

La gestación tras el diagnóstico neurológico de muerte: ¿gestación post mortem?

POR LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO (*)

Sumario: I. El criterio neurológico para la determinación de la muerte: su aceptación. — II. De la inseminación *post mortem* a la gestación *post mortem*. — III.a. ¿Con qué fecha deberá ser certificada la muerte?: III.a.I. La inscripción de la defunción de la madre “incubadora”; III.a.II. Fallecida pero no inhumada: la necesaria postergación de la inhumación o incineración. — III.b. Ineludible condición póstuma del nacido. Filiación *post mortem* materna. — III.c. Efectos sucesorios: III.c.I. ¿Cuándo se abre la sucesión?; III.c.II. ¿Suspensión de la partición o reserva de la cuota hereditaria? — IV. Consideraciones *ad finem*. — V. Bibliografía. — VI. Otros documentos consultados.

“Los huesos de los muertos, pueden más que las carnes de los vivos.” Gabriela Mistral.

Resumen: La aplicación del criterio neurológico de muerte en la gestante genera interesantes dilemas éticos y jurídicos. Con independencia de que en tales circunstancias se considere oportuno mantener el cadáver de la progenitora como reservorio natural del feto hasta obtener la viabilidad de este (madre incubadora), nada priva que sea certificada la muerte en el momento en que se diagnostica y con ello su respectiva inscripción en el registro civil con los efectos que en el orden filiatorio y sucesorio conlleva.

Palabras clave: Criterio neurológico de muerte, gestación *post mortem*, sucesión, filiación.

THE GESTATION AFTER THE NEUROLOGICAL DIAGNOSIS OF DEATH: POST MORTEM GESTATION?

Abstract: Application of the neurological criterion of death to the expectant mother raises significant ethical and legal dilemmas. Regardless of whether it is appropriate or not, under such conditions, to keep the body of the pregnant mother as the foetus' natural environment until the foetus reaches his viability; nothing prevents that the death of the mother is certified at the time in which the death has been diagnosed and, with it, the certificate's registration in the civil registry for it to yield all effects in inheritance and filiation matters.

Keywords: Neurological criterion of death, post mortem pregnancy, succession, filiation.

I. El criterio neurológico para la determinación de la muerte: su aceptación

El año de 1968 marcó un hito importante en la historia contemporánea de la humanidad, y no solo por la guerra en Vietnam y lo que ello significó en la sociedad norteamericana. En el campo de las ciencias médicas en ese propio año la Universidad de Harvard da a conocer, no solo a la comunidad científica, los llamados Criterios Harvard sobre el diagnóstico de muerte cerebral, estableciendo un protocolo para su diagnóstico. Como apunta Requena-Meana, “A partir de entonces este término entró a formar parte tanto del vocabulario científico-médico, como del lenguaje común” (RAQUENA-

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

MEANA, 2009: 133). El término “muerte cerebral” ha sido calificado de poco feliz o impreciso en el orden técnico. En tal sentido, coincido con el mencionado autor en que la llamada muerte cerebral “Se trata (...) de un procedimiento diagnóstico que incluye sobre todo la observación de algunos signos clínicos a los que pueden asociarse, según los casos, algunas pruebas complementarias (electrofisiológicas, ecográficas o de imagen), como el EEG, la angiografía, entre otras” (Ibídem, 130). Y en tal sentido, debe descartarse que “No es una nueva definición de muerte a la que se llega a través de un proceso deductivo”, ni tampoco “... un estado patológico muy grave, como lo puedan ser el coma profundo, el estado vegetativo, o algunos síndromes neurológicos” (Ibídem, 130).

Para un certero diagnóstico neurológico de muerte resulta necesario: *a)* conocer la causa de la lesión encefálica; *b)* descartar los trastornos que pudieran simular la muerte encefálica (condiciones hemodinámicas, metabólicas, farmacológicas y tóxicas actuales o relativamente recientes) y *c)* efectuar una exploración neurológica reglada. De ahí que se habla, no sin razón de que “el criterio neurológico corresponde a una situación fisiopatológica más evolucionada respecto al criterio cardio-respiratorio ya que (...) el daño encefálico es posterior a la parada cardiaca” (Ibídem, 131) y su determinación solo es posible en situaciones especiales, en las unidades de cuidados intensivos. Es un criterio de determinación instrumental de la muerte, razón por la cual no cualquier médico puede realizarlo, exigiéndose al efecto determinadas especialidades de la medicina. (1)

Como se ha sostenido en una importante *Declaración de Neurólogos*, publicada por la Pontificia Academia Scientiarum de la Ciudad del Vaticano en el 2008, “El concepto de muerte cerebral no intenta sugerir que existe más de una forma de muerte. Más bien, esta terminología específica hace referencia a una condición especial que, dentro de una secuencia de sucesos, constituye la muerte de una persona. Así pues, la muerte cerebral es el cese irreversible de toda actividad cerebral vital (de los hemisferios cerebrales y el tallo cerebral). Esto implica la pérdida irreversible de función de las células cerebrales y su destrucción total o casi total. El cerebro está muerto y el funcionamiento de los otros órganos se mantiene directa e indirectamente por medios artificiales. Esta condición se debe única y exclusivamente al uso de técnicas médicas modernas y, salvo en raras excepciones, solo puede mantenerse por tiempo limitado. La tecnología puede preservar los órganos de una persona muerta (debidamente declarada muerta según los criterios neurológicos) durante un lapso de tiempo, por lo general de horas a días, rara vez más tiempo. No obstante, esa persona está muerta” (2008: 138).

(1) De ahí que la mayoría de las legislaciones exija la presencia de más de un médico, con especialidad en cuidados intensivos, neurología, neurocirugía, medicina interna y otras afines. A modo de ejemplo: en Argentina, la certificación del fallecimiento deberá ser suscripta por dos médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano. En Chile lo hará un equipo de médicos, uno de cuyos integrantes, al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía. En Colombia el diagnóstico de muerte deberá hacerse por dos o más médicos no interdependientes, uno de los cuales deberá tener la condición de especialista en ciencias neurológicas. En Costa Rica el certificado de defunción lo suscribirán tres médicos del hospital en donde falleció el paciente, entre los cuales deberán, necesariamente, figurar un neurólogo o un neurocirujano y el jefe del servicio hospitalario o su sustituto. En Honduras el certificado de defunción será suscrito por un neurólogo y neurocirujano, un cardiólogo y un internista; este último podrá sustituirse por el médico que hubiere tratado al paciente durante su última enfermedad. En Panamá, el diagnóstico de muerte encefálica deberá ser constatado por dos o más médicos no interdependientes, quienes deberán ser especialistas idóneos en neurología, neurocirugía, medicina interna, medicina crítica o urgenciología. En Paraguay la certificación de la muerte cerebral deberá ser suscripta por dos médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano. En República Dominicana el certificado de defunción basado en la comprobación de la muerte cerebral será suscrito por tres médicos, entre los que deberán figurar un neurólogo o neurocirujano y el jefe del servicio de la unidad médica correspondiente o su sustituto. En Venezuela el diagnóstico lo hace un equipo médico especializado y la certificación la firman tres médicos. En España el certificado de defunción será suscrito por tres médicos, entre los que deberán figurar, un neurólogo o neurocirujano y el jefe del servicio de la unidad médica correspondiente, o su sustituto. En Cuba el diagnóstico neurológico corre a cargo de una comisión de especialistas designados por resolución del director de cada una de las instituciones acreditadas.

