág. 633.

¹²⁸ *Id.* en la pág. 649.

¹²⁹ *Id.* en la pág. 647.

¹³⁰ *Finley v. Astrue*, 372 Ark. 103, 105 (Ark. Sup. Ct. 2008) (traducción suplida).

¹³¹ *Id.*

¹³² *Id.*

¹³³ *Id.*

En junio de 2001, los médicos produjeron diez embriones, utilizando los óvulos de la Sra. Finley y el esperma del Sr. Finley. Dos de los embriones fueron implantados en el útero de la Sra. Finley y cuatro embriones fueron congelados para su conservación. Posteriormente, la Sra. Finley sufrió un aborto espontáneo de ambos embriones implantados. El 19 de julio de 2001, el Sr. Finley murió intestado mientras estaba domiciliado en Arkansas. Menos de un año después, el 26 de junio de 2002, la Sra. Finley descongeló dos de los embriones y los transfirió a su útero, lo que resultó en un solo embarazo. El 14 de febrero de 2003, antes del nacimiento del niño, el Tribunal de Circuito del Condado de Lonoke emitió una orden que disponía que al nacer el bebé, ‘el Registrador Estatal del Departamento de Salud de Arkansas, División de Registros Vitales, registraría y declararía en el certificado de nacimiento que Wade W. Finley, Jr., ya fallecido, es el padre del menor; y que, a partir de entonces, todas las agencias estatales y federales de los Estados Unidos deberán confirmar la conclusión de paternidad del Tribunal’. El niño nació el 4 de marzo de 2003 y el 11 de abril de 2003, la Sra. Finley presentó un reclamo por los beneficios del seguro de la madre y un reclamo por los beneficios del seguro del niño, basándose en el registro de ingresos del Sr. Finley. Los reclamos fueron desestimados inicialmente y luego en la reconsideración. Sin embargo, un juez de derecho administrativo (ALJ) emitió una decisión el 16 de junio de 2006 otorgando beneficios de seguro tanto para la madre como para el niño. El 14 de diciembre de 2006, el tribunal de apelaciones revocó la decisión del juez administrativo y concluyó que los reclamos de la Sra. Finley carecían de fundamento. Posteriormente, la Sra. Finley presentó su demanda ante el tribunal de distrito el 13 de octubre de 2006 apelando la decisión final del Comisionado.¹³⁴

El argumento de la Sra. Finley se basaba en que “su hijo fue concebido en el momento en que su óvulo fue fertilizado por el esperma del padre”.¹³⁵ Además, durante el tracto proce-sal de los procedimientos administrativos:

[L]a demandante alegó que no existían estatutos de Arkansas que abordaran específicamente los derechos de herencia de un niño concebido mediante fertilización *in vitro*, pero que, de conformidad con el Ark. Code Ann. §28-9-209(c), el menor fue concebido como cigoto previo a la muerte de su padre, mientras sus padres estaban casados. Así, sostuvo que el menor tenía derechos de herencia según ese estatuto.¹³⁶

El tribunal concluyó su decisión respecto a los beneficios del seguro interpretando de manera estricta las leyes de intestado de Arkansas.¹³⁷ Estos estatutos de intestado requieren que un niño que va a recibir beneficios de un padre fallecido debe haber sido concebido

¹³⁴ *Id.* en las págs. 105-06 (traducción suplida).

¹³⁵ *Id.* en la pág. 106 (traducción suplida).

¹³⁶ *Id.* en la pág. 108 (traducción suplida).

