



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

**IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LAS
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA SOBRE LA FILIACIÓN; EN
ESPECIAL, LA INSEMINACIÓN
ARTIFICIAL POST MORTEM**

Alba Terrón Vilalta

5ºE3- Analytics

Área de Derecho Civil

Tutor: José María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid

Marzo de 2025

RESUMEN

Este trabajo analiza la evolución de las técnicas de reproducción asistida, en especial la inseminación artificial *post mortem*. Analizando el marco normativo vigente se abordan cuestiones claves como el reconocimiento de derechos filiales, los desafíos registrales y la sucesión hereditaria del hijo superpóstumo. Asimismo, se realizará un estudio comparado de las regulaciones de otros países europeos identificando modelos más restrictivos y otro más garantistas. Desde la perspectiva bioética, se examinan los problemas derivados del uso de este tipo de técnicas. El análisis de este tema resulta especialmente relevante debido a la creciente demanda de estas técnicas y a la necesidad de encontrar un equilibrio entre la autonomía reproductiva de la mujer, la voluntad del fallecido y el interés superior del menor. A través de este estudio, se busca aportar claridad sobre las implicaciones legales derivadas de esta práctica.

PALABRAS CLAVE

Reproducción asistida, inseminación artificial *post mortem*, filiación, derechos sucesorios, bioética, interés superior del menor, derechos reproductivos

ABSTRACT

This paper analyzes the evolution of assisted reproductive techniques, with a particular focus on *post mortem* artificial insemination. By examining the current legal framework, it addresses key issues such as the recognition of filial rights, civil registry challenges, and the inheritance rights of the posthumously conceived child. A comparative study is also conducted on the regulations of other European countries highlighting both more restrictive and more protective legal models. From a bioethical perspective, the research explores concerns arising from the use of such techniques. This topic is particularly relevant given the growing demand for these procedures and the need to strike a balance between the reproductive autonomy of the woman, the expressed will of the deceased, and the best interests of the child. Through this study, the aim is to provide clarity on the legal implications of this practice.

KEY WORDS

Assisted reproduction, *post mortem* artificial insemination, filiation, inheritance rights, bioethics, best interest of the child, reproductive rights

1. INTRODUCCIÓN.....	6
1.1. Objetivos del trabajo	6
1.2. Metodología empleada.....	6
2. CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO DE LA FILIACIÓN	7
2.1. Definición y evolución histórica.....	7
2.2. Tipos de filiación en el Derecho Civil Español	9
2.2.1 Filiación matrimonial	9
2.2.2 Filiación no matrimonial	10
3. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU IMPACTO JURÍDICO	12
3.1. Tipo de Técnicas de Reproducción Asistida.....	12
3.2. Impacto Jurídico de las Técnicas de Reproducción Asistida.....	14
4. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM	16
4.1. Requisitos legales en España	16
4.2. Ausencia de los requisitos legales de admisión de la reproducción artificial <i>post mortem</i>	19
4.3. Implicaciones sobre la filiación y la herencia.....	22
4.3.1 Consecuencias jurídicas sobre la filiación.....	23
4.3.2 Consecuencias jurídicas sobre los derechos hereditarios	25
4.4. Comparativa internacional	28
4.4.1 Sistemas jurídicos que no admiten la reproducción artificial post mortem... 28	
4.4.2 Sistemas jurídicos que admiten la reproducción artificial post mortem..... 30	
4.4.3 Consideraciones finales de la normativa española en perspectiva internacional	31
5. DILEMAS ÉTICOS Y PROPUESTAS DE MEJORA LEGISLATIVA	32
5.1. Análisis crítico de la normativa actual.....	32
5.2. Propuesta de mejora legislativa	34