II. De la inseminación *postmortem* a la gestación *postmortem*

La posibilidad del nacimiento después de la muerte de los progenitores o de alguno de los progenitores ha sido estudiado con detenimiento por la doctrina científica sobre todo a raíz de la promulgación de normas jurídicas como la ley de reproducción humana asistida de España, de 1988, que en su artículo 9 permitió la posibilidad de la inseminación de la esposa con semen del marido fallecido, previa autorización de este conforme con las pautas formales que dicha ley exigió, luego ratificado en el 2006 con la hoy vigente ley sobre la materia. Y me refiero a España por ser uno de los pocos ordenamientos jurídicos que admiten la aplicación de la inseminación artificial, tras el fallecimiento del progenitor masculino. (2)

El dilema ético que ello supone ha sido el principal obstáculo para su admisión en otros ordenamientos legales. Si bien hoy se abren nuevos senderos. La orfandad a la que es llevado el hijo, por determinación propia de su progenitora ha sido razón suficiente para que se objete esta manera de constituir una familia, aun cuando el progenitor lo haya expresado así en documento público o privado. La anteposición de los intereses de los progenitores sobre los del hijo han sido condenados por psicólogos, juristas, médicos, filósofos, quienes consideran que no hay intereses dignos de tutelar, frente a la situación que se le impone al hijo de venir al mundo sin la presencia de un progenitor que de antemano se sabe que ha fallecido al momento de la concepción. En tal sentido se aduce la instrumentalización del hijo, y la tergiversación de los fines de las técnicas de reproducción humana asistida, esencialmente terapéuticos (PÉREZ GALLARDO, 2007).

Sostiene Ferrer, en el Derecho argentino, que “La fecundación *post mortem* es una de las manifestaciones del derecho absoluto a tener un hijo, con prescindencia de los derechos de éste, y por eso esta técnica se valora negativamente desde la perspectiva ética. La responsabilidad paterna por la crianza y educación del hijo está ausente: el ejercicio de la paternidad se abandona anticipadamente y se delega a la madre. El deseo de perpetuarse del hombre que va a morir, prevalece en estos casos sobre el derecho del hijo a tener un padre” (FERRER, 2013). (3)

Para aquellos ordenamientos jurídicos —los menos—, que han admitido su regulación, la figura del *concepturus* tiene su propia entidad jurídica, con una protección legal que vas más allá, en el orden patrimonial, de la protección sucesoria.

Empero, la inseminación *post mortem* supone un hijo concebido tras el fallecimiento de su progenitor, según la voluntad de ambos, la del fallecido corporificada en un documento legal, y la *supérstite* expresada de modo tácito en el hecho mismo de su sometimiento al tratamiento de la inseminación artificial con los riesgos psíquicos y físicos que lleva implícita.

En otro orden, la situación que motiva estas páginas se suscita de modo eventual y no intencionado, cuando en el transcurso de un embarazo, a la progenitora se le diagnostica, según criterio neurológico, su fallecimiento. La naturaleza *post mortem*, se debe sin dudas a que la gestación se prologa, gracias a medios de sostén artificial, más allá del fallecimiento de la grávida, sin que exista ningún resquicio de intencionalidad, ni siquiera de previsibilidad en la portadora del feto, de ahí las marcadas diferencias entre una y otra.

El dilema ético que la situación comporta es la delimitación conceptual de la muerte, y la posibilidad hoy día, tecnológica, de continuar con el soporte artificial de vida que permita prolongar el desarrollo fetal, de modo que facilite la vida intrauterina del feto, para que el desarrollo y maduración de sus órganos le permita una situación compatible con la vida. O sea, ¿es lícito y ético que se continúen

(2) En efecto, la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos que han regulado el tema han sido contrarios a su recepción.

(3) Con similar criterio en el Derecho peruano se pronuncia el profesor VELARDE MORANTE, Ricardo (2009) ante las posibles reformas que en el 2006 se pretendían hacer al Código Civil del Perú, entre las cuales apuntaba la posibilidad de admisión de la inseminación *post mortem*.

utilizando medios artificiales para sostener la vida del feto en el vientre de su madre que actúa a modo de incubadora biológica?

Las noticias que se publican hoy en internet dan cuenta de casos reales en los que los médicos han tenido que vencer este desafío ético con innegables implicaciones jurídicas.

El último día de 1999, nació en el Hospital de Gijón el niño Luis Manuel Lorenzo Mesa, hijo de Milagros Lorenzo Mesa, de 34 años, natural de Luanco (Asturias). La madre permaneció en situación de muerte encefálica durante las últimas seis semanas de gestación. ¡Salven a mi hijo!, fue la última voluntad de Milagros al ingresar en el Hospital de Cabueñes, aún consciente, aquejada de una infección generalizada de la sangre, fallo respiratorio, grave problema cardíaco y deterioro neurológico progresivo. El 13 de noviembre de 1999 entró definitivamente en fase de muerte cerebral. Desde entonces el equipo médico mantuvo las constantes vitales de Milagros de forma artificial para salvar a su hijo (RODRÍGUEZ RAMOS, 2002).

También en Italia se dio un caso similar. En el hospital milanés de Niguarda nació el 8 de junio de 2006 una niña que midió al nacer 25 centímetros y pesó 713 gramos tras el parto por cesárea a las 29 semanas de gestación. Su madre estaba en situación de muerte cerebral, según los datos recogidos por el diario italiano *La Stampa*. Después de la cesárea, se procedió a la extracción de órganos de la madre para su donación. Italiana de 38 años, la madre del bebé llevaba 78 días ingresada, clínicamente muerta, por la rotura de un aneurisma cerebral. Fue mantenida en condiciones de equilibrio circulatorio para permitir que prosiguiera la gestación de la niña de entonces 17 semanas, una edad muy corta para hacerla nacer, pero suficiente para tener esperanzas en que el embarazo prosiguiera.

El 12 de mayo de 2012 la agencia EP/AP daba la noticia de que en Michigan, Estados Unidos, una mujer con muerte cerebral, embarazada de mellizos, había podido alumbrar a sus hijos, de manera prematura en un hospital de esa ciudad. A pesar de la delicada condición de la madre, los pequeños Nicholas y Alexander lograron nacer el 5 de abril de 2012, quienes dado su prematuridad tuvieron que estar un tiempo en incubadoras. Christine Bolden, de 26 años, fue hospitalizada un mes antes del alumbramiento a causa de aneurismas cerebrales. Los doctores buscaron mantenerla con vida con un pulmón artificial hasta que sus bebés cumplieran al menos 24 semanas. Tras ese periodo fue posible practicar una cesárea.

Y en fecha aún más reciente (julio de 2013) el diario español *El mundo* nos informa que en el centro médico de la Universidad de Debrecen, en Hungría, nació por cesárea, una niña, que pesó 1420 gramos, en la semana 27 de gestación, tres meses después de que su madre fuera declarada con muerte según criterio neurológico, como consecuencia de un derrame cerebral, cuando solo tenía quince semanas de embarazo. (4)

La primera interrogante que salta a la vista es la necesidad de precisar el momento de la muerte. Aun cuando existe casi consenso de que la muerte encefálica supone la cesación de la vida de una persona, la estrecha vinculación, incluso histórica, de la necesidad de definir legalmente la muerte con la ablación e implante de órganos ha llevado a que un cierto sector de la doctrina sostenga la tesis de que el diagnóstico de muerte encefálica está condicionado a la utilizabilidad de los órganos para un ulterior trasplante.

La propia literatura científica consultada mueve a la equivocidad cuando se dan reportes de casos de diagnóstico de muerte encefálica en la grávida. En principio, se trata de una situación excepcional, según un estudio de caso publicado por G. F. Hurtado Torres, M. Zarazúa Juárez, R. L. Sandoval

(4) Es interesante lo que se expresa en la noticia de lo importante que resultó el acercamiento de familiares y enfermeras con el feto, con el cual, a partir de la semana 20 de gestación, mantenían con carácter diario comunicación. Las enfermeras llamaban al feto por su nombre y la familia visitaba tres veces a la semana el cuerpo (cadáver) de la madre, portador del feto. El padre y la abuela acariciaban el vientre y hablaban con el nasciturus, incluso se mantenía encendida la radio todo el día en la habitación del hospital para que el feto pudiera escuchar siempre voces humanas y música, dada la peculiar situación en la que se encontraba en un cuerpo materno sin vida.

