


**LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA SUCESIÓN EN CASO DE LA CONCEPCIÓN POST MORTEM EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO**

The constitutionality of succession in case of post mortem conception in the Ecuadorian legal system.

**Fausto L. Alarcón Cedeño**

Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Manta, Ecuador  
fausto.alarcon@uleam.edu.ec

 <https://orcid.org/0000-0002-9518-9672>

**Fiana Victoria Siquihua López**

Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Manta, Ecuador  
e1314496017@uleam.edu.ec

**Sandra Nicole Burau García**

Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Manta, Ecuador  
e1311115313@live.uleam.edu.ec

Este trabajo está depositado en Zenodo:

DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.7901577>

**RESUMEN**

La presente investigación tiene por objetivo determinar la constitucionalidad de la sucesión en caso de la concepción post mortem en el sistema jurídico ecuatoriano, y establecer, a partir de ello, los tipos de sucesión aplicables. El método de la investigación escogido es exegético, enfocado en silogismo, la doctrina nacional y comparada y el análisis teórico-documental. Se evidencia que, en este marco, no se limitan ni se transgreden los derechos de sucesión ni las garantías constitucionales con en el caso de concepción por reproducción asistida post mortem, por cuanto la laguna normativa concede el principio de *permissum videtur id omne quod non prohibetur*. Sin embargo, esta reflexión lleva a un debate recursivo y a otro en el derecho penal internacional. El primero es el resultado de que la Constitución se erige como exhaustiva a todos los temas de salud, y que el Código Civil exige mutuo consentimiento del matrimonio, creando con ello obstáculos procedimentales al recurso por parte de la mujer casada y, sobre todo, soltera. El segundo responde al debate aun abierto sobre el uso del esperma de la persona fallecida como instrumento de la eugénesis positiva, o de fines delictivos y proto-delictivos, que requerirá una investigación ulterior.

**Palabras claves:** Concepción post mortem, Hijo póstumo, Derechos de sucesión, Constitucionalidad.

**ABSTRACT**

The objective of this research is to determine the constitutionality of the succession in case of post mortem birth conception in the Ecuadorian legal system, and to establish, from this, the applicable types of succession. The chosen research method is exegetical, focused on syllogism, some national and comparative doctrinal analysis, and theoretical-documentary analysis. We concluded that, in this framework, the rights of succession and the constitutional guarantees are not limited or violated in the case of birth conception by post-mortem assisted reproduction, since the regulatory gap grants the principle of *permissum videtur id omne quod non prohibetur*. However, this reflection leads to a debate on legal resources and another within International Criminal Law. The first implies problems of deadlines in the opening of the succession and that the assisted reproduction techniques admitted in Ecuador are only relevant to fertility treatment in married women and always by mutual consent of the marriage. The second responds to the still open debate on the use of the sperm of the deceased person as an instrument of positive eugenics, or for criminal and proto-criminal purposes, which will require further reflection.

**Keywords:** Postmortem conception, Posthumous child, Succession rights, Constitutionality.

## INTRODUCCIÓN

Entre las formas de reproducción humana se encuentra la fecundación post mortem que, de acuerdo con una de las pocas bases jurídicas pertinentes en América Latina, puede parafrasearse como un tipo de fecundación realizada mediante alguna técnica de reproducción asistida con el espermatozoide de un varón fallecido (Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2012). Ello significa que se permite fecundar al óvulo con el espermatozoide del fallecido, siempre que sea susceptible de tratamiento (pues varios factores podrían afectar la fertilidad tanto de la mujer como del varón).

En lo concerniente a los factores a considerar en un procedimiento de reproducción asistida, en España las mujeres deben realizarse un tratamiento en las trompas de Falopio y en su reserva ovárica para que sean susceptibles de fecundación, y, al mismo tiempo, en lo que respecta al espermatozoide del varón, deberá realizarse un estudio para verificar que éste sea fértil (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, 2021). En tal sentido, el tratamiento a la mujer es precisamente esperar demostrar una reserva suficiente de óvulos para que el espermatozoide introducido mediante alguna técnica de reproducción asistida pueda ser fecundado con éxito.

Por otro lado, ya en materia jurídica, este procedimiento recupera la categoría de hijo póstumo, el cual es definido como aquel nacido posterior al fallecimiento del padre, pero al que la ley reconoce sus derechos hereditarios correspondientes (Martínez Villagómez & Villao Bailón, 2019). En ese sentido, es aplicable el término "póstumo" a aquel nacido después de la muerte de su progenitor, independientemente de las causas de su deceso. La intención de esta categoría es garantizar la juridicidad de su herencia.

La Constitución Ecuatoriana, en su artículo 45, reconoce, garantiza y protege la vida desde la concepción (Constitución de la República del Ecuador, 2008) y el artículo 60 del Código Civil (2005, p.5) de ese país identifica a la persona sujeta de derechos a partir de su nacimiento, en correspondencia a la tradición del Derecho Romano.

Es un elemento básico de la argumentación que se adelanta identificar que, por cuanto estos son los marcos jurídicos coincidentes, no existe de manera implícita o expresa la declaración de distinción alguna entre los hijos cuando alguno de ellos haya sido póstumo (Código Civil, 2005, Art. 244). Es decir, no se menciona al hijo póstumo precisamente porque se asume que éste tiene los mismos derechos que cualquier hijo, independientemente de su filiación paterna o materna.

Sin embargo, es preciso resaltar que algunos derechos de los menores se materializan a partir del nacimiento, como el derecho de sucesión de acuerdo con lo establece el artículo 1005 del (Código Civil, 2005), en el que describe que para ser capaz de suceder es necesaria su existencia al tiempo de abrirse la sucesión, salvo que se suceda el derecho de transmisión, caso en el que sería suficiente que la persona exista cuando se abra la sucesión de la persona por quien será transmitida la herencia o legado. Aunado a esto, la existencia del hijo es un requisito que se materialice este derecho de sucesión que parte como efectos de la filiación del menor nacido con el padre fallecido.