5.2.1 Clarificación del régimen de filiación y su inscripción registral.....	34
5.2.2 Reconocimiento explícito de derechos sucesorios	34
5.3. Principales debates éticos	35
6. CONCLUSIONES.....	38
7. BIBLIOGRAFÍA.....	40
7.1. LEGISLACIÓN.....	40
7.2. JURISPRUDENCIA.....	40
7.3. OBRAS DOCTRINALES	40
7.4. RECURSOS DE INTERNET.....	41

1. INTRODUCCIÓN

Los avances en las técnicas de reproducción humana asistida han revolucionado por completo la forma en la que se concibe hoy en día la maternidad, la paternidad y, sobre todo, la familia. Entre ellas, la inseminación artificial *post mortem* plantea complejos desafíos legales, ya que implica la posibilidad de concebir un hijo tras el fallecimiento de uno de sus progenitores, impactando directamente en la filiación, los derechos sucesorios y especialmente creando controvertidos debates éticos complejos en cuanto al reconocimiento de derechos filiales, la sucesión hereditaria y el equilibrio entre los avances científicos y los principios fundamentales del Derecho Civil.

1.1. Objetivos del trabajo

En este contexto, el objetivo principal de este trabajo es analizar las consecuencias jurídicas derivadas de las técnicas de reproducción asistida en el ámbito de la filiación, con especial atención a la inseminación artificial *post mortem* y su tratamiento en el ordenamiento jurídico español. Para ello, se plantean los siguientes objetivos específicos:

1. Examinar el marco legal vigente en España en relación con la reproducción asistida, con atención especial a los supuestos *post mortem*.
2. Identificar y evaluar los problemas jurídicos concretos que plantea esta técnica, especialmente en lo relativo a la filiación y los derechos sucesorios.
3. Comparar la regulación española con la normativa de otros países del entorno, con el fin de detectar diferencias normativas y posibles áreas de mejora legislativa.
4. Abordar las principales consideraciones éticas que suscita la inseminación artificial *post mortem*.

1.2. Metodología empleada

Para la realización de este trabajo se empleará una combinación de métodos que permitirán abordar de manera integral y detallada el objeto de estudio. En primer lugar, se utilizará el método histórico, que resulta indispensable para comprender la evolución del concepto de filiación a lo largo del tiempo, así como los avances en las técnicas de reproducción asistida. Este enfoque permitirá analizar cómo los cambios sociales, tecnológicos y jurídicos han influido en la configuración actual de la filiación.

Además, se aplicará el método positivista-legalista, centrado en el análisis de la normativa vigente. En este sentido, se examinarán con especial atención la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida y las disposiciones del Código Civil español relacionadas con la filiación. Este enfoque garantizará un estudio exhaustivo de las bases legales que regulan la materia en el ordenamiento jurídico español.

Finalmente, se empleará el método comparatista con el objetivo de analizar cómo se regula esta práctica en otros ordenamientos jurídicos. Este enfoque comparativo permitirá identificar similitudes, diferencias y buenas prácticas que puedan servir de referencia para enriquecer el debate jurídico en España.

La combinación de los citados métodos permite una visión pluridimensional que facilita la comprensión de los problemas afrontados en el trabajo.

2. CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO DE LA FILIACIÓN

2.1. Definición y evolución histórica

El concepto de filiación ha experimentado una notable evolución a lo largo de la historia. En los sistemas jurídicos antiguos, como el Derecho Romano, se distinguía entre los hijos legítimos, nacidos dentro del matrimonio, y los *spuri*, aquellos nacidos fuera de cualquier relación estable¹. Con el paso del tiempo, esta distinción se fue consolidando, generando importantes desigualdades en los derechos de los hijos según su origen.

En España, antes de la reforma del Código Civil de 1981, la filiación se clasificaba en legítima e ilegítima. Dentro de la filiación ilegítima, a su vez, se diferenciaba entre hijos naturales (aquellos cuyos padres podían haber contraído matrimonio) y otros tipos de hijos ilegítimos, como los adulterinos o incestuosos, a los que la ley otorgaba menos derechos. En términos generales, los hijos nacidos fuera del matrimonio veían restringidos sus derechos respecto a la patria potestad, la herencia y el reconocimiento paterno, salvo en los casos en los que el progenitor los reconociera expresamente.

