

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2023/2024
Convocatoria: Marzo

LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LOS CONCEBIDOS POST-MORTEM
THE RIGHTS OF SUCCESSION OF THE POSTHUMOUS CONCEIVED



Realizado por la alumna Carla Hernández de los Reyes (79080926-A)

Tutorizado por el Profesor D. Luis Javier Capote Pérez

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

ABSTRACT

This paper analyses the complex and controversial issue of the recognition of the inheritance rights of children conceived after the death of one of their parents. The legal conditions and legal conflicts that arise around this situation are examined. It is argued that it is essential to guarantee that the child conceived post-mortem has access to hereditary rights on equal terms with children conceived naturally, in line with the constitutional principles of equality and comprehensive protection of children.

It is proposed to adapt current legislation so that possible discrimination is eliminated, and equitable treatment is ensured for all children of the deceased, regardless of the circumstances of their conception. It is necessary to address fundamental issues related to the determination of parentage and representation of the conceived post-mortem, ensuring that their rights are fully recognized and that their status as a descendant of the deceased is respected.

A comprehensive legal review is advocated to guarantee equity in the inheritance rights of those conceived post-mortem. It is crucial that legislation adequately reflects advances in reproductive medicine and science, as well as fundamental principles of justice and the protection of individual rights. Only in this way can it be ensured that all children, regardless of the circumstances of their conception, receive fair and equitable treatment about their inheritance and succession rights.

Key Words: *Filiation, Assisted reproductive technologies, Posthumous reproduction, succession*

RESUMEN

El presente trabajo analiza el complejo y controvertido tema del reconocimiento de los derechos sucesorios de los hijos concebidos después del fallecimiento de uno de sus progenitores. Se examinan las condiciones legales y los conflictos jurídicos que surgen en torno a esta situación particular. Se argumenta que es fundamental garantizar que el concebido post-mortem tenga acceso a los derechos hereditarios en igualdad de condiciones con los hijos concebidos de manera natural, en consonancia con los principios constitucionales de igualdad y protección integral de los



hijos.

Se propone adaptar la legislación vigente, de modo que se eliminen posibles discriminaciones y se asegure un trato equitativo para todos los hijos del fallecido, independientemente de las circunstancias de su concepción. Es necesario abordar cuestiones fundamentales relacionadas con la determinación de la filiación y la representación del concebido post-mortem, garantizando que se reconozcan plenamente sus derechos y que se respete su estatus como descendiente del fallecido.

Se aboga por una revisión legal integral que garantice la equidad en los derechos sucesorios del concebido post-mortem. Es crucial que la legislación refleje adecuadamente los avances en medicina y ciencia reproductiva, así como los principios fundamentales de justicia y protección de los derechos individuales. Solo así se podrá asegurar que todos los hijos, independientemente de las circunstancias de su concepción, reciban un trato justo y equitativo en lo que respecta a su herencia y derechos sucesorios.

Palabras clave: *Filiación, técnicas de reproducción asistida, reproducción asistida post mortem, sucesión*

Índice

ÍNDICE	4
1.INTRODUCCIÓN	5
2. MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA. LA CONCEPCIÓN POST-MORTEM	7
2.1. LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL POST-MORTEM	8
2.1.1. <i>Requisitos para la admisión de la inseminación artificial post-mortem de la mujer o conviviente</i>	9
2.1.2. <i>Requisitos para la transferencia post-mortem de preembriones</i>	11
3. FILIACIÓN DEL HIJO CONCEBIDO POST-MORTEM	12
4. EL DERECHO DE SUCESIONES EN ESPAÑA	15
5. CAPACIDAD PARA SUCEDER DEL CONCEBIDO POST-MORTEM	16
6. EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CONCEBIDO POST-MORTEM	19
7. PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CONCEBIDO POST-MORTEM	23
7.1. INCERTIDUMBRE DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DE TERCEROS	24
7.2. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES PARA LA ADMISIÓN DE LA REPRODUCCIÓN POST-MORTEM	26
7.3. PROBLEMAS DE REPRESENTACIÓN DEL MENOR	28
8. CONCLUSIONES	29
9. BIBLIOGRAFÍA	31

1.Introducción

A lo largo de milenios, la reproducción humana ha sido una práctica invariable en su modalidad, caracterizada por su persistencia indefinida. Esta práctica ancestral, fija en su esencia a lo largo de eras, se ha visto sometida en nuestra época a una avalancha de innovadoras contingencias que han generado una transformación sustancial en su carácter¹.

Los problemas de infertilidad de la población que surgieron durante la década de los 70 plantearon la necesidad de adoptar técnicas de reproducción humana asistida que posibilitaran la concepción a las personas que por medios naturales no les resultaba posible².

Entre los procesos actuales de reproducción es necesario considerar la reproducción asistida, la cual ha abierto una posibilidad completamente nueva que ha posibilitado ser padres biológicamente, a quien por diversas razones y sin la ayuda de estos adelantes biotecnológicos no podrían concebir. Estas nuevas posibilidades de reproducción requieren una regulación que no tienda tanto a reprimirlas cuanto a garantizar un uso adecuado de ellas³.

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, fue una norma pionera en esta materia en el ámbito europeo. La ley 35/1988 fue sustituida por la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante LTRHA.

La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida contenida en estas leyes supuso un gran avance al crear el marco legal al que debían someterse médicos, clínicas y laboratorios implicados en el uso y desarrollo de las mencionadas técnicas. Proporcionando seguridad jurídica, la ley supuso un importante aval, pues como es

¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, 1994, pág. 15

² SANTILARIA BAIG, I., y RAMÓN FERNÁNDEZ F.: *Determinación de la filiación y derechos sucesorios en la reproducción humana asistida post mortem en España*. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, n.º 50-2020, 2020 pág. 82

³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *op. cit.*, pág. 15



sabido el derecho posee una función legitimadora de aquellas conductas que regula y no prohíbe⁴.

La ley tiene como fin primordial establecer un marco normativo claro que proteja los derechos fundamentales de los distintos actores involucrados en los procesos de reproducción asistida: progenitores, hijos, donantes de material genético y madres subrogadas. En consecuencia, la finalidad de estas normas es garantizar la salvaguardia del interés superior del menor antes que cualquier otra consideración, incluido el punto de vista de la pareja.

Dentro del ámbito de las técnicas de reproducción asistida, es relevante mencionar la práctica conocida como reproducción asistida post-mortem, que implica la inseminación de la mujer con preembriones creados con anterioridad o esperma del varón tras el fallecimiento de este. Esta situación conlleva a que el hijo nazca en estado de orfandad desde su concepción, a voluntad de sus progenitores.

En cuanto a la regulación de los derechos sucesorios de los concebidos post-mortem, esta plantea complejas cuestiones jurídicas que interpelan los principios fundamentales del derecho sucesorio. Esta temática ha generado un interesante debate en la doctrina jurídica, en el cual se han explorado diversos enfoques teóricos y se han propuesto soluciones para resolver los conflictos que emergen en este contexto.

El presente trabajo tiene como objetivo examinar de manera detallada el tratamiento jurídico dispensado a los concebidos post-mortem en distintos ordenamientos jurídicos, así como analizar los fundamentos éticos, filosóficos y jurídicos que subyacen a dicha regulación. Para ello, se abordarán aspectos relevantes como la capacidad para heredar de estos concebidos, las condiciones y requisitos para su reconocimiento como herederos o legatarios, y las posibles implicaciones en el ámbito de la sucesión testamentaria y ab intestato.