Vinculado a lo mencionado es preciso conocer que el artículo 997 del mismo código estipula que la sucesión de bienes se abre en el momento en que la persona muere; por lo que, teniendo en cuenta el significado de hijo póstumo, que es aquel concebido después del fallecimiento del padre, legalmente no sería capaz de suce-

der debido a que no existía en el momento en que se abrió la sucesión, sin embargo, según el Art. 244 del mismo instrumento, un recién nacido puede gozar de los derechos que debieron corresponder en el tiempo que estuvo en el vientre materno, por lo que podría gozar del derecho de sucesión.

Con base en este sistema argumentativo, el objetivo de esta investigación es determinar la constitucionalidad de la sucesión en caso de la concepción post mortem en el sistema jurídico ecuatoriano, en consideración de las lagunas jurídicas y los plazos dictados por la ley. Por un lado, se sostiene que la inadecuación de la ley a este problema genera, por un lado, un recurso para decisiones de la relación matrimonial, y por el otro lado, en el contexto del Derecho Penal Internacional y la historia de la eugenesia, una puerta para vulnerar tanto su derecho de sucesión, de los hijos que nacieron cuando el fallecido aún vivía, el principio de interés superior del menor y, en cierto ángulo global, los derechos constitucionales republicanos.

## METODOLOGÍA

Esta es una investigación jurídica, lo cual puede concluirse de la definición de Héctor Fix-Zamudio (2007, p. 416) que la define como:

“La actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas, adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aun cuando formalmente parezca anticuado”.

Para Jaime Giraldo Ángel (2012, p.13): “la investigación jurídica está encaminada a la formulación de los fundamentos jurídicos, los que por su esencia misma rebasan los linderos del caso concreto”

Por otra parte, Aníbal Bascuñán Valdés (1961, p. 40) la define así:

“Por investigación jurídica debemos entender el conjunto de actividades tendiente a la identificación, individualización, clasificación y registro de las fuentes de conocimiento de lo jurídico en sus aspectos sistemático, genético, y filosófico”.

También se empleó la investigación bibliográfica, que es descrita por los autores (Méndez Rodríguez & Astudillo Moya, 2018) como aquella con la que se obtienen las fuentes de una investigación para posteriormente proceder al análisis de la información. En esta investigación se realizó una selección de fuentes relevantes y apropiadas, en las que se encuentran libros, artículos científicos, archivos web, entre otros de los que se obtuvo información esencial para esta investigación.

Se utilizó el método analítico para la realización y análisis de los derechos de sucesión y su aplicabilidad en los casos de concepción post mortem, que de acuerdo con los autores (Lopera Echavarría, Ramírez Gómez, Zuluaga Aristazábal, & Ortiz Venegas, 2010), este método se caracteriza por la descomposición de ideas u objetos en sus diferentes elementos, para conectarlos o relacionarlos en forma de un todo o conjunto; en sí, este método abarca la información de lo general a lo particular, siendo pertinente y oportuna en la investigación especialmente en la síntesis e interpretación de la información.

En lo que respecta a las técnicas de investigación científica, se hizo uso de la técnica de entrevista, descrita por los autores (Díaz Bravo, Torruco García, Martínez Hernández, & Varela Ruiz, 2013) como una técnica precisa para recabar datos mediante el diálogo directo con determinada población o sujeto de estudio cuya respuesta es de fundamental aporte a la investigación, en este caso se realizaron entrevistas a cuatro profesio-

nales, dos profesionales del derecho y dos profesionales de ciencias médicas con la finalidad de recabar información al respecto de la sucesión en caso de la concepción post mortem, mediante una serie de preguntas a fin a su materia de experticia profesional pero direccionadas directamente al tema de la investigación, que permitieron obtener información valiosa para esta investigación.

En materia de la técnica metodológica, para la realización del presente artículo científico se aplicaron entrevistas, consideradas como instrumentos fundamentales para obtener información experta. Ellas fueron realizadas a especialistas en las áreas de Derecho Civil, y en materia de Ginecología.

## RESULTADOS

### ENTREVISTAS

Se realizaron cinco preguntas concretas a los entrevistados: Dr. Charles Eridon Vera Granados, Dr. Mauro Alfredo Pinargote Alonzo, ambos jueces de la función judicial, así como a los doctores Ángel Gabriel Timm Duque y Luis Bolívar Reinoso Almeida, ambos ginecólogos de más de 15 años de experiencia. Todos se ciñeron fielmente las preguntas, además de hacer algunos aportes voluntarios al tema.

De las preguntas realizadas a los profesionales del Derecho, se hicieron las siguientes:

- **¿Qué sabe Ud. sobre la concepción post mortem?,**

Se obtuvo el consenso de que es aquella previa a la filiación mediante alguna técnica de reproducción asistida, como por ejemplo la fecundación in vitro y la congelación de óvulo.

- **¿Conoce Ud. alguna normativa ecuatoriana que permita la concepción post mortem?**

Se determinó por consenso que, si bien el Código Civil reconoce los de-

rechos de sucesión y de filiación en general, no hay una norma explícita sobre la filiación para la concepción post mortem.

- **¿Conoce Ud. sobre la regularización sobre la sucesión en casos de concepción post mortem?**

Se obtuvo que no se establece ningún procedimiento de regularización de sucesión post mortem y no hay una clara norma que establezca aquella situación.

- **¿Conoce sobre si conoce si el Código Civil ecuatoriano regulariza la concepción asistida y/o de las técnicas de reproducción asistida?,**

Los entrevistados coincidieron en que el Código Civil no regulariza la concepción asistida ni las técnicas de reproducción asistida, aunque permita el reclamo de derechos como el de filiación, que está sujeto a protocolos y procesos legales.

