



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL HIJO PRODUCTO DE LA FECUNDACIÓN POST MORTEM Y SU  
ACCESO A LA HERENCIA POR SUCESIÓN INTESTADA

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos  
establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados  
de la República

Profesor Guía

Dr. Juan Carlos Córdova León

Autor

Gabriela Madeline Obregón Naranjo

Año

2017

## **DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA**

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

---

Juan Carlos Córdova León

Magister en Derecho Societario, Financiero, Mercado de Valores

C.I. 0102847746

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR**

Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

---

Pavel Alexei Paredes Almeida

Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y juzgados

C.I. 1710060623

## **DECLARACIÓN DE AUTORIA DEL ESTUDIANTE**

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

.....  
Gabriela Madeline Obregón Naranjo

C.I 0604081042

## RESUMEN

La reproducción asistida *post mortem* o posterior a la muerte genera una serie de consecuencias no únicamente biológicas y médicas sino también jurídicas; ya que, la reproducción asistida en un término general contiene actos y hechos jurídicos, entre ellos el contrato, el testamento, el nacimiento, la muerte, la filiación, la sucesión por causa de muerte como un modo de adquirir el dominio, y varios derechos fundamentales del ser humano que permite un desarrollo integral.

Este conjunto de estos actos y hechos van a permitir acceder al patrimonio del padre hacia el hijo póstumo, producto de la reproducción asistida posterior a la muerte; esto mediante un procedimiento judicial donde inicialmente se va a reconocer y establecer el vínculo de sangre o *ius sanguini* a través de medios como el examen de ADN para posteriormente acudir al llamamiento de la sucesión por causa de muerte.

## ABSTRACT

The *post mortem* or posthumous assisted reproduction generates a series of consequences not only biological and medical ones, also legal consequences, this is because the assisted reproduction in general terms contains legal acts and legal facts like the contract, testament, born, dead, succession as the acquisition of right and some fundamental rights that allow the integral development of a human.

This set of legal acts and legal facts will permit the access to the heritage of the father to the posthumous son/daughter, considerate the product of the posthumous assisted reproduction; this is possible through a judicial proceeding where firstly the link is going to be demonstrated with the *ius sanguini* that is going to be established through the DNA test, and then the son will attend to the process of succession.

## **AGRADECIMIENTOS**

A padre y madre por este tiempo; por permitirme cumplir con la finalidad de cada paso.

A José Gabriel, Cecilia, Andrea, Heliana y Mathew por la compañía en esta parte del camino.

A Juan Carlos, por compartir el conocimiento.

A todos ellos gracias, por cada palabra e instante.

## **DEDICATORIA**

A mi padre en esta tierra, José Gabriel.



# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
1 .Las consecuencias jurídicas de la reproducción asistida póstuma .....	2
1.1 Reproducción asistida .....	2
1.2 Reproducción asistida póstuma .....	3
1.2.1 Situación jurídica con respecto al donante.....	5
1.2.2 Consecuencias jurídicas de la fecundación.....	8
1.3 Tipos de donante en el Ecuador .....	9
1.3.1 Ley de donación de órganos, referente al material genético. ...	10
2. Derechos relativos a la filiación, con respecto al hijo póstumo.....	10
2.1 Filiación biológica .....	14
2.2 Medios para determinar la filiación biológica .....	15
2.2.1 Examen ADN.....	17
2.2.2 Reconocimiento por parte de familiares del donante .....	19
2.3 Procedimiento.....	19
3. Adquisición de dominio: sucesión por causa con respecto al hijo póstumo.....	21
3.1 Sucesión por causa de muerte.....	23
3.1.1 Tipos de sucesión .....	25
3.1.2 El testamento .....	26
3.1.3 Etapas de la sucesión por causa de muerte.....	31
3.1.4 Tipos de muerte .....	33
3.2 Medios para determinar el vínculo con respecto al causante.....	35
3.2.1 Capacidad para suceder .....	36
3.3 Procedimiento.....	37

4 Conclusiones y Recomendaciones .....	40
4.1 Conclusiones .....	40
4.2 Recomendaciones.....	41
REFERENCIAS .....	43

## INTRODUCCIÓN

La fecundación posterior a la vida es posible a través de las diversas técnicas de reproducción asistida, que, mediante la aplicación de varios métodos como la fecundación in vitro, inseminación artificial, la mujer puede concebir con el material genético de su pareja, a quien denominaremos como donante homólogo; este procedimiento médico como tal puede resultar no únicamente a partir de la donación en vida a un banco de espermatozoides sino también a través de la extracción de este material genético, el mismo que será realizado como donante cadavérico.

Los actos jurídicos derivados de la fecundación póstuma tendrán sus cimientos en la voluntad, tanto en la voluntad de donar en vida a un banco de células, asumiendo las consecuencias de lo que una donación con fines reproductivos implica, y el cumplir la voluntad que tenía en vida, lo cual aplica para los casos en los cuales se extrae las células después de la muerte, con autorización del conyugue.

Como consecuencia de la reproducción en términos generales, tenemos a la maternidad y paternidad, la misma que es el vínculo ya sea legal o sanguíneo entre el hijo y sus progenitores lo cual es la filiación, considerado como un derecho. Siendo la maternidad y paternidad los elementos determinantes para establecer la filiación, la misma que puede ser legal o biológica; y que para desarrollo del presente tema se considerará la filiación biológica en virtud de que tanto el padre o madre, como el hijo póstumo comparten la misma carga genética.

La muerte da lugar a la sucesión por causa de muerte, considerando que es un modo de adquirir el dominio; los herederos o legatarios tienen el vínculo de sangre con el causante, a excepción del cónyuge en caso de realizar las mejoras, y los legatarios que suceden en virtud de que el causante destinó la porción de libre disposición a favor de ellos. Pero, principalmente el enfoque será dado al vínculo filial fundamentado en el vínculo sanguíneo. Los herederos tendrán la posibilidad de adquirir el dominio a través del vínculo

sanguíneo, sin dejar de lado la posibilidad de que exista un testamento por ende legatarios.

## 1 Las consecuencias jurídicas de la reproducción asistida póstuma

### 1.1 Reproducción asistida

En términos generales, la reproducción asistida está conformado por una serie de métodos y técnicas de tipo biomédico donde existe intervención externa para procrear.

Existen varios métodos, entre ellos y los más importantes en torno al objeto de estudio es la fecundación in vitro, inseminación artificial; Roberto Garzón en “Reproducción asistida” indica que, este tipo de método puede ser tanto homologa como heteróloga (Garzón, 2007).

Cabe destacar que, la diferencia entre homólogo y heterólogo es con respecto al donante, debido a que se entiende como donante homólogo cuando se usa el material genético de la pareja durante el proceso de inseminación mientras que el donante heterólogo, es un donante cuya identidad puede ser o no conocida, por ende, se entiende que en este tipo de donante el fin es netamente reproductivo sin importar en quien va a ser usado el material genético.

El último método de reproducción asistida a mencionar es la gestación subrogada; que, si bien se han presentado diversos debates éticos y morales en torno al mismo, es un método que tiene aceptación para las mujeres, hombres o parejas que desean tener hijos, este método consiste en realizar la fertilización in vitro en una tercera persona.

Con esto nos referimos a gestación subrogada y no a maternidad subrogada como comúnmente se denomina, debido a que como bien lo menciona Ingrid Brena en “La gestación subrogada ¿Una nueva figura del Derecho de familia?”, la gestante tiene la función de llevar a cabo el embarazo únicamente, ya que los gametos son de quienes decidan por este tipo de reproducción asistida, es decir no existe un aporte con respecto a la carga genética de la gestante o

denominada tercera persona, por lo tanto, el producto de la gestación no será descendiente de la gestante (Brena, 2012).

Es preciso diferenciar entre maternidad subrogada y gestación subrogada, debido a que resultaría innecesario tomar la maternidad subrogada como un método con respecto al enfoque del presente estudio, ya que en este caso el aporte genético póstumo está dado por la mujer o el hombre, y el donante; el mismo que es quien tiene el deseo o a su vez cumplen su deseo de procrear después de la muerte; llegando así a la reproducción asistida póstuma.

## 1.2 Reproducción asistida póstuma

La reproducción asistida póstuma, como su nombre lo indica es aplicar las técnicas biomédicas después de la muerte ya sea del hombre o de la mujer. La aplicación de las técnicas con material genético ya sea obtenida por medio de un banco de espermatozoides u óvulos, o su vez como se han presentado varios casos en diversos países, la extracción de los gametos después de la muerte; son aspectos que lo han ligado con la dignidad humana lo cual ha despertado de cierta manera inquietud en las distintas esferas sociales, cuestionando la ética y sus implicaciones.

Como lo menciona Eduardo Dantas y Lucía Vera en "*Legal Aspects of post-mortem reproduction: comparative of French, Brazilian and Portuguese legal systems*", la reproducción póstuma tomando en cuenta la inseminación artificial, fertilización in vitro y la transferencia de embrión, la cual corresponde a la gestación subrogada, han generado controversias que involucra aspectos éticos, morales, que a su vez tienen consecuencias jurídicas, por ejemplo cuando se utilizan los dos primeros métodos mencionados, especialmente cuando existe autorización expresa de no usar el material genético para fines reproductivos (Dantas & Lucia, 2012).

En efecto, cuando existe autorización expresa de no usar el material genético para fines reproductivos, (estos casos se presentan cuando los donantes entregan voluntariamente material genético con fines investigativos), y al no cumplir dicha autorización dentro de los lineamientos establecidos sería

transgredir la dignidad humana y a su vez la última voluntad del donante póstumo, sin embargo al no existir una restricción expresa se entiende que no existe oposición alguna, aún más cuando se trata de un donante homólogo, cuya pareja es el o la viuda, esto en virtud de que se rigen por el contrato del matrimonio en el cual establece que, uno de sus fines es la procreación.

Ahora bien, con respecto a la transferencia de embrión por medio de la gestación subrogada Dantas y Vera comentan que es un tema que, necesariamente, requiere el consentimiento tanto para extraer el espermatozoides como los óvulos (Dantas & Lucia, 2012).

En efecto, se concuerda plenamente con el tema del consentimiento para la extracción, sin embargo, como se menciona anteriormente, al no existir restricción que exprese al contrario este es un proceso que no es opuesto a la ley, en virtud de que la extracción después de la muerte es hasta 72 horas después de la misma.

En este sentido en "Extracción de semen post mortem: aspectos éticos y legales. Descripción de caso y estudio en Colombia" de Samuel Barbosa y otros, establecen dos problemáticas con respecto a la reproducción asistida póstuma, la primera con respecto a la extracción del espermatozoides y la reproducción asistida póstuma como tal, además que, se plantea cuestionamientos relacionados a como debe ser considerada la extracción, como una donación o como un acto que aporta a la reproducción (Barbosa, y otros, 2015).

Con lo cual se concuerda, ya que el problema no radica en los métodos de reproducción asistida sino cuando el material genético a usarse, es de una persona muerta, en el cual caben varios supuestos, como por ejemplo, que la pareja al momento de la muerte hayan atravesado un proceso reproducción asistida; la de un donante heterólogo, quien donó en vida a un banco de espermatozoides u óvulos, o en efecto en el caso de que la esposa o pareja del fallecido solicite la extracción de dicho material para poder acudir a los métodos de reproducción asistida.