⁴ CASADO, M. P.: *Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho*. Papers: revista de sociología Universitat de Barcelona, 53, 1997, pág. 39

Asimismo, se examinarán casos paradigmáticos y decisiones judiciales significativas que han contribuido a delinear el alcance y los límites de los derechos sucesorios de los concebidos post-mortem. A través de este análisis crítico, se buscará aportar una comprensión más profunda y amplia de esta compleja problemática, en aras de contribuir al desarrollo del derecho sucesorio en la era contemporánea.

2. Métodos de reproducción asistida en España. La concepción post-mortem

La reproducción asistida en humanos es una técnica que ha evolucionado rápidamente en los últimos años, permitiendo superar los problemas de infertilidad a una parte de la población, posibilitándoles tener hijos biológicos a aquellos que no podían concebir de forma natural. La reproducción asistida se define como un procedimiento de concepción que se lleva a cabo con algún tipo de asistencia o ayuda, y a través de la aplicación de conocimientos y técnicas que permiten reemplazar o facilitar los diferentes procesos naturales que tienen lugar en la reproducción⁵.

Estas técnicas suelen ser uno de los primeros aspectos regulados cuando los Estados quieren normativizar problemas de bioética y nuevas tecnologías⁶.

La reproducción no es solo un asunto individual sino también social, y su aceptación en la sociedad ha ido evolucionando tras unos primeros momentos de recelo hasta una aceptación generalizada. La reflexión sobre la reproducción humana asistida permite diversos enfoques complementarios, desde el punto de vista jurídico, se enriquece con la consideración de los diversos colectivos implicados, lo que permite una comprensión más completa de sus implicaciones individuales y sociales.

Las técnicas de reproducción humana asistida integran los tratamientos consistentes en la unión de gametos a partir de la extracción quirúrgica de los folículos de los ovarios de la mujer y su combinación con espermatozoides, a fin de alcanzar el embarazo. Con todo y

⁵ NAVARRO PASTOR, M.: *Fecundación asistida postmortem y su tratamiento en Derecho Civil*. Revista Medico Jurídica, 2022. Disponible en <https://revistamedicojuridica.com> (fecha de última consulta: 10 de abril de 2022).

⁶ CASADO, M. P.: *op. cit.*, pág. 38

con eso, una interpretación más amplia de estas técnicas las considera todas aquellas que sustituyen una o más fases del proceso de reproducción que se inicia a partir de las relaciones sexuales. Esta interpretación amplia explica porque el anexo de la LTRHA, además de la fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y la transferencia intratubárica de gametos, incluye también la inseminación artificial o depósito de esperma previamente tratado en el laboratorio dentro del útero.

2.1. La reproducción artificial post-mortem

La reproducción asistida post-mortem supone la aplicación de técnicas de reproducción asistida, tales como la inseminación artificial o la fecundación in vitro, haciendo uso del material genético de una persona tras su muerte. En este caso, se hace uso del material genético previamente obtenido y almacenado del individuo fallecido con la finalidad de permitir la concepción y gestación de un descendiente con la pareja superviviente.

En el ordenamiento jurídico español se regula la reproducción artificial post-mortem en el artículo 9 de la LTRHA bajo el enunciado «Premoriencia del marido». Aunque se excluye el empleo generalizado de esta técnica, sí que se admite su práctica en cuando se cumplen ciertos requisitos. Esta regulación implica importantes matizaciones de principios tradicionales en materia de filiación y de los presupuestos clásicos para poder ser sucesor mortis causa, en la medida en que con posterioridad al fallecimiento del marido se va a proceder a la fecundación o a la transferencia del embrión a la viuda, con el resultado jurídico de que el así nacido⁷.

Los límites que establece la legislación no son los mismos que los que puede establecer la ética, o, incluso la ciencia, por lo que la evaluación de estos es necesaria, y de ahí la necesidad de contar con una regulación precisa sobre la misma. La normativa actual no

⁷ COBACHO GÓMEZ, J. A. (Director), INIESTA DELGADO, J.J. (Coordinador).: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 306

está exenta de interpretaciones muy diferentes entre sí, y por eso los límites también son relativos y subjetivos⁸

La situación de premoriencia del marido a la que se refiere la LTRHA plantea ciertas carencias y suscita cuestiones interpretativas en relación con la nomenclatura utilizada. Nótese que se refiere, con distintas denominaciones, a la persona de sexo masculino (varón, marido, cónyuge) y atendiendo al estado civil. Esta falta de uniformidad conlleva una inseguridad jurídica notable, ya que determina que no quede claro cuál es la interpretación correcta⁹.

Otra de las carencias de la regulación de esta técnica, pues la legislación vigente no es lo suficientemente clara en cuanto a la edad mínima que debe tener el hombre fallecido para que se permita la conservación y utilización de su material genético con fines reproductivos. En definitiva, resulta necesario abordar de manera rigurosa y detallada la regulación de la fecundación post-mortem, clarificando aspectos como la edad mínima del hombre para la conservación de su material genético y, en general, las implicaciones éticas, jurídicas y sociales que rodean a esta práctica.

2.1.1. Requisitos para la admisión de la inseminación artificial post-mortem de la mujer o conviviente

La inseminación artificial post-mortem de una mujer o conviviente *more uxorio* con el material genético del varón fallecido exige el cumplimiento de dos requisitos *sine qua non*: la previa manifestación de consentimiento por parte del varón o conviviente fallecido y el cumplimiento del plazo temporal legalmente establecido para la realización de la fecundación en la mujer. Estos dos elementos son requisitos ineludibles para garantizar la protección de los derechos de todas las partes implicadas, y su incumplimiento puede determinar la inviabilidad de la técnica, en tanto que vulneraría los derechos fundamentales del varón o conviviente fallecido y limitaría el ejercicio legítimo de la autonomía reproductiva de la mujer.

⁸ SANTOLARIA BAIG, I., y RAMÓN FERNANDEZ, F.: *La fecundación post mortem en España: problemas y límites jurídicos y bioéticos*. Revista Iberoamericana de Bioética, nº 13, 2020. Disponible en <https://revistas.comillas.edu> (fecha de última consulta: 18 de abril de 2022), pág. 4

⁹ *Ídem*, pág.2

En cuanto al consentimiento del varón, de la regulación del artículo 9 LTRHA, se desprende que el consentimiento del marido o compañero tiene como objeto principal autorizar el uso de su material reproductor con el fin de ser utilizado para la inseminación de la mujer post-mortem. De acuerdo con la literalidad del artículo, se requiere que el consentimiento sea expreso¹⁰, formal¹¹, personalísimo y revocable, con el objetivo de garantizar que el proceso de reproducción asistida se realice en condiciones óptimas.

En el artículo 9 de la LTRHA se establece un período de tiempo que debe transcurrir desde el fallecimiento del varón, para permitir la utilización de su material reproductor con fines de inseminación de la mujer o compañera. La ley permite que el semen sea criopreservado durante un plazo máximo de doce meses después del fallecimiento del varón, a la espera de que se proceda a su utilización mediante la inseminación de la mujer.