**¿Ud. considera necesario que se reforme el Código Civil con la finalidad de que se incluya la filiación por concepción post mortem de manera natural o a través de alguna de las técnicas de reproducción asistida admitidas en el sistema jurídico ecuatoriano?**

Los entrevistados afirmaron que sí se debe reformar la normativa para incluir la filiación por concepción post mortem y las formas en las que procede esta concepción, ya que nos encontramos actualmente en un vacío legal relativo a los derechos de las personas que recoge el Código Civil.

De las preguntas realizadas a los profesionales de Medicina, las respuestas fueron las siguientes:

- **¿Conocen sobre la concepción post mortem?,**

Ninguno de los entrevistados conoce con certeza al respecto.

- **¿Conocen la reproducción asistida?**

Se la describió como la ayuda que se brinda a una mujer para que pueda procrear mediante procedimiento que requieren de instrumentos y equipos sofisticados, y de personal médico especializado capacitado.

- **¿Cuáles son las técnicas de reproducción asistida que conocen y manejan el procedimiento de cada una?**

Se determinó que en el Ecuador se han practicado tres: inseminación artificial, fecundación in vitro y la estimulación ovárica. La inseminación artificial se realiza mediante un catéter especial introducido a través del cuello uterino mediante el que se transportan los espermatozoides al útero para la fecundación. La fecundación in vitro es realizada con una inyección intracitoplasmática; y la estimulación ovárica se refiere a un tratamiento en específico que debe recibir una mujer cuando no produce los óvulos necesarios para la concepción.

- **¿Cuál es la importancia de la regulación de las técnicas de reproducción asistida en la normativa ecuatoriana?**

Se determinó que no hay una normativa ecuatoriana que regule las técnicas de reproducción asistidas.

- **¿Las formas de concepción post mortem, como la reproducción asistida, se encuentran reguladas en el sistema jurídico?**

Ambos doctores establecieron que no se encuentran reguladas en el Ecuador y que, sin embargo, sí se pueden realizar.

## ANÁLISIS JURÍDICO

Para poder determinar la constitucionalidad de la sucesión en caso de la concepción post mortem en el sistema jurídico ecuatoriano, se debe partir conociendo sobre la existencia

de una persona y los derechos que de ella se desprenden. De acuerdo con el artículo 60 y 63 del (Código Civil, 2005), se fija el principio de existencia legal con el nacimiento de una persona, y que, de aun encontrarse en el vientre de la madre, los derechos que le correspondiesen, se suspenderían hasta su nacimiento. En otras palabras, con el nacimiento se materializan los derechos del menor, y que, de no haber nacido en el tiempo en el que su existencia fuese un requisito para la adquisición de derechos, éstos quedarían suspendidos hasta que nazca, lo que significa que no los pierde.

Es importante conocer sobre la existencia legal de una persona precisamente porque hay derechos que incluyen el principio de existencia como requisito para adquirirlos, como el derecho de sucesión. No obstante, en lo que respecta a la existencia como tal, se presumen dos: la existencia legal y la existencia natural, entendiéndose a la segunda como la existencia del niño en el vientre. Al respecto, el Código de la Niñez y Adolescencia (2003, Art. 20) establece que, desde la concepción, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, y que desde que son fecundados en el óvulo de la mujer, hasta su nacimiento, está prohibido cualquier tipo de experimentación o manipulación médica, técnica o práctica que pueda poner en riesgo su vida, integridad o desarrollo integral. Sin embargo, la opinión experta de los ginecólogos aporta a la idea de que ninguna de estas formas de reproducción asistida consiste en una experimentación o manipulación médica, pues la ciencia ya cuenta con los protocolos relacionados.

El artículo mencionado tiene suma importancia en esta investigación porque, desde que el niño o niña es concebido, el Estado ecuatoriano reconoce su existencia y derecho a la vida, velando por su seguridad. Ello tiene implicaciones que luego se desarrollarán desde el ángulo del Derecho Penal Internacional. No obstante,



ni el artículo 60 del Código Civil ni en el artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia, ni el resto de los artículos de ambos Códigos, se hace referencia a regulaciones sobre forma de la fecundación al óvulo, o la forma en que es concebido el menor. En la presente investigación se ha podido constatar que ninguna de las normativas mencionadas se regula al respecto de las formas de concepción.

Dentro de este marco, en el Ecuador la concepción se produce cuando el óvulo de la mujer es fecundado, por esa razón es pertinente conocer las formas en las que se puede concebir a un niño o niña. Para Jacobson, Linda, Zieve & Conaway (2021), la concepción del bebé se desarrolla dentro del útero de la madre, producto del acto de reproducción sexual entre un hombre y una mujer, en algún momento a lo largo de las dos primeras semanas en las que se produjo la relación sexual. Ello implica que, aunque el acto de reproducción sea asistido, el tiempo de la concepción no podrá contarse sino hasta dos semanas luego de la inoculación, retrasando en este plazo los derechos constitucionales y civiles.

Como su propio nombre indica, son técnicas que asisten al proceso de reproducción, variando probablemente los lapsos y las condiciones que harían al feto sujeto de derecho.

