

UN ACERCAMIENTO AL CONCEBIDO PÓSTUMO Y EL SEGURO SOCIAL: EL VUELO DE LA CIGÜEÑA

PONENCIA

*Gerardo José Bosques Hernández**

I. El Planteamiento: La incertidumbre de la cigüeña.....	419
II. El Seguro Social: La regulación administrativa sobre el inicio del vuelo..	421
III. La jurisprudencia norteamericana: más confusión para la cigüeña.....	423
IV. <i>Capato v. Astrue</i> : el Tribunal Supremo de EE.UU. dirige el vuelo de la cigüeña	426
V. Las Leyes modelos y la Legislación estatal.....	429
V. Epílogo: qué pasará con la cigüeña en Puerto Rico.....	431

I. El Planteamiento: La incertidumbre de la cigüeña

Como regla general, en materia de Derecho sucesorio, la capacidad del heredero se evalúa al momento de la muerte del testador.¹ Esto implica la existencia de los herederos al momento de la apertura de la sucesión.² De la lectura integral del Código Civil de Puerto Rico, se entiende que la existencia simultánea del heredero y el causante es un requisito indispensable para que se produzca el fenómeno sucesorio.³ Sin embargo, es necesario tener presente que al concebido no nacido se le tendrá por nacido para todos los efectos que le sean favorables.⁴ Esta es la base

* Catedrático Auxiliar, Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Parte de este escrito se presentó en la *Primera Jornada de Derecho Civil*, organizada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, celebrada el 9 de marzo de 2012 en Ponce, PR. El autor desea agradecer la colaboración de la estudiante Lin Collazo Carro en la preparación de este escrito.

¹ Código Civil de Puerto Rico, 31 L.P.R.A § 2263.

² *Id.* § 2252.

³ Efraín González Tejera, *Derecho de Sucesiones*, T. 1, 140-146 (UPR 2001).

⁴ *Id.*

para que aceptemos, como excepción, el supuesto del heredero concebido pero no nacido al momento de la muerte del causante.⁵ Visto mediante la analogía de la cigüeña, diríamos que a la fecha del fallecimiento del progenitor la cigüeña había alzado el vuelo, y su llegada se dio luego de la muerte.

En esta ecuación no se considera el supuesto del heredero concebido póstumo. Para hablar de este tema, hay que distinguir entre el hijo póstumo y el hijo concebido póstumo. En ambos supuestos la cigüeña llega una vez fallecido el progenitor, la diferencia radica en el momento en que comienza su vuelo, es decir, el momento del despegue. Un hijo póstumo es el que se concibió antes, pero nació después de la muerte de su padre o madre biológicos.⁶ Por otra parte, el concebido póstumo es el niño concebido y nacido después de que uno o ambos progenitores biológicos han fallecido.⁷ Trayendo nuevamente la analogía de la cigüeña, en el primer supuesto, la cigüeña comienza el viaje antes de la muerte del progenitor. En el segundo, una vez muerto el progenitor es que la cigüeña emprende el viaje. Es este último supuesto, el del concebido póstumo, que será objeto de estudio en este escrito.

Atender todas las interrogantes que surgen de este supuesto trasciende con creces lo que pretendo contemplar aquí. Esta tarea debe estudiarse de forma multidimensional.⁸ Sólo apuntaré, citando a SERRANO GEYLS, que existen tres alternativas principales presentes en los ordenamientos: (1) una prohibición absoluta; (2) permitirla pero privar al hijo póstumo de derechos sucesorios respecto del fallecido; y (3) permitirla con condiciones, en particular, consentimientos expresos de los causantes y un plazo dentro del cual deba tener lugar la concepción.⁹ Usualmente, la segunda alternativa se descarta. Esto, en nuestro ordenamiento crearía una clasificación de hijos ya superada.¹⁰ Adoptar esta postura iría en contra de una premisa medular en el Derecho de familia: todos los hijos son iguales ante la ley. Para decantarse entre la primera o tercera alternativa, se suelen ofrecer argumentos favorables o adversos de índole social, histórico, cultural o de política pública. Además, es común que se compare con el uso de técnicas de reproducción asistida por una mujer sola. A nuestro juicio, una distinción importante que apunta el profesor RIVERO HERNÁNDEZ es que:

[E]n la fecundación artificial *post mortem* el hijo va a tener padre; no lo conocerá materialmente, no disfrutará de él y de su protección y afecto, pero no es hijo sin padre o de padre desconocido: tendrá filiación paterna,

⁵ 31 L.P.R.A §§ 2711-2719.

⁶ Jesse Dukeminier et al., *Wills, Trusts, and Estates*, 115 (8va ed., Aspen Publishers 2009).

⁷ *Id.* pág. 117.

⁸ Véase: Carlos Rivera Lugo, *El Derecho más allá del Derecho*, publicado en la Rebelión de Edipo y otras insurgencia jurídicas, 155-179 (Ediciones Callejón 2004).

⁹ Raúl Serrano Geyls, *Derecho de Familia de Puerto Rico y Legislación Comparada*, Vol. II, 1233 (UIPR 2002).

¹⁰ *Ocasio v. Díaz*, 88 D.P.R. 676 (1963).

y relación de parentesco con la familia del padre, con lo que no se verá privado de la asistencia de esa familia.¹¹

Independientemente de la posición que se prefiera o se adopte eventualmente, es forzoso concluir que la inseminación póstuma es una realidad. Por lo tanto, atender sus consecuencias presenta un gran reto que es imposible obviar. Esta tarea resulta aún más compleja por la ausencia de expresión estatutaria. De ahí que sea indispensable para el jurista puertorriqueño conocer la trayectoria jurisprudencial norteamericana sobre el tema.