El plazo de un año parece ser una duración sensata para salvaguardar los derechos de terceros. Al no ser demasiado extenso en el tiempo, no se menoscaban los derechos de los terceros, ya sean o no hijos del causante, y al mismo tiempo, el futuro niño que nazca como resultado de la fecundación artificial post-mortem podrá disfrutar de derechos sucesorios.

Además del requisito del plazo, existe otro requisito adicional que actúa como límite para el uso post-mortem de las técnicas de reproducción asistida, que es el número de casos que se permiten. Es decir, se trata de determinar cuántas veces la viuda puede someterse a estas técnicas dentro del plazo establecido por la ley. Aunque la legislación estatal no establece nada al respecto, la legislación de Cataluña aborda esta cuestión. En

¹⁰ El consentimiento tácito no es suficiente para el propósito y que la falta de especificidad puede generar problemas de interpretación. Aunque en caso de matrimonio no se presentan dificultades en cuanto a la identificación de la viuda, en el caso de la pareja estable es necesario identificarla de tal forma que su identidad no deje lugar a dudas. Resulta fundamental la claridad y precisión en la manifestación del consentimiento, para evitar fundamental la claridad y precisión en la manifestación del consentimiento, para evitar posibles interpretaciones erróneas en su aplicación.

¹¹ Por medio: del documento privado previsto en el art. 6.3 LTRHA, de escritura pública, testamento o de documento con instrucciones previas.

concreto, el artículo 235-8.2, b) del Código de Familia de Cataluña limita la práctica de la reproducción asistida post-mortem a «*un solo caso, incluido el parto múltiple*».

2.1.2. Requisitos para la transferencia post-mortem de preembriones

Es importante señalar que, previo al análisis jurídico de la transferencia, la definición de preembrión incluida en el párrafo segundo del artículo 1 de la citada Ley de 2006¹² es una novedad legal. Se entiende por preembrión al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días después.

En el párrafo final del art. 9 LTRHA, el legislador regula de manera específica la transferencia post-mortem de preembriones ya constituidos durante la vida del fallecido. En la regulación de la transferencia de preembriones, a diferencia de la regulación de la inseminación artificial post-mortem, el legislador solo se refiere al consentimiento del fallecido, sin mencionar el requisito del plazo temporal. Además, en este segundo supuesto se flexibiliza mucho el requisito del consentimiento del fallecido, presumiéndolo otorgado por éste¹³.

Por consiguiente, para la utilización de estas técnicas, es necesario contar con el consentimiento expreso, libre y consciente de ambas partes involucradas, de acuerdo con los artículos 6.1 y 6.3 de la LTRHA. Además, junto con dicho consentimiento general, se debe haber autorizado con anticipación el destino concreto de los preembriones, es decir, su utilización por la propia mujer y por su cónyuge para la procreación. Es decir, el legislador parte de la idea de que la implantación post-mortem del preembrión no es sino la culminación del proceso de procreación asistida, aunque

¹² Artículo 1.2 LTRHA: «A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde»

¹³ Artículo 1.2 II LTRHA: «Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del esposo»

aquí evidentemente no hay un consentimiento específico, ad hoc, para la transferencia de preembriones posterior al fallecimiento del varón¹⁴.

3. Filiación del hijo concebido post-mortem

El presente apartado aborda el artículo 7 de la LTRHA, el cual revela cuestiones relevantes en la regulación de la filiación de los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, específicamente en el contexto de la fecundación post-mortem. El artículo 7 establece en su primer párrafo¹⁵ que la filiación de estos hijos se regirá por las leyes civiles, salvo las disposiciones establecidas en los artículos siguientes, incluyendo el artículo 9 que es objeto de estudio en este trabajo.

El artículo 7 en su párrafo segundo establece que en ningún caso se reflejarán datos en el Registro Civil que puedan deducir la naturaleza de la generación. Sin embargo, se ha argumentado por parte de la doctrina que en el caso de la fecundación post-mortem no es factible aplicar esta disposición de manera estricta, ya que en el Registro Civil constarán tanto la fecha del fallecimiento del varón como la fecha de nacimiento del hijo, lo cual evidenciará que la técnica se llevó a cabo después del fallecimiento del progenitor¹⁶.

El citado artículo tiene una connotación especial en el derecho civil en general, con especial incidencia en el derecho hereditario y en el derecho de familia, porque resquebraja de alguna manera un conjunto de categorías históricamente inamovibles, como la maternidad, la filiación, la delación de la herencia o el tratamiento del nasciturus; habida cuenta que el Código Civil aunque no lo diga expresamente, regula la

¹⁴ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *Reproducción artificial post mortem: análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida* (1ª Edición). Tirant lo Blanch, 2013, pág. 82

¹⁵ Artículo 7.1 LTRHA: «La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.»

¹⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.*, pág. 100

reproducción humana natural, y no está pensado para las técnicas de reproducción asistidas¹⁷.

Por su parte, el artículo 9 aborda la filiación desde una perspectiva negativa, estableciendo que, no se podrá establecer la filiación «*cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón*». No obstante, se establece una excepción cuando exista el consentimiento otorgado por el esposo o varón, el cual abre la puerta a la fecundación post-mortem y a la determinación de la filiación, tal como se infiere del propio texto: «*dicha generación producirá los efectos legales derivados de la filiación matrimonial*».

En el caso de que la madre sea inseminada después del fallecimiento de su esposo con espermatozoides de este último, según la normativa del Código Civil, sería complicado considerar que la filiación del hijo es matrimonial. La imposibilidad de determinar la filiación matrimonial del hijo concebido mediante fecundación artificial post-mortem se debe a la difícil aplicación de la presunción de paternidad establecida en el artículo 116 del Código Civil. En este caso, la concepción del hijo ocurre cuando ya no existe matrimonio, pues se ha disuelto debido al fallecimiento del esposo, al respecto el artículo 116 Cc se presume que los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges son hijos del esposo. Asimismo, la exigencia de que el hijo nazca antes de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, indirectamente se requiere que la fecundación haya tenido lugar antes del fallecimiento del esposo, ya que, de lo contrario, los plazos no se cumplirían. Parte de la doctrina considera que la presunción de paternidad del artículo 116 del Cc resulta difícil o imposible de aplicar en este caso¹⁸.

Incluso en el caso de los preembriones concebidos antes del fallecimiento del progenitor, la presunción del art. 116 Cc no puede aplicarse. Pues lo habitual es que el

¹⁷ ALVENTOSA DEL RIO, J. y COBAS COBIELLA, M.E.: “Bioderecho y sucesión mortis causa”, en AA.VV. ALVENTOSA DEL RIO, J. y COBAS COBIELLA, M.E.: *Derecho de Sucesiones*. Tirant lo Blanch, 2017, pág. 1214

¹⁸ QUICIOS MOLINA, S.: *La impugnación de la paternidad matrimonial. Estado de la cuestión tras las SSTC 138/2005, de 26 de mayo, y 156/2005, de 9 de junio*. *Derecho Privado y Constitución*, 19, 2005, pág. 259-318.

hijo no nazca antes de los trescientos días siguientes a la muerte del padre, ya que implicaría que el preembrión se transfiriera a la viuda casi simultáneamente al fallecimiento del varón, lo cual se estima improbable. En este caso también resulta sencillo afirmar que este último es el padre del niño que está por nacer, ya que la mujer es inseminada con el material genético del difunto y, además, existe una voluntad por parte de este. Asimismo, es relativamente fácil determinar el tipo de filiación, en este caso se trata de una filiación extramatrimonial, dado que se dan los dos elementos fundamentales presentes en la procreación natural, material genético y voluntad de tener un hijo común.