Además de las reconocidas por La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (2021), todas sujetas a nuevas investigaciones futuras, en el Ecuador si se reconocen dos técnicas de reproducción asistida, que son la inseminación artificial y la fecundación in vitro, de acuerdo con lo establecido por el Ministerio de Salud Pública (Código de Ética Médica, 1992, Capítulo XVIII, Arts. 107 y 109). En el artículo 107 se indica que la inseminación artificial solo podrá ser realizada por médicos especialistas en los casos que los cónyuges estén de acuerdo, o en caso de esterilidad

o impotencia del marido, una vez que científicamente se ha comprobado que las condiciones son propicias. En el artículo 109 se indica que la fecundación in vitro solo podrá ser realizada por médicos especialistas en centros o institutos de investigación autorizados en el Ecuador, en los casos de mutuo consentimiento de los cónyuges o cuando los procedimientos naturales fracasan, previo a una comprobación científica. Aunque la inseminación artificial y la fecundación in vitro estén reconocidas dentro del Código de Ética Médica y, por ende, admitida su ejecución en el Ecuador, no hay ninguna otra normativa o artículo que las regule, lo que significa que el procedimiento de cada una no está regulado ni establecido con claridad. Además de la información obtenida en las entrevistas a los profesionales médicos, se corrobora que en el país se practican las dos técnicas mencionadas, pero también la estimulación ovárica, misma que no se encuentra regulada o reconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo que respecta a la inseminación artificial, la descripción que hacen los especialistas (Santiago Romero et al., 2020) indicaría que se trata de un importante antecedente médico y jurídico al uso de espermatozoides de una persona fallecida. Por cuanto la inseminación técnica consiste en la introducción de espermatozoides de forma no natural en el útero de la mujer, con la finalidad de que se fecunden y la mujer quede en estado de gestación efectiva, ya sea con el espermatozoide de la pareja de la mujer o de un donante, el proceso natural (en el que el aparato reproductor masculino directamente libera el esperma) es reemplazado por un catéter especial que se introduce hasta el útero de la mujer, pudiendo hacerse esto con espermatozoides de una persona fallecida, una vez sea adecuado el protocolo de su recolección.

Por otro lado, la fecundación in vitro, de acuerdo con los autores (Mata

Miranda & Vázquez Zapién, 2019), es realizada mediante la extracción o adquisición de ovocitos mitótica y citoplasmáticamente maduros, para que puedan ser fertilizados fuera del cuerpo humano, concretamente en un plato de cultivo de los embriones, que posteriormente serán implantados al útero de la mujer mediante el empleo de jeringuillas o inyecciones especiales. Esta técnica es mucho más invasiva que la inseminación artificial, pero también sienta otro precedente a la concepción post mortem.

## **ANÁLISIS JURÍDICO DEL NIÑO NACIDO VIVO Y SU MADRE**

En lo que respecta a las reglas relativas al hijo póstumo, el (Código Civil, 2005) en el Título VII de los hijos concebidos en matrimonio, en el artículo 243 establece que fallecido el marido, la mujer que se creyere embarazada de él podrá denunciar, en el término de 30 desde que supo del fallecimiento, a quienes estuviesen llamados a suceder por la inexistencia del póstumo; el artículo 244 *ibídem*, indica que la madre tiene el derecho de que se le consigne, de los bienes que le corresponden al hijo póstumo, lo necesario para el parto y para su subsistencia en caso de nacer vivo y en el debido tiempo, además indica que de nacer muerto o de nunca haber estado embarazada del póstumo, no estará obligada a restituir lo asignado, al menos que se pruebe que actuó de mala fe o que el hijo no fue del marido.

En líneas generales, se reconoce como hijo póstumo a aquel concebido dentro del matrimonio en el que el marido ha fallecido antes de su nacimiento, cuyos derechos básicamente los debe exigir la madre mediante la denuncia a quienes sucedieran al marido fallecido, por cuanto el póstumo aún no existe, es decir, que aún no ha nacido; por razón anteriormente si hizo hincapié en la existencia de una persona, porque de acuerdo con los artículos mencionados, los derechos de sucesión del póstumo se materia-

lizan con su nacimiento pero siempre que haya nacido vivo y en el tiempo debido. No obstante, aunque básicamente se permita a la mujer denunciar aún sin haber estado embarazada y recibir parte de los bienes del difunto para cubrir los gastos que supondrían el parto, sin que deba restituirlo, los herederos tienen el derecho de cuestionar la paternidad del difunto y exigir que se realice una prueba de ADN, por cuanto el padre ya no puede hacerlo.

Es evidente que los derechos del hijo póstumo, por no encontrarse debidamente regulados, se ven expuestos a procesos judiciales que afectan directamente el goce de los derechos que la misma normativa le reconoce.

Otro aspecto importante que no se ha tomado en cuenta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es sobre el hijo póstumo fuera del matrimonio, porque este derecho de denunciar a quienes heredarían los bienes del fallecido le corresponde a la esposa del mismo, por lo tanto se desampara al hijo póstumo concebido fuera del matrimonio, en lo relativo no solo a su derecho de sucesión, sino de los demás derechos que se materializan a partir del establecimiento de filiación.

El Código Civil (2005, Art. 24) indica que la filiación se establece a la persona que ha sido concebida dentro del matrimonio verdadero o putativo de los padres, o dentro de la unión de hecho legalmente reconocida. Mientras tanto, el artículo 247 *idem* establece que los hijos nacidos fuera del matrimonio podrán gozar de los derechos que la ley establece, pero respecto al reconocimiento de ambos padres o de solamente uno de ellos. Indiscutiblemente un padre muerto no podrá reconocer su paternidad, por lo tanto, si los herederos no solicitan que se compruebe la filiación de este niño, solo podrá ser reconocido por la madre, debido a que fue concebido sin un vínculo legal entre el padre y la madre como el matrimonio o la unión de hecho.