La casuística norteamericana, tanto estatal como federal, nos brinda una gama de supuestos que debemos atender de *lege referenda*. Pero eso, como ya advirtiera, queda como asignatura pendiente. Aquí destacaré la experiencia norteamericana sobre los beneficios del Seguro Social para el concebido póstumo. La normativa actual del Seguro Social, en algunas instancias, hace depender el beneficio del concebido póstumo de la normativa filiatoria y/o sucesoria de cada estado. Aunque algunos tribunales se han distanciado de esta premisa, la corriente mayoritaria postula que sólo si se le reconoce como hijo legítimo o como heredero *abintestato* tendrá derecho a los beneficios del Seguro Social. Este trato zigzagueante y desigual, recién encuentra aceptación por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Asrue v. Capato*,¹² que será comentado más adelante.

Con esta primera parte dejo planteada la incertidumbre de la cigüeña. El ave no conoce cuando debe alzar el vuelo. A continuación, abordaré la normativa del Seguro Social, seguida de una selección cronológica de la jurisprudencia estadounidense, tanto estatal como federal, que la interpreta. A renglón seguido, reseñaré *Asrue v. Capato* resuelto el 21 de mayo de 2012 por el más alto foro judicial estadounidense. Debemos tener presente que la determinación del más alto foro judicial norteamericano, puede llegar a ser vinculante en la jurisdicción de Puerto Rico debido a nuestra relación jurídico-política con los Estados Unidos (“EE.UU.”). Expuesta la jurisprudencia norteamericana, pasaré a mencionar leyes uniformes estadounidenses que versan sobre el tema, así como sus reflejos en las normas estatales. A manera de epílogo, expondré la situación normativa en Puerto Rico, al igual que los intentos por dotar al país de legislación sobre este supuesto.

II. El Seguro Social: La regulación administrativa sobre el inicio del vuelo

El Programa de Seguro Social en Estados Unidos surgió como parte del Nuevo Trato, estrategia del Presidente Franklin D. Roosevelt para sacar al país de la Gran Depresión en la década del 1930. El catalítico para el desarrollo del programa fue la situación precaria de las personas que habían dedicado sus años productivos a

¹¹ Lacruz Berdejo, et al., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, 365 (Dykinson 2008).

¹² *Astrue v. Capato ex rel. B.N.C.*, 132 S.Ct. 2021 (2012).

trabajar y, al final de sus vidas, se encontraban desprotegidos en medio de una sociedad industrializada en la que no encontraban forma de ganar su sustento. En 1934, Roosevelt anunció su intención de establecer un programa de seguridad social para personas retiradas de 65 años de edad en adelante. La Ley del Seguro Social fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1935 y, en su estado original, se otorgaban beneficios al momento de la jubilación y exclusivamente a los trabajadores.

A lo largo de las siguientes décadas, el Seguro Social evolucionó hasta convertirse en un programa que contempla beneficios mucho más amplios que los que fueron otorgados al comienzo del mismo. Entre las enmiendas que se han implementado al Programa, se encuentran: la inclusión de beneficios a los cónyuges y a los hijos dependientes, así como beneficios a sobrevivientes en caso de muerte prematura del trabajador. En la actualidad, la determinación de qué personas son elegibles para recibir beneficios del Programa se rige por la Ley Federal de Beneficios a Personas Mayores, Incapacitadas y Sobrevivientes.¹³ En lo que respecta a la discusión del tema de este escrito, dichas disposiciones regulan el derecho de los hijos a recibir beneficios del Seguro Social por la muerte o incapacidad de uno de sus progenitores.

Según la Ley, el hijo de un participante del Programa de Seguro Social podría ser elegible para recibir beneficios a base de lo que su padre o madre hayan cotizado si cumple con ciertos requisitos. Para comenzar, debe ser hijo biológico, adoptivo o hijastro dependiente del participante en cuestión.¹⁴ Además, es necesario que el hijo tenga uno o ambos de sus progenitores o tutores jubilados o incapacitados, o que al menos uno de sus padres haya muerto después de que el padre o madre hayan trabajado lo suficiente para cotizar para el Seguro Social.¹⁵ También debe ser soltero, menor de 18 años, o tener entre 18 y 19 años y estar cursando estudios de escuela secundaria a tiempo completo.¹⁶ En el caso de que el hijo presente alguna incapacidad, podría ser mayor de 18 años y recibir beneficios siempre que su incapacidad haya comenzado antes de cumplir los 22 años de edad.¹⁷ En caso de la muerte de alguno de los progenitores o abuelos elegibles, el hijo deberá haber sido dependiente del causante al momento de la muerte.¹⁸

La normativa del Seguro Social no atiende expresamente el supuesto de la concepción póstuma y, como veremos a continuación, la jurisprudencia que lo atiende presenta mayor incertidumbre sobre el inicio del vuelo de la cigüeña.

¹³ Ley Federal de Beneficios a Personas Mayores, Incapacitadas y Sobrevivientes, 42 U.S.C.A §§ 402, 416; Secciones 404.354 a la 404.359 del Código de Regulaciones Federales, 20 C.F.R. §§ 404.354 – 404.359.

¹⁴ 42 U.S.C.A. § 402.

¹⁵ *Id.* § 402(d)(C)(i)-(iii).

¹⁶ *Id.* § 402(d)(1)(B).

¹⁷ *Id.* § 402(d)(G).

¹⁸ *Id.* § 402(d)(C)(ii).