En definitiva, la fecundación asistida post-mortem conlleva la atribución de la paternidad en favor del descendiente concebido y nacido después del deceso del progenitor, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales pertinentes. En primer lugar, debe tratarse de una técnica de reproducción asistida homóloga; en segundo lugar, el consentimiento del varón debe estar formalizado mediante escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas, presumiéndose dicho consentimiento en el caso de procesos de reproducción asistida ya iniciados para la transferencia de preembriones concebidos con anterioridad al fallecimiento; en tercer lugar, esta posibilidad se restringe a un único uso de estas técnicas; y finalmente, la práctica de dicha técnica debe llevarse a cabo dentro del plazo de 12 meses a partir del fallecimiento del varón (art. 9 LTRHA).

La determinación de la filiación, en estos casos, tiene lugar con la presentación del documento en el que consta la voluntad del varón fallecido, adjuntando el parte del Centro médico en el que se manifieste que la fecundación se ha llevado a cabo con células de aquél¹⁹. Cuando la filiación sea no matrimonial, el consentimiento sirve como título para iniciar el expediente registral.

¹⁹ SOLÉ RESINA, J., y GETE-ALONSO Y CALERA, M. ^a del C.: *Actualización del Derecho de Filiación*. Tirant lo Blanch, 2021, pág. 46

4. El derecho de sucesiones en España

El fallecimiento o la declaración de fallecimiento de una persona desencadena una serie de efectos, entre ellos, destaca el fenómeno sucesorio. Este fenómeno implica la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones del difunto a otras personas, quienes adquieren la condición de sucesores *mortis causa*. La incertidumbre acerca del destino de estos derechos y deberes, y en general de las relaciones jurídicas del difunto, queda resuelta mediante el artículo 657 del Código Civil, el cual reza como sigue: «*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*». Asimismo, el párrafo 1 del artículo 196 del Código Civil establece: «*Una vez firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en sus bienes, procediéndose a su adjudicación de acuerdo con lo dispuesto en la ley*».

La trascendencia de la sucesión *mortis causa* se evidencia en su capacidad para ser considerada, sin menoscabar su carácter como fenómeno de índole jurídica, como algo intrínseco y, sobre todo, imperativo. El ordenamiento jurídico que concede a los individuos esferas de poder para salvaguardar sus intereses les permite ejercerlos sobre bienes tangibles o mediante el establecimiento de relaciones con otros sujetos debe ineludiblemente considerar la sucesión *mortis causa* como un elemento inherente y consustancial. La muerte del sujeto no puede suponer una incógnita sobre qué sucede con todos aquellos derechos y deberes, en suma, con las relaciones jurídicas protagonizadas por éste²⁰.

Es ampliamente reconocida la estrecha relación existente entre la familia y la sucesión, tal como se desprende de la regulación de la sucesión en los sistemas jurídicos de nuestro entorno cultural y geográfico. El Derecho civil español, a pesar de los profundos cambios sociológicos ocurridos en las últimas décadas, continúa otorgando un papel predominante a los familiares del difunto en su sucesión, tanto en casos de testamento (sucesión testada) como en ausencia de este (sucesión intestada o *ab intestato*). Esta vinculación se logra mediante la reserva de una parte importante de los bienes del

²⁰ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., HORNERO MÉNDEZ, C.: “La sucesión *mortis causa*: conceptos generales”, en AA.VV. PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. y PIZARRO MORENO, E.: *Derecho de Sucesiones*. Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 6

testador en favor de los llamados "herederos forzosos" o "legitimarios" (art. 806 Cc), quienes son parientes del testador en el caso de sucesión testada. En el caso de sucesión intestada, se establece un orden de sucesión en el que los parientes tienen preferencia cuando no existe testamento válido o no hay disposiciones testamentarias efectivas (art. 912 Cc).

A partir de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, la herencia, junto con el derecho de propiedad, ha recibido un reconocimiento constitucional²¹. Aunque no se trata de un derecho fundamental en sí mismo, la regulación constitucional contenida principalmente en el artículo 33 de la Constitución ha otorgado importancia a la función social de la herencia. Esta función se considera un corolario de la función social de la propiedad al someter el derecho de propiedad, de naturaleza liberal e individualista, a las exigencias del bien común.

En este sentido, parte de la doctrina concibe al heredero como una especie de continuidad de la personalidad del causante, tal como sucedía en el Derecho romano primitivo. Sin embargo, la mayoría de la doctrina sostienen que se trata más bien de la continuidad de un patrimonio (*una universitas iuris*). Es el patrimonio del causante, y no su personalidad, lo que se transfiere de un sujeto a otro mediante la sucesión mortis causa.²²

5. Capacidad para suceder del concebido post-mortem

En primer lugar, resulta pertinente discernir entre las dos situaciones contempladas en el artículo 9 LTRHA. Por un lado, se encuentran los escenarios en los cuales los preembriones se forman antes del deceso del varón, pero son transferidos posteriormente después de su fallecimiento. Por otro lado, se aborda aquellos casos en los que el varón únicamente autoriza la realización de inseminación artificial post-mortem de la mujer con su material genético. En esta última eventualidad, nos

²¹ BADENAS CARPIO, J.M. y CLEMENTE MEORO, M.E.: "El derecho de sucesiones. Marco teórico y jurisprudencial", en AA.VV. ALVENTOSA DEL RÍO, J. y COBAS COBIELA, M.E.: *Derecho de Sucesiones*. Tirant lo Blanch, 2017, pág. 52

²² *Ídem*, pág. 57

enfrentamos a la figura del *concepturus*, individuo que ni siquiera ha sido concebido en el instante del deceso del varón, y, por ende, del causante. En consecuencia, debe recibir un tratamiento análogo al dispensado a los *concepturus* en términos generales²³. Por otro lado, en el primer escenario, nos encontramos con fetos concebidos en el momento de la defunción del varón, y a estos se les podría conferir un trato equiparable al dispensado al *nasciturus* en lo que respecta a sus derechos sucesorios, justificándose la atribución de tales derechos en virtud del artículo 29 Cc.

Con el fin de acceder a la calidad de heredero, ya sea bajo la designación universal o particular, mediante la expresión testamentaria o intestada, resulta imperativo, según la legislación vigente, que aquellos individuos destinados a la sucesión ostenten la aptitud correspondiente para suceder al causante. La máxima general estipula que aquellos individuos que no se hallen afectados por una incapacidad legal ostentan la aptitud inherente para heredar, enunciada de forma negativa según lo dispuesto en el artículo 744 del Código Civil. Esta norma habilita a aquellos sujetos que no estén legalmente incapacitados para suceder ya sea por medio de testamento o *ab intestato*. De este modo, tanto las personas naturales como las jurídicas exhiben la capacidad para heredar. Tras la delimitación de la norma general en términos negativos, el Código Civil introduce una disposición aclaratoria en su artículo 745, que establece la incapacidad de los fetos que no cumplan con los requisitos estipulados en el artículo 30²⁴, es decir, aquellos que nazcan con vida después de haberse producido el desprendimiento completo del seno materno.