En este punto, es preciso tratar sobre las reglas generales del derecho de sucesión en el Ecuador, pero enfocadas a su aplicabilidad en caso de concepción post-mortem, por cuanto los derechos relativos a la sucesión son muy amplios. El Código Civil (2005, Art 993) establece que la sucesión de un difunto puede ser mediante título universal, en el que se sucede la totalidad o en cuota los bienes, derechos y obligaciones transferibles del difunto, o mediante título singular, en el que se sucede una o más especies o cuerpos ciertos; y de acuerdo con el artículo 996 *ibídem*, se considera herencia a las asignaciones a título universal y a su asignatario como heredero, mientras que se considera legados a las asignaciones a título singular y a su asignatario como legatario. En otras palabras, la ley permite la repartición de bienes en su totalidad o por partes, que en el caso de que se suceda determinada especie o cuerpo cierto deberá constar la voluntad del difunto en un testamento, es decir, que los legatarios podrán únicamente suceder mediante testamento, debido a que, si no hay un testamento, la repartición de bienes será de la totalidad de los derechos y obligaciones transferibles del difunto en base al procedimiento que la ley establezca al respecto de los derechos de herencia.

Por otra parte, el artículo 997 *ibídem*, indica que la sucesión de una persona se abre con su muerte, en su último domicilio, en base al cual se reglará la sucesión, salvo a excepciones legales. Es decir, con el fallecimiento de una persona se crean y se extinguen a la vez derechos y obligaciones, ya que, al dar apertura a la sucesión de los bienes, para quien falleció se extinguen sus derechos sobre sus bienes, pero son adquiridos o transmitidos a quienes evidentemente la ley determine como capaces para sucederlos. Se podría considerar como una excepción legal cuando en la sucesión hay alguna o algunas condicio-

nes suspensivas debido a la voluntad del difunto en el testamento como, por ejemplo, que en el testamento haya dispuesto que determinado hijo podrá heredar sus bienes una vez que se haya casado, por lo que la sucesión se abriría para ese hijo una vez que ha contraído matrimonio y precisamente desde la muerte del testador.

Como se mencionó anteriormente, para poder adquirir o suceder los bienes de un difunto, el heredero o legatario deberá ser capaz ante la ley, lo que quiere que no haya sido declarado como incapaz o indigno legalmente, no obstante, adicional a ello, de acuerdo con esa norma (Código Civil, 2005, Art. 1005) también es un requisito existir al momento en que se abre la sucesión, al menos que esta sucesión sea por transmisión, y en caso de que la herencia o legado esté bajo condición suspensiva, la persona también deberá existir en el momento en que se cumpla la condición, sin embargo, las personas que no existen pero que se espera que existan, no perderán su derecho de sucesión siempre que existan hasta el 15 años, contados a partir del fallecimiento de la persona de la cual es sucesor. En otras palabras, los requisitos para suceder a una persona son: ser capaz, ser digno y existir en el momento en que se abrió la sucesión, aunque este último requisito tiene excepciones, como que la persona exista dentro de 15 años a partir del fallecimiento del difunto, siempre que su existencia sea esperada; por esa razón, en esta investigación se hizo hincapié en el principio de existencia legal, porque juega un rol esencial para adquirir los derechos de sucesión, ya que la persona que no existe, es evidentemente incapaz de suceder.

En ese mismo contexto, cabe resaltar que la ley ampara al hijo que está por nacer, y en el caso del hijo póstumo, el artículo 506 *ibídem* establece que los bienes que le correspondieren al hijo póstumo están a cargo de uno o más curadores des-



ignados por el padre mediante testamento o por un Juez a petición de la madre o de cualquier de las personas sucesoras de los bienes del padre, en caso de que no suceda el póstumo; en concordancia, el artículo 505 del mismo cuerpo legal indica claramente que después de cuatro años contados desde la muerte de la persona en la que la herencia está sujeta a curaduría, a petición del curador o por conocimiento de causa, el Juez podrá ordenar la venta de esa herencia para sea puesta a interés pero con las debidas seguridades, que en caso de que no hubiere, se depositaría la herencia en las arcas del Estado. Dicho brevemente, si no hay sucesor del fallecido ni testamento o nazca muerto el hijo póstumo, los bienes quedan a potestad del Estado; y en sujeción a los artículos antes mencionados, si el hijo póstumo no existe o nace hasta en 15 años contados desde el fallecimiento del padre, no recibirá herencia, ya que el término de 4 años aplica en el caso de que exista una curaduría en la herencia, y al hijo póstumo se le asigna o nombra uno o más curadores una vez nace vivo.

De lo relativo a las reglas generales del derecho de sucesión revisados, se evidencia que es posible la protección y garantía de los derechos de sucesión del hijo póstumo mediante testamento, ya que, de acuerdo con el artículo 1037 del (Código Civil, 2005), el testamento es un acto más o menos solemne en el que una persona podrá disponer sobre todos sus bienes o partes de ellos, para que surta efecto cuando fallezca. Por lo que, el padre a sabiendas de que ha procreado o no un hijo con su pareja, podrá disponer mediante testamento que sus bienes sean sucedidos una vez que nazca un bebé entre él y su esposa, o que sean sucedidos al bebé que está por nacer de tal persona, en caso de que no exista un vínculo matrimonial entre ambos, ya que el testamento es un acto individual y nadie más que el testador podrá revocarlo o modificarlo.

El hijo póstumo podrá adquirir su derecho de sucesión mediante transmisión o por testamento, pero, hay un punto muy importante presente en el Código Civil que corresponde a un vínculo legal entre los padres; en resumidas palabras, es hijo póstumo el nacido o concebido en un matrimonio o una unión de hecho, y los derechos relativos a su herencia parten debido a ese vínculo legal de la madre con el padre fallecido, por lo que el hijo concebido fuera de ese vínculo es ilegítimo e incapaz de suceder los bienes del difunto, al menos que conste en testamento esta voluntad. Esto supondría que en caso de noviazgo o de compromiso, por cuanto no está consolidada en matrimonio o en unión de hecho su relación con el padre del hijo concebido, este hijo, no solo no será capaz de suceder los bienes de su padre biológico, sino que tampoco tendrá padre.