III. La jurisprudencia norteamericana: más confusión para la cigüeña

El detonante de esta controversia fue la posibilidad de criopreservar el material genético y que fuera viable su utilización.¹⁹ Ahí comenzó la atribulación de la cigüeña. Ello provocó una oleada de controversias jurídicas que aún no han encontrado su desenlace final. La doctrina apunta que la primera controversia jurídica sobre concepción póstuma y el seguro social ocurrió en Luisiana en *Hall v. Fertility Institute of New Orleans*, en 1994.²⁰ El caso involucró a una niña nacida más de un año después de la muerte de su padre. Se reclamó para la menor los beneficios del Seguro Social que correspondían a su padre. La Administración del Seguro Social rechazó la demanda, pero más tarde revisó su decisión y permitió que la niña recibiera los beneficios sin la necesidad de una determinación judicial. El caso se considera uno de los primeros avisos de que la concepción póstuma es una realidad que el derecho debe atender. Un año antes, en *Hecht v. Superior Court*, el tribunal de California atendió una controversia sobre un testamento en el cual un abogado legó su semen a su concubina, para que realizara una concepción póstuma.²¹ Tras su muerte, la disposición fue impugnada por sus demás herederos. El Tribunal californiano resolvió que el semen era “propiedad” y que en el estado no había norma o política pública alguna que prohibiera la inseminación artificial de la concubina con el semen de su concubino fallecido. Los tribunales continuaron atendiendo controversias de esta naturaleza, pero no fue hasta el comienzo del siglo 21 que llegó la gran ola de casos.

A comienzos del siglo 21, un tribunal de primera instancia en Nueva Jersey resolvió, en *In re Estate of Kolacy* (2000), que una pareja de gemelos concebidos un año después de que su padre biológico falleciera, fueran reconocidos como sus hijos legales y, por tanto, sus herederos *ab intestato*.²² El tribunal de Nueva Jersey concluyó que la ley vigente en el estado no impide que sea heredero; igualmente había evidencia clara de la intención de su padre de que su semen se utilizará por su viuda para concebir hijos después de su muerte. Dos años después, el Tribunal Supremo del Estado de Massachusetts creó una regla particular para hacer frente a los derechos sucesorios de los hijos concebidos póstumamente en *Woodward v. Comm’r of Soc. Sec.* (2002).²³ El tribunal requirió un lazo genético mínimo, así como prueba del consentimiento afirmativo a la concepción póstuma por parte del padre biológico ya fallecido. Sin embargo, el tribunal no atendió la cuestión de las limitaciones o restricciones de tiempo entre la muerte y la concepción. Estas

¹⁹ Véase: Raymond C. O’Brien, *The Momentum of Posthumous Conception: A Model Act*, 25 J. Contemp. Health L. & Pol’y 332 (2009).

²⁰ 647 So.2d 1348 (La App.4 Cir. 1994).

²¹ 20 Cal. Rptr. 2d 275 (Cal. Ct. App. 1993).

²² 753 A.2d 1257 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 2000).

²³ 760 N.E.2d 257, 264-272 (Mass. 2002).

limitaciones persiguen evitar retrasos caóticos en la apertura de la sucesión. Es decir, en el caso de *Woodward*, el máximo tribunal de Massachusetts no forzó el tema de las limitaciones, y aunque examinó los criterios del parentesco y las normas sucesorias, no se decantó por ninguno de los dos.

El primer caso resuelto en la jurisdicción federal sobre este tema lo resolvió el Tribunal de Apelaciones de EE.UU. para el Noveno Circuito. En *Gillett-Netting v. Barnhart* (2004), se resolvió que el difunto esposo de Rhonda Netting era el padre legal de sus gemelos concebidos a título póstumo.²⁴ Si bien es cierto que el Tribunal Supremo de EE.UU. recientemente revocó los pronunciamientos del Noveno Circuito en este caso, por su importancia como primera expresión a nivel federal, lo he incluido en esta nota. El tribunal resolvió que en un caso en el que había una clara relación biológica entre el fallecido y su hijo es irrelevante examinar la normativa sucesoria para determinar si es hijo o no.²⁵

A partir de este caso, el criterio determinante era si se considera hijo legítimo de acuerdo a las normas de filiación. Por lo tanto, el tribunal no consultó las normas de herencia del estado de Arizona, el estado donde estaba domiciliado el difunto en el momento de su muerte. Sobre el requisito de dependencia del beneficiario para conceder el beneficio al concebido póstumo, el tribunal examinó la ley de Arizona, que presume legítimos a los hijos con respecto a sus padres naturales, independientemente del estado civil de los padres. Además, los hijos concebidos tras la muerte de uno de los padres son “naturales” siempre y cuando los padres estuvieran casados al momento de la muerte de alguno. Por otra parte, los hijos legítimos se presumen dependientes. El tribunal concluyó que los gemelos eran hijos legítimos y, por lo tanto, se presume también que dependían de su padre fallecido. Por lo que, los gemelos tenían derecho a los beneficios por supervivencia de los niños bajo la Ley del Seguro Social. Debe apuntarse que *Gillett-Netting v. Barnhart*, vinculó sólo a los tribunales federales del noveno circuito. Por ello, la Administración del Seguro Social emitió una directriz, en la que explicó que *Gillett-Netting* se seguiría en los foros federales de los siguientes estados: Alaska, Arizona, California, Guam, Hawái, Idaho, Montana, Nevada, Islas Marianas del Norte, Oregón y Washington. En esos estados y hasta la decisión de *Capato v. Astrue* (2012), la ley estatal era irrelevante para la definición del concepto de “hijo” si la filiación biológica no estaba en disputa.