¹ Ana M. Rodríguez González, *El Derecho y la diferenciación de sexos*, Universidad Carlos III de Madrid, OCW - OpenCourseWare, disponible en https://ocw.uc3m.es/pluginfile.php/1960/mod_page/content/17/derecho_diferenciacion2.pdf (última consulta: 15 de enero de 2025)

El cambio más significativo se produjo con la aprobación de la Constitución Española de 1978, que estableció el principio de igualdad de todos los hijos ante la ley². Este principio se consolidó con la reforma del Código Civil de 1981, que eliminó la distinción entre filiación legítima e ilegítima y estableció que la filiación matrimonial y extramatrimonial producía los mismos efectos jurídicos³. Desde entonces, los hijos gozan de igualdad de derechos sin importar si han nacido dentro o fuera del matrimonio, garantizándose su derecho a la identidad y a la protección familiar.

En definitiva, se observa a lo largo de la historia, un cambio progresivo hacia un sistema más igualitario y protector de los derechos de los hijos, en el que prevalece el interés superior del menor sobre cualquier otra consideración.

Actualmente, la filiación constituye un estado civil del que derivan una serie de derechos y obligaciones, como la nacionalidad, derecho de cuidado y alimentos, custodia o derechos sucesorios.

Se trata de una realidad que, aunque tiene su origen en un hecho biológico, debe estar reconocida por el ordenamiento jurídico para desplegar sus efectos legales. El Código Civil español regula la filiación dentro de un marco normativo que busca garantizar tanto la seguridad jurídica como la protección del interés social y, sobre todo, la igualdad jurídica.

Desde una perspectiva constitucional, el artículo 39.2 de la Constitución Española establece que *“los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación”*, lo que implica la prohibición de cualquier discriminación en función del origen de la filiación, ya sea matrimonial, extramatrimonial o adoptiva. Este principio de igualdad ha sido clave en la evolución normativa sobre la materia.

El Código Civil, en su artículo 108, establece la clasificación de la filiación en matrimonial, extramatrimonial y adoptiva, reconociendo que todas ellas generan los mismos efectos jurídicos. No obstante, el reconocimiento de la filiación no siempre

² Bufete Osuna, *Diferencias entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales*, disponible en <https://bufeteosuna.es/diferencias-hijos-matrimoniales-extramatrimoniales/> (última consulta: 15 de enero de 2025)

³ Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, art. 108, (BOE núm. 122, de 22 de mayo de 1981)

coincide con la realidad biológica. Ejemplo de esto son los supuestos de adopción, los casos donde se produce un reconocimiento legal de un hijo por parte de quien no es su progenitor genético, o en sentido inverso, en los supuestos en los que existe una relación biológica pero no un reconocimiento jurídico expreso de esa relación.

Además, con la evolución de la sociedad y el avance de las técnicas de reproducción asistida, el concepto de filiación ha seguido ampliándose para adaptarse a nuevas realidades. La legislación actual reconoce la filiación derivada de la reproducción asistida⁴, así como la posibilidad de inscripción de hijos de parejas no casadas o en situaciones de maternidad en solitario⁵. No obstante, sigue habiendo desafíos en algunos ámbitos, como la regulación de la gestación subrogada, que en España todavía es considerada nula de pleno derecho⁶.

Precisamente, con la introducción de las técnicas de reproducción asistida, la disociación entre biología y filiación se ha hecho aún más evidente. Ante estas situaciones, el consentimiento y la regulación legal se convierten en el elemento central para la determinación de la relación parental-filial, restando importancia al fundamento biológico.