Esto en respuesta del deseo de poder tener un hijo de su pareja; el caso en concreto se ha presentado en varios países como, Argentina, Estonia y la

forma de resolver han sido diversas entre ellas, la de solicitar a la Corte la extracción, o la obtención del material para que este sea usado dentro de un mes, siempre y cuando la pareja haya estado en un programa de reproducción asistida antes de que ocurriera el fallecimiento, como es el caso del último país en mención.

En Argentina se permitió la extracción de los gametos del cónyuge, cuya autorización judicial estuvo basada en que no existió manifestación de la voluntad que sea contraria a la no extracción del material genético para fines reproductivos.

Por otro lado, Zurriarán en “Reflexión Crítica sobre la fecundación post-mortem como técnica de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico colombiano y su incidencia en el ámbito filial y sucesoral” de Vanina Moadie, los países en los cuales no está permitida la procreación médica asistida es en Italia, donde se establece, entre otros requisitos, que los miembros de la pareja deben estar vivos; Alemania es otro ejemplo de la negativa ante la procreación póstuma ya que se establece un tipo penal con respecto a la protección del embrión, sancionando con pena privativa de libertad de hasta 3 años para quienes fecunde de manera artificial con gametos de una persona fallecida (Cdsa , 2015).

### 1.2.1 Situación jurídica con respecto al donante

Tal como se determinó con anterioridad, principalmente, existen dos tipos de donantes homólogo y heterólogo, ya que los donantes para fines investigativos no tienen consecuencias con respecto a la materia de estudio para el presente ensayo.

Ahora bien, con respecto a la situación jurídica del donante homólogo, pueden presentarse varios escenarios, entre ellos que el donante y su pareja atravesaban un proceso de reproducción asistida anterior a su muerte, de manera que existe un contrato previo, en el cual se expresó la voluntad de extracción de los gametos o a su vez la voluntad de que, los gametos permanezcan en un banco de esperma para posteriormente proceder con el

tratamiento elegido por la pareja; en este supuesto no se presenta mayor inconveniente debido a que la voluntad es expresa y simplemente se continúa con el procedimiento de reproducción asistida.

Otro escenario que puede presentarse con respecto al donante homólogo, es que, los gametos se hayan obtenido después de la muerte, es decir es una donación póstuma donde no existió manifestación de la voluntad por parte del donante; para lo que debemos partir determinando la naturaleza jurídica del cadáver como tal.

Comenzando por determinar el concepto de persona, para Galindo Garfias en "Las personas y sus atributos" de Ricardo Treviño menciona que, la persona se encuentra estrechamente relacionada con la dignidad humana, desde la perspectiva que este posee libertad con respecto a su conducta, por lo tanto es responsable de la misma no solo ante sí, sino también ante los demás; al poseer esta libertad la persona es capaz de cumplir determinados deberes dentro de cualquier ámbito, sea este social, moral, religioso, o jurídico (Treviño, 2002).

Galindo Garfias, toca un aspecto interesante que, indudablemente, está estrechamente ligado al tema de estudio, ya que nos habla de la dignidad humana lo cual entra en la esfera de la libertad; el obrar de una forma en la que sus actos direccionen a una conducta en la cual no limite a los demás ni a sí mismo, tomando en cuenta las consecuencias jurídicas.

Si bien existen diversos conceptos con respecto a determinar que es el ser humano, la persona o la humanidad, sean estos conceptos filosóficos o teológicos; lo que nos interesa establecer es la catalogación, definición o determinación de la persona desde el punto de vista jurídico.

Para Ángela Vivanco, en "El derecho a la vida y la discusión acerca del concepto de persona humana en el ámbito constitucional", dentro del ámbito jurídico la persona es considerada como tal cuando posee vida, y es capaz o lo habilita para que pueda ejercer derechos y a su vez contraer obligaciones, siendo así esta una definición de lo que es el ser humano como sujeto de derechos (Vivanco, 2001).



Este concepto de sujeto de derechos se encuentra vinculado a la personalidad jurídica que una persona posee, al menos dentro del Derecho subjetivo, ya que para que exista y cumpla estos deberes, derechos y obligaciones debe necesariamente, existir un protagonista, como lo define Hernán Corral en “El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria”, debido a que se debe entender a la personalidad jurídica como la titularidad (Corral, 1990).

De manera que, una persona no es considerada sujeto de derecho sin personalidad jurídica, que es la cual le permite obrar, es decir ejercer y cumplir tanto derechos como obligaciones en el ámbito jurídico.

Este concepto se encuentra ligado a lo determinado dentro de nuestro ordenamiento jurídico, estableciendo como fin de la existencia de las personas a la muerte.

Por lo tanto, la muerte es considerado un hecho mediante el cual se extingue la personalidad, esto debido a que, quien ejercía la titularidad de sujeto de derecho no existe, pasó a un estado cadavérico, así explica la muerte Carlos Albano en “El cuerpo humano, sus partes anatómicas y el cadáver como objeto de los actos jurídicos” (Albano, 2015).

Una vez determinado el fin de la existencia de las personas, la cual es la muerte, se da por terminado el poder ejecutar la titularidad como sujeto de derechos, de manera que el cuestionamiento va a ser con respecto a, cómo el cuerpo cadavérico es considerado.

Si bien dentro de nuestra legislación no existe norma expresa que determine la naturaleza jurídica del cadáver como tal, si este es considerado un bien, una persona sin titularidad de obligaciones, o una persona titular de derechos y obligaciones; de manera que consideraremos que es un bien en virtud de que la familia tiene el poder de decisión sobre el cuerpo cadavérico, ya que acorde Reglamento a la Ley de trasplante de órganos, tejidos y células en el artículo 8 establece que, los familiares de forma excluyente, pueden autorizar cualquier tipo de donación, a quienes se incluye en esta autorización es al o el cónyuge, a los hijos mayores de 18 años de edad, padre o madre y a

los hermanos siempre que sean mayores de 18 años; bastante la oposición de uno de los parientes con igual grado y nivel tanto de parentesco como de decisión para que no se proceda con dicha donación, así lo determina esta norma. Por ende, la disposición sobre el cadáver queda bajo lo que los familiares determinen, en caso de que la persona no haya manifestado la voluntad de donar órganos, tejidos y células, mientras que, si el sujeto de derechos en vida dispuso el no ser donante, dicha voluntad será respetada.

En este caso, de la reproducción asistida homóloga, la pareja puede solicitar la extracción del espermatozoides de su cónyuge si es el caso; en caso de existir contradicción de al menos uno de los familiares aptos para oponerse, se deberá determinar el grado y el nivel de parentesco y la justificación como tal del porque se necesita la extracción de dicho material.

Con respecto a la reproducción asistida con un donante heterólogo es necesario determinar el tema contractual, ya que al hablar de un donante heterólogo nos referimos a alguien que en vida donó sus gametos con fines reproductivos. En este tipo de donante no cabe la extracción del espermatozoides después de su muerte ya que un tercero posee dicho material genético. Por lo tanto, se deberá analizar la manifestación de la voluntad del sujeto de derechos que donó, a su vez la identidad del donante, el cual juega un rol fundamental, y una de las consecuencias jurídicas que esta tiene, es el tema de la filiación.

Existen determinados requisitos con respecto a la fecundación cuando se la realiza con un donante heterólogo, este es el consentimiento del marido (en caso de que la mujer que va a llevar la gestación tenga vínculo matrimonial), el consentimiento de la mujer, y el consentimiento del donante del banco de espermatozoides; con respecto a este último en mención se mantiene el anonimato esto, con el fin de evitar complicaciones o consecuencias jurídicas no previstas en el contrato, sin embargo, es un tema que el donante es libre de decidir.

### 1.2.2 Consecuencias jurídicas de la fecundación

Las principales consecuencias jurídicas de la fecundación en general es la filiación, a partir de la filiación se genera una serie de derechos y obligaciones

con respecto a el parentesco que establece la ley, es decir la paternidad o maternidad, entendiéndolo como un vínculo de consanguinidad que el hijo tiene con sus padres, así lo comenta Diego Casas, Luis Díaz y Edwin Mantilla en “Análisis a partir del derecho comparado-normativa vigente de España, doctrina y proyectos de ley en Argentina-situación jurídica del estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en Colombia” (Díaz, Jimenez, & Parra, 2012).

Por ende, se entiende que la filiación es básicamente, el vínculo jurídico entre el hijo y su madre o padre, lo cual es establecido por consanguineidad sin dejar de lado otras formas de establecer la filiación sin necesidad de tener vínculo sanguíneo; pero, para poder centrarnos en el objetivo de estudio del presente ensayo se analizará únicamente la filiación biológica de la cual, como se menciona, se genera una serie de derechos y obligaciones para los progenitores entre los cuales se encuentran y la ley lo determina en el Código Civil Ecuatoriano en el artículo 276, la obligación de alimentar, educar y como derecho en el 278 del mismo cuerpo normativo se establece el derecho de dirigir la educación, entre otros derechos y obligaciones que se resumen a la paternidad. Con respecto al hijo se podría determinar que uno de los derechos más importantes, con respecto al tema de estudio, es la sucesión por causa de muerte.

### 1.3 Tipos de donante en el Ecuador

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico y con respecto al tema en desarrollo, podríamos clasificar de cierta manera a los donantes en nuestra legislación, teniendo así, los donantes voluntarios, donantes cadavéricos; siendo los primeros aquellos quienes expresan su voluntad de ser donantes ya sea de todas las células, órganos, tejidos o solo de una parte de ellas, y los donantes cadavéricos cuya voluntad y autorización para la donación se encuentra a cargo de los familiares.

### 1.3.1 Ley de donación de órganos, referente al material genético.

En nuestro ordenamiento jurídico, en la Ley orgánica de Donación y trasplante de órganos, tejidos y células, artículo 29, determina que todos los ecuatorianos, extranjeros residentes legales siempre que sean mayores de 18 años de edad serán donantes, no lo serán únicamente aquellos, hayan de forma expresa, manifestado lo contrario, determinadas restricciones o condicionamientos.

Con respecto al donante y a la donación en sí, dentro del marco jurídico no existe limitación alguna referente a la donación cadavérica, dado que en el artículo 41 de la Ley orgánica de donación y trasplante de órganos, tejidos y células dispone la donación de todo o parte de los órganos, tejidos y/o células una vez que, se haya certificado la muerte de la persona.

De manera que, no existe limitación alguna con respecto a la extracción de esperma u óvulos en sí, ya que este material genético es considerado célula por ende se permite dicha donación o extracción.

## 2 Derechos relativos a la filiación, con respecto al hijo póstumo.

Si bien existen varios derechos derivados de la filiación, como se lo ha analizado en párrafos anteriores, la educación, alimentación, salud, vivienda, entre otros; la sucesión viene a ser un derecho que tiene el hijo desde la perspectiva de que, el hijo tiene derecho a decidir sobre, acceder al patrimonio considerado este como el conjunto de derechos y obligaciones del causante con respecto a sus bienes.

Ahora bien, con respecto a la fecundación póstuma en concreto, tiene como principal punto la filiación, en este sentido Agustina Perez en "Fertilización post mortem: un supuesto especial entre las técnicas de reproducción humana asistida" comenta que, la filiación tiene como simiente principal a la voluntad procreacional (Perez, 2013).