En paralelo, debido a que esos derechos hereditarios los adquiere el hijo póstumo si nace dentro de un matrimonio o unión de hecho, juega un rol muy importante la investigación de paternidad, ya que si bien no adquiere los mencionados derechos debido a que el padre murió sin haber reconocido su paternidad, el (Código Civil, 2005), amparado en el interés superior del menor, especialmente en su derecho de identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares, establece en sus artículos 252 y 255 que es derecho del hijo la acción de investigación de paternidad o maternidad cuando el padre o madre no lo ha reconocido voluntariamente, siendo el Juez quien mediante declaración judicial lo declare hijo de determinado padre o madre, pero en caso de sea menor de edad, su representante legal o quien esté a cargo de su patria potestad podrá representar al menor para exigir la investigación de paternidad o maternidad ante la autoridad. En síntesis, una vez nacido el hijo póstumo, la madre podrá demandar ante el Juzgado la investigación

de paternidad de su hijo, teniendo en cuenta que al fallecido si se le puede practicar prueba de ADN, al igual que a sus descendientes para determinar si hay o no una relación parentofilial con el difunto. Sin embargo, transcurridos 15 años desde el fallecimiento del padre, si no ha nacido el hijo, sus derechos de sucesión relativos a los bienes del difunto, expiran.

Mientras no se establezca la relación parentofilial con el padre biológico, el hijo póstumo que nace vivo no podrá adquirir sus derechos sucesorios por transmisión, al menos que la madre demande la investigación de paternidad. A pesar de ello, actualmente una mujer solo puede acceder a las técnicas de reproducción asistida admitidas en el Ecuador si está casada, y se requiere el consentimiento tanto de ella como de su pareja, por lo que si durante el proceso de alguna de estas técnicas, el marido muere, se puede continuar con la misma porque la ley no extingue o prohíbe su continuación en caso de fallecimiento, pero, este requisito del matrimonio limita y restringe el derecho de la mujer soltera a acceder a las técnicas de reproducción asistida, en caso de que desee concebir un hijo y formar una familia sin la necesidad de contraer matrimonio ni tener relaciones sexuales con un varón; es decir, este es un derecho es exclusivo de un matrimonio, que posiciona a la mujer soltera en situación de desigualdad en lo relativo a sus derechos de sexualidad y reproducción, transgrediendo sus derechos constitucionales amparados en la (Constitución de la República del Ecuador, 2008) en sus artículos 11, en cuanto a que el Estado promoverá la igualdad real en favor de los titulares de derechos que estén en situación de desigualdad; artículo 66, numeral 4, derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, numeral 9, derecho de tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual, y numeral

10, derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos quiere tener; y, artículo 67, el reconocimiento de la familia en sus diversos tipos.

De igual modo, los derechos y garantías de la mujer casada que se somete a un procedimiento de reproducción asistida como la inseminación artificial o la fecundación in vitro, se limitan por cuanto el procedimiento de cada una de ellas no se encuentra plasmado en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que el mismo Código de Ética Médica establece que solo médicos especializados están facultados para realizar estos procedimientos, lo que podría dar paso a una mala praxis profesional y vulnerar los siguientes derechos constitucionales, contemplado en el (Constitución de la República del Ecuador, 2008) en sus artículos 359, el derecho a la salud; artículo 361, la responsabilidad del Estado de normar, regular y controlar todas las actividades relacionadas con la salud; y artículo 363, la responsabilidad del Estado de asegurar acciones y servicios de salud sexual y reproductiva, y de garantizar la salud integral y vida de las mujeres. Además de normar y regular los procedimientos de reproducción asistida, el Estado también debería de institucionalizar la figura de la concepción post mortem, que indudablemente en el Ecuador sí sucede.

## ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y PENAL

Un par de investigadoras (Guerra Rico & Moadie Orteha, 2018), advierten que resulta importante la decisión del cónyuge, la cual se protege técnicamente mediante la criopreservación seminal. En este caso, se refiere a la entrega en vida que hace un hombre de sus espermatozoides para que, por decisión propia, sean preservados. La transferencia de embriones se refiere al procedimiento de fecun-

dación in vitro donde, por diferentes circunstancias, el hombre muere antes de la transferencia de embriones al útero de la mujer, el cual estaría técnicamente protegido por el consentimiento masculino. En el extremo contrario, la obtención de semen se refiere a recuperar el esperma del fallecido directamente de sus testículos, lo cual no necesariamente se acompaña del consenso de la parte masculina, mientras esto no esté reglamentado. En este sentido, hay derechos de consenso a toda relación sexual que implica la presencia de violación en la normativa extranjera o de abuso sexual en la ecuatoriana. El Código Orgánico Integral Penal establece:

*"Art. 170.- Abuso sexual. La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años" (COIP, 2014).*

En general, la importancia de mencionar estas técnicas de reproducción asistida es precisamente porque son practicadas en el Ecuador y, por tanto, tienen formas jurídicas concretas, aunque rodeadas de importantes lagunas jurídicas, como es la ausencia de reglamentaciones. Ello puede dar cabida a negligencias médicas, un uso ideológico o pseudo científico del procedimiento o, incluso, vulnerar el derecho a la salud de las personas, como los derechos de los niños que surgen de estos procedimientos.

Es en este punto que es importante que la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 359) garantiza que el sistema de salud abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud a través de sus instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud, lo que implica una contradicción doctrinaria entre el principio *permissum videtur id omne quod non prohibetur* y la norma constitucional: El primer principio ("Se considera permitido todo lo no prohibido" según la traducción de la RAE), presume que el vacío

sí forma parte del sistema jurídico, pero la norma constitucional advierte que en materia de salud no deben haber vacíos. De tal modo que, aunque el vacío legal permite el uso de estas técnicas, la Constitución introduce un elemento argumentativo que puede ser impugnador, pues prevé su vinculatividad, incluso aunque no se haya reglamentado tal aspecto.