En definitiva, la filiación es el factor determinante en la configuración de elementos tan esenciales como los apellidos, la nacionalidad, el derecho de alimentos, los derechos sucesorios, y sobre quien recae la patria potestad.

2.2. Tipos de filiación en el Derecho Civil Español

A la hora de determinar los tipos de filiación, es importante distinguir entre la filiación producida por naturaleza y la filiación adoptiva mediante resolución judicial. En el caso de la filiación por naturaleza, esta puede ser o bien matrimonial, o bien no matrimonial.

2.2.1 *Filiación matrimonial*

La filiación matrimonial se fundamenta en el vínculo matrimonial entre los progenitores y en el reconocimiento legal de la maternidad y la paternidad. La maternidad se acredita

⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, art. 7, (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

⁵ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011).

⁶ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, art. 10, (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

mediante la prueba de que la mujer dio a luz y que, por tanto, es la madre del hijo cuya filiación se pretende establecer. Por su parte, la paternidad se presume conforme a lo dispuesto en el artículo 116 del Código Civil, que establece que "*se presumen hijos del marido los 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*".

2.2.2 Filiación no matrimonial

Por otro lado, la filiación no matrimonial se determina mediante un procedimiento ordinario y se basa en una afirmación directa de la paternidad, mediante la cual se reconoce la existencia del hecho biológico de la procreación que dio lugar al nacimiento del hijo.

El artículo 120 del Código Civil establece diversas formas legales para determinar la filiación no matrimonial. Estas incluyen: la inscripción del nacimiento en el Registro Civil; la declaración de conformidad realizada por el padre en el formulario oficial correspondiente, según lo dispuesto por la legislación del Registro Civil; el reconocimiento efectuado ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; una resolución dictada en un expediente tramitado conforme a la normativa del Registro Civil; o mediante una sentencia firme. En el caso de la filiación materna, esta se determina cuando se hace constar en la inscripción de nacimiento dentro del plazo establecido, conforme a lo indicado en la Ley del Registro Civil.

Por otro lado, la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial regulada por el artículo 131 del Código Civil, representa la manifestación más clara del derecho a investigar y establecer la paternidad de una persona. Su principal finalidad es determinar el vínculo jurídico entre un hijo y su progenitor cuando no existe reconocimiento voluntario ni presunción legal. Este procedimiento garantiza la protección de los derechos del menor y la consolidación de su identidad, gracias a los efectos legales que se despliegan de la filiación.

En aquellos casos en los que existe posesión de estado, es decir, cuando la relación entre el supuesto progenitor y el hijo ha sido notoria y reconocida socialmente, la acción puede ser ejercitada por cualquier persona que tenga un interés legítimo en el proceso. La jurisprudencia establece que la posesión de estado se configura a través de tres elementos esenciales: el *nomen* (uso del apellido del presunto progenitor), el *tractatus* (actos que

comporten el cumplimiento de la función propia de un progenitor) y la fama (reconocimiento social de la relación filial)⁷.

Cuando, por el contrario, no existe posesión de estado, la acción corresponde directamente al hijo, quien tiene derecho a reclamar la filiación durante toda su vida. En el caso de los menores de edad, esta acción puede ser ejercida por su representante legal en su nombre, quien suele ser la madre si ostenta la patria potestad; o bien por el Ministerio Fiscal en aquellos supuestos en los que se busque proteger el interés superior del menor.

En cuanto a los plazos para el ejercicio de esta acción, el Código Civil la considera imprescriptible, por lo que no existe un límite temporal para su interposición. No obstante, el artículo 133.2 del Código Civil establece ciertos plazos de caducidad en casos específicos, como cuando el fallecimiento del hijo impide que pueda ejercer su derecho a la reclamación, permitiendo que sus herederos continúen el procedimiento en su lugar.