Otra de las decisiones federales es *Stephen v. Comm’r of Soc. Sec.* (2005), en la cual el tribunal de la Florida no reconoció el derecho a los beneficios por falta de consentimiento por parte del padre fallecido.²⁶ *Stephen* es una decisión importante, ya que consiste en la remoción del semen del marido después de su fallecimiento por un ataque al corazón. El tribunal rechazó la petición de la madre sobre los beneficios

²⁴ 371 F.3d 593, 596-599 (9no Cir. 2004).

²⁵ *Id.* pág. 598.

²⁶ 386 F. Supp. 2d 1257 (M.D. Fla. 2005).

de Seguro Social en nombre del hijo nacido como consecuencia de la concepción póstuma. El tribunal sostuvo que la concepción póstuma no estaba prevista en el testamento del difunto y, además, que el niño no dependía de la persona fallecida en el momento de la muerte del difunto.

Luego, el más alto tribunal de New Hampshire, resolvió una situación similar en *Khabbaz v. Comm'r, Soc. Sec. Admin* (2007).²⁷ Pero allí, el tribunal resolvió categóricamente en contra de los derechos sucesorios de los hijos concebidos póstumamente. El tribunal interpretó que, conforme a la legislación en materia de sucesión intestada estatal, el término “*surviving issue*” por definición, presupone que los herederos estén vivos (o concebidos) al momento del fallecimiento padre.²⁸ El tribunal de New Hampshire concluyó que sólo el legislador puede crear derechos para esta clase emergente de hijos. Un año más tarde, el Tribunal Supremo de Arkansas resolvió en contra del derecho hereditario de un niño concebido póstumamente.²⁹ El argumento novel fue que el óvulo de su madre había sido fecundado por el espermatozoide de su padre antes de este morir. En este caso, la madre argumentó que la concepción se produjo antes de la muerte de su padre, cuando el embrión se había creado.³⁰ El tribunal no se expresa sobre cuando se produjo la “concepción”. Sin embargo, sentenció que el poder legislativo, al aprobar la legislación en materia de planificación sucesoria, no tuvo la intención de otorgar derechos hereditarios a un hijo como resultado de una implantación de un embrión posterior a la muerte del padre.³¹

Sentencias de los tribunales federales en otros circuitos han sido en gran medida desfavorables para los niños concebidos a título póstumo. Por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones de EE.UU. para el Cuarto Circuito resolvió, en *Schafer v. Astrue* (2011), que los concebidos a título póstumo no son elegibles para recibir beneficios de Seguro Social como hijo sobreviviente.³² En *Schafer*, el niño nació siete años después de la muerte del padre biológico. Sin embargo, el Cuarto Circuito concluyó que el tiempo transcurrido resultaba indiferente, pues, aún en un lapso menor, el hijo no sería tratado como un heredero *abintestato* bajo la ley de Virginia.³³ Por lo tanto, no habría sido considerado un hijo con derecho al beneficio como hijo sobreviviente bajo la Ley de Seguro Social. En *Beeler v. Astrue* (2011), un caso del Tribunal de Apelaciones de EE.UU. para el Octavo Circuito, se resolvió que el niño B.E.B. no era hijo legal de Bruce Beeler, cuyo semen se había utilizado para fecundar a su viuda un año después de su muerte.³⁴ El Tribunal de apelaciones resolvió que un

²⁷ 930 A.2d 1180 (N.H. 2007).

²⁸ *Id.* págs. 1183-1184.

²⁹ *Finley v. Astrue*, 270 S.W.3d 849 (Ark. 2008).

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*, pág. 854.

³² 641 F.3d 49, 54 (4th Cir. 2011); Véase, además: *Vernoff v. Astrue*, 568 F.3d 1102 (9no Cir. 2009).

³³ *Schafer*, 641 F.3d pág. 51.

³⁴ 651 F.3d 954, 965 (8vo Cir. 2011).

hijo sobreviviente tendrá derecho al beneficio del Seguro Social sólo si la ley de la sucesión intestada en el estado donde el asalariado tenía su domicilio al momento de la muerte, le trata como heredero *abintestato*. Debido a que la ley de Iowa no reconoce la relación padre-hijo para los niños concebidos a título póstumo, B.E.B. no era hijo de Bruce para propósitos de la Ley del Seguro Social.

Como vemos, los vaivenes de la casuística reseñada provocan la incertidumbre de la cigüeña. Dependiendo del estado donde esté domiciliado el beneficiario principal, serán los beneficios que tenga el hijo nacido por medio de una concepción póstuma. Es evidente el reclamo de la cigüeña, es necesaria la uniformidad en los criterios para adjudicar estos beneficios, sobre todo los derivados de la Ley del Seguro Social. Había esperanza en que el máximo foro judicial estadounidense arrojara luz en *Capato v. Astrue*; sin embargo, como veremos, aún persiste alguna incertidumbre.

IV. *Capato v. Astrue*: El Tribunal Supremo de EEUU dirige el vuelo de la cigüeña

Como hemos observado, el hijo o hija nacida mediante concepción póstuma no necesariamente va a calificar para el seguro de supervivencia al amparo de la Ley del Seguro Social. Precisamente, esa es la posición que asumió el Procurador General de los EE.UU. en *Capato v Astrue*.³⁵ Los hechos del caso son relativamente simples.³⁶ En 1999, poco después de que Robert y Karen Capato se casaran, Robert fue diagnosticado con cáncer de esófago. Preocupado por los efectos de la quimioterapia, en particular la esterilidad, Robert depositó su semen en un banco de esperma para su almacenamiento congelado. En 2001, Robert y Karen, de forma natural concibieron un hijo. Por desgracia, Robert murió en marzo de 2002. Al momento de su muerte, él era residente del estado de Florida. Después de la muerte de Robert, Karen se sometió a un tratamiento de fertilización in vitro con el semen que Robert había depositado en el banco de esperma. Como resultado de este proceso, Karen concibió gemelos en enero de 2003 (nueve meses después de la muerte de Robert) y dio a luz en septiembre (unos 18 meses después de la muerte de Robert). En octubre del mismo año, Karen solicitó a la Administración del Seguro Social los beneficios para los gemelos. Dicha agencia denegó la solicitud, determinación que la señora Capato apeló. Bajo la Sección 402(d) de la Ley del Seguro Social, los gemelos de Robert cualificarían para los beneficios si se determinara que son hijos legítimos de Robert y si hubiesen dependido de él en el momento de su muerte. Resulta sorprendente que la controversia ante el Tribunal Supremo de los EE.UU. fue si los gemelos eran “hijos de Robert” aunque todo el mundo admite que son el producto de la fertilización de los óvulos de Karen por el esperma de Robert.