El reconocimiento del concebido post-mortem como heredero se encuentra inicialmente obstaculizado por su capacidad sucesoria, la cual se fundamenta en el artículo 758 del Código Civil. Según este precepto, es requisito *sine qua non* que el heredero exista al momento del deceso del causante²⁵.

²³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.*, pág. 105

²⁴ Artículo 30 Cc: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno».

²⁵ COBACHO GÓMEZ, J. A. (Director), INIESTA DELGADOTA, J.J. (Coordinador): *op. cit.*, pág. 350-351

La superación de la objeción inicial, como ha sido destacado por la doctrina, podría alcanzarse al evocar la aceptación del llamamiento al *concepturus*, tanto en el contexto testamentario como en la sucesión abintestato. Esta línea argumentativa se erige sin requerir un esfuerzo excesivo, advirtiendo sobre la inconstitucionalidad que podría derivar de cualquier interpretación que privara a estos potenciales hijos de derechos que la ley no excluye ni de manera expresa ni implícita²⁶.

En relación ya en concreto con el niño nacido por una inseminación artificial de la mujer con esperma del marido o compañero tras el fallecimiento de éste, buena parte de la doctrina que ha estudiado la cuestión se muestra partidaria de admitir la posibilidad de que el causante pueda llamar a sucederle, o como legatario o como heredero, o bien mediante el procedimiento clásico de la sustitución fideicomisaria, o bien, directamente, considerándose que la institución queda sometida a condición suspensiva de que llegue a nacer. Pero siempre suele reconocerse el llamamiento dentro del ámbito de la sucesión testada, pero no de la *ab intestato*.

Sin embargo, algunos exponentes doctrinales han indicado que en la actualidad la posibilidad de instituir heredero al *concepturus* está recogida en la propia Ley 14/2006²⁷. Es cierto que el artículo 9 de la vigente ley prevé la posibilidad de consentir en testamento que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a la mujer. Por consiguiente, puede que, en dicho instrumento, además de consentir tal fecundación post-mortem, disponga que el niño que va a nacer sea instituido heredero.

En conclusión, al reconocer al concebido pero no nacido como un hijo pleno, este adquiere todos los derechos contemplados por la ley, incluyendo los derechos legitimarios establecidos en los artículos 806 y siguientes del Código Civil. Además, tiene acceso a las acciones de protección que la ley dispone en caso de ser preterido, como la acción de complemento y la acción de petición de herencia. Asimismo, se

²⁶ ALVENTOSA DEL RIO, J. y COBAS COBIELLA, M.E.: *op. cit.*, pág. 1233

²⁷ DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: *Reproducción humana asistida*. Revista Boliviana de Derecho, 8, 2008 pág. 192-211.

convierte en beneficiario de todos los derechos inherentes a la condición de heredero, como el derecho de representación, compartido con los demás herederos.

6. El reconocimiento jurídico de los derechos sucesorios del concebido post-mortem

Debemos entender que la posición de que el descendiente engendrado mediante fecundación post-mortem goza de derechos hereditarios en igualdad de condiciones con aquellos hijos concebidos de manera natural, siempre y cuando se establezca su filiación de manera concreta y atendiendo a las disposiciones contempladas en la Ley 14/2006 que hemos examinado anteriormente.

Una vez establecida la filiación del hijo, resulta plausible inferir que este será convocado a heredar los bienes paternos, ya sea mediante un nombramiento testamentario a su favor o, en ausencia de testamento, por disposición de la Ley *ab intestato*. Sin embargo, en este último caso, se presenta un obstáculo legal a dicha sucesión, ya que el artículo 758 del Código Civil establece que el heredero debe existir en el momento del fallecimiento del causante o, al menos, estar concebido en ese momento, según lo dispuesto en el artículo 29 del Código Civil. No obstante, en el caso que nos ocupa, esta condición no se cumple.

Sería conveniente abordar una reforma del Código Civil para evitar posibles controversias en la interpretación del artículo 758. Tal como se ha llevado a cabo en ciertas legislaciones autonómicas, como el Código de Sucesiones de Cataluña, el cual menciona la fecundación post-mortem en su artículo 9 en relación con la capacidad para heredar, estableciendo que se considera al concebido en el momento del fallecimiento. Otro ejemplo es el artículo 10 de la Ley de Sucesiones de Aragón, donde se aborda la capacidad sucesoria y, en su apartado 3, se resuelve la "objeción dogmática" en cuanto a la imposibilidad de que aquel nacido mediante técnicas de fecundación post-mortem pueda suceder a su padre.

Por su parte, el artículo 9 de la LTRHA no otorga de forma explícita derechos sucesorios a los descendientes concebidos mediante estas técnicas, dichos derechos están implícitos en las acciones de filiación que se pueden llevar a cabo de acuerdo con

lo establecido en el artículo 7 de la misma ley. Adoptar una postura contraria a este reconocimiento vulneraría el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución española, al tratar de manera desigual a los hijos nacidos mediante estas técnicas de reproducción asistida, lo cual sería claramente discriminatorio al privarles de los derechos hereditarios.

El hijo nacido mediante estas técnicas es descendiente del fallecido y, como tal, debe gozar de los derechos sucesorios comunes, no por la forma de su nacimiento, sino por ser hijo del causante. Además, dicha privación de derechos sucesorios iría también en contra del artículo 39.2 de la Constitución, el cual establece la protección integral de los hijos, quienes son iguales ante la ley, independientemente de su filiación.

Estos principios rectores se encuentran respaldados en el art. 53.3 CE, pues este precepto impone tanto al legislador como a los órganos encargados de aplicar el derecho de reconocer, respetar y proteger dichos principios. La obligación de actuar de acuerdo con estos principios implícitamente prohíbe cualquier acción estatal que los perjudique. En consecuencia, según Rodríguez Guitián²⁸ se podría declarar inconstitucional una ley reguladora de las técnicas de reproducción asistida que, dentro de la normativa dedicada a la reproducción artificial post-mortem, prive a los nacidos mediante esta técnica de derechos sucesorios, ya que dicha regulación conduciría a un resultado contrario a lo deseable según el artículo 39.2 de la Constitución.

Cabe destacar el artículo 325.3 del Código del Derecho Foral de Aragón, que establece que *«Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida post-mortem con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre estas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación»*. Por su parte, el art. 412-1.2 del Libro IV del Código Civil de Cataluña dispone que *«Los hijos que nazcan en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto»*.

²⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.*, pág. 106

Esto se aclara aún más en el caso de la existencia de un testamento en el cual el varón contempla esta posibilidad antes de su fallecimiento y deja constancia de ello, asegurando los derechos del futuro hijo póstumo²⁹. Sin embargo, la situación se vuelve más compleja si hay omisión o preterición en el testamento, o si este se realizó con anterioridad y no se otorgó uno posterior. En casos en que se abre la sucesión intestada debido a la falta de testamento, se aplicará la determinación de la filiación para los derechos sucesorios, teniendo en cuenta el plazo de doce meses establecido por la legislación para la utilización del material reproductor del varón. En virtud del artículo 741 del Código Civil, «*el reconocimiento de un hijo no pierde su validez legal, aunque se revoque el testamento*», lo que implicaría que el hijo tendría derechos sucesorios.