Esta acción busca garantizar el derecho del hijo a conocer su origen y establecer jurídicamente su identidad. La legislación y la jurisprudencia han evolucionado para reforzar este derecho, permitiendo su ejercicio en un amplio margen de supuestos y asegurando que, en caso de controversia, se privilegie la verdad biológica y el interés superior del afectado.

En definitiva, la filiación se puede determinar por:

- El parto, en el supuesto de la madre
- Presunción de paternidad en el matrimonio
- La adopción, tras el proceso que da lugar a la misma
- Las formas de reconocimiento de los hijos extramatrimoniales que reconoce el artículo 120 del Código Civil
- La acción de reclamación de filiación extramatrimonial

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 267/2018, de 9 de mayo, Rec. 2762/2017 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2018/1854, FJ 2º]. Fecha de última consulta: 15 de enero de 2025.

3. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU IMPACTO JURÍDICO

3.1. Tipo de Técnicas de Reproducción Asistida

El tema de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida resulta de especial interés, tanto desde una perspectiva médica como jurídica. Estas técnicas representan uno de los avances biomédicos más relevantes de la historia, ya que permiten cumplir el deseo de tener hijos a parejas heterosexuales, homosexuales o mujeres que deciden emprender la maternidad en solitario. Constituyen una solución para quienes enfrentan problemas como la infertilidad o la esterilidad y, además, ofrecen alternativas accesibles para quienes eligen formar una familia monoparental.

Por otro lado, las técnicas de reproducción humana asistida destacan por su carácter innovador y su creciente desarrollo. Aunque su origen se remonta a décadas anteriores, su perfeccionamiento más notable se ha alcanzado en los últimos años, evidenciando la necesidad de una regulación jurídica que contemple las diversas relaciones y realidades sociales asociadas.

El Código Civil promulgado en 1889 no regulaba las técnicas de reproducción humana asistida, que eran completamente impensables hasta el momento. La primera regulación que se realizó sobre la materia fue con la promulgación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida que fue posteriormente derogada por la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Esta ley supuso un avance significativo respecto a la anterior, que adoptaba un enfoque más restrictivo mediante un sistema *numerus clausus* de técnicas autorizadas. Actualmente, la ley opta por un modelo más flexible, permitiendo la incorporación de nuevas técnicas según los avances científicos y médicos, siempre bajo la supervisión de las autoridades sanitarias y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

Según la Exposición de Motivos, esta normativa busca evitar la “petrificación normativa” y facilitar la autorización de nuevas prácticas conforme a la evolución científica y clínica⁸.

⁸ Exposición de Motivos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006): “La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo,

En su Anexo I, la ley establece las técnicas que están actualmente reconocidas y permitidas en España: (i) la inseminación artificial, (ii) la transferencia intratubárica de gametos, (iii) la fecundación in vitro y (iv) la inyección intracitoplasmática de espermatozoides.

La inseminación artificial es una de las técnicas más sencillas y consiste en la introducción de espermatozoides previamente seleccionados en el aparato reproductor femenino, facilitando así la fecundación de manera más directa⁹. Esta técnica puede realizarse con espermatozoides del cónyuge o pareja o con espermatozoides de un donante anónimo, lo que amplía sus posibilidades en distintos contextos.

Otra técnica ampliamente utilizada es la fecundación in vitro, en la que los óvulos se extraen del ovario y se fecundan con espermatozoides en un laboratorio. Una vez formados los embriones, estos se transfieren al útero de la mujer¹⁰. Esta técnica es particularmente útil en casos donde la inseminación artificial no resulta eficaz, como en mujeres con obstrucción de las trompas de falopio. Dentro de la fecundación in vitro, existe una variante conocida como inyección intracitoplasmática de espermatozoides, que consiste en la introducción de un único espermatozoide directamente en el óvulo para facilitar la fecundación¹¹. Esta técnica es especialmente recomendada en casos de infertilidad masculina severa, donde la movilidad o cantidad de espermatozoides es insuficiente para lograr una fertilización natural.