³⁵ *Capato ex rel. B.N.C. v. Commr. Of Soc. Sec.*, 631 F.3d 626 (3er Cir. 2011).

³⁶ *Capato v. Astrue*, 2010 WL 1076522 (D.N.J., 2010).

La confusión surgió porque la Sección 416(h) de la Ley del Seguro Social hace depender el derecho al Seguro Social, en parte, de la ley en materia sucesoria del estado donde esté domiciliado el beneficiario principal. Bajo la ley de Florida, la cual se aplicaría a los herederos de Robert, el hijo debe ser concebido antes de la muerte de los padres para ser tratado como heredero de la sucesión intestada.

En su decisión, la Corte de Apelaciones de EE.UU. para el Tercer Circuito decidió lo obvio: los gemelos son hijos del señor de Capato. El Tercer Circuito sostuvo que los medios establecidos en la Sección 416(h) para determinar si el solicitante es hijo del beneficiario principal sólo son relevantes si dicho estatuto está en duda, como en el caso de un niño nacido fuera de matrimonio.³⁷ No había duda de que los gemelos son hijos de Robert, a pesar de que fueron concebidos póstumamente. Sin embargo, el Tercer Circuito no estaba convencido de que los gemelos cumplieran con el requisito de ser “dependientes” de Robert en el momento de su muerte.³⁸

El 21 de mayo de 2012, en una decisión unánime, por voz de la Juez Ruth Bader Ginsburg, el Tribunal Supremo de EE.UU. acogió los argumentos de la Administración del Seguro Social y una vez más, se decanta por dar gran deferencia a la interpretación de una agencia federal.³⁹ En primer lugar, el Tribunal Supremo evaluó el que, por un lado la Sección 402 (d) establece: “[e]very child... of an individual who dies a fully or currently insured individual... shall be entitled to a child’s insurance benefit”⁴⁰ y por otro la Sección 416 (e), define “hijo” como: “(1) the child or legally adopted child of an individual.”⁴¹ En su interpretación, el Tercer Circuito había sostenido, de acuerdo con los *Capatos*, que el significado de “hijo” en el estatuto era sencillo, se refería al hijo biológico de una pareja casada. Sin embargo, el Tribunal Supremo encontró algunas deficiencias en esta definición. Primero, no hay nada en la Ley que demuestre la intención del Congreso de incluir sólo a hijos de padres casados. Segundo, de manera similar, el Tribunal no encontró ninguna indicación de que “hijo” se limitase a la descendencia biológica, como el Tercer Circuito había apuntado. Por último, el Tribunal señaló que, aunque la definición del Tercer Circuito fuere adoptada, en este caso, está lejos de ser obvio que los gemelos *Capato* estén incluidos, pues en Florida, como en muchos estados, la muerte pone fin al matrimonio, por lo que no tendrían derecho como “hijos matrimoniales” en ningún caso.

En segundo lugar, el Tribunal consideró la interpretación de la Administración de la Seguridad Social de la palabra “hijos.” Para la agencia, debió haberse tomado

³⁷ *Capato ex rel. B.N.C. v. Commissioner of Social Sec.*, 631 F.3d 626 (3er Cir. 2011) (N.J.) January 04, 2011.

³⁸ *Id.*, págs. 631-632; Véase además, John T. Brooks, *Posthumous Conception: Capato v. Astrue Puts This Issue on the U.S. Supreme Court’s Calendar*, *Trusts & Estates*, 29 de febrero de 2012.

³⁹ *Astrue v. Capato ex rel. B.N.C.*, 132 S.Ct. 2021 (2012).

⁴⁰ 42 U.S.C.A. § 402(d)(1).

⁴¹ 42 U.S.C.A. § 416(e).

en cuanta una tercera Sección de la Ley, la Sección 416 (h). Particularmente, la Sección 416(h)(2)(A) establece que:

In determining whether an applicant is the child [...] of a fully or currently insured individual for purposes of this subchapter, the Secretary shall apply such law as would be applied in determining the devolution of intestate personal property by the courts of the State in which such insured individual [...] was domiciled at the time of his death.

A pesar de que la Sección 416(e) no se refiere específicamente a la Sección 416(h), el Tribunal Supremo consideró que no era necesaria esa referencia cruzada, tildándola de redundante. Por lo tanto, los vínculos genéticos no son suficientes para establecer los beneficios del Seguro Social para sobrevivientes. El menor debe cumplir con alguna de las disposiciones de la Sección 416(h), como, por ejemplo, demostrar tener derecho en la sucesión intestada. El Tribunal entendió que la interpretación de la Administración del Seguro Social favorece el propósito central de los beneficios por supervivencia, los cuales están diseñados para proteger a los miembros dependientes de la familia ante la pérdida económica por la muerte del asegurado. Si bien no todos los niños que heredan en la sucesión intestada bajo la ley estatal van a depender del beneficiario principal, el Tribunal llamó a esto un “*workable substitute*” en lugar de realizar determinaciones individuales.