Munro y M. Mendoza Huerta, médicos de varios centros hospitalarios, en San Luis de Potosí, México. Al decir de los galenos “Existen en la literatura 11 informes sobre 10 casos de muerte cerebral en embarazadas (...) en los cuales fue posible lograr la sobrevivencia del producto, con períodos de sostén a la madre y al producto desde 36 horas hasta 107 días; edades gestacionales entre 15 y 30 semanas al momento del inicio de apoyo y de 26 a 32 semanas al momento de obtener el producto. De los 10 casos informados se obtuvo donación de órganos en dos. Se ha establecido una edad gestacional de 24 a 26 semanas como mínimo para considerar viabilidad extrauterina del producto” (HURTADO TORRES y otros, 2007: 504). Sin embargo, cuando se lee con detenimiento los estudios de casos, en ocasiones no queda bien delimitada la situación que desde el punto de vista médico acontece, tras el diagnóstico de muerte encefálica, aun cuando se trate de una grávida. Llama la atención en este estudio que los autores enfatizan en que se trata de un “caso de una mujer embarazada con diagnóstico de muerte cerebral” (Ibídem, 203), y hablan de “paciente” (Ibídem, 204) respecto de lo que ya debe ser catalogado como cadáver, en tanto se ha diagnosticado la muerte cerebral. Similar tratamiento de pacientes, a las grávidas que se mantienen con soporte artificial, puede constatarse en el estudio de un caso que hacen varios médicos de distintos centros hospitalarios de Buenos Aires (MEJÍA y otros, 2008: 447-452).

El primer dilema se presenta en torno a si es ético mantener a un cadáver conectado a un ventilador artificial con el propósito del alumbramiento. Se puede vislumbrar una posición en extremo utilitarista, el cuerpo de la grávida, clínicamente muerto, es el mejor reservorio para que el producto de la concepción llegue al nacimiento. La literatura médica describe el procedimiento a seguir para sostener ese cuerpo a través esencialmente de la nutrición enteral y parenteral y los riesgos que no obstante, la muerte encefálica de la madre le puede provocar al feto. (5)

La Iglesia Católica, a través de su portavoz, Monseñor SGRECCIA, Presidente de la Academia para la Vida, dijo en su momento, a raíz del caso italiano, ya referenciado que: “Salvar a la niña ha sido un acto no solo éticamente lícito, sino necesario (...) No se podía actuar de otra manera, ni desde el punto de vista científico ni moral”. Habría sido encarnizamiento terapéutico “si no hubiera habido una vida que podía ser salvada”, puntualizó en declaraciones al diario italiano *La Stampa*.

Pero “se ha aplicado una práctica bien conocida y justificada en los manuales de ética: el organismo materno y el niño es como si fueran una única entidad”. “No podemos más que expresar aprecio por el embarazo llevado a término por una madre en estado de muerte cerebral. La madre estaba ingresada por aneurisma” “desde hace más de dos meses y la pequeña ha nacido a la semana 29ª” de gestación; “desde el momento del ingreso las condiciones de la paciente eran desesperadas”, explica el prelado italiano. “En ese punto la cuestión prioritaria pasó a ser la supervivencia de la niña. Y, en efecto, día tras día los médicos controlaron las condiciones de salud de la niña y practicaron la asistencia necesaria con el objeto de superar la semana 29ª de embarazo para minimizar el riesgo de sufrimiento fetal”, prosiguió. “Sin sombra de dudas las conclusiones de científicos y expertos en moral coinciden —subraya—. La posibilidad de salvar al bebé imponía que se continuara con la asistencia mecánica

(5) Los médicos expresan que lo primero que hay analizar al diagnosticar la muerte encefálica en una grávida es sobre la necesidad o conveniencia de mantener el apoyo vital y somático a la madre con fines de alcanzar la edad gestacional que permita la viabilidad extrauterina del producto. Dentro de las medidas de apoyo somático se deben de considerar los cambios en las variables fisiológicas maternas derivadas de la gestación, las impuestas por las alteraciones neurológicas de la muerte cerebral y las necesidades específicas del feto y la placenta. Resulta intuitiva la necesidad de mantener aportes de micronutrientes para preservar la funcionalidad bioquímica, así como de macronutrientes con fines energéticos y como elementos de acreción tisular previniendo los efectos deletéreos sobre el crecimiento y desarrollo fetal, secundarias a deficiencias nutricionales. Así lo dejan dicho HURTADO TORRES, G. F., M. ZARAZÚA JUÁREZ, R. L. SANDOVAL MUNRO y M. MENDOZA HUERTA, “Apoyo nutricio en...”, cit., tras su revisión bibliográfica sobre el tema. La expresión “soporte orgánico o somático”, según refiere el Dr. Merlin Pérez, supone el conjunto de medidas no neurológicas que operan sobre el cuerpo de la grávida, ya fallecida, para mejorar el resultado fetal. En tal sentido, se recomienda un soporte nutricional agresivo para superar consecuencias adversas sobre el feto, utilizar nutrición enteral y parenteral y un cálculo adecuado de las necesidades energéticas, basado en la fórmula Harrison-Benedict. (MERLIN PÉREZ, 2013).

de la madre". Y justifica esta práctica médica "si no hubiera sido posible salvar al bebé habría sido encarnizamiento terapéutico" "precisamente la edad gestacional. Entre la madre y el bebé existe una unidad simbiótica que hace indispensable la prosecución de los tratamientos médicos. Detener las máquinas equivalía a condenar a muerte al bebé", por lo que "hizo bien el equipo sanitario en proceder de esta forma hasta la cesárea". Así que el caso carece de elementos contradictorios con cuanto enseña la Iglesia: "no estamos en presencia de encarnizamiento terapéutico ni tratamientos desproporcionados", confirmó monseñor Sgreccia. "Frente a la posibilidad de salvar al bebé, no se podía dejar de mantener con vida artificialmente a la madre sin que al mismo tiempo se impidiera al bebé ver la luz"; "La vida, la vida de los hombres y de las mujeres, de los niños, de los ancianos, no es un valor que afecte sólo a los creyentes. Es precisamente la razón la que lo reconoce. Ciencia y ética en casos de este tipo nos sugieren el mismo comportamiento que hay que mantener", concluyó.

Ciertamente, la existencia de una vida intrauterina justifica la posibilidad de mantener con un soporte artificial de vida a la grávida, ya fallecida. Desconectar el cadáver comportaría impedir que el feto nazca y precisamente la medicina tiene por cometido salvar vidas humanas. Una vida intrauterina es una vida, aun cuando una buena parte de los ordenamientos jurídicos no le reconozcan como persona. El noble propósito que lleva al personal médico a actuar de esa manera justifica éticamente tal comportamiento. No obstante, hay voces que exigen que en tales circunstancias se debería contar con el asentimiento de la grávida, empero la excepcionalidad de la situación hace poco probable que ésta en vida haya expresado cómo actuar, por lo que *in dubio pro vitae*. Hacer depender la vida del *nasciturus* de un requerimiento formal lo creo insostenible. El Derecho no puede erigirse en una barrera burocrática que impida la actuación de los médicos. Procedería a mi juicio, con oposición, incluso, de los familiares más cercanos, lo cual considero, ciertamente, poco probable.