En general, en el mundo existen muchas más técnicas de reproducción asistida que permiten la concepción después de la muerte, y en el Ecuador únicamente se reconocen dos. Es preciso mencionar que, aunque la concepción post mortem no se encuentra regularizada en el ordenamiento como tal, se puede evidenciar su existencia en las reglas relativas al hijo póstumo, ya que, de acuerdo con la Real Academia Española (2022), es hijo póstumo aquel que ha sido concebido después de la muerte de su padre; en otras palabras, es el hijo producto de la concepción post mortem, habiendo podido o no existir en el vientre de su madre cuando el padre falleció, independiente de las causas de su muerte.

## **DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y CONVENCIONES GARANTISTAS**

A pesar de que este debate no es corriente en Ecuador, no es posible atender el problema de la concepción post mortem sin reconocer su historia o su historia asociada a la eugenética, y sus posibles implicaciones en las concepciones futuras del delito.

El tema jurídico, en este sentido, trasciende al tema médico puesto que implica un debate complejo: ¿Tiene el derecho un límite en la vida de la persona o podrá extenderse más allá de su muerte? ¿Pueden regularse el uso de partes humanas, como los testículos, para obtener de éstos funciones vitales en un nuevo ser? ¿Implica criopreservación del semen la intención expresa del hom-

bre de que se utilice su semilla para la procreación en cualquier contexto? ¿Puede la intención de procrear de la mujer preponderar sobre la intención no establecida de su pareja fallecida? Y finalmente: ¿Puede un grupo, una empresa, una institución, organismo, Estado u organismo supranacional tomar la decisión de hacer reproducir los espermatozoides de una persona fallecida, por una causa establecida de interés superior?

Aunque esta última pregunta pareciera extraña a la coyuntura política ecuatoriana, la historia de la humanidad ha mostrado muchas veces su pertinencia, fundamentalmente, a través de la llamada eugenética.

La eugenesia arropa un conjunto de teorías científicas que consideran que la humanidad puede mejorarse mediante la selección artificial del material genético. Puede ser negativa, en el sentido de que busca la eliminación de material genético inadecuado, como fue la experiencia nazi del holocausto, o puede ser positiva, utilizando material genético para mejorar condiciones de nacimiento o reemplazo orgánico, entre otras posibilidades.

El debate aun no finaliza y se encuentra claramente vivo en la comunidad científica. Las comunidades de genómica continúan trabajando para desacreditar científicamente los mitos eugenésicos y combatir las manifestaciones modernas de la eugenesia y el racismo científico, particularmente en lo que afecta a las personas de color, las personas con discapacidades y las personas LGBTQ+ (National Human Genome Research Institute, 2022). La literatura científica y política sobre bioética muestra cómo los movimientos eugenésicos del pasado usaban la información genética para excluir a grupos históricamente marginados. La genética se ha puesto al servicio de desarrollos científicos posteriores a la Alemania Nazi, para marginar y estigmatizar aún más a ciertos grupos. Por ejemplo, ha habi-

do importantes debates en torno a si los empleadores o las compañías de seguros podrían usar información genómica para discriminar a individuos específicos (National Human Genome Research Institute, 2022).

El uso de herramientas genómicas también ha tenido un importante impacto en su imaginada utilidad para reducir el delito. Sobre esto aun se sigue escribiendo. El juez estadounidense Benjamín Cardozo recordaba que es necesaria una política eugenética para combatir el delito en tres ejes:

*"(1) enfocarse en la minoría peligrosa, (2) considerar que las posibilidades del Estado en hacer la ley hacer cumplir es un eslabón débil de la política criminal, y (3) castigar al criminal, no al crimen. Cada uno de estos ejes asumió una lógica eugenésica distintiva a principios del siglo XX." (Simon, 2020)*

En cualquier caso, la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro, entre otros de reproducción asistida, abren la puerta a consideraciones psicológicas, criminológicas (Denno, 2013), teológicas y hasta de planificación, basadas en la tentación de la eugenesia. Por lo cual cabe preguntarse: ¿Cuáles son los límites permitidos, considerando que sus efectos en políticas globales pueden ser radicalmente importantes en la definición futura de persona, delito y sociedad?

Se erige como impostergable la redacción de una legislación que regule la aplicación de la eugenesia llevada a cabo por un equipo multidisciplinario en el que se incluyan especialistas en Bioética. En su contenido se debe velar por la equidad genética y la no expansión de la discriminación de genes mediante la preselección de los llamados genes malos.

## CONCLUSIONES

En conclusión, no es inconstitucional la sucesión en caso de la concepción post mortem en el sistema jurídico ecuatoriano, porque no se limita ni se restringe el derecho de sucesión en caso de que el padre muera, y de no haberlo reconocido en vida, el

Código Civil permite la demanda de investigación de paternidad presentado ya sea por el hijo o por su representante legal, para que se reconozca la relación parentofilial de padre e hijo, permitiéndole a este adquirir sus derechos de sucesión correspondientes. No obstante, se presentan algunas consideraciones interpretativas que podrían obstaculizar procesalmente estas conclusiones.

Por otra parte, se ha podido constatar que al no estar institucionalizada la concepción post mortem en el ordenamiento jurídico del Ecuador, las técnicas de reproducción asistida no están debidamente normadas y reguladas en cuanto a su procedimiento y ejecución. Además, se excluye a la mujer soltera de acceder o someterse a una técnica de reproducción asistida, limitando y restringiendo sus derechos constitucionales de igualdad, de tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, a decidir cuándo y cuántos hijos quiere tener, y al reconocimiento de la familia en sus diversos tipos.