La vitrificación de gametos y embriones, así como la criopreservación son técnicas clave en la reproducción asistida, ya que permiten la preservación de óvulos, espermatozoides

evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas”.

⁹ Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Preguntas frecuentes sobre la autoinseminación*, Ministerio de Sanidad, Gobierno de España (disponible en: <https://cnrha.sanidad.gob.es/informacionInteres/autoinseminacion/faqs.htm>; última consulta: 10 de febrero de 2025).

¹⁰ Fernández, L., “La fecundación post mortem: regulación legal y conflictos bioéticos”, *Revista AJI*, n.º 11, 2022, p. 526-549 (disponible en <https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/04/11.-Laura-fern%C3%A1ndez-262-287.pdf>; última consulta: 17/02/2025).

¹¹ Reproducción Asistida ORG, “Microinyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)”, *Reproduccionasistida.org*, 2024 (disponible en <https://www.reproduccionasistida.org/microinyeccion-intracitoplasmica-de-espermatozoides-icsi/>; última consulta: 17/02/2025).

y embriones a temperaturas extremadamente bajas para su uso en el futuro¹². Esta técnica es fundamental en la inseminación artificial post mortem, ya que permite el almacenamiento del material genético del fallecido para su posterior utilización en procedimientos reproductivos. También resulta relevante en otros contextos, como en pacientes oncológicos que desean preservar su fertilidad antes de someterse a tratamientos agresivos.

3.2. Impacto Jurídico de las Técnicas de Reproducción Asistida

En el ámbito jurídico, la utilización de estas nuevas técnicas ha llevado a redefinir conceptos fundamentales del derecho de la persona. Uno de los principales efectos jurídicos de las técnicas de reproducción asistida es la modificación de las normas sobre filiación.

Como ya se ha analizado, la concepción tradicional de la filiación se establecía sobre la base de la concepción natural y el vínculo biológico. Sin embargo, con la incorporación de técnicas como la fecundación in vitro, la donación de gametos y la gestación subrogada, se han desarrollado nuevos criterios legales para determinar la filiación de los niños nacidos por estas vías.

Otro aspecto clave del impacto jurídico de estas técnicas es el consentimiento informado, un requisito esencial para garantizar la voluntariedad de los implicados en los procedimientos. La ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida exige que cualquier persona que se someta a una técnica de las previstas en la ley debe otorgar su consentimiento expreso y por escrito antes de iniciar el tratamiento, y en algunos casos, se permite su revocación hasta el momento en que los gametos sean utilizados. Esto cobra especial relevancia en casos como la inseminación artificial post mortem, como posteriormente se estudiará.

El uso de estas técnicas también ha llevado a la regulación de la donación y criopreservación de gametos y embriones, estableciendo límites sobre su utilización y almacenaje. La Ley prohíbe la comercialización de gametos y permite únicamente la

¹² Clínicas de Fertilidad, “Criopreservación: Qué es y cómo funciona esta técnica de preservación de fertilidad”, *Clínicasfertilidad.com*, 2021 (disponible en <https://www.clinicasfertilidad.com/fertilidad/criopreservacion>; última consulta: 17/02/2025).

donación anónima y altruista¹³. Además, se establece un tiempo máximo de conservación de los gametos y embriones congelados y se regula el destino de estos en caso de fallecimiento de los progenitores o separación de la pareja.

En el ámbito de la gestación subrogada, el impacto jurídico es aún más controvertido. Algunos países han optado por prohibirla completamente, mientras que otros permiten la subrogación altruista – como en Canadá o Reino Unido – o incluso la comercial – en el caso de Rusia o algunos estados de Estados Unidos¹⁴. En España, la legislación vigente no reconoce la gestación subrogada, por lo que los niños nacidos en otros países bajo este procedimiento pueden enfrentarse a dificultades en el reconocimiento de su filiación bajo el ordenamiento jurídico español.