En el presente escenario, nos encontramos ante la circunstancia en la cual el descendiente está destinado a venir al mundo después del deceso del causante, dando lugar a la aplicación de los artículos 745 y subsiguientes del Código Civil, que imponen como requisito esencial la supervivencia al testador. Sin embargo, es imperativo considerar lo dispuesto en el artículo 29 de la misma legislación, el cual establece que «*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*». Este precepto podría hallar aplicación en el contexto de la transferencia de embriones ya fecundados con antelación, aunque no necesariamente en el marco de la fecundación post-mortem.

En el supuesto de que el testamento se hubiese prestado después de haber autorizado la fecundación post-mortem, sería razonable considerar que la preterición sería intencional, por lo que se debería reducir la institución del heredero en la medida necesaria para preservar su legítima (art. 814.I Cc). En cambio, si el testamento se hubiera otorgado antes, está claro que la preterición sería no intencional, por lo que se anularía la institución del heredero (art. 814.II Cc).

En caso de que el testamento contemple la posibilidad de fecundación post-mortem, una vez fallecido el causante, se pospondría la distribución de la herencia hasta el nacimiento del futuro hijo concebido mediante esta técnica. Se deberá esperar el

²⁹ SANTOLARIA BAIG, I., y RAMÓN FERNÁNDEZ F.: *op. cit.*, pág. 9

embarazo dentro de los plazos establecidos por la legislación y esperar el nacimiento, aplicando así los artículos 808 y siguientes del Código Civil. Si no se cumplen los plazos o si estos han expirado sin que se produzca la fecundación y el nacimiento, la herencia se distribuirá entre los demás herederos.

Si la manifestación de voluntad, es decir, el consentimiento, se ha otorgado no en un testamento, sino en otro de los documentos previstos por la Ley, surgen mayores dificultades. El desconocimiento de la voluntad expresada por el varón puede resultar en una distribución de la herencia que no refleje sus deseos. Por consiguiente, si la mujer está al tanto del consentimiento concedido por el varón, debe comunicar su decisión de ser fecundada post-mortem. Sería igualmente apropiado que los centros sanitarios y, en su caso, el notario, informen sobre la existencia de tales documentos³⁰. Por ende, reviste de gran importancia, en aras de proteger los derechos del futuro hijo y prevenir su exclusión o la omisión de sus derechos hereditarios, el consentimiento de la mujer para proceder a la fecundación después del fallecimiento del varón.

Diferente de la fecundación póstuma de óvulos de la mujer con el material reproductor de su esposo o conviviente fallecido, es la transferencia post-mortem de embriones ya fecundados al momento de su fallecimiento, la cual parece posible realizar sin necesidad de un consentimiento específico del fallecido. Es indudable que el embrión concebido in vitro, aunque aún no haya sido transferido al útero materno, goza de la protección del artículo 29 del Código Civil, por lo que será llamado a la herencia del padre fallecido, siempre que sea transferido dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento. El artículo 9.2.II de la Ley 14/2006 requiere explícitamente ese plazo para la fecundación post-mortem de la mujer con los gametos del esposo fallecido, pero parece razonable exigirlo también en el caso de la transferencia post-mortem de embriones.

³⁰ SANTOLARIA BAIG, I., y RAMÓN FERNÁNDEZ F.: *op. cit.*, pág. 10

7. Problemas jurídicos derivados de los derechos sucesorios del concebido post-mortem

La utilización de la técnica de reproducción asistida post-mortem plantea una serie de conflictos de índole jurídica. La regulación de esta técnica conlleva aspectos sociales, religiosos y morales que generan dilemas en el ámbito de la filiación. Como resultado, se requiere otorgar al hijo nacido bajo estas circunstancias todos los derechos inherentes a su condición. En particular, es imperativo garantizar sus derechos sucesorios. Por tanto, se hace indispensable una adaptación jurídica y legislativa pertinente para abordar esta cuestión.

Para acceder a la sucesión mortis causa es un requisito ineludible estar concebido al menos. En esta línea, el hijo post-mortem, concebido después del fallecimiento del progenitor, parece quedar excluido de dicha sucesión de acuerdo con la regulación sucesoria. No obstante, esta solución, coherente con el marco normativo sucesorio, resulta perjudicial para el hijo. Este, además de nacer huérfano por voluntad expresa de sus progenitores, se encuentra excluido de participar en la herencia paterna a la que sí acceden los demás herederos del difunto. Adoptar una posición opuesta supondría vulnerar el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, al tratar de manera desigual a los hijos concebidos mediante estas técnicas. Sería evidentemente discriminatorio cercenar los derechos hereditarios de un niño nacido bajo procedimientos de reproducción asistida.

Sin embargo, con el fin de evitar tal injusticia, sería necesario cuestionar los principios sucesorios mencionados para reconocer al hijo post-mortem como sucesor también del padre fallecido.

Indudablemente, se plantean diversos problemas derivados del reconocimiento de derechos sucesorios a los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida post-mortem. Sin embargo, lo imperativo es abordar y resolver estas cuestiones de la manera más idónea posible. Ahora bien, la asignación de derechos sucesorios, requerida además por el artículo 14 de la Constitución Española, no carece de dificultades. Por un lado, se enfrenta al desafío de la inadecuación de las normas tradicionales de Derecho

de Sucesiones del Código Civil, las cuales no han sido concebidas para abordar la situación de los niños concebidos mediante técnicas de reproducción asistida.

Una vía para abordar los desafíos derivados de la falta de previsión legislativa en relación con los derechos hereditarios de los niños concebidos mediante estas técnicas podría encontrarse, al menos de forma provisional, en la consideración del artículo 3.1 del Código Civil. Este artículo dispone que las normas deben interpretarse conforme a la realidad social del momento en que deben ser aplicadas. Además, se parte de la premisa de que el Derecho siempre se encuentra rezagado respecto a los avances en medicina y ciencia. En consecuencia, será necesario ajustar lo establecido y aplicar las categorías sucesorias y civiles a las nuevas circunstancias o llevar a cabo una reforma del Código Civil, tal como ha sido llevada a cabo por el Derecho Foral Catalán y el Derecho Foral Aragonés³¹.

Además de la mencionada dificultad en relación con la inadecuación de las normas tradicionales del Código Civil, surge un segundo inconveniente al considerar los derechos sucesorios de los nacidos mediante estas técnicas. Este problema radica en los riesgos potenciales de abuso y fraude, como podría ser el caso de que la madre busque beneficiarse de la herencia del viudo. Sin embargo, en ningún caso este argumento debe justificar la privación de derechos sucesorios a los niños que están por nacer. La respuesta apropiada es tomar medidas para prevenir el fraude y el abuso.

Esta regulación plantea, además de los problemas mencionados, muchos otros problemas relacionados con la sucesión hereditaria, como la incertidumbre en cuanto a los derechos de los demás herederos llamados a suceder al causante, así como el potencial incumplimiento de los requisitos legales, entre otras cuestiones.