¹³⁷ Lisa Medford, *Family Law and Estate Law – Reproductive Technology – Use of Artificial Reproductive Technologies After the Death of a Parent*, 33 UALR L. REV. 91 (2010).

antes de la muerte de dicho padre.¹³⁸ El tribunal se negó a interpretar de manera amplia los estatutos de intestado, excluyendo así de la cobertura a niños que han sido concebidos póstumamente.¹³⁹

Al menos ocho estados han definido claramente los derechos de los niños que nacen de embriones fertilizados y han sido implantados después de la muerte de un padre.¹⁴⁰ Sin embargo, en Arkansas, la asamblea general no tenía la intención de que el estatuto permitiera que un niño, creado mediante fertilización *in vitro* e implantado después de la muerte del padre, heredara bajo sucesión intestada.¹⁴¹ Esto se debe a que “fue promulgado en 1969, mucho antes de que se desarrollara la tecnología de fertilización *in vitro*”.¹⁴²

C. Beneficios del seguro social para niños concebidos póstumamente

i. Astrue v. Capato

En el caso de *Astrue v. Capato*, el tribunal tuvo que determinar la elegibilidad de los niños concebidos póstumamente para recibir beneficios de supervivencia del Seguro Social.¹⁴³ En 1999, poco después de que Robert Capato y Karen Capato se casaran, a Robert lo diagnosticaron con cáncer de esófago.¹⁴⁴ Preocupado por los efectos esterilizantes de la quimioterapia, Robert “depositó su material genético en un banco de esperma donde lo congelaron y almacenaron”.¹⁴⁵ En 2001, Robert y Karen concibieron un hijo de forma natural.¹⁴⁶ Por desgracia, Robert murió en marzo de 2002.¹⁴⁷ Al momento de su muerte, él era residente del estado de Florida.¹⁴⁸ Después de la muerte de Robert, Karen se sometió a un tratamiento de fertilización *in vitro* con el semen que su esposo había depositado en el banco de esperma.¹⁴⁹ Como resultado de este proceso, Karen dio a luz a gemelos en septiembre de 2003.¹⁵⁰ Posteriormente, Karen solicitó beneficios de sobrevivientes del Seguro Social en nombre de los gemelos, pero la Administración del Seguro Social (SSA, por sus siglas en inglés) negó el reclamo afirmando que los niños no eran elegibles para recibir beneficios porque no cumplían con el requisito de ser hijos de Robert Capato, según la Ley de seguridad social.¹⁵¹ Ante esto, Karen acudió al Tribunal Supremo de Estados Unidos, pero el Tribunal sostuvo en su opinión que los niños concebidos póstumamente no eran elegibles para recibir beneficios de sobrevivientes del Seguro Social.¹⁵² La definición de niño

¹³⁸ *Finley v. Astrue*, 372 Ark. en la pág. 110.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ Heather LaCount, *Dead Money: A Posthumously Conceived Child's Inheritance Rights under the Social Security Act & State Intestacy Law*, 20 SUFFOLK. J. TRIAL & APP. ADVOC. 219, 233 (2015).

¹⁴¹ *Id.* en la pág. 240.

¹⁴² *Finley v. Astrue*, 372 Ark. en la pág. 110.

¹⁴³ *Astrue v. Capato*, 566 U.S. 541 (2012).

¹⁴⁴ *Id.* en la pág. 545.

¹⁴⁵ *Id.* (traducción suplida).

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² *Id.*

incluía a las personas que podían heredar propiedades del asalariado fallecido, según la ley del estado donde el asalariado estaba domiciliado en el momento de su muerte.¹⁵³

Por otro lado, el abogado de Capato argumentó que “los avances en la inseminación artificial eran algo que los legisladores no podían haber anticipado cuando aprobaron la Ley de seguridad social en 1939 y no deberían seguir obstaculizando la capacidad de su cliente para solicitar beneficios”.¹⁵⁴

El amplio espectro de justificaciones que los tribunales han utilizado para llegar a conclusiones tan variadas resalta un gran problema subyacente: el Congreso no tuvo en cuenta a estos niños cuando aprobó la Ley. La Ley nunca tuvo como objetivo abordar los niños concebidos póstumamente y, por lo tanto, debe ser actualizada a la luz de los avances de las tecnologías médicas que facilitan su nacimiento. Ahora los Circuitos deberán conformar sus determinaciones con la Sección 416(h). Lamentablemente, la disposición final de estos casos todavía puede variar de estado a estado. Por un lado, debido a que las leyes estatales sobre sucesión intestada distan de ser uniformes, y, por otro, porque muchos estados aún no han reconocido el supuesto del concebido póstumo.

V. REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL EN PUERTO RICO

A. Autonomía reproductiva y derecho a la intimidad

El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido como derecho fundamental tanto en los Estados Unidos como en Puerto Rico. En Estados Unidos estas protecciones están fundamentadas en el derecho a la intimidad y el derecho a la igual protección de las leyes, consagrados en la decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos.¹⁵⁵ Esta protección se extiende a través del Artículo 2, Sección 8 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.¹⁵⁶ Tomando en consideración estas leyes, es posible argumentar que:

[E]l derecho de una viuda a inseminarse artificialmente, con el semen de su marido fallecido, está cobijado bajo el derecho a la intimidad protegido por el [A]rtículo II de la Constitución de Puerto Rico. Una mujer puede determinar, sin la intromisión del Estado, en qué momento y de qué manera procreará a sus hijos. Si la procreación es parte del derecho a la intimidad, debemos entender que todo individuo goza de esta protección.

....

Al ser el derecho a procrear uno fundamental, protegido constitucionalmente, sólo se puede justificar la intervención del Estado si se está causando un grave daño a los intereses de terceros y si la regulación por parte del Estado es el medio menos restrictivo de proteger esos intereses.¹⁵⁷

¹⁵³ *Id.* en la pág. 548.

¹⁵⁴ *Id.* (traducción suplida).

¹⁵⁵ CONST. EE.UU. enm XIV, § 1.

¹⁵⁶ CONST. PR art. II, § 8.

¹⁵⁷ Irizarry, *supra* nota 13, en la pág. 187.

El Código Civil de Puerto Rico (en adelante, “el Código”) reconoce la existencia de métodos de reproducción artificial, pero no dedica un capítulo o artículo que ayude a definir y delimitar estos conceptos.¹⁵⁸ Esto es aún más evidente en los diversos artículos del Código que hacen referencia a estos temas. En primer lugar, el art. 76, que versa sobre la inviolabilidad del cuerpo humano, dispone que el cuerpo humano “no puede ser objeto de contratación humana, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes sobre donación de ... gametos, embriones y maternidad subrogada”.¹⁵⁹ Por otro lado, el art. 77, acerca la disposición de órganos, tejidos y fluidos del cuerpo, prohíbe la “remuneración económica por la donación de órganos, sangre, plasma o tejidos del cuerpo humano”.¹⁶⁰ Por último, el art. 556 meramente menciona la reproducción asistida, al establecer que “[l]a filiación tiene lugar por vínculo genético, *por métodos de procreación asistida* o por adopción”.¹⁶¹ El lenguaje utilizado por el Código no es preciso y no profundiza acerca de este tipo de procedimientos.

La senadora Luz Z. Arce radico el Proyecto del Senado 1568 del 2010 que intento prohibir diferentes técnicas de reproducción asistida.¹⁶² Dicho proyecto criminalizaba las prácticas de reproducción asistida y no llegó a ser considerado para votación.¹⁶³ Recientemente en el 2024, la Cámara de Representantes rechazó el Proyecto del Senado 941, propuesto por Ana Irma Rivera Lassén y Rafael Bernabe, que buscaba que los planes médicos cubrieran tratamientos de reproducción asistida.¹⁶⁴ La medida respondía a los altos costos de estos procesos y a las históricas bajas en la natalidad, promoviendo acceso sin importar el género. El proyecto reconocía este asunto como uno médico y social.¹⁶⁵ La medida también contó con el apoyo de los senadores José Vargas Vidot y Nitza Morán como coautores.¹⁶⁶ Aunque el proyecto no se aprobó, los intentos legislativos por atender esta problemática, reflejan un creciente interés en estos tratamientos para enfrentar la baja natalidad y la infertilidad.