Y claro, se debe tomar como principal simiente o base de la filiación a la voluntad, o intención positiva de procrear considerando cualquiera que sea el

método, ya sea de la forma natural es decir sin elementos externos, o con ayuda para concebir, como lo es la reproducción asistida. Es decir, la forma en la que se realizó la concepción no es un aspecto que debe ser considerado en torno a la filiación debido a que, ya existe un producto de la fecundación, quien es el hijo póstumo y bajo el principio de igualdad debe recibir un trato igualitario, aún más cuando se trata de derechos fundamentales del ser humano que permiten su desarrollo integral como tal, por ende, estos derechos en mención están garantizados por medio de la filiación.

Lo mismo ocurre al momento de la sucesión, considerado un derecho derivado de la filiación; el hijo póstumo no puede tener un trato discriminatorio con respecto a otros sucesores en caso de existir, solo por las condiciones en las cuales fue fecundado y concebido.

En nuestra legislación el Código de la Niñez y adolescencia determina en el artículo 99, la unidad de filiación, ya que considera a todos los hijos iguales antes la ley, la familia y la sociedad.

Ahora bien, la filiación acorde al Código Civil ecuatoriano en el artículo 24 establece la maternidad y paternidad por tres medios, por haber sido concebido dentro del matrimonio, unión de hecho, siempre y cuando esta sea legalmente reconocida, por ser reconocida esta filiación de forma voluntaria sin necesidad que exista un matrimonio o unión alguna y por haber sido declarada judicialmente.

Se establece la filiación en forma directa y voluntaria cuando está dentro de un matrimonio; al hablar de filiación post mortem no tiene sentido explicar la filiación voluntaria, ya que como dijimos en el capítulo anterior, el donante póstumo no es sujeto de derechos debido a que carece de personalidad jurídica por ende, no puede declarar dicha filiación, ni expresar su voluntad al momento.

Para establecer la filiación dentro del matrimonio se debe tomar en consideración lo establecido en el artículo 233 del Código Civil con respecto a los hijos concebidos en matrimonio, determinando que, el hijo que nace

después de ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio se reputa que ha sido concebido dentro del mismo.

El artículo en mención nos da una referencia con respecto al hijo legítimo matrimonial, Daniel Ferrer en “Sistema actual español para determinar la filiación” comenta que, la filiación legítima está atribuida a los hijos concebidos y nacidos dentro de legítimo matrimonio, que a su vez los hijos concebidos en matrimonio tiene plenitud respecto a derechos, se le concede una condición legal auténtica, a diferencia de los hijos ilegítimos que no tiene esta condición en plenitud (Ferrer, s.f.).

Esta diferenciación se encuentra aún en los ordenamientos de diversos países, en el Ecuador existió dicha diferencia entre hijos legítimo e ilegítimos, sin embargo fue derogada por considerarse inconstitucional, por el hecho que transgredía diversos derechos vinculados a la filiación; concordando con dicha transgresión, en virtud de que la filiación como hemos mencionado, es un vínculo entre el progenitor y el hijo o hija mas no es un elemento contractual dentro del matrimonio, además de que es un aspecto discriminatrio con respecto a los hijos no concebidos dentro del mencionado contrato.

Ahora bien, el artículo 233 del Código Civil mencionado se encuentra ligado al artículo 62 y 63 del mismo cuerpo normativo; por su parte el 62 determina la filiación matrimonial cuando la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ochenta días y no más de trescientos, considerandos desde la media noche del nacimiento. Lo cual es aplicable para la filiación póstuma en virtud de que, en caso de que la pareja haya empezado con el proceso de fecundación asistida antes del matrimonio, celebran dicho contrato y el marido muere dentro de los siete días posteriores, ya sea que la mujer haya quedado embarazada en el primer intento con los métodos de la reproducción asistida o que continúe con dicha asistencia reproductiva y durante el proceso se quede embarazada estando muerto el marido, dentro del término de 300 días, se establece una filiación matrimonial ya que el período normal y a término de gestación es de doscientos sesenta y seis días, por ende este entra en el rango dispuesto por la ley.

Lo expuesto anteriormente aplica únicamente en caso de que el tiempo se encuentre dentro de lo que establece el artículo 62 del Código Civil Ecuatoriano, ya que dentro de la filiación póstuma con respecto a la extracción del material genético a partir del donante cadavérico, o a su vez por medio del acceso al banco de esperma del marido esto no tiene cabida, es decir la consideración parental no puede ser considerada como tal, impidiendo establecerse el vínculo filial por este medio, ya que biológicamente y llevando el ciclo de embarazo considerado normal, y, a término es de 266 días; por ende, esta forma de considerar si el hijo póstumo basada en el contrato del matrimonio no es viable, en virtud de que la ley establece de forma expresa 180 días expirados subsiguientes, los cuales en el caso planteado no se llegaron a cumplir. De manera que el 233 del Código Civil se consideraría como regla general teniendo como excepciones al 62, es por eso que decimos que no aplicaría para un donante cadavérico.

Con respecto al artículo 63 del Código Civil, establece la suspensión de los derechos de la criatura que está por nacer, hasta que este nazca y así pueda gozar de dichos derechos, lo cual es viable dentro del tema en desarrollo, ya que la filiación póstuma podría no estar determinada únicamente por el tiempo a partir del matrimonio o antes del mismo como se determina en el artículo 62, sino también por la suspensión de derechos, siempre y cuando la pareja haya empezado el proceso de reproducción asistida con resultados positivos antes de la muerte del marido.

Si bien al hablar de que es necesario que la pareja haya empezado el proceso de reproducción asistida antes de la muerte del marido, no se trataría de un donante póstumo, ya que su concepción se daría durante el tiempo antes de la muerte, sin embargo, al haber accedido a este tipo de método para fecundar, el material genético se encuentra en un banco de esperma para fines reproductivos, por ende se espera que exista, es decir se espera la existencia del hijo póstumo en virtud de que el esperma va ser usado para los fines dispuestos por el donante; lo cual está ligado con la sucesión como tal y las condiciones para poder suceder que entre ellas está la de que se espera que exista.

Por ende, además de la filiación dentro del término de 300 días en caso de ser un matrimonio, unión de hecho legalmente reconocidas, para poder determinar el parentesco filial entre el hijo póstumo y el donante póstumo el único medio es a través de la filiación biológica como tal, y dentro las dimensiones jurídicas y biológicas de la misma.

## 2.1 Filiación biológica

Con respecto a la filiación biológica Carlos Martínez en “La filiación, entre Biología y Derecho” comenta que, el vínculo filial tiene una dimensión biológica y jurídica sin dejar de lado otros aspectos como el social, afectivo, entre otros que nos son determinantes en un sentido radical, por ende, los ejes fundamentales referentes a la filiación son, biológica y jurídica teniendo como punto de partida el vínculo biológico (Martínez, 2013).

En efecto, como se ha venido comentando, el medio por el cual se va a determinar la filiación biológica es el sanguíneo, a no ser que exista un reconocimiento por parte de legitimarios, tema que se desarrollará con posterioridad.

Para Martínez, la filiación es un hecho natural, que además de ser un vínculo biológico tiene una dimensión jurídica, la misma que es indisoluble ya que se generan relaciones de justicia referentes a obligaciones y asistencia tanto moral como material (Martínez, 2013).

En efecto, la filiación biológica en concreto deriva de un hecho natural, que hasta cierto punto es un aspecto que no puede ser disuelto, visto desde el punto de vista biológico, en virtud de que comparten la misma carga genética, entre el padre o madre y el hijo o hija, teniendo entre sí un vínculo filial como consecuencia jurídica.

Martínez menciona el principio de veracidad biológica, como una norma ya que por medio de la filiación biológica se determina la filiación jurídica, por ejemplo, a través de la acción de impugnación y reclamación jurídica y biológica, esto



con la finalidad de proteger tanto el interés superior del menor como mantener seguridad con respecto a las relaciones de filiación (Martínez, 2013).

Es decir, para determinar la filiación jurídica, su sustento se encuentra en la veracidad biológica, que es la cual permite que diversos derechos sean protegidos, que el acceso a los mismos sea garantizado teniendo a su vez seguridad jurídica. Por ende, el vínculo sanguíneo es un elemento determinante con respecto a los derechos del hijo póstumo, su identidad biológica real va a permitir garantizar su acceso derechos fundamentales mencionados con anterioridad, al igual acceso a derechos civiles como es el de identidad, y derechos patrimoniales como lo es el de suceder.

## 2.2 Medios para determinar la filiación biológica

La filiación en términos generales puede ser manifestada y determinada por diversos medios, para Eduardo Gandulfo en “Reconocimiento de paternidad tópicos” menciona varias vías para reconocer la paternidad, teniendo así: el acto solemne por medio de acto entre vivos de forma extrajudicial, por medio del testamento, y por vía judicial (Gandulfo, 2009).

En efecto, la paternidad en sí dentro de un proceso de reproducción asistida y sus consecuencias en virtud de proteger al hijo, está dado por la filiación como ya lo hemos expuesto, y esta puede ser expresada entre vivos extrajudicialmente, es decir en nuestro tema de estudio el padre o donante en la reproducción asistida puede determinar la filiación y expresar de forma voluntaria la paternidad dentro de un acto entre vivos, el cual puede ser reflejado en un contrato donde se manifieste la intención positiva de procrear como lo es dentro de la reproducción asistida, en cuyo contrato se tiene como finalidad la de procrear es decir ser padre; por lo tan las partes, establecen y declaran su voluntad de forma expresa, la voluntad de asumir las consecuencias jurídicas de la concepción de un hijo, como lo es la filiación.

A su vez, la otra forma de poder determinar la filiación es a través del testamento, el cual es un acto de declaración de la voluntad del ahora causante, que realizó dicho acto como sujeto de derechos con personalidad

jurídica, expresando su voluntad con respecto a su actos civiles y patrimoniales póstumos. De manera que, en caso de que el donante en vida expresó y manifestó la filiación producto de la reproducción asistida esta es considerada una forma de determinar la misma de forma voluntaria.

Como hemos mencionado la expresión de la voluntad juega un rol fundamental dentro la determinación biológica antes de la muerte del donante, la misma que puede ser expresada tanto en el testamento como en el contrato referente a la donación homóloga.

Para Gandulfo la expresión de la voluntad, de ser considerado como un acto de expresión directa en virtud de que no solo bastaría como realizar una afirmación con respecto a la filiación, sino que esta debe contar con la intención de hacer esta información pública; a su vez se menciona al reconocimiento incidental donde Gandulfo lo define como una declaración en un documento público cuyo objeto principal del mismo no era realizar dicha declaración de filiación sino se lo enuncia de una forma evidente (Gandulfo, 2009).

En efecto, la expresión de la voluntad es acto en el cual la persona comunica o manifiesta acerca de sus actos, como lo es un testamento, ya que el donante quien ahora es el causante expresa de una u otra manera en dicho documento la filiación, con la intención de que al momento de su muerte se proceda con la apertura del testamento haciéndolo pública. Ahora, con respecto al reconocimiento incidental, lo tomamos al contrato celebrado por el causante en calidad de donante homologo; y claro como se ha mencionado en el capítulo anterior al hablar de donante homologo los fines son reproductivos por ende de forma incidental expresa su voluntad de la reproducción, los mismo que tienen como consecuencia de la procreación la paternidad determinada a través de la filiación.