En el plano del Derecho Penal internacional y las convenciones garantistas, sin embargo, quedaría abierta una puerta para el desarrollo de estrategias eugenésicas, las cuales pueden tener efectos políticos complejos y significativos, en el plano de las políticas y los diseños globales sobre trabajo, crimen, democracia, libertad y derechos de los menores.

Una eugenesia positiva, por ejemplo, que busque cambiar las características fenotípicas del futuro niño, haría que éste encuentre un mundo de personas clasificadas, seleccionadas y no seleccionadas, lo que sujetaría las libertades ciudadanas a estándares preestablecidos llenos de tabúes y desigualdades.

Sus efectos aun están por medirse, pero se estima de un grave peligro a la noción de cultura y humanismo que sostiene al derecho republicano moderno.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bascuñán Valdés, A. (1961). Manual de Técnica de la Investigación Jurídica. Editorial: Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación Argentina. (2012). La Fecundación Post Mortem. Obtenido de Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación Argentina: [https://ccycongresogob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/lamatanza/pdf/LM\\_059\\_MACARENA\\_FEHLEISEN.pdf](https://ccycongresogob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/lamatanza/pdf/LM_059_MACARENA_FEHLEISEN.pdf)

Código Civil. (2005). Obtenido de <https://bde.fin.ec/wp-content/uploads/2021/02/CODIGOCIVILult-modif08jul2019.pdf>

Código de Ética Médica. (1992). Obtenido de Universidad Técnica del Norte: <https://www.studocu.com/ec/document/universidad-tecnica-del-norte/etica/codigo-de-etica-medica/15177761>

Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). Obtenido de <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/est-e-s-06-C%393DI-GO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Obtenido de <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Constitucion.pdf>

Denno, D. (2013). What Real-World Criminal Cases Tell Us About Genetics Evidence. 64 Hastings L.J. 1591. Obtenido en: [http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/505](http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/505)

Díaz Bravo, L., Torruco García, U., Martínez Hernández, M., & Varela Ruiz, M. (2013). Metodología de Investigación: la entrevista, re-



curso flexible y dinámico. Obtenido de Investigación educ. médica vol.2 no.7: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-50572013000300009](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-50572013000300009)

Escudero Velando, L. E. (2012). Estimulación ovárica en reproducción asistida. Obtenido de Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia versión On-line ISSN 2304-5132: [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2304-51322012000300006](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-51322012000300006)

Guevara Albán, G. P., Verdesoto Arguello, A. E., & Castro Molina, N. E. (2020). Metodologías de investigación educativa (descriptivas, experimentales, participativas, y de investigación-acción). pp. 163-173. Obtenido de Revista Científica Mundo de la Investigación y el Conocimiento: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7591592.pdf>

Guerra Rico, J. C., & Moadie Orteha, V. (2018). La Fecundación Post-mortem ¿Garantista o vulnerable de derechos? Revista Cultural UNILIBRE, pag. 25-32. Obtenido de [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista\\_cultural/article/download/8380/7437/22977](https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista_cultural/article/download/8380/7437/22977)

Jacobson, J., Linda, L., Zieve, D., & Conaway, B. (2021). MedlinePlus. Obtenido de Biblioteca Nacional de Medicina de EE. UU.: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002398.htm>

Lopera Echavarría, J. D., Ramírez Gómez, C. A., Zuluaga Aristazábal, M. U., & Ortiz Venegas, J. (2010). El Método Analítico como Método Natural. Obtenido de Euro-Mediterranean University Institute: <https://www.re-dalyc.org/pdf/181/18112179017.pdf>

Martínez Villagómez, Á., & Villao Bailón, R. (agosto de 2019). Hijo Póstumo; análisis de la valoración de legalidad con el goce efectivo de sus derechos. Guayaquil. Obtenido de Universidad de Guayaquil: <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/re->

[dug/43135/1/Mart%c3%adnez%20Angel%20-%20Villao%20Ruy%20084-2019.pdf](http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/re-dug/43135/1/Mart%c3%adnez%20Angel%20-%20Villao%20Ruy%20084-2019.pdf)

Mata Miranda, M. M., & Vázquez Zapién, G. J. (2019). La Fecundación in-vitro: Louise Brown, a cuatro décadas de su nacimiento. Obtenido de Organización Scielo: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0301-696X2018000400363](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0301-696X2018000400363)

Méndez Rodríguez, A., & Astudillo Moya, M. (2018). La Investigación en la era de la información: Guía para realizar la bibliografía y fichas de trabajo. Obtenido de Universidad Nacional Autónoma de México: <http://www.economia.unam.mx/academia/iniae/pdf/iniae1/u115.pdf>

National Human Genome Research Institute (2022). Eugenics and Scientific Racism. <https://www.genome.gov/about-genomics/fact-sheets/Eugenics-and-Scientific-Racism>

Real Academia Española. (2022). Póstumo. Obtenido de Real Academia Española: <https://dle.rae.es/p%C3%B3stumo>

Santiago Romero, E., Izquierdo Urdinola, H. I., Barranquero Gómez, M., Villalobos Plumé, M., Recuerda Tomás, P., & Gómez de Segura, R. (26 de noviembre de 2020). La Inseminación Artificial (IA). Obtenido de Organización Reproducción Asistida: <https://www.reproduccionasistida.org/inseminacion-artificial-ia/>

Simon, J. (2020). Eugenic Thought And American Criminal Justice. Boston University Law Review. Vol. 100:787 <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2020/05/02-SIMON.pdf>

Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. (2021). Técnicas de Reproducción Asistida. Obtenido de SEGO: Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. : [https://sego.es/mujeres/Reproduccion\\_asistida.pdf](https://sego.es/mujeres/Reproduccion_asistida.pdf)