Ante los argumentos de los *Capato*, el Tribunal Supremo, al igual que lo han hecho varios tribunales intermedios, determinó que el tratamiento diferente a estos niños guarda una relación racional con el interés del gobierno de dirigir los beneficios a los dependientes de los trabajadores.⁴² Igualmente, estableció que se minimiza la carga de la prueba administrativa de la dependencia al evaluarse caso a caso. Por último, el Tribunal consideró que la interpretación de la Administración del Seguro Social resulta razonable, y por tanto, merece deferencia.⁴³

La decisión del Tribunal Supremo resuelve una división entre los tribunales intermedios con respecto a la definición de “hijo” para poder recibir estos beneficios. Ahora los Circuitos deberán conformar sus determinaciones con la Sección 416(h). Irónicamente, sin embargo, la disposición final de estos casos todavía puede variar de estado a estado. Por un lado, debido a que las leyes estatales sobre sucesión intestada distan de ser uniformes, y, por otro, porque muchos estados aún no han abordado el supuesto del concebido póstumo. Sólo diecisiete estados han promulgado leyes sobre este tema. Trece de ellos permiten que los concebidos póstumamente hereden en la sucesión intestada y cuatro no.⁴⁴ En otros cinco estados, en los que

⁴² *Astrue*, 132 S.Ct. pág. 2025.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Linda Choe, *What, in the name of conception? A comparative analysis of the inheritance rights of posthumously conceived children in the United States and the United Kingdom*, 25 Syracuse Sci. & Tech. L. Rep. 53, 63-68 (2011).

no existe legislación al respecto, los tribunales se han dividido sobre el tema: tres le permiten heredar y dos no. Tras sumar y restar, aún quedan veintiocho estados con un desenlace incierto. Podemos asumir tanto que la Administración del Seguro Social continuará recibiendo solicitudes para beneficios de sobrevivientes de hijos concebidos póstumamente, como que la cantidad de estos menores aumentará cada año.⁴⁵

V. Las Leyes modelos y la Legislación estatal

En los EE.UU., la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes aprobó la primera versión del “*Uniform Parentage Act*” en 1973.⁴⁶ La Ley tenía por objeto abordar la situación de los hijos fuera del matrimonio, y la Comisión declaró que “todos los niños deben ser tratados por igual sin importar el estado civil de los padres”.⁴⁷ Diecinueve estados han adoptado la versión original del “*Uniform Parentage Act*”, otros han incorporado algunas de sus partes.⁴⁸ En 1988, en respuesta a nuevos desarrollos no previstos en la versión original, se aprobó la “*Uniform Putative and Unknown Fathers Act*” y la “*Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*”.⁴⁹ En un esfuerzo por uniformar las diferentes leyes, una nueva versión de la “*Uniform Parentage Act*” fue creada en 2000 y modificada en 2002.⁵⁰ La nueva versión ha sido incorporada en ocho estados.⁵¹ Igual que con la versión original, algunos estados han incorporado sólo partes del “*Uniform Parentage Act*” revisado, incluso con algunas modificaciones.⁵²

Las versiones más recientes del “*Uniform Parentage Act*” se han ocupado de la filiación de los niños que son concebidos después de la muerte de un padre.⁵³

⁴⁵ Susan Gary, *Posthumously Conceived Heirs: Where the Law Stands and What to do about it Now*. 19 Prob. & Prop. 32, 38 (2005).

⁴⁶ Unif. Parentage Act (1973) prefatory note, 9B U.L.A. 378 (2001).

⁴⁷ *Id.* pág. 379.

⁴⁸ Unif. Parentage Act (2000) prefatory note (amended 2002), 9B U.L.A. 296 (Supp. 2011).

⁴⁹ *Id.* pág. 297.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Los estados que han adoptado el UPC son Alabama, Delaware, Nuevo México, Dakota del Norte, Texas, Utah, Washington y Wyoming. Ala. Code §§ 26-17-101 a -905 (LexisNexis 2009); Del. Code Ann. tit.13, §§ 8-101 a -904 (2009); N.M. Stat. Ann. §§ 40-11A-101 a -903 (LexisNexis Supp. 2010); N.D. Cent. Code §§ 14-20-01 a -66 (Supp. 2009); Tex. Fam. Code Ann. §§ 160.101-.763 (West 2008); Utah Code Ann. §§ 78B-15-101 a -902 (LexisNexis 2008); Wash. Rev. Code Ann. §§ 26.26.011-.914 (LexisNexis 2011); Wyo. Stat. Ann. §§14-2-401 a -907 (2009).

⁵² Véase Cal. Prob. Code §249.5(a) (Supp. 2011) (Especificando que debe haber consentimiento firmado para la reproducción póstuma según lo recomendado por el UPC, pero sin adoptarlo); Colo. Rev. Stat. § 19-4-106(8) (2010) (siguiendo los requisitos establecidos en el UPC, sin adoptarlo); La. Rev. Stat. Ann. § 391.1 (2008) (Usando el UPC como guía, pero agrega que un hijo póstumo debe nacer dentro de los tres años de la muerte del padre fallecido, a fin de heredar de los padres).

⁵³ Unif. Parentage Act (2000) § 707 (amended 2002), 9B U.L.A. 358 (Supp. 2011).