De manera que, la filiación en términos generales es determinable a través de la expresión de la voluntad por parte del donante póstumo, como lo hemos explicado, es decir, el contrato y por medio del testamento; y por vía judicial es decir determinar la filiación bilógica a través de dos mecanismos, teniendo así,

un examen de ADN en el cual se determine la misma carga genética entre el hijo y el padre, o a su vez el reconocimiento por parte de los legitimarios.

### 2.2.1 Examen ADN

El examen o también denominada prueba técnica de ADN, comenta Liseth Mojica en “La prueba técnica ADN en los procesos sobre la filiación” que, es una técnica que permite establecer la huella genética única por medio de técnicas médicas, biológicas y científicas esto, con el objetivo de conocer la verdad biológica y poder establecer una relación filial legítima basado en el ácido desoxirribonucleico ADN, considerado como el material genético más idóneo para identificar; además la aplicación no se encuentra limitada a que se realice únicamente con el padre o la madre, se puede determinar mediante las pruebas realizadas a familiares, en el cual se establece a través de abuelos, tíos, hermanos (Mojica, 2004).

En consecuencia, y con respecto a la filiación póstuma en concreto, el vínculo sanguíneo determinado por esta prueba médica, técnica y biológica puede determinar la relación filial entre el padre o el donante homólogo, o a su vez por medio de los familiares, esto con la finalidad de lograr establecer la misma huella genética en virtud de que comparten el ADN.

Con respecto al examen en sí, la Fiscalía General de Estado a través del Sistema Especializado Integral De Investigación En Medicina Legal Y Ciencias Forenses establece el “Manual de procedimientos para el laboratorio de ADN humano”, comentado así que, con respecto a personas vivas la obtención de ADN es por medio de la sangre a través de una punción dactilar, la saliva, y pelos siempre y cuando sean arrancados con raíz (Sistema especializado integral de investigación en medicinal legal y ciencias forenses, 2014).

Sin embargo, además de tener la posibilidad de establecer la filiación biológica a través de los familiares directos por medio de la sangre, saliva, y pelo, se puede realizar el examen de ADN al donante póstumo.

El genetista molecular Ernesto Bustamante en “Pruebas de ADN: identificación de cadáveres” comenta que, el ADN está presente en determinados órganos como piezas dentales, huesos siempre que se trate de

huesos largos, folículos pilosos, entre otros órganos que contienen ADN, la cual determina que es una molécula estable que resiste de cierta manera a los procesos naturales como la putrefacción y paso del tiempo (Bustamante, 2002).

En nuestro sistema judicial se han determinado protocolos referentes a la medicina legal y ciencias forenses a través del “Manual de procedimientos para el laboratorio de ADN humano”, donde se establece que para las muestras de cadáveres que se encuentren en buen estado de conservación puede realizarse por medio de la sangre previos procesos biológicos y a través de músculo esquelético de la mejor zona que se encuentre conservado, en caso de existir dudas se puede extraer piezas dentales, en caso de cadáveres que se encuentren carbonizados que no sean totales el examen se lleva a cabo por medio del músculo esquelético de zonas profundas y sangre que es posible encontrar en cavidades cardiacas, para los cadáveres que se encuentren en un estado avanzado de putrefacción se obtiene de los huesos largos como el fémur, y de los dientes; el mismo manual también determina que se puede realizar por otros medios en caso de que no se pueda realizar la exhumación del cadáver y en caso de no existir familiares vivos, y esto es por medio de un análisis de restos biológicos que se encuentren en centro hospitalarios y material genético del cadáver como restos de máquinas de afeitar, cepillos, entre otros objetos donde puede existir material genético del donante (Sistema especializado integral de investigación en medicina legal y ciencias forenses, 2014).

Por consiguiente, al hablar de un donante póstumo la relación filial biológica no se encuentra limitada por la muerte del donante, ya que como lo hemos visto además de determinar por medio de la sangre es determinable a través de órganos o tejidos en estado cadavérico como los mencionados en el párrafo anterior incluso por objetos usados por el donante póstumo; excluyendo así cualquier limitación para determinar una filiación biológica póstuma directa a través del examen de ADN entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

### 2.2.2 Reconocimiento por parte de familiares del donante

Con respecto al reconocimiento por parte de los familiares se puede establecer por los medios ya expuestos anteriormente, es decir, a través del examen de ADN y por manifestación de la voluntad, esto únicamente para establecer la relación filial en virtud de que comparten la misma huella genética, que como se ha expuesto anteriormente es viable, tanto en el examen de ADN como el reconocimiento expreso de los familiares directos del donante póstumo.

### 2.3 Procedimiento

Como hemos manifestado, la vía judicial por la cual se va a determinar la filiación biológica es a través del examen de ADN, el reconocimiento por parte de los familiares y la manifestación de la voluntad. De manera que podríamos decir que existen tres vías por las cuales se determina judicialmente la filiación biológica póstuma.

Teniendo así, la impugnación de la paternidad establecida en el artículo 233 del Código Civil Ecuatoriano donde se establece que puede ser ejercida por el hijo, quien se pretende ser el verdadero padre o madre, quien consta legalmente como madre o padre y la filiación está siendo impugnada y a quienes perjudique con respecto a sus derechos sobre la sucesión, esto a través de una declaración judicial tal como lo determina el artículo 252 del Código Civil, ya que puede pedir que el juez declare hijo de determinado padre o madre en caso de no haber sido reconocido de forma voluntaria. Por ende, quienes pueden solicitar esta acción es el hijo no reconocido voluntariamente, sus descendientes o a su vez quien tenga la patria potestades del menor en virtud de garantizar los derechos a conocer su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares en conformidad con el Código de la Niñez y Adolescencia, además esta acción para investigar la paternidad es imprescriptible, así lo establece el artículo 255 del Código Civil.

De manera que, acorde al COGEP se realizaría mediante procedimiento sumario establecido en el artículo 332 del mismo cuerpo normativo, ya que es un proceso de conocimiento, presentando la demanda conforme a lo establecido por la Ley; sin embargo, antes de proceder con el procedimiento sumario como tal se debe solicitar la diligencia preparatoria esto ya que, el cuerpo cadavérico del donante puede alterarse por las características propias del mismo, esto en función de lo establecido en el artículo 122 numeral 6 del Código Orgánico General de Procesos.

Por lo tanto, antes de interponer la demanda ante la sala competente, que, en este caso la competente es la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, se deberá solicitar al juez competente la diligencia preparatoria para que se proceda con la exhumación del cadáver del donante. Este procedimiento de exhumación del cadáver y la diligencia preparatorio como tal debe ser realizada conforme a lo establecido en la ley y en los manuales relativos a la medicina legal y ciencias forenses emitidas por la Fiscalía General de Estado, como lo es la solicitud de la autoridad competente, acta de posesión de perito, registro de cadena de custodia, entre otros documentos que forman parte de este proceso preparatorio (Sistema especializado integral de investigación en medicinal legal y ciencias forenses, 2014).

Una vez interpuesta la demanda, la misma que será dirigida al Juez Competente, y cumplidos todos los términos de calificación de la demanda, contestación, se procede a la audiencia única, las misma que deberá ser señalada en un término de 10 días como mínimo y 20 como máximo, contados a partir de la citación, esto en virtud de que se trata de materia de niñez y adolescencia; esta audiencia única está compuesta y se desarrollará en dos fases, la primera parte corresponde al saneamiento, la fijación de los puntos en debate y la conciliación, mientras que la segunda fase de esta audiencia única consiste en la prueba y alegatos, en este caso la prueba y por ende los resultados obtenidos de la diligencia preparatoria con respecto a la exhumación del cadáver del donante.

Tal y como se menciona en capítulos anteriores, existen varias formas de establecer la filiación, siendo así que queda expuesta la determinación de la filiación biológica directa, en el sentido de que la misma es determinada entre el padre y el hijo; ahora bien, el reconocimiento por parte de los legitimarios o los familiares es un procedimiento que sigue las mismas reglas que el explicado en el párrafo anterior, con la diferencia de que, esto sería con respecto al artículo 122 numeral 7, ya que de esta manera se puede precautelar que los familiares se ausente del país ya sea por un largo período o de manera permanente.

Ahora con respecto a la filiación, la cual se va a determinar a través de la manifestación de la voluntad del donante, será un proceso ejecutivo y acorde al artículo 347 numeral 3 y 7 del COGEP, esto ya que como habíamos comentado la declaración de la voluntad con respecto a la filiación puede encontrarse expresa en el testamento como tal o en el contrato suscrito entre el donante, su pareja y el banco de esperma.

La demanda debe ser presentada conforme a los requisitos establecidos en el artículo 142 del COGEP referente a la demanda, además de que debe estar acompañado por el título ejecutivo, en este caso el contrato o el testamento, después de haber aceptado el procedimiento, contestada la demanda, y citadas las partes, se lleva a cabo la audiencia única, al igual que en el proceso sumario que consta de dos fases.

### 3 Adquisición de dominio: sucesión por causa con respecto al hijo póstumo

Antes de explicar la adquisición de dominio y la sucesión por causa de muerte, es importante mencionar y definir al patrimonio, para lo cual José Luis Lacruz en “Nociones del derecho civil patrimonial e introducción al Derecho (7ª. ed.)” expone que, es el conjunto de bienes lo cual incluye las deudas, y estos responde a todas las obligaciones de la persona en virtud de la transformación del patrimonio en herencia considerado como todo el conjunto de bienes, los mismo que son heredables del causante (Lacruz, Ebrary, 2012).

En efecto, la masa o el conjunto de bienes del causante es el patrimonio, es heredable; estos bienes van a ser transmitidos a los herederos o legatarios en el estado o en la situación jurídica en la que se encuentren al momento del fallecimiento del causante.

Ahora, existen diversos modos de adquirir el dominio teniendo así la ocupación, accesión, tradición, prescripción y la sucesión por causa de muerte, así lo establece el artículo 603 del Código Civil.

Gustavo Rodríguez e Iliana Concepción en “Aspectos básicos del derecho de propiedad: cuaderno de estudios” expresan que, la adquisición de la propiedad es producto de hechos, los cuales se convierten en hechos jurídicos, en virtud de que la ley va a reconocerlos para que el modo de adquirir puede darse (Rodríguez & Concepcion, 2011).

Es decir, el modo de adquirir el dominio surge a partir de un hecho, y en virtud de la ley, este hecho va a convertirse en un hecho jurídico, es decir, va a tener consecuencias jurídicas las cuales van a permitir que una persona adquiera el dominio de determinados bienes o de un patrimonio.

Rodríguez y Concepción explican que, la adquisición puede ser originaria y derivativo, entendiendo a la originaria como, anterior a la relación jurídica no existió un sujeto como por ejemplo la pesca, el derecho ocurre por primera vez; mientras que derivativo existe un sujeto anterior donde existe la transmisión o a su vez la transferencia (Rodríguez & Concepcion, 2011).