Ahora bien, el mayor dilema ético se presenta cuando no es posible sostener económicamente el costo de la mantención de ese soporte artificial de vida de la grávida por el tiempo que resta por transcurrir hasta lograr la maduración fetal. En tales circunstancias, ¿es ético y legal desconectar el cadáver, a sabiendas de que con ello se pondrá fin a la vida intrauterina que lleva dentro, sin importar además la edad gestacional? ¿Quién debe asumir los costos cuando se trate de clínicas privadas? Estas interrogantes ya se las había formulado antes el autor mexicano Jaramillo-Magaña, quien alerta sobre la utilización de los humanos en investigaciones médicas, concretamente en supuestos de neomortuos, si bien el propio autor en su estudio incurre en la misma imprecisión terminológica, en que incurren la mayoría de la literatura médica de hablar de seres humanos con muerte encefálica, en vez de cadáveres (JARAMILLO MAGAÑA, 1993: 137-139).

III.a. ¿Con qué fecha deberá ser certificada la muerte?

Amén de las implicaciones éticas, en el área de las ciencias jurídicas la determinación del momento exacto tiene trascendencia indiscutible. Al menos en el Derecho cubano, tras la entrada en vigor de la Resolución 90/2001 queda claro en su apartado cuarto que:

"La certificación de la muerte corresponde a quien la diagnostica y, evaluado el caso, procederá a expedir el certificado de defunción, y se consignará como la hora del fallecimiento aquella que de conformidad con sus conocimientos científicos coincida con el establecimiento de los signos constatados".

Para ello han de tenerse en cuenta los criterios clínicos que establecen los signos ciertos de la muerte, establecidos en la propia resolución, por vía de anexo. Por este motivo, ha de certificarse la muerte de la grávida al tener certeza la comisión de médicos que la evalúa, según criterio neurológico. Este ha sido un tema recurrido en el Derecho comparado, esencialmente porque el criterio neurológico de muerte ha estado tan conectado con los trasplantes de órganos que su impulso científico estuvo motivado por la necesidad de obtener órganos a tiempo, siempre que el diagnóstico de muerte se hiciera justo al comprobarse el cese irreversible de las funciones encefálicas. Tal particular ha motivado que los legisladores vincularan la regulación de este criterio de muerte con los trasplantes en un

mismo cuerpo legal (6), lo que ha hecho pensar a los intérpretes del Derecho que la aplicación del criterio neurológico tiene un marcado carácter utilitarista, pues a ese solo fin puede ser diagnosticada la muerte de una persona, de modo que si no es un dador potencial de órganos, habría que esperar la muerte del individuo, según criterio cardio-respiratorio, dilación que no dable practicar en ningún ordenamiento jurídico, pues la determinación de la muerte ha de ser uniforme, basada en criterios objetivos, científicamente demostrados y aplicables a toda persona. No debe haber margen para la duda, el error o la incerteza. Tras la determinación y consecuente certificación de la muerte, el Derecho da riendas a un sinnúmero de efectos que irradian todos los campos de las ciencias jurídicas y, en primer orden, del Derecho Civil.

Sobre este tema, el profesor Rodríguez Ramos, de la Universidad de Córdoba, España, nos pone en alerta. En su interesante estudio apunta que “De ordinario, la práctica médica sólo certifica la defunción de una persona cuando además de diagnosticarle muerte cerebral, le desaparece todo signo de homeostasis. Siendo así, hasta el cese de toda actividad orgánica no hay muerte, de manera que pudiera darse ‘la pesadilla de hospitales hacinados de vivos sin conciencia’” (RODRÍGUEZ RAMOS, 262). Y no se trata de vivos sin conciencia, sino de muertos, en tanto ha sido constatado ya el cese irreversible de la función encefálica. A raíz del caso suscitado en España, a finales de 1999, también referenciado en esta oportunidad, el docente se formula infinidad de interrogantes, que siguen en pie. Por eso, le asiste razón cuando pone en entredicho este incorrecto proceder de la práctica médica. “Si la llamada ‘muerte’ cerebral arrastra irremisiblemente consigo la muerte orgánica del individuo, ambas deberían caminar de la mano. Como norma, la una desembocará en la otra sin remisión, y cuando esto ocurra, más temprano que tarde, se certifica la defunción de la persona. Pero la cuestión se hace harto discutible cuando concurren circunstancias especiales que ‘legitimen’ una dilación artificial del proceso natural de la muerte (...) como en el caso de la madre ‘muerta’ de Cabueñes. O incluso cuando tales circunstancias legitimadoras no concurren, y la prolongación de la vida orgánica, además de artificial, resulta artificiosa. De nuevo se abren las puertas al peor enemigo del Derecho: la incertidumbre” (Ibídem, 262).

No me caben dudas que en tales circunstancias los médicos tienen que hacer coincidir el momento del diagnóstico con el del fallecimiento. Por fortuna, como apunta el Dr. Machado Curbelo, Presidente de la comisión nacional sobre la determinación y certificación de la muerte en Cuba, y principal artífice de la redacción de la norma que le regula, a diferencia de la mayoría de las legislaciones “...esta resolución no regula la determinación de la muerte, o la ME, vinculadas con los trasplantes de órganos, ya que en realidad no se menciona la palabra ‘trasplantes’ en ningún párrafo de la resolución” (MACHADO CURBELO, 2003). En consecuencia, en un supuesto de diagnóstico de muerte encefálica en una grávida, corresponde a la comisión designada en el centro hospitalario para su determinación, la consecuente certificación de defunción, aunque el cadáver siga funcionando como reservorio de esa vida intrauterina. “Del mismo modo que en tiempos de Copérnico y Galileo era difícil para el sentido común aceptar que la tierra no era estática, hoy resulta difícil para muchas personas aceptar que un cuerpo con un corazón que bombea sangre y con pulso está ‘muerto’ y es, por lo tanto, un cadáver: la ‘muerte con corazón latiente’ parece desafiar las percepciones que nos dicta nuestro sen-

(6) Posición que han adoptado la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Precisamente las normas reguladoras de los trasplantes de órganos reconocen el criterio neurológico como presupuesto para la ablación de órganos, dadas las condiciones de homeostasia en que se mantiene el cadáver, preparado a tal fin para lograr dicha ablación. Así, los artículos 24 y 25 de la Ley 24193 de 1993 de la Argentina, el artículo 3° de la Ley 9434 de 1997 de Brasil, el artículo 11 de la Ley 19451 de 1996 de Chile, el artículo 12 del Decreto 2493 de 2004 de Colombia, el artículo 5° de la Ley 30 de 1979 de España, el artículo 128.f) del Decreto 955 de El Salvador, los artículos 26 y 27 del Decreto 91 de 1996 de Guatemala, los Artículos 13 y 16 del Decreto 131 de 1996 de Honduras, el artículo 343 de la Ley General de Salud de México, los artículos 11 y 12 de la Ley 3 de 2010 de Panamá, el artículo 22 de la Ley 1248 de 1996 de Paraguay, el artículo 3° de la Ley 28189 de 2004 y el artículo 3° del Decreto 014-2005-SA de Perú, el artículo 18 de la Ley 329 de 1998, de República Dominicana, el artículo 7° de la Ley 14005 de 1971 de Uruguay, el artículo 25 de la Ley de 2011 de Venezuela. En todos dichos cuerpos legales, relativos a los trasplantes de órganos se hace alusión al criterio neurológico de muerte.

tido común. Esto se debe en parte a que el cerebro muerto, al igual que la Tierra en movimiento, no puede verse, conceptualizarse o experimentarse a simple vista. No es en absoluto fácil para el hombre común aceptar como muerte un estado con apariencia de sueño profundo con un corazón que late y con la presencia de actividad electrocardiográfica. Como el uso de la tecnología médica está tan generalizado, es difícil comprender que el respirador artificial es un intermediario indispensable para mantener ese estado” (*Declaración de Neurólogos*, 40).