Finalmente, el acceso a las técnicas de reproducción asistida también ha generado debate jurídico en relación con la igualdad y no discriminación. La legislación ha debido adaptarse para garantizar el acceso a las técnicas de reproducción asistida a mujeres solteras, parejas del mismo sexo y personas transgénero, eliminando barreras normativas que anteriormente restringían el uso de estas técnicas únicamente a parejas heterosexuales con problemas de fertilidad.

En conclusión, las técnicas de reproducción asistida han transformado el panorama jurídico en múltiples áreas, desde la filiación y el consentimiento hasta la bioética y la regulación de la donación y la gestación subrogada. La evolución de estas técnicas sigue desafiando los marcos normativos, exigiendo una constante actualización legislativa para equilibrar los avances científicos con los derechos y principios legales que rigen la sociedad.

¹³ Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Aspectos legales sobre donantes: Registro Nacional de Donantes*, Ministerio de Sanidad, Gobierno de España (disponible en <https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/donantes/aspectosLegales/home.htm>; última consulta: 17/02/2025).

¹⁴ BBC News Mundo, *La gestación subrogada comercial es legal solo en algunos países: los retos de esta práctica en el mundo*, 6 de abril de 2023 (disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65196202>; última consulta: 17/02/2025).

4. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM

4.1. Requisitos legales en España

La reproducción asistida post-mortem se refiere al uso de técnicas de reproducción asistida para concebir un hijo utilizando el material genético de una persona fallecida. Esto puede incluir, tanto técnicas de inseminación artificial *post mortem* como técnicas de fertilización in vitro *post mortem*¹⁵. Las razones para recurrir a estas técnicas son diversas y, a menudo, están profundamente vinculadas a las circunstancias personales de la pareja y a decisiones tomadas antes del fallecimiento.

En muchos casos, la intención de formar una familia existía antes del fallecimiento del hombre, pero esta planificación puede haberse visto interrumpida de manera repentina debido a una muerte inesperada. Este tipo de técnicas ofrecen la posibilidad a la pareja sobreviviente de cumplir con el proyecto de vida que ambos habían concebido juntos. Además, la posibilidad de concebir un hijo del fallecido puede representar una forma de honrar su memoria y materializar el deseo de tener descendencia.

Otro motivo fundamental para la utilización de esta técnica es la creciente prevalencia de enfermedades como el cáncer. Hoy en día, muchos hombres optan por la criopreservación de su esperma antes de someterse a tratamientos médicos que podrían afectar a su fertilidad, como la quimioterapia¹⁶. Esta precaución permite que, en caso de fallecimiento, su pareja pueda utilizar el material genético para concebir.

El creciente uso de esta técnica plantea una serie de cuestiones éticas, legales y sociales, que hacen imprescindible un desarrollo legislativo específico. La legislación vigente en materia de reproducción asistida *post mortem* prohíbe expresamente el uso de material reproductor de una persona distinta al marido o al compañero de hecho fallecido. Esto implica que no es legal emplear el material genético de un donante anónimo o de un

¹⁵ García Rojo, E., *Recuperación espermática postmortem: las cuestiones éticas y legales del acto de crear vida a partir del semen de un fallecido*, 2022 (disponible en <https://rocclinic.com/blog/recuperacion-espermatica-postmortem-las-cuestiones-eticas-y-legales-del-acto-de-crear-vida-a-partir-del-semen-de-un-fallecido/>; última consulta: 1/03/2025).

¹⁶ Instituto Cefer, *Congelación de semen en pacientes oncológicos: Preservando la fertilidad ante los tratamientos de radioterapia y quimioterapia*, 2023 (disponible en <https://www.institutocefer.com/blog/congelacion-de-semen-en-pacientes-oncologicos-preservando-la-fertilidad-ante-los-tratamientos-de-radioterapia-y-quimioterapia/>; última consulta: 1/03/2025).

tercero tras la muerte del cónyuge o pareja, incluso si la mujer desea concebir un hijo mediante técnicas de reproducción asistida. La finalidad de esta limitación es clara: preservar un marco de seguridad jurídica y continuidad familiar, restringiendo la posibilidad de reproducción *post mortem* únicamente a aquellas situaciones en las que existía una relación afectiva.