El “*Uniform Parentage Act*” permite específicamente que el estatus de hijo se determine después de la muerte mediante el consentimiento por escrito a la reproducción asistida.⁵⁴ Los estados que han adoptado el “*Uniform Parentage Act*”, así como otros que lo han seguido sin adoptarlo en su totalidad, han optado por exigir el consentimiento para la reproducción póstuma y parentesco. Estos estados son Alabama, California, Colorado, Delaware, Florida, Luisiana, Nuevo México, Dakota del Norte, Texas, Utah, Virginia, Washington y Wyoming.⁵⁵ Tanto Texas como California al aprobar sus respectivas leyes, han modificado el “*Uniform Parentage Act*” para tener requisitos más estrictos.⁵⁶ Texas requiere que el consentimiento escrito sea prestado ante un médico con licencia,⁵⁷ y la ley de California especifica que el consentimiento debe ser firmado, fechado y debe designar a la persona que controlará el uso del material genético después de la muerte de la parte que consiente.⁵⁸ Por el contrario, otros estados han decidido no seguir el “*Uniform Parentage Act*”, entre ellos Arkansas, Georgia, Idaho, Kentucky y Carolina del Sur.⁵⁹

Después de que se determine que un padre fallecido es legalmente el padre de un hijo póstumo, la siguiente cuestión es si el niño tiene derecho a heredar de los padres. El enfoque moderno con el apoyo del “*Uniform Parentage Act*” y *Restatement (Third) of Property*, es que una vez se establece la paternidad, el derecho a la herencia se presume.⁶⁰ Como resultado, en la mayoría de los estados, a raíz de la “*Uniform Parentage Act*”, un hijo póstumo tiene derecho a heredar como hijo de la

⁵⁴ *Id.* § 707, 9B U.L.A. 358.

⁵⁵ Ala. Code § 26-17-707; Cal. Prob. § 249.5(a); Colo. Rev. Stat. § 19-4-106(8); Del. Code tit. 13, § 8-707; Fla. Stat. Ann. § 742.17 (West 2010); LA. Rev. Stat. § 9:391.1 (2008); N.M. Stat. § 40-11A-707; N.D. Cent. Code § 14-20-65; Fam. § 160.707; Va. Code § 20-158B; Wash. Rev. Code § 26.26.730; Wyo. Stat. § 14-2-907. El *Uniform Parentage Act* establece: “If an individual who consented in a record to be a parent by assisted reproduction dies before placement of eggs, sperm, or embryos, the deceased individual is not a parent of the resulting child unless the deceased spouse consented in a record that if assisted reproduction were to occur after death, the deceased individual would be a parent of the child.” Unif. Parentage Act (2000) § 707 (amended 2002), 9B U.L.A. 358 (Supp. 2011).

⁵⁶ Véase Cal. Prob. § 249.5(a) (requiring that the consent form be signed, dated, and specify the person who has the right to decide how to use the material after the donor’s death); Fam. § 160.707 (specifying that the consent be in writing and filed with a licensed physician).

⁵⁷ Fam. § 160.707.

⁵⁸ Cal. Prob. § 249.5(a).

⁵⁹ Véanse Ark. Code Ann. § 28-9-210(a) (2004); Ga. Code Ann. § 53-2-1(b)(1) (Supp. 2010); Idaho Code Ann. § 15-2-108 (2009); Ky. Rev. Stat. Ann. § 391.070 (LexisNexis 2010); S.C. Code Ann. § 62-2-108 (2009).

⁶⁰ Restatement (Third) of Prop.: Wills and Other Donative Transfers § 14.8 (2009) (“Unless the language or circumstances indicate [otherwise], a child of assisted reproduction is treated for class-gift purposes as a child of a person who consented to function as a parent to the child...”). Muchos estados no se refieren específicamente al derecho del hijo concebido de manera póstuma a heredar, pero las normas de la sucesión intestada reconocen como herederos a los descendientes Véase Tex. Prob. Code Ann. § 38 (West 2003).

persona fallecida a menos que una ley disponga otra cosa. Los Estados que pueden seguir este enfoque son Alabama, California, Colorado, Delaware, Luisiana, Nuevo México, Dakota del Norte, Texas, Utah, Washington y Wyoming.⁶¹ En otros estados, incluyendo Arizona, Massachusetts y Nueva Jersey, como se ha expuesto en este escrito, hay derecho a la herencia reconocido expresamente por la jurisprudencia.⁶² Sin embargo, en otros estados, como Arkansas, Florida, Georgia, Idaho, Kentucky, Carolina del Sur y Virginia, el derecho a la herencia no se presume.⁶³ No obstante, la Ley de Florida establece que el derecho a la herencia todavía se puede reconocer al hijo póstumo si específicamente se proveyó para ello en el testamento.⁶⁴ Además, el hecho de que un Estado se ajusta a las clasificaciones de parentesco previstos en el *Uniform Parentage Act*, no significa necesariamente, que se le reconozca el derecho a heredar.⁶⁵ Virginia, por ejemplo, sigue las clasificaciones del *Uniform Parentage Act* pero establece en otra sección que cualquier hijo nacido más de diez meses después de la muerte de su padre no puede heredarle.⁶⁶

VI. Epílogo: qué pasará con la cigüeña en Puerto Rico

En Puerto Rico se ha escrito muy poco sobre los efectos jurídicos del nacimiento de un hijo concebido con posterioridad a la muerte de su padre o su madre.⁶⁷ Sobre los efectos que han tenido las nuevas tecnologías reproductivas se ha advertido la importancia de dotar al país de una regulación acorde a los tiempos en que vivimos. Sin embargo, aun en esa línea de argumentación, el tema de la inseminación *post-*

⁶¹ Véanse Ala. Code § 26-17-707 (LexisNexis 2009); Cal. Health & Safety Code §1644.7 (Deering 2010); Cal. Prob. § 249.5; Colo. Rev. Stat. §19-4-106(8) (2010); Del. Code Ann. tit. 13, § 8-707 (2009); La. Rev. Stat. Ann. § 9:391.1 (2008); N.M. Stat. Ann. § 40-11A-707 (LexisNexis Supp. 2010); N.D. Cent. Code Ann. §14-20-65 (Supp. 2009); Fam. §160.707; Utah Code Ann. §78B-15-707 (LexisNexis 2008); Wash. Rev. Code Ann. § 26.26.730 (LexisNexis 2010); Wyo. Stat. Ann. § 14-2-907 (2009).