Apunta Requena-Meana —con toda razón—, al hacer un análisis crítico del criterio neurológico de muerte que uno de los ejes más polémicos del tema “está en relación con la posibilidad de mantener una cierta integración corporal de tipo artificial, o sea, la capacidad de mantener un cadáver con latido cardíaco y funcionamiento de otros sistemas, desde el exterior. Esto es lo que se intenta hacer en los casos en que a una mujer embarazada, que ha sufrido una hemorragia cerebral, u otra patología similar, se le diagnostica la muerte con el criterio neurológico. En la mayoría de los casos no es posible mantener dicha integración hasta el momento en el que el feto sea viable, aunque se hayan descrito algunos (muy pocos) casos en los que se consiguió la supervivencia del feto (...). En todo caso, esta posibilidad de mantener desde el exterior una cierta integración no supone a nivel teórico una prueba de la vitalidad de ese cuerpo” (REQUENA-MEANA, 2009:134). Sin embargo, esa claridad conceptual del autor, no siempre está a prueba de fuego, pues el diagnóstico neurológico de muerte no se suele hacer coincidir en el orden legal, con su certificación.

No comparto la tesis de que la certificación de la muerte sea expedida en fecha posterior, dándole carácter retroactivo para hacerla coincidir con el momento en que los médicos la diagnosticaron, pues entretanto cuál es el status de la grávida. Resulta una contradicción mantenerla legalmente viva pues eso llevaría a una ilusión óptica de su status legal. No puede entenderse viva, pues tendría personalidad y capacidad jurídica, con la adquisición de derechos, insostenible con el diagnóstico de muerte, ya expresado por el equipo médico. El Derecho no puede jugar con conceptos antojadizos y criterios acomodaticios a intereses personales. Como apunta el profesor cordobés la incerteza es el peor enemigo del Derecho. Diagnosticado el fallecimiento, corresponde la expedición de la certificación de defunción con su correspondiente inscripción registral. Claro, resulta morboso que alguien cuyo corazón late y respira sobre la base de un ventilador artificial lleve días de haberse certificado e inscripto su defunción. Pero no caben dudas de que la grávida en muerte cerebral no es otra cosa que un cadáver, por más que no cueste, eso sí con las especiales atenciones que clínicamente hay que tener para que el nacimiento del feto con vida que aún está dentro de ella, llegue a buen fin, gracias a la tecnología y los cuidados médicos. Coincido en tal sentido con el ya citado profesor cordobés en que “la muerte cerebral es el criterio jurídicamente más acertado para fijar el final de la personalidad. Y siendo así, comprobada la muerte cerebral el sujeto está muerto, es ya cadáver. De otra forma a los médicos, a los jueces, ¡a los parientes! se les otorga una potestad exorbitante: decidir sobre la apertura de la sucesión, sobre el fin de un matrimonio, del régimen económico conyugal...” (RODRÍGUEZ RAMOS, 263).

III.a.I. La inscripción de la defunción de la madre “incubadora”

Reitero, no se trata de una mera certificación, sin más, el hecho de la muerte requiere de publicidad y ello solo se alcanza a través de los fines que colma en una sociedad, los registros públicos, y en especial el referente al estado civil de las personas. (7) *Ergo*, como imponen los artículos 3º (con alcance

(7) Así lo ha dejado dicho nuestra Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias: “... la publicidad es la acción o actividad encaminada a hacer que un hecho, acto o derecho sea conocido de forma manifiesta o notoriamente por todos, siendo por tanto, la vía registral la forma fundamental de realizar la publicidad (...)” Sentencia ¿ 751 de 25 de noviembre del 2005, segundo Considerando, ponente Acosta Ricart; “... la misión del Registro Civil, desde su creación, es garantizar la inscripción de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas (...)” Sentencia ¿ 567 de 31 de agosto del 2006, primer Considerando, primera sentencia, ponente Carrasco Casi; “... el Registro Civil es la institución pública a través de la cual el Estado garantiza la inscripción, y por tanto sus certificaciones gozan de eficacia plena, y para desvirtuar lo asentado en el señalado registro tiene que ser mediante la correspondiente impugnación y procedimiento establecido para el caso, de lo

general), y del 74 al 78 de nuestra Ley del Registro del Estado Civil (en particular para las defunciones), el hecho jurídico de la muerte no solo ha de ser diagnosticado y certificado, sino también inscripto, precisamente teniéndose como principal fuente de dicho asiento, la certificación que a tales fines expide el médico según dicta el inciso a) del mencionado artículo 74. (8)

Lo que vengo diciendo pudiera resultar extremadamente morboso. Estoy convencido que en los casos en que se ha diagnosticado la muerte, según criterio neurológico, en grávidas, ni siquiera se ha certificado esta. En el caso español, el profesor Rodríguez Ramos dirige una dura crítica al insólito comportamiento de certificar la muerte después de haberse practicado una cesárea que a todas luces era *post mortem*. Había un consenso de que la grávida estaba muerta, pero legalmente se le dilató la “vida” (RODRÍGUEZ RAMOS, 216).

No creo que haya inconveniente incluso en practicar la inscripción de defunción. (9) Por duro que parezca, quien lleva en el vientre al feto no es una persona jurídicamente hablando, aunque merezca todo el respeto que un cadáver tiene. Un cadáver, con la peculiaridad de que su destino final estará supeditado al nacimiento del feto. Y no lo digo solo por vehemencia intelectual. La citada *Declaración de Neurólogos* a la que hecho referencia deja explícito que: “Se han llevado embarazos a término en madres con muerte cerebral. Estos casos son excepcionales y no implican condiciones potencialmente reversibles diferentes de la muerte cerebral. El útero y otros órganos de la madre se mantienen como un vehículo técnico para el embarazo del mismo modo en que el corazón o los riñones se mantienen perfundidos” (2008: 42-43). Una cuestión es que se practique el asiento de inscripción de la defunción y otra, muy distinta, que se dilate por supuesto el momento de incineración o inhumación del cadáver, según el destino propuesto por la propia persona en vida, o por su deudos o familiares más propincuos.

La defunción ha de inscribirse bajo el principio de inmediatez, esto es, antes de que transcurran 24 horas del fallecimiento (*vid.* artículo 75, último párrafo, de la Ley del Registro del Estado Civil (LREC) y artículo 61 del Reglamento general sobre manipulación de cadáveres y restos óseos) a excepción de los supuestos de catástrofes naturales, acciones bélicas, cumplimiento de misiones internacionales, casos para los cuales el artículo 8º de la LREC, dado el entorno en que tuvo lugar el deceso, no establece plazo alguno. Igual tratamiento merecen los casos en que así se dispone por mandamiento judicial, en los que hay que estar a las results de las investigaciones sobre el cadáver, lo cual puede dilatar el proceso de inhumación. En tal sentido, quizás por cuestiones éticas pudiera enarbolarse la tesis de inscribir la defunción cuando se desconecte el cadáver, en el caso que venimos estudiando, tras la práctica de la cesárea *post mortem*, unido a la extracción de órganos y tejidos, cuando así se haya dispuesto en vida, o supletoriamente lo determinen los familiares que la ley legitima a tal fin. Pero se trataría de un puritanismo nada adecuado a estos tiempos, pues tratándose de una gestación *post mortem*, precisamente la certificación de defunción sería el medio idóneo en Derecho para acreditar la muerte, no siendo suficiente la certificación expedida por los médicos. Es un absurdo además no cumplir con el principio de inmediatez en la práctica del asiento de inscripción registral cuan-

contrario, por ella hay que estar y pasar”, Sentencia i 567 de 31 de agosto del 2006, primer Considerando, segunda sentencia, ponente Carrasco Casi (tomadas de legajo del consecutivo de sentencias de la mencionada Sala).