Un análisis del marco jurídico y legal en Puerto Rico muestra que actualmente no existen leyes ni jurisprudencia sobre la fecundación *post mortem*, por lo que es necesario que se trabajen proyectos respecto a este y todos los demás métodos de reproducción artificial, de manera que se establezcan los derechos y responsabilidades de las partes involucradas. En Puerto Rico, las fertilizaciones *in vitro* han experimentado un notable incremento debido al creciente éxito de esta técnica de reproducción asistida para parejas con dificultades para concebir.¹⁶⁷ Existen múltiples clínicas en el país que ofrecen servicios de repro-

¹⁵⁸ Clara Idelisse Maldonado Santana, *La subrogación en el derecho puertorriqueño: Una maternidad vanguardista*, 62 REV. D.P. 93, 108 (2022).

¹⁵⁹ Cód. Civ. PR art. 76, 31 LPRR § 5523 (2024). Véase *id.* en la pág. 108.

¹⁶⁰ 31 LPRR § 5524. Véase Maldonado Santana, *supra* nota 176, en las págs. 108-9.

¹⁶¹ 31 LPRR § 7102 (énfasis suplido). Véase Maldonado Santana, *supra* nota 176, en la pág. 110.

¹⁶² P. del S. 1568 de 7 de mayo de 2010, 3ra Ses. Ord., 16ta Asam. Leg.

¹⁶³ Informe negativo, P. del S. 1568, Com. de lo Jurídico Penal: Senado, 3 de febrero de 2011, 5ta Ses. Ord., 16ta Asam. Leg.

¹⁶⁴ Dávila Santiago Génesis, *Lejos el sueño de la maternidad sin cobertura médica para la infertilidad*, CENTRO DE PERIODISMO INVESTIGATIVO, (9 de julio 2024), <https://periodismoinvestigativo.com/2024/07/reproduccion-asistida-sin-cobertura-medica-maternidad/>

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ Beauchamp Pedro, *El éxito de la fertilización in vitro en Puerto Rico*, NOTICEL, (29 de abril de 2015), <https://www.noticel.com/vida/20150506/el-exito-de-la-fertilizacion-in-vitro-en-puerto-rico/>

ducción asistida incluyendo fertilización in vitro tales como Puerto Rico Fertility Center¹⁶⁸ y Genes Fertility Institute¹⁶⁹

Atender y crear legislación sobre el asunto sería esencial para resolver controversias que puedan surgir con relación a la custodia, herencia y apoyo económico. Sin directrices jurídicas claras, los derechos sucesorios y patrimoniales de los niños concebidos póstumamente pueden resultar inciertos. Las leyes promulgadas pueden garantizar que estos niños tengan los mismos derechos, que los niños concebidos durante la vida de sus padres, y a heredar bienes y activos. Estas pueden abordar cuestiones como la disponibilidad de apoyo financiero para la crianza del niño, el acceso a información médica y genética sobre el padre fallecido y el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos. La concepción póstuma plantea cuestiones éticas y morales, incluidas las intenciones y el consentimiento de la persona fallecida para tener un hijo después de su muerte. Por esta razón, es sumamente importante que se regule el proceso de consentimiento para el uso de estos materiales y establecer procedimientos legales para ello. En general, las leyes que abordan la concepción póstuma tienen como objetivo equilibrar los intereses y derechos del niño, el padre sobreviviente y el legado del padre fallecido, al tiempo que brindan claridad legal y orientación ética en un área compleja y en evolución de la tecnología reproductiva y el derecho de familia.