7.1. Incertidumbre de los derechos sucesorios de terceros

Este desafío, de índole práctica, resalta la incertidumbre y la situación pendiente que se genera, a la espera de que la madre decida autorizar por sí misma la reproducción asistida post-mortem, previamente consentida por el fallecido, y aguardar luego, tras la inseminación o la transferencia embrionaria realizada, la culminación del embarazo.

³¹ ALVENTOSA DEL RIO, J. y COBAS COBIELLA, M.E.: *op. cit.*, pág. 1232

Esta incertidumbre representa un perjuicio para terceros que podrían tener derechos sucesorios en la herencia del difunto, ya sea porque estos derechos se verían disminuidos con el nacimiento de un nuevo hijo o porque se les privaría de los mismos. Resulta plausible argumentar que la mencionada amenaza se vería considerablemente mitigada mediante la implementación de dos medidas concretas. En primer lugar, se propone la fijación de un plazo temporal durante el cual la viuda sería sometida a inseminación artificial o se llevaría a cabo la transferencia de preembriones. Este límite temporal, establecido por la Ley de 2006 en doce meses, en ambos escenarios, contados a partir del deceso del varón, busca regularizar y acotar el proceso de reproducción asistida post-mortem. Por otro lado, la segunda medida consistiría en la aplicación de las disposiciones contenidas en el Código Civil que se refieren a las precauciones que deben tomarse en caso de que la viuda quede embarazada, según lo estipulado en los artículos 959 a 967 del mencionado cuerpo legal. Aunque originalmente concebidas para situaciones convencionales, la doctrina académica no encuentra inconveniente significativo en extender la aplicación de dichas disposiciones al ámbito de las técnicas de reproducción asistida post-mortem.

En el presente escenario, la viuda se encuentra compelida, además, a notificar a aquellos individuos que detenten derechos sucesorios sobre la herencia del fallecido, cuya vigencia se vería afectada o menguada con la venida del hijo. El Código Civil prescribe un requisito doble en principio: por un lado, la viuda que sospeche de su embarazo debe informar a tales personas, facultándoles para requerir al juez las medidas conducentes a evitar la presunción del parto o asegurar la viabilidad del recién nacido (art. 959 Cc). Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 961 del Código, con independencia de la notificación previa, cuando se aproxime el momento del alumbramiento, la viuda deberá notificar nuevamente a los mismos interesados, quienes tendrán la facultad de designar a un individuo de su confianza para verificar la autenticidad del parto.

La adopción de las referidas disposiciones no solo aseguraría la salvaguarda de los derechos inherentes a los posibles descendientes y legatarios, sino que asimismo

redundaría en el fomento de la transparencia y consistencia del entramado jurídico que rige tan intrincada problemática dentro del ámbito del derecho de familia³².

Conforme establece el artículo 962 del Código Civil, la omisión de estas diligencias no constituye prueba suficiente por sí sola para demostrar la suposición del parto o la inviabilidad del recién nacido. La negligencia en la ejecución de dichas medidas no conlleva, evidentemente, la privación de los derechos sucesorios del embrión o del nonato; no obstante, la madre será responsable de los daños que pudiera ocasionar a su hijo por no haber notificado el embarazo o el parto.

Por último, los artículos 965 a 967 del Código Civil, que abordan medidas relativas a la seguridad y administración de los bienes hereditarios, disponen que se deberá garantizar la seguridad y administración de los bienes hasta que se confirme el parto o se tenga certeza de que este no ocurrirá. Paralelamente, la partición de la herencia también se pospone hasta esos momentos. La suspensión de la división hereditaria durante cierto período no representa una dificultad sustancial, dado que el lapso de indefinición se encuentra acotado por el plazo establecido en el artículo 9 LTRHA.

7.2. Incumplimiento de los requisitos legales para la admisión de la reproducción post-mortem

Un inconveniente adicional podría surgir en el caso de llevar a cabo la fecundación artificial post-mortem de la mujer mediante el empleo de esperma del difunto, o la transferencia post-mortem de preembriones, en el cual se hubiera transgredido alguna de las condiciones legales estipuladas en el artículo 9 LTHRA.

Una primera consideración radicaría en la posible invalidez de dicha fecundación, dando lugar a la imposibilidad de desencadenar las consecuencias jurídicas preconizadas en la normativa: concretamente, la imposibilidad de establecer legalmente la filiación del hijo y la negación de cualquier reconocimiento de vínculo jurídico entre el descendiente resultante de dichas técnicas y el esposo o compañero fallecido. No obstante, esta primera opción, aunque planteada, no resulta plenamente satisfactoria al

³² RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.*, pág. 117-118

considerar, como criterio primordial en nuestro sistema legal, el interés superior del menor³³.

Otro enfoque posible sería argumentar que, en aras del principio «*favor filii*», y en el supuesto de que se lleve a cabo la reproducción asistida post-mortem sin observar los requisitos legales establecidos en el artículo 9 LTRHA, se debería concluir, independientemente de la importancia del requisito incumplido, la determinación de la filiación del hijo con respecto al esposo fallecido, en caso de matrimonio, o con respecto al conviviente fallecido, en caso de unión de hecho.

La doctrina ha argumentado que, incluso en ausencia del consentimiento del fallecido, lo más conveniente en beneficio del menor es permitir la determinación de la filiación, evitando así dejar al niño sin un padre legal reconocido³⁴. En este sentido, se propone que se imponga una sanción al centro médico o a la madre, pero no al niño.

No obstante, una postura quizás más precisa consiste en matizar la perspectiva anteriormente expuesta, diferenciando las consecuencias jurídicas resultantes según la gravedad de los requisitos omitidos en la realización de la reproducción asistida post-mortem.

En contraposición, en caso de ausencia del consentimiento por parte del varón, podría sostenerse que la determinación de la filiación debería circunscribirse exclusivamente a la madre. Sin embargo, es innegable que esta postura ocasionaría un perjuicio evidente al hijo. En el supuesto de que se lograra demostrar la existencia de dolo o negligencia por parte de la madre o del profesional médico encargado de llevar a cabo la reproducción asistida post-mortem, atribuyéndoseles el incumplimiento de las disposiciones normativas en esta materia resulta claro que el hijo estaría facultado para demandarles responsabilidad civil por los daños morales y patrimoniales padecidos³⁵.

La doctrina también ha planteado, en segundo lugar, la cuestión de qué sucede si la falta no radica en el consentimiento del varón para la fecundación o transferencia post-mortem, sino en el cumplimiento del plazo establecido para que la madre sea

³³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.*, pág. 121

³⁴ QUICIOS MOLINA, S.: *op. cit.*, pág. 259-318.

³⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.*, pág. 122

inseminada o se le transfieran los preembriones desde el fallecimiento del esposo o compañero *more uxorio*. En líneas generales, la doctrina ha concluido que en tales circunstancias no proceden efectos filiatorios con respecto al niño, incluso si los resultados de las pruebas genéticas revelan la verdadera relación de filiación entre el nacido y el padre fallecido. Se busca evitar la incertidumbre jurídica relacionada con la posible aparición de nuevos herederos de un varón fallecido años atrás, especialmente en relación con determinados parientes.