(8) Sobre la inscripción de la defunción en el Registro del Estado Civil, en el contexto cubano, *vid.*, per omnia, mi artículo: “De la inscripción de la defunción en el Registro del Estado Civil”, en *La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica*, con particular referencia al Derecho cubano, Temis, Ubijus, Reus y Zavalía, Bogotá, México D. F., Madrid y Buenos Aires, 2009, pp. 179-204.

(9) En la doctrina científica algunos autores, si bien reconocen la trascendencia del diagnóstico neurológico de muerte, no dejan de dudar sobre la inscripción de la defunción. La profesora de la Universidad Central de Venezuela, Domínguez Guillén sostiene que aunque la muerte cerebral supone muerte sustancial a efectos jurídicos, hay que esperar la desconexión del “sujeto” del soporte artificial para acreditar la muerte clínica y respectiva acta de defunción, de modo que distinga entre muerte cerebral y lo que ella llama muerte clínica, conectada esta con la cesación vital del resto de los órganos, presupuesto ineludible para desconexión, con lo cual se entra en una contradicción de indubitada trascendencia jurídica (DOMÍNGUEZ GUILLÉN, 2009: 201).

do ya está certificada la muerte. No tributa este supuesto en los casos comprendidos en el artículo 75 de nuestra Ley del Registro del Estado Civil de inscripción fuera del plazo ordinario.

III.a.II. Fallecida pero no inhumada: la necesaria postergación de la inhumación o incineración

En la doctrina española Rodríguez Ramos es algo más cauteloso, de ahí que proponga para casos como los de “cadáveres incubadoras”, a los fines de evitar el perentorio plazo que la ley concede de 24 horas como máximo (al menos en el Derecho cubano), a partir de la hora del fallecimiento, según consta en la certificación médica, para la inhumación del cadáver, igual al nuestro —heredado sin dudas de la Ley del Registro Civil de España de 1985 que estuvo vigente en Cuba por un siglo—, la práctica de la inscripción de defunción mediante sentencia y orden de la autoridad judicial a partir de acta extendida por la persona competente, por concurrir una de las circunstancias excepcionales, establecida en los artículos 19 de la Ley del Registro Civil española y 71 a 75 y 277 de su Reglamento, lo cual a mi juicio sería una interpretación forzada, en tanto, la excepcionalidad no la encuentro ni en la expedición de la certificación médica, ni en la práctica del asiento de inscripción, sino en la expedición de la licencia de enterramiento o inhumación. Tanto en Cuba, como en España, ello tendría solución. Se trataría de una excepción a la norma, por circunstancias excepcionales que se acreditarían documentalmente. No creo que el sentido literal de nuestro artículo 129, segundo párrafo, inciso a) del Reglamento de la LREC haga imposible la postergación de la inhumación de darse un supuesto como el que vengo estudiando. Sería darle más valor al positivismo jurídico que a la racionalidad y proporcionalidad que representa una inscripción en término de una defunción ya certificada. En todo caso, cuando el cadáver es utilizado para investigaciones médicas, se inscribe la defunción y nunca se practica ni la inhumación, ni la cremación. Un trato similar tendría este supuesto en que el cadáver es utilizado para incubar al feto, aunque con la apariencia de persona.

Considerar lo contrario sería desviar los efectos, y no estudiar la causa. Hemos llegado a la conclusión de que la muerte, cualquiera sea el criterio científico que se adopte, supone el fin de la existencia humana. La gestación *post mortem*, es una situación de excepción. No se trata de inseminar a una mujer tras su muerte, la gestación “sobrevive” a la portadora del feto. Pudiera resultar una quimera pero los casos reportados en la literatura médica nos dan la razón. El Derecho tiene que utilizar instrumentos certeros y el concepto de muerte, que llega a él, importado de las ciencias médicas, no puede ser plato a la carta, de manera que las personas se entiendan fallecidas para algunos fines, y vivas para otro, se sea dador o no, esté grávida o no, el criterio neurológico de muerte es tan certero como el clásico o cardio-respiratorio, por eso motivo no comparto la tesis de la existencia de una muerte orgánica. La muerte a fin de cuentas es un proceso, pero al Derecho le interesa que la Medicina le precise el momento de no reversión de la persona, porque sus efectos jurídicos se disparan, cuan un resorte, en ese preciso instante, no a modo de ciclo o proceso. La determinación de la muerte debe llevar pareja su certificación. Y tampoco es compatible una certificación de defunción practicada, y no inscrita. El Derecho civil necesita superar los retos que la tecnología le impone. Los esquematismos y preconceptos deben ser superados. No se trata de degradar al ser humano. Hemos comprobado incluso los ojos con los que la Iglesia Católica ve situaciones como la gestación *post mortem*, vinculada esencialmente al diagnóstico de muerte encefálica. No hay una degradación ética del ser humano, cuando se diagnostica la muerte, se certifica y se inscribe, aunque el soporte físico de la que fue esa persona se mantenga artificialmente para salvar a lo que fue sin dudas su más importante proyecto. Aunque en un contexto distinto del que vengo exponiendo —concretamente en función de los trasplantes de órganos— el hoy Papa emérito Benedicto XVI dejó dicho: “La ciencia, en estos años, ha hecho progresos ulteriores para constatar la muerte del paciente. Es bueno, por tanto, que los resultados alcanzados reciban el consenso de toda la comunidad científica para favorecer la búsqueda de soluciones que den certeza a todos. En un ámbito como éste no se puede dar la mínima sospecha de arbitrio y, cuando no se haya alcanzado todavía la certeza, debe prevalecer el principio de precaución” (2008).

Años antes el Papa Juan Pablo II al referirse al criterio de muerte cerebral, declaró: “Es bien sabido que, desde hace tiempo, diversas motivaciones científicas para la certificación de la muerte han

desplazado el acento de los tradicionales signos cardio-respiratorios al así llamado *criterio 'neurológico'*, es decir, a la comprobación, según parámetros claramente determinados y compartidos por la comunidad científica internacional, de la *cesación* total e irreversible de toda actividad cerebral (en el cerebro, el cerebelo y el tronco encefálico). Esto se considera el signo de que se ha perdido la capacidad de integración del organismo individual como tal.

“Frente a los actuales parámetros de certificación de la muerte —sea los signos ‘encefálicos’ sea los más tradicionales signos cardio-respiratorios—, la Iglesia no hace opciones científicas. Se limita a cumplir su deber evangélico de confrontar los datos que brinda la ciencia médica con la concepción cristiana de la unidad de la persona, poniendo de relieve las semejanzas y los posibles conflictos, que podrían poner en peligro el respeto a la dignidad humana.

“Desde esta perspectiva, se puede afirmar que el reciente criterio de certificación de la muerte antes mencionado, es decir, la cesación *total e irreversible* de toda actividad cerebral, si se aplica escrupulosamente, no parece en conflicto con los elementos esenciales de una correcta concepción antropológica. En consecuencia, el agente sanitario que tenga la responsabilidad profesional de esa certificación puede basarse en ese criterio para llegar, en cada caso, a aquel grado de seguridad en el juicio ético que la doctrina moral califica con el término de ‘certeza moral’. Esta certeza moral es necesaria y suficiente para poder actuar de manera éticamente correcta” (2013). En tal sentido, si el criterio de muerte encefálica se ha ido imponiendo en el mundo, a pesar de algunos criterios disidentes que todavía hoy se defienden con vehemencia, e incluso tiene fuerza de ley, entonces, hay que actuar con respeto al principio de legalidad, de manera que diagnosticada la muerte según criterio neurológico, corresponde por tanto actuar en consecuencia, con su certificación e inscripción registral.

Inscrita la defunción, tampoco considero improcedente la expedición de las correspondientes certificaciones, si bien dada la particularidad que ofrece el caso, el legislador pudiera suspender la apertura de la sucesión, quizás por cuestiones más éticas que legales, haciéndolo coincidir al momento de desconexión del cadáver. Cuestión que además estoy seguro que en estricto Derecho sería más que opinable, pues certificada la muerte e inscrita en el Registro, los herederos tienen el documento que a todos los efectos jurídicos acredita el deceso y con ello podrían proceder a la tramitación del proceso sucesorio.