Con respecto a la sucesión por causa de muerte como modo de adquirir el dominio es derivativo, en razón de que el patrimonio pertenece a un sujeto que, por su fallecimiento se transmite el patrimonio a sus legitimarios; además, decimos que se trata de transmisión mas no transferencia en virtud de que la transferencia es un acto jurídico entre vivos.

Es importante mencionar el modo y el título, entendiendo el modo como la forma en la que se va a adquirir el dominio y como se menciona puede ser la tradición, accesión, sucesión por causa de muerte, y demás; en la sucesión por causa de muerte el modo es el hecho natural de la muerte, convirtiéndose así en el hecho jurídico en razón de las consecuencias que generará. Mientras que



el título se refiere al instrumento; por ejemplo, en la sucesión por causa de muerte es el testamento, y en caso de existir falta del mismo está la Ley, para que subsane y regule la ausencia de la manifestación de la voluntad de la persona fallecida, logrando así que se perfeccione la sucesión por causa de muerte.

De esta manera, es como se da lugar a la sucesión por causa de muerte, considerada como un modo de adquirir el dominio; para lo cual manifestaremos qué es el Derecho Sucesorio.

Ángel Acedo en “Derecho de sucesiones: el testamento y la herencia” expresa que la principal función del derecho sucesorio es que las situaciones jurídicas existentes en una persona prosigan, esto ya que, al fallecer una persona natural también muere la personalidad civil y quedan estas situaciones jurídicas sin titularidad, siendo el Derecho sucesorio parte del Derecho privado que, de cierta manera regula el destino jurídico de las relaciones patrimoniales cuando esta muere (Acedo, 2014).

En efecto, el Derecho sucesorio permite regular los aspectos cuyo desencadenante es la muerte, por ende, regula y establece un marco jurídico para que los bienes y el patrimonio en general del causante sean transmitidos a sus legatarios o herederos, teniendo como base la manifestación de la voluntad y la filiación; encontrando al mismo tiempo un vínculo muy estrecho con el Derecho de familia por dos motivos, la filiación como tal y el hecho de que los hijos van a adquirir el dominio de los bienes del padre.

### 3.1 Sucesión por causa de muerte

La sucesión por causa de muerte define Lacruz como un fenómeno necesario, ya que, al fallecer una persona, no existe únicamente haberes sino también deudas, por lo tanto, es necesario que se sustituya la titularidad de su patrimonio para que así pueda ejercer y hacerse cargo de la administración del mismo (Lacruz, Ebrary, 2012).

Si bien Lacruz habla de fenómeno, diremos que es una consecuencia del hecho natural como lo es la muerte, el cual es un hecho indeterminado pero cierto, es decir no sabemos el lugar, ni las circunstancias en las que esto va a ocurrir, pero se tiene la certeza de que ocurra, siendo la sucesión una forma de sustituir o transmitir el dominio.

Acedo conceptualiza a la sucesión *mortis causa* o por causa de muerte como, una forma de ordenar el destino de las relaciones jurídicas que tiene o tenía una persona muerta, en virtud de que estas relaciones no se extingan por el hecho de la muerte, esto a través de la colocación a una persona en el puesto de otra, sin alterar las relaciones jurídicas con respecto al patrimonio de manera que, el cambio es del sujeto titular mas no a la situación jurídica del patrimonio (Acedo, 2014).

Por lo tanto, se considera a la sucesión por causa de muerte una forma de sustituir al fallecido por medio de la transmisión, para que este administre el patrimonio y todas las relaciones jurídicas relacionadas con el mismo.

En este sentido Joaquín Rams, Rosa Moreno y José Ignacio Rubio en “Apuntes de Derecho Sucesorio”, comentan que suceder es situar a una persona con otra, es decir se sustituye, esto en sentido gramatical, mientras que la sustitución en sentido jurídico es una sustitución con respecto a los deberes y derechos de una persona con otra, es importante recalcar que no se trata de todos los deberes y derechos como un término genérico, sino dentro de un contenido patrimonial. Y claro, hablamos de una forma de adquirir la propiedad y el dominio de la misma en virtud de que el hijo va a sustituir al padre con respecto al patrimonio del causante (Rams, Moreno, & Rubio, 2012).

Por lo tanto, el hijo va a sustituir al padre en relación a los bienes patrimoniales, es decir va a ejercer los derechos y las obligaciones con respecto al patrimonio del causante; este reemplazo ocurre por dos situaciones principalmente, el testamento como manifestación de la voluntad, la filiación o el vínculo sanguíneo directo entre el padre y el hijo y por otra parte la muerte del causante, ya que este es el elemento principal para que la sucesión pueda darse.

### 3.1.1 Tipos de sucesión

Al ser la sucesión consecuencia de la muerte, y al mismo tiempo como se mencionó es un hecho indeterminado pero cierto, el causante puede o no prever manifestar su voluntad a través de un documento es por este motivo que existen tres tipos de sucesiones testada, intestada y universal.

Para poder establecer una idea clara de la sucesión testada Jesús Fernández en “Derecho de Sucesiones”, explica a la sucesión testada como la manifestación de la voluntad después de la muerte de una persona, y esta es expresada de una forma clara, tiene un efecto con respecto a los herederos, ya que los vincula en razón de que actúen conforme la voluntad estipulada (Fernández, 2010).

Siendo así el testamento, además de una expresión de voluntad del causante, es una forma de encaminar a los herederos con respecto a la voluntad que tiene destinado para su patrimonio.

Fernández menciona, que al tratarse de una expresión de la voluntad del causante esto trasciende como una normativa de tipo patrimonial, es decir se convierte ley para los legitimarios (Fernández, 2010).

Lo cual resulta interesante tomar en cuenta, esto ya que el Derecho a suceder forma parte del derecho privado, y al ser el testamento una expresión de la voluntad se convierte en ley para las partes; obviamente los sucesores no pierdan la libertad o quedan exentos de poder repudiar la herencia. De manera que, el testamento es la expresión de la última voluntad del padre con respecto a sus hijos y otros que no necesariamente tienen ligamen de sangre, la cual al momento de que el sucesor fallece se procede a realizar la apertura del mismo, y claro, como se mencionó con anterioridad la muerte es un requisito para que se dé la apertura del testamento.

Mientras que, la sucesión intestada como su nombre lo indica es lo contrapuesto a la sucesión testada, es decir no existe expresión de la voluntad del causante, el causante no ha expresado de manera tangible mediante un documento privado el destino con respecto a sus bienes patrimoniales.

Con respecto a la sucesión intestada José Luis Lacruz en “Elemento del Derecho Civil. Tomo V: sucesiones (4a.ed.)” explica que, por regla general esta es denominada sucesión universal, ya que, al no existir expresión de la voluntad del causante, quien va a nombrar a los herederos es la ley, no son denominados legatarios; la ley prevé el defecto de que el sucesor no haya destinado de forma voluntario sus bienes después de su muerte (Lacruz, Ebrary, 2009).

Es decir, como consecuencia de la falta de testamento o expresión de la voluntad tácita del causante, quien va a determinar a los herederos y las legítimas correspondientes a cada uno de los herederos va a ser la Ley, esto en base o fundamentado por el Derecho de sangre o ligamen sanguíneo denominado *IUS SANGUINI*, el mismo que es demostrable mediante la filiación como se ha mencionado en el capítulo anterior.

Ahora bien, con respecto a la sucesión mixta, podríamos mencionar que es la combinación tanto de la sucesión testada como la sucesión intestada o universal; por ejemplo, puede existir la declaración de la voluntad por parte del causante con respecto a determinados bienes y otra porción del patrimonio no fue tomada en consideración al momento de realizar dicho documento o a su vez no existía, es allí donde la ley es quien va a determinar el destino de esos bienes con respecto a los legitimarios.

Acedo menciona, y esto acorde a la legislación española, a la sucesión mixta como una parte en la cual existe la voluntad del hombre y la otra parte no considerada estará determinada por disposición de la Ley (Acedo, 2014).

En nuestra legislación en el artículo 994 del Código Civil, se determina este tipo de sucesión, ya que menciona que los bienes de una persona con respecto a la sucesión pueden estar determinadas por dos partes, intestada y testada. Y claro, en virtud de que el causante no previó determinados bienes la ley es la encargada de suplir esta omisión del causante.

### 3.1.2 El testamento

Para explicar qué es el testamento Adrián Celaya en “Curso de Derecho Civil vasco” menciona lo contemplado en la legislación española la cual define

como, un acto donde una persona dispone de la totalidad o de solo una parte de su patrimonio o bienes, el autor recalca que se trata de un acto formal y en su mayoría solemne en razón de que este acto no puede ser celebrado sino en estricto cumplimiento de lo que la ley establece (Celaya, 1998).

Con respecto a nuestra legislación, el Código Civil en el artículo 1037 lo determina como un acto más o menos solemne, en el cual una persona dispone del todo de una parte de sus bienes con el objetivo de que tenga efecto después de su muerte, siendo las disposiciones revocables mientras el autor de este acto esté vivo.

Francisco Lledó y Oscar Monje en "Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho Sucesorio. Cuaderno II. El testamento. El contenido de la institución. Su ineficacia. Ejecución. La defensa del derecho hereditario. La sucesión intestada y contractual" explican las características del testamento; es un acto jurídico *mortis causa*, es unilateral, individual, personalísimo, libre, esencialmente revocable, solemne o formal (Lledó & Monje, 2012).

Por lo tanto, un testamento es un acto jurídico por causa de muerte en virtud de que manifiesta la voluntad en vida para que tenga efectos a consecuencia de la muerte.

Decimos que es unilateral ya que el único que manifiesta y quien concurre a la actuación de este instrumento es el testador, en este sentido el Código Civil establece a través del artículo 1041 que, es un acto de una sola persona, por ende, en caso de contener disposiciones establecidas por dos o más al mismo tiempo serán nulas; siendo a su vez individual.

Con respecto a la característica de personalísimo nuestro código en el artículo 1042 determina que, es indelegable; y claro al ser una manifestación de la voluntad resulta incompatible que este acto sea declarado por otra persona.

Es un acto libre, en virtud de que no debe existir intervención de terceros; el artículo 1045 del Código Civil determina la nulidad del testamento en caso de que haya intervenido la fuerza en este acto.

Decimos que es esencialmente revocable, ya que únicamente las disposiciones posibles de ser modificadas o a su vez anuladas son las cuales no reflejan el estado o la situación actual de las personas o de los bienes; por ejemplo, al momento de realizar el testamento la persona tenía como patrimonio dos vehículos, y al momento de fallecer en su patrimonio tenía un total de 5 vehículos, este tipo de disposiciones son posibles de revocar. Sin embargo, manifestaciones de la voluntad como por ejemplo el tema que venimos desarrollando, que el causante manifiesta o reconozca la existencia del hijo póstumo como consecuencia de la donación homologa y la reproducción asistida.

Y con respecto a la solemnidad se refiere a las formalidades que deben establecerse acorde a la ley como por ejemplo el testamento solemne y abierto que sea escrito, ante testigo y ante un juez o notario; nuestra legislación en el mismo cuerpo normativo antes mencionado, en el artículo 1046 establece que el testamento es más o menos solemne considerando el menos solemne como aquel en el cual se permite la omisión en respuesta a las circunstancias determinadas por la ley.