7.3. Problemas de representación del menor

Es pertinente examinar también otras problemáticas que surgen en relación con el concebido post-mortem, específicamente en lo que respecta al derecho de representación. En esta figura jurídica, el representante asume el rol de sucesor del causante en lugar de aquel a quien le correspondería, como el padre fallecido antes de su concepción en este caso, y debe cumplir con todos los requisitos de capacidad para suceder frente al causante, según lo establecido en los artículos 744 y 745 del Código Civil. No obstante, no es necesario que dichos requisitos se cumplan en relación con el representado, ya que este hereda directamente del causante³⁶. El concebido post-mortem, quien ni siquiera está concebido en el momento de este llamamiento, no reúne los requisitos para suceder en el momento de la apertura de la sucesión, por lo que necesita representación.

En este contexto, surge la interrogante sobre la viabilidad de reconocer el derecho de representación en casos donde, aunque el sucesor no esté concebido durante la vida del fallecido, su nacimiento tenga lugar en el momento de la apertura de la sucesión del causante, siempre y cuando la fecundación no exceda los doce meses posteriores a la muerte de su padre. Esta consideración se plantea con la finalidad de equiparar sus derechos sucesorios a los que pudieran corresponder a los demás hijos del fallecido, en consonancia con el principio de igualdad.

³⁶ ESTELLÉS PERALTA P.M.: *Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil Español*. Tirant lo Blanch, 2022, pág. 49-50

8. Conclusiones

En conclusión, se debe resaltar cómo la reproducción humana ha experimentado una notable transformación en las últimas décadas, principalmente debido a la introducción de técnicas de reproducción asistida. La promulgación de la Ley 35/1988 y, posteriormente, la Ley 14/2006 representaron avances significativos al establecer un marco normativo para regular estas prácticas. Esto ha brindado seguridad jurídica tanto a los profesionales médicos y las clínicas involucradas como a los pacientes.

La legislación española en el ámbito de la reproducción asistida tiene como objetivo proteger los derechos fundamentales de todos los implicados en el proceso, incluyendo a los progenitores, los hijos, los donantes de material genético y las madres subrogadas. Esto se logra dando prioridad al interés superior del menor y asegurando la seguridad y el bienestar de todas las partes involucradas.

La reproducción asistida post-mortem, que involucra el uso del material genético de una persona fallecida para la concepción de un hijo por parte de su pareja superviviente, plantea cuestiones éticas y legales que requieren un análisis cuidadoso dentro del marco normativo existente.

La regulación contemplada en el Código Civil en relación con la filiación, y por ende de la sucesión, y sus consecuencias omite hacer referencia a las técnicas de reproducción humana asistida, así como a la fecundación post-mortem. Sería altamente deseable incorporar dichas consideraciones para prevenir conflictos en este ámbito, extendiendo su inclusión a las disposiciones sucesorias tanto testamentarias como abintestato.

El marco legislativo actual plantea desafíos significativos en cuanto al reconocimiento de derechos sucesorios para individuos concebidos después del fallecimiento, especialmente en el contexto de la fecundación asistida y la transferencia de embriones. La carencia de previsiones normativas en este terreno resalta la necesidad imperante de ajustes legales que aseguren la equidad de derechos entre aquellos nacidos de forma natural y los concebidos mediante técnicas de reproducción asistida post-mortem.

La normativa examinada adolece de incompletitud, generando lagunas legales y permitiendo interpretaciones dispares según la corriente doctrinal. Se vislumbra la urgencia de una legislación más concordante con la realidad y adaptada a las

circunstancias cambiantes. El rápido progreso científico y sus implicaciones en la reproducción humana requieren, en consecuencia, una regulación que establezca directrices éticas para resguardar los intereses en juego y los principios constitucionales pertinentes. En este sentido, el Derecho, y especialmente el Derecho de Familia, debe evolucionar en sintonía con las nuevas realidades familiares y las demandas sociales emergentes para abordar las necesidades de la sociedad.

El principio del «*favor filii*» emerge como una brújula esencial al enfrentar la regulación de derechos sucesorios para aquellos concebidos post-mortem. La primacía del interés superior del menor debe prevalecer, incluso en escenarios de posibles contravenciones legales. La falta de claridad y la insuficiencia normativa plantean la urgencia de reformas legislativas, tomando como referencia ejemplos provechosos como el Código de Sucesiones de Cataluña, que podrían incorporarse a nivel nacional para normalizar y esclarecer la situación.

La salvaguarda de los derechos sucesorios debe ir de la mano con la mitigación de riesgos, especialmente en lo que respecta a potenciales abusos y fraudes. Establecer medidas para prevenir la privación injusta de derechos a terceros y asegurar la autenticidad de las circunstancias resulta esencial.

En síntesis, el reconocimiento y la protección de los derechos sucesorios para aquellos concebidos post-mortem demandan una combinación de adaptación legislativa, respeto al interés superior del menor y disposiciones para prevenir fraudes y abusos. Abordar integralmente estos desafíos resulta crucial para garantizar una protección efectiva de los derechos de todos los involucrados.

9. Bibliografía

- CARBONELL LLORENS, C., BADENAS CARPIO, J. A., VEGA CARDONA, R. J., CLEMENTE MEORO, M., GUILLÉN CATALÁN, R., GARCÍA GUARDIOLA, S., ORTEGA GIMÉNEZ, A., MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO, H., SÁNCHEZ SILVESTR, M.^a. A., URIOL EGIDO, C., ALVENTOSA DEL RÍO, J., MONTES RODRÍGUEZ, M.^a. P., SÁNCHEZ MORENO, M.^a. R., COBAS COBIELLA, M. E., VALERNO LLORCA, J., y SERRA RODRÍGUEZ, A.: *Derecho de Sucesiones*. Tirant lo Blanch, 2017.
- CASADO, M. P.: *Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho*. Papers: revista de sociología Universitat de Barcelona, 53, 1997.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. (Director), INIESTA DELGADO, J.J. (Coordinador): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson-Aranzadi, 2007.
- ESTELLÉS PERALTA P.M.: *Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil Español*. Tirant lo Blanch, 2022.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, 1994.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., HORNERO MÉNDEZ, C., SERRANO FERNÁNDEZ, M., VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., OLIVA BLÁZQUEZ, F., AGUILAR RUIZ, L., PIZARRO MORENO, E., SÁNCHEZ LERÍA, R., VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., INFANTE RUIZ, F., y LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: *Derecho de Sucesiones*. Tirant Lo Blanch, 2015.
- NAVARRO PASTOR, M.: *Fecundación asistida postmortem y su tratamiento en Derecho Civil*. Revista Medico Jurídica, 2022.

- QUICIOS MOLINA, S.: *La impugnación de la paternidad matrimonial. Estado de la cuestión tras las SSTC 138/2005, de 26 de mayo, y 156/2005, de 9 de junio*. Derecho Privado y Constitución, 19, 2005.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Reproducción artificial post mortem: análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida* (1ª Edición). Tirant lo Blanch, 2013.
- SANTOLARIA BAIG, I., y RAMÓN FERNANDEZ, F.: *La fecundación post mortem en España: problemas y límites jurídicos y bioéticos*. Revista Iberoamericana de Bioética, nº 13, 2020 (fecha de última consulta: 18 de abril de 2022)
- SOLÉ RESINA, J., y GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C.: *Actualización del Derecho de Filiación*. Tirant lo Blanch, 2021.