III.b. Ineludible condición póstuma del nacido. Filiación *postmortem* materna

Aunque resulte un caso atípico, teniendo en cuenta las ideas expresadas, estamos en presencia de un supuesto de postumidad por línea materna, o sea, de una filiación *post mortem* materna, en tanto que la filiación será determinada después del fallecimiento de la madre, si bien el hecho de la cesárea practicada sobre el cadáver de la que un día fue su progenitora es prueba irrefutable de su filiación. No obstante, téngase en cuenta que el hijo nacerá tras la extinción del vínculo matrimonial que tuvo lugar por la muerte de la progenitora, lo que no traerá, en principio, ninguna otra consecuencia legal.

En este entorno, siguiendo los derroteros de nuestro Código de Familia resulta de aplicación la presunción filiatoria matrimonial contenida en el artículo 74.2º, en tanto que el niño nacerá por leyes naturales de la biología antes de los 300 días de extinguido el matrimonio. De todas formas la identidad del hijo —y como expliqué—, la práctica de la cesárea resultarán pruebas irrefutables de la identidad de la progenitora. Se trata, en definitiva, de un hijo póstumo, o sea, nacido después de la muerte de la madre.

III.c. Efectos sucesorios

III.c.I. ¿Cuándo se abre la sucesión?

No menos trascendente es la determinación exacta del momento del fallecimiento para la apertura de la sucesión. Precisamente el fenómeno sucesorio se hace coincidir con el momento mismo del deceso de la persona, que en tales circunstancias se convierte en causante. Por esa razón no ha de ser *ab libitum* la determinación por los médicos del momento en que se certifica la muerte. Al existir

certeza médica según criterio neurológico, los médicos actuantes han de certificar la muerte, por ello es que reitero, resulta un contrasentido diagnosticar la muerte encefálica y dilatar el momento de su certificación, pues como apunta el profesor Rodríguez Ramos, qué sucede si durante ese tiempo en que se prolonga artificialmente la “vida” de la grávida, se modifica sustancialmente la vocación hereditaria (2002: 263). En efecto, importa sí, y mucho que se certifique y se asiente la defunción, para que a los fines jurídicos quede claro que estamos en presencia de un cadáver, de un cuerpo sobre el que reposa una vida fetal, un *nasciturus*, que conforme con nuestro Código Civil en su artículo 25 tendrá derechos sucesorios, si llega a nacer con vida, derechos que esfumarían las expectativas de otros, ubicados en llamados posteriores o, en todo caso, conllevarían a compartir el derecho a la herencia con otros herederos titulares, ubicados en el mismo orden o llamado sucesorio.

Incluso, y en esto parece que hay más consenso, aun cuando se certifique tardíamente la muerte, ella tendría que retrotraerse a la fecha en que se diagnosticó. Criterio, del cual discrepo, pero en todo caso, veo atendible en cuanto a la precisión temporal del momento del fallecimiento, pues en el orden del Derecho de sucesiones, los derechos a la herencia se verían totalmente trastocados si la certificación se expidiera por los médicos actuantes en la fecha en que se desconecta el cadáver, pues tal extemporaneidad, además de ser un contrasentido científico, supondría que la determinación de la muerte fuera fijada caprichosamente por el hombre, sustentada en ciertas ventajas patrimoniales que tendrían los que traen causa de la grávida, cuyos derechos a otras sucesiones causadas a su favor, pueden ser adquiridos mientras tenga vida, y no cuando esa “vida” sea artificial, por haber mutado de persona a cadáver.

En tal sentido, en otra oportunidad he llamado la atención, lo que resulta interesante, para no decir preocupante, en el orden del Derecho de sucesiones, es la data exacta de la muerte, cuando el criterio que se utiliza por los médicos es el neurológico. Está claro que para el médico diez o quince minutos no tienen una importancia trascendental en el diagnóstico de la muerte. El médico se preocupa más por la vida del paciente, que por la muerte, la cual muchas veces se acepta como una derrota, pero esos minutos sí que pueden importar y mucho al Derecho de sucesiones, sobre todo cuando el orden cronológico de los fallecimientos trasciende para la adquisición de un derecho (Pérez Gallardo, 2009: 151-155). De ahí que la situación jurídica de conmorencia se haga incompatible con el diagnóstico neurológico de la muerte. Se trata de un diagnóstico que necesita tiempo en el personal médico. El protocolo que al efecto se exige es riguroso y ha de ser cumplido a cabalidad para lograr esa certeza moral de la muerte de la que hablaba el Santo Padre Juan Pablo II. De este modo, diagnosticada ésta, se desata el fenómeno sucesorio, que puede en esta era tecnológica ser compatible con el supuesto de que aun el cadáver esté acoplado a un ventilador mecánico que produce la apariencia de una muerte, ese disfraz de muerte al que hace referencia la *Declaración de Neurólogos*, tantas veces invocada en estas páginas: “En realidad, no es la persona sino el respirador lo que mantiene artificialmente la apariencia de vitalidad del cuerpo. Por lo tanto, en estado de muerte cerebral, la llamada vida de las partes del cuerpo es ‘vida artificial’, no vida natural. Un instrumento artificial se convierte en la causa principal de dicha ‘vida’ no natural. De este modo, la muerte se disfraza o se enmascara a través del uso de un instrumento artificial” (2008: 45). Al seguir tales derroteros, nada impide que se inicie el proceso sucesorio, cuando ya no existe la persona, otra cuestión muy distinta es que la sola presencia del *nasciturus* se convierte en razón suficiente prudente para postergar por consenso de quienes tendrían derechos sucesorios, cualquier trámite legal, a la espera del éxito o no del mantenimiento con vida del feto.

III.c.II. ¿Suspensión de la partición o reserva de la cuota hereditaria?

De todos modos, el *nasciturus* es clave en el proceso sucesorio pues pudiera resultar el único llamado a la sucesión, de llegar a nacer. Su nacimiento suspende la partición en el Derecho español a tenor de lo previsto en el artículo 966 (10), sin embargo en el nuestro no, en tanto el artículo 534.2º

(10) En efecto, la suspensión de la partición hereditaria está prevista en el artículo 966, ante el advenimiento de hijo (se trataría en todo caso de un hijo póstumo, como lo es el que nace tras el diagnóstico neurológico del

del Código Civil prevé tan solo la cautela de mantener a buen resguardo su cuota, pero sin que su nacimiento dilate el proceso sucesorio. Teóricamente, nada priva entonces a los herederos de la grávida fallecida a iniciar los trámites sucesorios sin certeza aun del alumbramiento. La situación se torna mucho más compleja si el nacimiento con vida del *nasciturus* desplaza del derecho a la herencia a los padres de la fallecida, pero esto no es una situación particular derivada de la gestación *post mortem*, puede acontecer también en los casos de postumidad del hijo, respecto de su progenitor, ya fallecido. Lo relevante en este tema es, si resulta admisible en Derecho tramitar una sucesión de quien ya fue diagnosticada en muerte encefálica y sigue acoplada a un ventilador con soporte artificial de “vida” para llegar a buen fin el producto de la concepción. Una vez más puede entrar en colisión el Derecho con la Moral. Lo que moralmente no es admitido, puede ser cubierto en el orden legal.