### 3.1.2.1 Requisitos del testamento

Para que un testamento pueda darse requiere del cumplimiento de requisitos subjetivos y objetivos, en virtud de que el mismo tenga validez, por lo tanto, surtan efectos a partir del mismo; se entiende como subjetivos los cuales recaen respecto al sujeto, su voluntad y capacidad, mientras que los objetivos se refiere a las formalidades que deben cumplir.

La capacidad para poder testar y manifestar la voluntad a través del testamento requiere del cumplimiento los requisitos subjetivos, que como su nombre lo indica, se refiere al sujeto es decir la persona el testador y su capacidad de obrar.

Nuestro Código Civil manifiesta quienes no son hábiles para testar el menor de 18 años, quien sea interdicto por causa de demencia, la persona no se encuentre en su sano juicio ya sea por ebriedad u otro motivo, y quien no pueda expresar su voluntad mediante la palabra o por escrito; y por lo tanto

quienes no se encuentran determinadas de forma expresa son capaces de testar.

Resulta obvio que un menor de 18 años no pueda testar, en virtud de que no tiene la capacidad de obrar; el interdicto por causa de demencia no puede manifestar su voluntad en virtud de que no se encuentra en la plena conciencia y uso de sus facultades, tomando en consideración que la interdicción es un estado jurídico por así llamarlo el cual requiere declaración judicial. Con respecto a la incapacidad por no encontrarse en sano juicio y estado de sobriedad, quien va a dar fe de lo actuado por la persona, es el notario, quien deberá verificar que la persona no sea incapaz por no encontrarse en sano juicio en ese momento. Y claro, una persona que no puede darse a entender mediante la palabra o por escrito resulta lógico que no pueda manifestar la voluntad.

Ahora bien, como hemos expresado el testamento es un acto en el cual se declara la voluntad del testador, para lo cual la persona debe ser legalmente capaz, que su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto, esto se encuentra estipulado en el Código Civil en el artículo 1461.

De manera la capacidad estará intrínsecamente relacionada con la incapacidad para testar, la licitud sobre el objeto en caso del testamento que el patrimonio sobre el cual va a versar esta declaración sea lícito, es decir el causante no podrá asignar a un legatario una planta donde se fabrica y procesa cocaína, por ejemplo. Mientras que, el consentimiento no debe estar viciado por el error, la fuerza o el dolo esto acorde al artículo 1467 del Código Civil Ecuatoriano.

José Lacruz, Francisco Sancho y Agustín Serrano en “Elementos de derecho civil: derecho de obligaciones. Tomo II, Vol. I (5a. ed.)”, interpretan al error una actuación defectuosa en la cual se ha ignorado, es una equivocación al momento de realizar la declaración, la cual puede recaer con respecto a la identidad o sobre un objeto (Lacruz, Sancho, & Luna, Elementos de Derecho Civil: Derecho de obligaciones. Tomo II Vol.I 5 a.ed., 2011).

El error puede ser accidental y esencial; con respecto al error accidental esto puede estar reflejado en un error en la persona lo cual no modifica la voluntad

principal. Mientras que el error esencial como su nombre indica altera de manera esencial la voluntad por lo tanto dicha declaración no será válida.

La fuerza en nuestra legislación es considerada como tal cuando es susceptible de que a una persona de sano juicio produzca una impresión, generando así temor.

Mientras que el dolo además de que debe ser probado acorde al artículo 1475 del Código Civil, entendiendo al dolo como la intención positiva de causar daño.

Como habíamos mencionado los requisitos objetivos se refiere a forma y al fondo, esto en estricto cumplimiento de las formalidades que la ley establece, para lo cual la ley acorde al tipo de testamento que se realiza establece diversas formalidades, dando lugar a las clases de testamentos para cumplir con los requisitos de fondo y forma.

Nuestra legislación especifica las clases de testamento teniendo, los otorgados en el Ecuador, por una parte, el solemne como el acto en el cual se han previsto todas las solemnidades requeridas por la ley, dentro de esta clasificación se encuentra el testamento solemne abierto y cerrado, siendo el primero público además de que puede ser escrito con anterioridad, aquí los testigos tienen conocimiento de las disposiciones y se requiere únicamente tres testigos y un notario.

Consecuentemente el cerrado no se tiene conocimiento de las disposiciones además de que se requiere la presencia de un notario y cinco testigos.

Por otra parte, se encuentran los testamentos solemnes otorgados en un país extranjero, el cual debe ser por escrito y acorde a las solemnidades del país en el cual fue otorgado.

Con respecto al testamento más o menos solemne, como ya se mencionó es un testamento privilegiado donde algunas solemnidades pueden ser omitidas por determinadas circunstancias. Teniendo así al testamento militar y el testamento marítimo, lo cual resulta lógico que este tipo de testamentos tengan la posibilidad de omitir ciertas solemnidades; esto se da en razón de las



circunstancias a las cuales militares o marinos se encuentran expuestos; como una guerra, naufragio u otra circunstancia similar. De manera que los requisitos objetivos responderán acorde al tipo de testamento que vaya a declararse siendo, que como hemos observado cada tipo responde solemnidades distintas en virtud del lugar y las circunstancias principalmente.

### 3.1.3 Etapas de la sucesión por causa de muerte

Antes de acceder al patrimonio del causante por parte de sus legitimarios, se atraviesa por diversas fases, teniendo así la apertura de la sucesión, el llamamiento o delación, la aceptación y la adquisición manteniendo el mismo orden.

La apertura de la sucesión, nos explica Jorge Sánchez en “Derecho Civil”, que, esta se abre al momento en que el causante muere o a su vez se declara la presunción de la muerte, que en este caso es el ausente, es decir, la apertura de la sucesión es considerada a partir de que el hecho de la muerte es conocido (Sánchez).

El autor en mención comenta de la presunción de la muerte, tema que será desarrollado con posterioridad; sin embargo, la apertura de la sucesión es considerado como el primer momento, en el cual se conoce que existe una sucesión a ser determinada esto, en virtud de que existe el fallecimiento de una persona. En esta parte es importante mencionar la relevancia de que se determine el momento del fallecimiento y el último domicilio; el artículo 997 de Código Civil manifiesta que la sucesión se abre al momento de la muerte de la persona en el último domicilio, salvo que la ley disponga lo contrario. Para la sucesión es considerado el domicilio civil más no el político, cuya definición está establecido en el artículo 48 del mismo cuerpo normativo, considerado domicilio civil como el lugar donde la profesión u oficio es ejercida de forma habitual.

La segunda fase denominada llamamiento o delación, acorde a Lacruz esta etapa es denominada como la vocación a la herencia, la cual básicamente consisten en realizar el llamamiento de los sujetos de derecho en relación a la herencia (Lacruz, Ebrary, 2009; Lacruz, Ebrary, 2012).

Acedo por su parte explica que la delación tiene por objetivo el ofrecimiento de la herencia a favor de los legitimarios, (Acedo, 2014).

Por lo tanto, diremos que la delación o llamamiento es una etapa en la cual aún no se conoce quienes van a suceder al causante, se realiza el llamamiento a los herederos o legatarios; los llamados a suceder podrán aceptar o repudiar la herencia.

La aceptación no se encuentra limitada, Rams, Moreno y Rubio manifiestan que, se puede optar por tres procedimientos, la aceptación pura y simple, la aceptación con el beneficio de inventario y el repudio; la forma de manifestar estas acciones con respecto a la aceptación sea cual fuera el tipo es mediante la realización de actos como heredero o a su vez la posesión efectiva mientras que el repudio debe ser una declaración formal y expresa determinando el rechazo de la herencia (Rams, Moreno, & Rubio, 2012).

Y como última parte de esta fase con respecto al proceso adquisitivo del dominio de sucesión por causa de muerte tenemos la adquisición que consiste en que el heredero o testador queda determinado como sucesor por ende ejercerá todas las titularidades del causante, siempre y cuando estas titularidades sean transmisibles, así lo explica Acedo (Acedo, 2014).

Con respecto a las etapas de la sucesión y a la adquisición en sí, resulta sustancial mencionar la herencia yacente y la herencia vacante.

Si bien existen diversos sistemas jurídicos como el germánico, *common law* o sistema anglosajón, nuestro país tiene un sistema romano en el cual se requiere la aceptación de la sucesión para poder convertirse en heredero o legatario; durante el transcurso del tiempo entre la delación y aceptación el cual es el periodo en el cual aún no se acepta, la herencia se encuentra yacente y en caso de que no sea repudiada por todos los beneficiarios la herencia es vacante es decir no existe herederos; así lo explica Acedo (Acedo, 2014)

Por ende, el lapso de tiempo entre la delación y la aceptación, la herencia se encuentra yacente, entendiendo en sentido gramatical como un período de tiempo en la que la sucesión está en pausa hasta que esta sea aceptada, en

caso de no ser aceptada por ninguno de los llamados a suceder se denominará herencia vacante quedando así el Estado en calidad de sobrino preferente.

#### 3.1.4 Tipos de muerte

Como hemos mencionado en reiteradas ocasiones, la muerte es el único medio para proceder con la apertura de la sucesión, sin el fallecimiento de una persona no existe dicha sucesión, siendo así importante determinar los tipos de muerte que existe y las consideraciones jurídicas al respecto. Existen diversos términos biológicos con respecto a la muerte y sus tipos, sin embargo, nos centraremos únicamente en la muerte natural en sentido general y la muerte presunta.

##### 3.1.4.1 Muerte natural

José Jaramillo en “Muerte Clínica, muerte Somática y Muerte Encefálica”, explica que, la muerte es considerado un proceso en el cual todas las funciones celulares ser cuerpo humano cesan, de una forma irreversible para posteriormente seguir con el proceso del daño celular, necrosis, y putrefacción (Jaramillo, 1993).

Es decir, la muerte es considerado como la parte inicial de un cese total de funciones, siendo este esta irreversible, por lo tanto, las células no tienen vida.

Para poder determinar dentro del marco jurídico resulta interesante lo mencionado por Juan Luis Trueba en “La muerte clínica: un diagnóstico y un testimonio” donde explica que, la muerte es únicamente un estado biológico, mientras que la muerte clínica es el diagnóstico de la existencia de un nuevo estado posterior a la vida, el cual marca actos trascendentes como por ejemplo retirar la respiración asistida, donaciones, entre otros (Trueba, 2007).

En cuanto a los explicado por el autor podríamos deducir que, la muerte es el hecho natural que da origen a la muerte clínica, ya que es la última la cual va a declarar el estado de causante dando así paso a la apertura del testamento, como habíamos mencionado en las etapas de la sucesión.

Ahora bien, dentro de la muerte clínica se encuentra la muerte encefálica, la cual acorde a Jaramillo es definida como la no existencia de las funciones del sistema nervioso, esto también incluye al tallo cerebral, en este tipo de muerte puede existir un funcionamiento de los órganos sin embargo no existen conciencias, reflejos nerviosos, incluso respiración (Jaramillo, 1993).

Por ende, la muerte encefálica es un tipo de muerte que si bien existe los órganos pueden estar funcionando, el sistema nervioso ha cesado las funciones de una manera irreversible.

En nuestro país existe un Protocolo para diagnóstico y certificación de la muerte encefálica, el cual es una normativa del Ministerio de Salud Pública que, a través de un documento la muerte encefálica es diagnosticada y certificada, es decir, se establece el cese de las funciones encefálicas y del sistema nervioso a través de criterios neurológicos (Acuerdo ministerial 5231, 2015).