i. Controversias

La reproducción asistida post mortem plantea una serie de interrogantes legales, particularmente en el ámbito sucesorio. Uno de los desafíos es la posibilidad de que nazcan herederos póstumos, descendientes concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, después del fallecimiento del progenitor, y cómo su aparición puede afectar la repartición de la herencia. Por ejemplo, en el caso de que los bienes del causante ya hayan sido distribuidos entre los herederos legítimos, la llegada de un heredero póstumo podría crear un conflicto al quedar excluido de la repartición inicial. Algunos países como Brasil¹⁷⁰ han abordado esta situación manteniendo la herencia en estado “yacente” por un periodo determinado antes de proceder a su distribución definitiva, con el fin de incluir a posibles herederos póstumos. Sin embargo, si un heredero póstumo nace tras ese plazo, suele quedar fuera de la repartición, ya que el tiempo de espera establecido se considera razonable y definitivo. Esto plantea la necesidad de discutir y regular estos términos, especialmente en jurisdicciones donde la tecnología de reproducción asistida, como la congelación de embriones, es cada vez más común, como ocurre en los Estados Unidos. En adición a esto, es relevante considerar si el causante puede incluir en su testamento una cláusula específica que instruya sobre el uso de embriones congelados tras su fallecimiento y establezca un plazo particular para mantener la herencia yacente en espera de potenciales descendientes

¹⁶⁸ Puerto Rico Fertility Center, *Nuestros Servicios: Que Podemos Hacer por Usted*, (2018), <https://www.prfertility.com/services.cfm?SID=4#tabs>

¹⁶⁹ Genes Fertility Institute, *Fertilización in vitro (FIV)*, (2024), <https://genesfertility.com/servicio/fertilizacion-in-vitro-fiv/>

¹⁷⁰ Tagliafico, supra nota 71.

póstumos. Esta disposición permitiría al causante imponer un término de espera distinto al que dicta la legislación, aunque su validez podría estar sujeta a las limitaciones legales de cada jurisdicción.

La reproducción asistida post mortem requiere abordar el tipo de consentimiento necesario para su realización. En este contexto, se privilegia un consentimiento explícito del fallecido, idealmente mediante un documento legal, como un testamento, que detalle su intención de utilizar gametos o embriones tras su muerte. En ausencia de este, podría considerarse un consentimiento implícito basado en acciones previas, aunque esto es más controvertido. Asimismo, es crucial determinar si familiares o parejas con interés legítimo pueden tomar decisiones en nombre del fallecido, respetando las disposiciones legales y éticas vigentes en cada jurisdicción. La inclusión de cláusulas testamentarias y la discusión de términos específicos para la herencia yacente representan un paso importante hacia la resolución de los problemas de sucesión asociados a la reproducción post mortem, asegurando así una mayor equidad para los posibles herederos póstumos.

Por otro lado, es esencial considerar las complejidades que surgen en torno a la conservación y el destino de embriones congelados. En países como Estados Unidos, muchas parejas optan por congelar embriones con la intención de utilizarlos en el futuro. Sin embargo, diversas circunstancias, como el fin de la relación, problemas económicos o cambios en los planes de vida pueden llevar a disputas sobre el uso de estos embriones. En muchos casos, estas controversias terminan en los tribunales, ya que uno de los miembros de la pareja podría desear utilizar los embriones para procrear, mientras que el otro prefiere destruirlos. Ante esta situación, algunas cortes, como la Corte Suprema de Alabama, han emitido fallos considerando que los embriones creados por fertilización in vitro pueden ser tratados como “niños” o futuros descendientes, complicando aún más el proceso judicial.¹⁷¹ Estas disputas pueden prolongarse durante años, y la resolución legal sobre qué hacer con los embriones puede permanecer en suspenso.

La prolongación de estos conflictos trae consigo varias interrogantes adicionales. Por ejemplo, ¿qué sucederá si los padres fallecen antes de que se resuelva el caso y los embriones siguen almacenados en laboratorios? En estos casos, la cuestión de quién tendría la autoridad para decidir el destino de estos embriones congelados se vuelve incierta. Esta situación resalta la necesidad de establecer normativas claras para evitar que estos embriones permanezcan indefinidamente en un estado de “limbo”, sin una decisión definitiva sobre su uso o destrucción.