⁶² *Gillett-Netting v. Barnhart*, 371 F.3d 593, 599 (9th Cir. 2004); *Woodward v. Comm'r of Soc. Sec.*, 760 N.E.2d 257, 271-72 (Mass. 2002); *In re Estate of Kolacy*, 753 A.2d 1257, 1262-64 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 2000).

⁶³ Véanse Ark. Code § 28-9-210(a) (indica que un hijo no puede heredar de un padre que murió intestado antes de la concepción del niño); Fla. Stat. Ann. § 742.17 (West 2010) (provee que un niño concebido tras la muerte de su padre no puede heredarle a menos que el padre disponga expresamente para el hijo póstumo en su última voluntad); Ga. Code § 53-2-1(b)(1) (que requiere que el niño nazca dentro de los diez meses de la muerte del padre o la madre con el fin de heredar de él o ella, y sobrevivir al menos 120 horas después del nacimiento); Idaho Code §15-2-108; Ky. Rev. Stat. § 391.070; S.C. Code § 62-2-108; Va. Code Ann. § 20-164 (2008).

⁶⁴ Fla. Stat. § 742.17; Pero véanse Ark. Code § 28-9-210(a); Ky. Rev. Stat. § 391.070.

⁶⁵ Véase: Va. Code Ann. § 20-158B (2008).

⁶⁶ Va. Code §20-164.

⁶⁷ Véase: Irizarry Pagán, *Implicaciones jurídicas de la inseminación artificial post mortem*, 39 Rev. Der. Pur. 165 (2000).

mortem se ha excluido.⁶⁸ En cambio, en otras jurisdicciones comienzan a ser numerosos los trabajos escritos en relación con este tipo de demandas.⁶⁹

En términos legislativos, el Código Civil de Puerto Rico guarda absoluto silencio con respecto al concebido póstumo. De igual forma, el borrador del libro de Familia publicado en 1991 por la Academia de Jurisprudencia y Legislación Puertorriqueña, aunque regula la inseminación artificial no contempla la póstuma.⁷⁰ En cambio el proyecto de la Comisión Revisora del Código Civil de Puerto Rico atendió este supuesto. El Artículo 9 del Borrador del Libro Sexto, *Derecho de Sucesiones*, reconoce la autonomía del causante para expresar su voluntad referente al uso de su material genético después de su muerte. Conforme a esta norma, se establece que el hijo nacido mediante estas técnicas se considera concebido al momento de la apertura de la sucesión.⁷¹ Cónsono con esto, el Artículo 303 del Borrador del Libro Segundo, *Las instituciones familiares*, atiende la filiación por procreación asistida póstuma. Se adopta la postura conciliadora de los profesores Serrano Geys y Rivero Hernández y de la legislación española vigente, porque ofrece suficientes y adecuadas medidas para proteger la voluntad, la dignidad y la intimidad del hombre, aún después de su muerte, y los derechos esenciales a la filiación en la persona del hijo.⁷² La redacción de la propuesta consideró diversas leyes uniformes o leyes modelos que persiguen que los estados tomen partida y legislen los efectos jurídicos de la concepción póstuma.⁷³ En el caso de Puerto Rico, el esfuerzo de la Comisión Revisora cedió ante presiones de índole político partidistas. Por ello, hemos de seguir esperando.

Lo que resulta innegable es que estamos atendiendo controversias del siglo XXI con concepciones y estatutos del siglo XIX. La cigüeña no va a permanecer inmóvil en su nido mientras esto no se atiende. La inseminación artificial póstuma continuará avanzando. Llegado el día, tendremos que dar soluciones jurídicas basadas en la equidad y el mejor bienestar del menor, independientemente cuándo alzó el vuelo su cigüeña.

⁶⁸ Ivette Coll de Pestaña y Cándida Rosa Urrutia de Basora, *La nueva tecnología reproductiva: Reflexiones sobre los nuevos métodos de inseminación artificial y sus efectos en las normas filiatorias y hereditarias*, 30 Rev. Jurídica U. Inter. P.R. 213 (1996) (Advierten que la inseminación póstuma es el único caso no discutido en el trabajo.)

⁶⁹ Sin ánimo de exhaustividad, pueden consultarse: Iniesta Delgado, *Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación "post mortem"*, 29 Revista de Derecho y Genoma Humano 13 (2008); Pérez Gallardo, *Inseminación artificial y transferencia de preembriones "post mortem": procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana*, 4 Revista General de Legislación y Jurisprudencia 605 (2007).

⁷⁰ III Revista de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, San Juan Puerto Rico, 1991.

⁷¹ Bosques Hernández, *La Influencia del Derecho Sucesorio Catalán en la Revisión Puertorriqueña*, en *El nou dret successori del Codi Civil de Catalunya*, Girona, 375-400 (Documenta Universitària 2009).

⁷² Memorial Explicativo del Libro Segundo, *Las instituciones familiares* (2007).

⁷³ Véanse en general Restatement (third) of Prop.: Wills and other Donative Transfers § 2.5 (1999); Uniform Parantage Act, § 201-204 (2002); Uniform Probate Code, § 1-102(b)(1) (2006); Model Act Governing Assisted Reproductive Technology (2008).