#### 3.1.4.2 Muerte presunta

La importancia de determinar la muerte presunta nos explica Leonardo Pérez en “La regulación de la muerte en Iberoamérica: con particular referencia al derecho cubano”; radica en que el Derecho es el encargado de poner fin a una incertidumbre generada a partir de la desaparición de una persona, esto en virtud de que se debe proteger el patrimonio de esa persona desaparecida, dentro de la doctrina española establece que la muerte presunta es la declaración judicial, por lo tanto es una situación jurídica en la cual se considera fallecida a una persona que estuvo desaparecido, teniendo esta fecha de declaración con fecha de muerte, esto para efectos con respecto a la apertura de la sucesión (Pérez, 2009).

En efecto, la ley es la que va a determinar la muerte presunta, esto en caso de una persona que haya desaparecido, la ley es quien va a determinar con la finalidad de que el patrimonio y por lo tanto los derechos y obligaciones del causante sean sustituidos por los legitimarios.

Teóricamente Pérez comenta que, para determinar la muerte presunta de una persona desaparecida debe existir la falta de certeza del fallecimiento con

respecto al lugar, fecha y el hecho como tal; por otra parte, debe existir la situación jurídica la misma que es denominada como un aparenta con respecto a la muerte, y por último menciona a la fijación la cual consiste en la resolución judicial donde se determina la fecha y posterior se da la apertura de la sucesión (Pérez, 2009).

Lo cual podríamos resumir a que en primera instancia debe ocurrir el hecho, es decir no existe conocimiento del paradero de la persona, a su vez no se conoce las circunstancias, ni tiempo; siguiente a este hecho se debe dar a conocer a la Ley lo ocurrido para que posteriormente sea la misma quien determine la muerte presunta de la persona.

En nuestra legislación la muerte está regulada en el artículo 66 del Código Civil, el mismo que concuerda con lo explicado en párrafos anteriores es decir se ignora o se tiene desconocimiento si vive; además en el artículo 67 señala que esta declaración debe estar dada por el juez competente, esto en el último domicilio en el cual la persona desaparecida tuvo en el Ecuador, una vez transcurrido al menos dos años. Esta declaración puede ser solicitada por cualquier persona que tiene interés en dicha declaración siempre y cuando hayan transcurrido por lo menos dos años desde la desaparición.

### 3.2 Medios para determinar el vínculo con respecto al causante

Como se mencionó en el capítulo anterior, la filiación es el medio por el cual se va a determinar el vínculo entre el causante y el hijo legítimo, ya que el hijo póstumo adquirirá el patrimonio a su vez va a sustituir a su padre con respecto a los derechos y obligaciones de los bienes; esto como hemos visto a través del ligamen de sangre, en virtud de que ambos comparten la misma carga genética.

Es importante a su vez mencionar que una forma de determinar el vínculo con el causante no va a ser únicamente a través del ligamen sanguíneo sino también puede el causante por medio del testamento, manifestar la voluntad de que una persona con la cual no comparten este ligamen de sangre sea

beneficiario de la sucesión, tomando en consideración únicamente la porción de libre disposición.

Por otro lado, para poder suceder existen requisitos los cuales se resumen a la capacidad de suceder, es decir quiénes pueden adquirir el dominio del causante.

### 3.2.1 Capacidad para suceder

La capacidad para poder suceder acorde a lo expuesto por Domingo Izurzun en “Rudimentos de la sucesión y el tránsito sucesorio: introducción al Derecho de Sucesiones del Código Civil”, que la persona cualquiera que sea, solo por el hecho de ser persona es apta para suceder (Izurzun, 2005).

Lo cual, y tomando en cuenta los principios de igualdad es totalmente viable que toda persona puede ser capaz de suceder; con respecto a la capacidad para suceder nuestra legislación establece en el artículo 1004 del Código Civil que es capaz y digna de suceder toda persona siempre y cuando la ley no lo haya declarada incapaz o a su vez indigna.

A su vez el artículo 1005 del Código Civil menciona que es necesario existir al momento que se dé la apertura de la sucesión, sin embargo, no quedará invalidado si se espera que exista, lo cual aplica para el caso puntual, en virtud de que al hacer una donación homologa, cuyos fines son reproductivos se espera que existe un producto de dicha donación.

A su vez la Ley y la doctrina además de la capacidad para suceder, menciona a la dignidad, si bien este es un término un tanto subjetivo diremos que la dignidad, son las actuaciones dentro de un esquema de moralidad y ética que permite una correcta convivencia, además de que son actos que no alteran o interfieren con el desarrollo habitual no solo de las relaciones interpersonales sino también, de la sociedad.

Si bien la ley no determina los requisitos o las características específicas de la dignidad en sentido estricto, si establece quien es indigno para suceder en el artículo 1010 del Código Civil, siendo indigno quien cometió el delito de

homicidio en el difunto, intervino en tal delito, o quien dejó perecer al difunto pudiendo salvarla; quien atentó de forma grave contra la vida, honra o bienes debiendo ser debidamente probado mediante sentencia ejecutoriada; el consanguíneo hasta el cuarto grado que no socorrió a la persona en estado de demencia o desvalimiento; la persona que mediante fuerza o dolo obtuvo una disposición testamentaria a su favor, y quien de forma dolosa ocultó o detuvo el testamento. Además, es indigno quien no denunció o acuso sobre el cometimiento del homicidio del causante

Los impúberes, dementes o persona sorda siempre y cuando esta no pueda darse a entender también son indignos, esta indignidad está establecida únicamente si no tienen procurador, por lo tanto, podríamos decir que esta indignidad es posible de ser subsanada mientras que las otras mencionadas no, esto acorde al artículo 1012 del Código Civil.

### 3.3 Procedimiento

Una vez explicada la sucesión por causa de muerte como un modo de adquirir el dominio es importante establecer el procedimiento a seguir para que, el hijo fecundado de la reproducción posterior a la muerte del causante sustituya al padre en virtud de que ambos comparten el mismo ADN o carga genética.

Para lo cual, antes se estableció la filiación ya sea por medio examen de ADN o por reconocimiento de los familiares, como lo explicamos en el capítulo número dos, es decir, mediante procedimiento sumario, solicitando la debida diligencia preparatoria.

Ahora bien, el procedimiento judicial a seguir en relación de la sucesión será explicado en función de dos supuestos. La existencia de un testamento y acuerdo de los llamados a suceder y por otra parte la falta de un testamento, es decir una sucesión a título universal.

Para el primer supuesto, previo realizar la posesión efectiva, se solicitará al juez competente que es la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia

y Adolescentes Infractores, por procedimiento voluntarios en concordancia al artículo 1245 del Código Civil y 334 del COGEP, la guarda y fijación de sellos solicitando en virtud de que se tiene interés por el hecho de ser legítimo, a su vez y dentro del mismo escrito se deberá solicitar la facción de inventario. Una vez calificada y admitida la solicitud se citará a los interesados y se convocará a una audiencia en un término no menor a 10 días ni mayor a 20; donde se escucharán las presentaciones y se practicará las pruebas pertinentes, pudiendo ser presentada la sentencia ejecutoriada con respecto a la filiación con el fin de legitimar como heredero. Decimos que primero se deberá solicitar la facción de inventario antes de la posesión efectiva ya que esta, es considerada como una aceptación de la herencia por lo tanto es una actuación como heredero, y acorde al artículo 1268 del Código Civil quien realiza actos de heredero sin la existencia de un inventario solemne sucede en todas las obligaciones a prorrata de la cuota hereditaria, lo cual puede resultar desfavorable para el heredero ya que no podrá beneficiarse del beneficio de inventario.

Una vez aprobado este proceso se iniciará mediante procedimiento sumario y acorde al artículo 332 del COGEP, presentando la demanda ante la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, cuya petición estará en virtud de la posesión efectiva, teniendo un término de 15 días para la contestación para posteriormente proceder con la audiencia única en la cual se establecen las presentaciones y se practican las pruebas y alegatos. Esta audiencia se llevará a cabo un término de máximo 30 días a partir de la contestación, esto acorde al artículo 333.

Realizadas las solicitudes de guarda y fijación de sellos, facción de inventario y posesión efectiva la misma que deberá ser registrada en el Registro de la Propiedad correspondiente, se solicitará la partición quien conocerá esta causa será el juzgador del inventario, tal y como lo establece el artículo 341 inciso final.

Una realizado este procedimiento se solicitará la partición acorde al 344 del COGEP con procedimiento voluntario, donde se procederá a generar la



partición, adjudicación, se fijarán las hijuelas de partición, para entregar los títulos a cada uno de los herederos

Y, con respecto al supuesto de que exista un testamento el procedimiento será el mismo con la diferencia de que el primer paso será la solicitud ya sea por vía judicial o notarial, de la apertura, publicación y protocolización del testamento.

## 4 Conclusiones y Recomendaciones

### 4.1 Conclusiones

La reproducción asistida es una técnica relativamente nueva con respecto a su aplicación. En la actualidad acudir a la reproducción asistida es más común que hace una década, por ejemplo. Y claro, no únicamente conlleva procedimientos médicos sino también una serie de consecuencias jurídicas que como lo hemos analizado en el caso en concreto conlleva varios aspectos, teniendo así el contrato celebrado entre el donante, su pareja y el banco de esperma, los derechos relacionados con el hijo producto de la reproducción asistida que no solo están limitados al reconocimiento como hijo del donante, sino una cadena de derechos fundamentales tales como la identidad biológica, como efecto la filiación biológica y a partir de esta filiación van a existir derechos fundamentales tales como la alimentación, educación, salud, entre otros.

Por ende, y se reitera lo expresado anteriormente, la filiación es una forma de garantizar el ejercicio de los derechos del hijo producto de la fecundación asistida póstuma.

Esta filiación mencionada como se ha expuesto, va a ser una filiación natural o biológica la misma que puede estar determinada o puede ser determinable a través del contrato del donante y el banco de esperma, el testamento, el examen de ADN o por medio del reconocimiento por parte de los familiares.

Como hemos visto la muerte es el móvil de la sucesión, ya que sin esta no existe una transmisión de patrimonio, la sucesión y en concreto el Derecho Sucesorio procura el destino de los bienes después de la muerte del causante, es decir previene que el patrimonio del sucesor no quede a la deriva, sin alguien que ejerza los derechos y obligaciones referentes a la masa de bienes, esto también manteniendo los lineamientos del Derecho de Familia el cual está estrechamente vinculado como resultado del *ius sanguini* o derecho de sangre. Y en efecto, es por este medio principalmente que el hijo póstumo va a adquirir

el patrimonio del padre en virtud de que ambos comparten una misma carga genética.

Para lo cual es primordial establecer judicialmente la filiación por cualquiera que sea el medio, para poder acceder a este patrimonio del causante; lo cual como hemos podido evidenciar permite que no exista vulneración de derechos fundamentales, como la igualdad ante la ley.