ii. Propuestas para la Regulación de la Reproducción Asistida Post Mortem

Como primer paso, es fundamental desarrollar una legislación específica que regule el manejo de embriones y material genético, así como las técnicas de reproducción asistida. Esta normativa debe contemplar situaciones en las que uno de los progenitores haya fallecido, estableciendo con claridad quiénes pueden otorgar el consentimiento para disponer

¹⁷¹ Court: Frozen embryos are kids, *Arkansas Democrat Gazette*, (21 de febrero de 2024), <https://www.arkansasonline.com/news/2024/feb/21/court-frozen-embryos-are-kids/>

del material genético y los procedimientos para hacerlo. Asimismo, es necesario introducir un concepto de “herencia yacente” que permita la inclusión de posibles herederos póstumos, fijando plazos específicos para garantizar transparencia en la distribución de bienes. Dentro de estas iniciativas, sería esencial exigir que los progenitores otorguen un consentimiento explícito por escrito, ya sea mediante un testamento o un acuerdo legal previo, detallando el uso del material genético en caso de fallecimiento. De este modo, se garantizaría que las decisiones se tomen de manera informada y respetuosa con la voluntad de las partes involucradas.

Para lograr estos objetivos, sería vital consultar una comisión de expertos interdisciplinarios para garantizar que esta legislación sea equilibrada y ética, respetando los derechos individuales y asegurando un manejo responsable de las tecnologías reproductivas. Este grupo debe incluir juristas, médicos especializados en reproducción asistida, bioeticistas y otros profesionales pertinentes, quienes trabajen en el diseño de normativas adaptadas a las realidades actuales. Además, la legislación debe abordar los derechos de los progenitores sobre los embriones, ofreciendo opciones claras como su destrucción, donación o la continuación del proceso. Es crucial definir si los embriones serán reconocidos como personas o si se les asignará un estatus legal particular, tomando como referencia legislaciones de otros países, como ciertos estados de Estados Unidos. Estas regulaciones deben incluir disposiciones sobre el destino de los embriones congelados, siempre respetando la voluntad previamente expresada por los progenitores.

En el contexto actual, marcado por debates sobre los derechos relacionados con la intimidad y la autonomía del cuerpo tras la derogación de *Roe v. Wade*, estas cuestiones cobran especial relevancia. Las propuestas podrían implementarse mediante enmiendas al Código Civil o a través de la creación de proyectos de ley específicos. Estas normativas deben incluir el consentimiento explícito para la reproducción asistida post mortem, los derechos de los familiares para otorgar dicho consentimiento, y la regulación del destino de los embriones.

CONCLUSIÓN

El concepto de familia ha evolucionado significativamente, y hoy en día las personas disponen de más opciones y tecnologías para decidir cómo y cuándo tener hijos, a través de métodos como la inseminación artificial y la fertilización in vitro. Este tema ya ha sido regulado en otros países, incluyendo Estados Unidos, donde se han establecido normativas específicas que abordan aspectos éticos, legales y médicos relacionados con estas prácticas. Por ejemplo, en España y el Reino Unido existen legislaciones avanzadas que contemplan el uso de embriones congelados, los derechos de los padres y los hijos nacidos mediante estas técnicas, así como las implicaciones de la inseminación artificial post mortem.

En Puerto Rico, no es necesario esperar a que surja un caso específico para actuar. Es fundamental aprender de cómo otras naciones han manejado este asunto y establecer una legislación clara y detallada que regule los procedimientos de reproducción asistida en la isla. Esto incluiría definir prácticas permitidas, las condiciones bajo las cuales se pueden realizar, y los derechos de las partes involucradas. Aunque ya existen clínicas que realizan

fertilización in vitro en Puerto Rico, la falta de un marco normativo pone en riesgo la seguridad jurídica y ética tanto de las personas como de los profesionales involucrados. Tomar como referencia las experiencias y regulaciones de otros países nos permitirá implementar un sistema adaptado a nuestras necesidades, garantizando un manejo responsable y ético de estas tecnologías.