También hay que repensar los conceptos y categorías jurídicas. Hoy día se admiten en varios ordenamientos jurídicos el matrimonio entre personas del mismo sexo, la inseminación artificial *post mortem*, la inseminación artificial y la fertilización *in vitro* con transferencia de embriones procedentes de un tercero, aun cuando la pareja está casada, el trasplante de rostro, el cambio y reasignación de sexo incluso en menores de edad, la gestación por sustitución. No tenemos entonces por qué aterrarnos en pensar que resulta macabro que la sucesión de una persona se tramite cuando el que fuera su cuerpo, la caja somática, reservorio de lo que fue esa persona en vida, todavía está incorrupta, en una cama de una Unidad de Cuidados Intensivos, en pos de lograr el nacimiento de una nueva persona.

En todo caso, soy partidario, de que lo que importa en el Derecho de sucesiones, más que la premura por la tramitación de la sucesión en sí, es la certeza misma de la muerte, la determinación con pulcritud del momento en que ha cesado una vida, instante mismo en que se echa andar el fenómeno sucesorio. A todas luces, los títulos sucesorios cobran vigencia con la muerte del titular. Las sucesiones siempre responden a un hecho pretérito, a saber: el del deceso, de ahí que en los ordenamientos jurídicos que como el español, o el nuestro, siguen el sistema romano de sucesión, la aceptación de la herencia siempre tendrá efectos *ex tunc*, o sea, se remontan al momento del óbito (*vid.* artículos 989 del Código Civil español y 528 del Código Civil cubano).

IV. Consideraciones *ad finem*

Sin dudas, resulta necesario educar a las personas en los cambios tecnológicos, el criterio neurológico de muerte tiene una aceptación no solo en la comunidad científica y en el Derecho comparado, sino también socialmente. No obstante, en ocasiones el paternalismo médico llega a confundir a la población. El legislador ha de ser prudente pero coherente. Los médicos deben informar a los familiares de aquel a quien se le ha diagnosticado la muerte cerebral “que el paciente ha muerto en lugar de decirles que tiene ‘muerte cerebral’, y luego explicarles que los sistemas de soporte solo producen una apariencia de vida. Del mismo modo, no deben emplearse los términos ‘soporte vital’ y ‘tratamiento’, ya que los sistemas de soporte se están usando en un cadáver” (*Declaración de Neurólogos*, 2008: 45). La decisión de desconectar en casos en que el cadáver no sea un dador potencial de órganos, compete al médico, no a los familiares afectivamente vinculados con el fallecido. La decisión ha de ser informada a los familiares, pero tomada por los médicos actuantes.

Reitero, el concepto de muerte no lo debe dar el Derecho, sino la Medicina. Al Derecho le interesa regular los efectos jurídicos de ese hecho, de indudable trascendencia, uno de los cuales, es esencialmente el fenómeno sucesorio, de modo que las normas que le regulen sean interpretadas con la racionalidad que imponen los cambios tecnológicos. Lo que no es permisible es mover *ab libitum* los límites de la existencia humana para cambiar los derroteros de una sucesión *mortis causa*, de modo que lo que a todas luces resulta una premorencia, derive en una postmorencia, de la que resulten be-

fallecimiento de la madre). Según sostiene Martín Briceño, al estudiar el supuesto fáctico comprendido en el mencionado artículo del Código Civil de España, la suspensión tiene por motivo la incertidumbre del nacimiento del *nasciturus* “ya que el legislador no puede conceder un derecho hereditario a quien todavía no tiene capacidad para suceder, pero sí puede prolongar el estado de indivisión hereditaria en defensa de una expectativa” (MARTÍN BRICEÑO, 2008: 218).

neficiados ciertos miembros de la familia, en detrimento de otros. Si bien, referido a otro contexto (el de la fertilización *in vitro*), el que nos atañe, como expone el profesor argentino Ciuro Caldani, es evidencia de que las posibilidades científico-técnicas que hoy operan “producen una carencia histórica sucesoria por novedad científico-técnica” (CIURO CALDANI, 2011: 26). En tal sentido, cabría apuntar que el momento de apertura de la sucesión hoy día tampoco se adelanta por la aplicación del criterio neurológico de muerte. No se trata de un diagnóstico precoz, sino de que el Derecho acompase los dictados de las ciencias médicas. Por esa razón ha de existir perfecta sincronía entre los criterios médicos de determinación de la muerte y sus consecuencias jurídicas.

V. Bibliografía

BENEDICTO XVI. Discurso con ocasión del Congreso Internacional “Un dos para la vida. Consideraciones sobre la donación de órganos” (2008). En Academia Pontificia para la Vida, en colaboración con la Federación Internacional de las Asociaciones Médicas Católicas y el Centro Nacional Italiano de Trasplantes. Disponible en: <http://www.zenit.org/es/articles/benedicto-xvi-criterios-eticos-para-los-trasplantes-de-organos> (fecha de consulta: 26/10/2013).

DECLARACIÓN DE NEURÓLOGOS (2008). “¿Por qué el concepto de muerte cerebral es válido como definición de muerte?”, Pontificia Academia Scientiarum, Ciudad Vaticano. Disponible en <http://www.medioscan.com/pdf/muertecerebral.pdf> (fecha de consulta: 2/11/2013).

CIURI CALDANI, Miguel Ángel (2011). “Aportes integrativistas al Derecho de sucesiones (La sucesión como hora de la verdad de la persona física”. En *Investigación y Docencia*, Rosario, nro. 40, p. 26. Disponible en www.centrodefilosofia.org.ar (fecha de consulta: 3/4/2011).

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria (2009). “Breve referencia a la filiación post mortem”. En *Revista de la Universidad Central de Venezuela*, Venezuela, nro. 134, p. 201.

FERRER, Francisco A. M. (2013). “La función del Derecho, las técnicas de procreación humana *post mortem*, y el Derecho Sucesorio”. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa12/329s.pdf> (fecha de consulta: 2/11/2013).

JUAN PABLO II. Discurso con ocasión del XVIII Congreso internacional de la Sociedad de Trasplantes (2000). Disponible en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2000/jul-sep/documents/hf_jp-ii_spe_20000829_transplants_sp.html (fecha de consulta: 27/10/2013).

JARAMILLO MAGAÑA, José (1993). “Uso humano de los seres humanos. El individuo en muerte encefálica como sujeto de investigación”. En *Revista mexicana de Anestesiología*, México, nro. 16, pp. 137-139.

MACHADO CURBELO, Calixto (2003). “Resolución para la determinación y certificación de la muerte en Cuba”, Comisión Nacional para la determinación y certificación de la muerte. En *Revista Neurología*, 36, 8, p. 765.

MARTÍN BRICEÑO, María Rosario (2008). *La prohibición de dividir la herencia en el Código Civil*. Madrid: Dykinson.

MEJÍA, Raúl, BADARIOTTI, Gustavo, OVIDIO RIDRUEJO, Bernardo de Diego y O’FLAHERTY, Enrique (2008). “Muerte cerebral en una embarazada y sobrevida de feto”. En *Revista Medicina*, Buenos Aires, nro. 68, ps. 447-452.

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

REQUENA-MEANA, Pablo (2009). “El diagnóstico de muerte cerebral”. En *Perspectiva Bioética*, Roma, nro. 2, 33, vol. 13.

RODRÍGUEZ RAMOS, Antonio Manuel (2002). "Implicaciones éticas y jurídicas de la gestación *post mortem*: el 'cadáver incubadora'". En *Familia, tecnología y Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 257.

VELARDE MORANTE, Ricardo (2009) "Filiación por reproducción medicamente asistida, 'embarazo *post mortem*'". En *Boletín del Instituto de la Familia*, UNIFE, Facultad de Derecho, Perú, nro. 11, p. 135.

VI. Otros documentos consultados

"Embarazada con muerte cerebral dio a luz a mellizos", *Primicia*, 12/5/2012.

"Monseñor Sgreccia: Ha sido lícito el soporte vital en muerte cerebral para salvar un embarazo", *La Stampa*, 14/6/2006.

"Una mujer da a luz a su bebé tras tres meses en muerte cerebral", *El Mundo*, 14/11/2013.