#### 4.2 Recomendaciones

Es necesario que nuestra legislación prevea este tipo de aspectos, que si bien podrían estar envueltos en aspectos morales, lo primordial a ser considerado, son los derechos fundamentales, y al hablar de la existencia de un hijo o hija producto de la fecundación asistida póstuma debe existir preponderancia con respecto a temas morales, ya que hablamos de una persona natural cuyos derechos pueden verse afectado en virtud de existen falencias en el sistema, al cual debe ser subsanado ya que mediante la misma ley o a través de jurisprudencia. Resulta imprescindible que la ley camine al paso que la biomedicina y la ciencia en general ya que esta avanza de una forma acelerada, y como consecuencia de este avance a la par la ley puede regular las situaciones jurídicas derivadas, y a su vez proteger y precautelar al ser humano íntegramente.

En concreto, nuestros cuerpos normativos requieren un crecimiento sustancial como respuesta a las situaciones actuales que se dan hoy en día, y si bien se encuentran dentro de los lineamientos básicos por así llamarlo, no existen normas concretas que permitan y establezcan procedimientos menos complejos; por lo tanto, estas normas actuales vienen a ser normas supletorias, a falta de una norma o a su vez estipulaciones concretas.

La Ley de donación de órganos, células y tejidos requiere una ampliación en cuanto a la donación en banco de esperma, en la cual se establezca el libre acceso por la pareja en caso de tratarse de un donante homólogo.

En cuanto al Código Civil requiere atención en el artículo 62, ya que, si bien se establecen 300 días para que se colige la fecha de concepción, tiempo que si bien resulta acorde a embarazo con aplicación de reproducción asistida; en

virtud de proteger al menor este tiempo debe ser extendido ya que al no haber claridad en la ley puede existir demora para poder acceder al banco de espera o a su vez la extracción como donante cadavérico.

## REFERENCIAS

- Garzón, R. (2007). *Reproducción asistida*. Recuperado el 19 de marzo de 2017, de Jurídicas UNAM: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/9/cnt/cnt6.pdf>
- Barbosa, S., D. C., J. P., E. N., A. D., S. E., & R. E. (2015). *Extracción de semen post mortem: aspectos éticos y legales. Descripción de caso y estudio en Colombia*. Recuperado el 4 de abril de 2016, de Universidad El Bosque Revista Colombiana de Bioética: <http://www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/Revista/Rev101/repor-tecaso.pdf>
- Treviño, R. (junio de 2002). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 15 de abril de 2017, de La persona y sus atributos: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23961.pdf>
- Vivanco, Á. (Abril de 2001). *Jstor*. Recuperado el 18 de abril de 2017, de El derecho a la vida y la discusión acerca del concepto de persona humana en el ámbito constitucional: <http://www.jstor.org.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/stable/pdf/41613199.pdf>
- Albano, C. (2015). *Sedici*. Recuperado el 16 de abril de 2017, de El cuerpo humano, sus partes anatómicas y el cadáver como objeto de los actos jurídicos: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50582/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50582/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1)
- Corral, H. (Mayo de 1990). *Jstor*. Recuperado el 18 de abril de 2017, de El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria: <http://www.jstor.org.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/stable/pdf/41608838.pdf>
- Brena, I. (2012). *La gestación subrogada ¿Una nueva figura del Derecho de familia?* Recuperado el 3 de abril de 2016, de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/10.pdf>

- Dantas, E., & L. V. (2012). *Legal Aspects of post-mortem reproduction: comparative of French, Brazilian and Portuguese legal systems*. Recuperado el 3 de abril de 2016, de Eduardo dantas: <http://www.eduardodantas.adv.br/wp-content/uploads/2013/03/article-31.2.pdf>
- Cdsa . (2015). Recuperado el 14 de abril de 2017, de Reflexión Crítica sobre la fecundación post-mortem como técnica de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico colombiano y su incidencia en el ámbito filial y sucesora: <http://cdsa.academica.org/000-061/327.pdf>
- Díaz, L., Jimenez, D. C., & Parra, E. M. (12 de septiembre de 2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 2017 de 22 de abril, de Análisis a partir del derecho comparado-normativa vigente de España, doctrina y proyectos de ley en Argentina-situación jurídica del estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en Colombia”: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30819.pdf>
- Perez, A. (2013). *Derecho UBA*. Recuperado el 22 de abril de 2017, de Fertilización post mortem: un supuesto especial entre las técnicas de reproducción humana asistida: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derecho-civil-agustina-perez.pdf>
- Martínez, C. (2013). *Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina*. Recuperado el 23 de abril de 2017, de La filiación, entre Biología y Derecho: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/filiacion-entre-biologia-derecho.pdf>
- Ferrer, D. (s.f.). *Sistema actual español para determinar la filiación*. Recuperado el 30 de abril de 2017, de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1967-](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1967-)

20025500296\_ANUARIO\_DE\_DERECHO\_CIVIL\_Sistema\_actual\_espa  
%F1ol\_para\_determinar\_la\_filiaci%F3n

Mojica, L. (8 de Agosto de 2004). *Scielo*. Recuperado el 5 de mayo de 2017, de La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación:  
<http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v5n1/v5n1a08.pdf>

Gandulfo, E. (Mayo de 2009). *Jstor*. Recuperado el 8 de mayo de 2017, de Reconocimiento de paternidad. Tópicos y cuestiones civiles.:  
<http://www.jstor.org.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/stable/pdf/41614150.pdf>

Bustamante, E. (2 de enero de 2002). *Prueba de ADN: identificaicón de cadáveres*. Recuperado el 6 de mayo de 2017, de Biogenomica:  
<http://biogenomica.com/PDFs/elcomercio20020102.pdf>

Sistema especializado integral de investigación en medicinal legal y ciencias forenses. (25 de agosto de 2014). *Manual de procedimiento para el laboratorio de ADN humano*. Recuperado el 6 de mayo de 2017, de Silec:

[http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PENAL-MANUALES\\_PROTOCOLOS\\_INSTRUCTIVOS\\_MEDICINA\\_LEGAL\\_Y\\_CIENCIAS\\_FORENSES&query=Manual%20de%20procedimiento%20para%20el%20laboratorio%20de%20ADN%20humano#I\\_DXDataRow1](http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PENAL-MANUALES_PROTOCOLOS_INSTRUCTIVOS_MEDICINA_LEGAL_Y_CIENCIAS_FORENSES&query=Manual%20de%20procedimiento%20para%20el%20laboratorio%20de%20ADN%20humano#I_DXDataRow1)

Fernández, J. (enero de 2010). *Ebrary*. Recuperado el 20 de mayo de 2017, de Derecho de Sucesiones:  
<http://site.ebrary.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/lib/udlasp/reader.action?docID=11059168>

Sánchez, J. (s.f.). *Moodle*. Recuperado el 21 de mayo de 2017, de Derecho Civil:  
[http://moodle2.unid.edu.mx/dts\\_cursos\\_md/lic/DYCJ/DCBS/AM/10/EI\\_derecho.pdf](http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md/lic/DYCJ/DCBS/AM/10/EI_derecho.pdf)

- Jaramillo, J. (1993). *Muerte Clínica, Muerte Somática y Muerte Encefálica*. Recuperado el 21 de mayo de 2017, de Medigraphic: <http://www.medigraphic.com/pdfs/rma/cma-1993/cma932d.pdf>
- Trueba, J. L. (2007). *La muerte clínica: un diagnóstico y un testimonio*. Recuperado el 21 de mayo de 2017, de Anales del sistema sanitario de Navarra.: <https://recyt.fecyt.es//index.php/ASSN/article/view/2007/1434>
- Acuerdo ministerial 5231. (28 de febrero de 2015). *Silec*. Recuperado el 22 de mayo de 2017, de Protocolo para diagnóstico y certificación de la muerte encefalica: [http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=SALUD-PROTOCOLO\\_PARA\\_DIAGNOSTICO\\_Y\\_CERTIFICACION\\_DE\\_LA\\_MUERTE\\_ENCEFALICA&query=protocolo%20para%20diagnóstico%20muerte%20encefálica#I\\_DXDataRow1](http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=SALUD-PROTOCOLO_PARA_DIAGNOSTICO_Y_CERTIFICACION_DE_LA_MUERTE_ENCEFALICA&query=protocolo%20para%20diagnóstico%20muerte%20encefálica#I_DXDataRow1)
- Pérez, L. (enero de 2009). *Ebrary*. Recuperado el 22 de mayo de 2017, de La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica: con particular referencia al derecho cubano.: <http://site.ebrary.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/lib/udlasp/reader.action?docID=11059690>
- Izurzun, D. (enero de 2005). *Rudimentos de la sucesión y el tránsito sucesorio: introducción al Derecho de Sucesiones del Código Civil*. Recuperado el 21 de mayo de 2017, de Ebrary: <http://site.ebrary.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/lib/udlasp/reader.action?docID=10436524>
- Montero, G. R., & Toledo, I. C. (enero de 2011). *Apectos básicos del derecho de propiedad: cuaderno de estudios*. Recuperado el 22 de mayo de 2017, de Ebrary: <http://site.ebrary.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/lib/udlasp/reader.action?docID=10576896>
- Rodriguez, G., & Concepcion, I. (enero de 2011). *Aspecto básicos del derecho de propiedad: cuaderno de estudio*. Recuperado el 23 de mayo de 2017,



- de Ebrary:  
<http://site.ebrary.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/lib/udlasp/reader.action?docID=10576896>
- Acedo, Á. (enero de 2014). *Derecho de sucesiones: el testamento y la herencia*. Recuperado el 2017 de mayo de 2017, de Ebrary:  
<http://site.ebrary.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/lib/udlasp/reader.action?docID=11046497>
- Celaya, A. (enero de 1998). *Curso de Derecho Civil vasco*. Recuperado el 2017, de Ebrary:  
<http://site.ebrary.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/lib/udlasp/reader.action?docID=10732169>
- Lledó, F., & Monje, O. (enero de 2012). *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho Sucesorio. Cuaderno II. El testamento. El contenido de la institución. Su ineficacia. Ejecución. La defensa del derecho hereditario. La sucesión intestada y contractual*. Recuperado el 23 de mayo de 2017, de Ebrary:  
<http://site.ebrary.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/lib/udlasp/reader.action?docID=10820395>
- Lacruz, J. L., Sancho, F. d., & Luna, A. (enero de 2011). *Elementos de Derecho Civil: Derecho de obligaciones. Tomo II Vol.I 5 a.ed.* Recuperado el 23 de mayo de 2017, de Ebrary:  
<http://site.ebrary.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/lib/udlasp/reader.action?docID=11046046#>
- Rams, J., Moreno, R., & Rubio, J. (enero de 2012). *Apuntes de derecho de sucesiones*. Recuperado el 14 de mayo de 2017, de Ebrary:  
<http://site.ebrary.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/lib/udlasp/reader.action?docID=10821063>
- Lacruz, J. L. (enero de 2012). *Ebrary*. Recuperado el 22 de mayo de 2017, de Nociónes del derecho civil patrimonial e introducción al Derecho 7ª. ed.:  
<http://site.ebrary.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/lib/udlasp/reader.action?docID=11046818>

Lacruz, J. L. (enero de 2009). *Ebrary*. Recuperado el 20 de mayo de 2017, de Elementos del Derecho Civil. Tomo V: sucesiones (4a.ed.): <http://site.ebrary.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/lib/udlasp/reader.action?docID=11073247>