Actualmente en España, la inseminación artificial *post mortem* está permitida, pero su aplicación está sujeta a ciertos requisitos legales para garantizar que se lleve a cabo conforme a la voluntad del fallecido. Esta regulación se encuentra recogida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En particular, el artículo 9 de esta ley determina los criterios y plazos para el uso del material genético de la persona fallecida. Este artículo establece lo siguiente:

Artículo 9. Premoriencia del marido.

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

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 marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

Este artículo regula los requisitos esenciales que deben cumplirse para poder reconocer la filiación entre el hijo superpóstumo y su padre biológico. En primer lugar, es esencial el consentimiento expreso del fallecido, para que una vez ya muerto, pueda usarse su material biológico, previamente congelado, con el fin de reproducirse. Sin este consentimiento, el uso de gametos o embriones no está permitido bajo ninguna circunstancia. No obstante, la Ley establece la presunción de la existencia de dicho consentimiento si el hombre, de forma previa a su fallecimiento, estuvo sometido a un proceso de reproducción asistida iniciado para la transferencia de embriones.

Este consentimiento debe cumplir los requisitos de expresión libre, consciente y formal¹⁷. En primer lugar, debe constar en documento público (en cualquiera de las tres formas previstas por la ley: testamento, escritura pública o documento de voluntades anticipadas), de manera que, no basta con declaraciones verbales ni con el testimonio de la pareja o familiares. En segundo lugar, debe ser un consentimiento informado y, por supuesto libre de cualquier vicio de la capacidad.

En ausencia de este consentimiento expreso, la ley prohíbe que se utilicen los gametos o embriones del fallecido. No se acepta la mera manifestación verbal de la viuda/pareja sobre la teórica voluntad del marido/pareja si no hay documentos legales escritos que lo confirmen. En este caso, los gametos que estuvieran almacenados deberán ser destruidos o donados para fines de investigación o reproducción de terceros, según establece el artículo 11 de la citada ley.

En algunos países, los tribunales han admitido la utilización de material genético *post mortem* en ausencia de un consentimiento formal, siempre que existieran pruebas claras y contundentes de la voluntad del fallecido, como testimonios o registros indirectos. Un ejemplo representativo es el caso de Diana Blood en el Reino Unido, donde se permitió el uso del espermatozoide de su marido fallecido a pesar de no contar con un consentimiento escrito, basándose en evidencias que demostraban su deseo de tener hijos¹⁸.

¹⁷ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, art. 6.3 (BOE 27 de mayo de 2006).

¹⁸ University of Sheffield, Diane Blood – Life after Death: A woman’s victory in having her husband’s child, University of Sheffield, 2017 (disponible en <https://www.sheffield.ac.uk/whatson/past/diane-blood>; última consulta: 2/03/2025).

El segundo requisito legal importante es el límite de tiempo dentro del cual la pareja del fallecido puede someterse a la técnica de reproducción asistida. En la regulación de la Ley de 35/1988, el plazo máximo legal para la fecundación era de 6 meses desde el fallecimiento. Con la entrada en vigor de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, este plazo ha sido ampliado a un máximo de 12 meses. Una vez transcurrido dicho plazo, la mujer pierde el derecho a utilizar los gametos o embriones del fallecido para fines reproductivos.

Se trata de un criterio puramente legal, ya que, desde el punto de vista biológico, el material genético criopreservado puede mantenerse sin afectar a su calidad durante muchos más años. Este límite legal, que en nuestro ordenamiento constituye un requisito muy rígido, responde a una lógica jurídica: evitar conflictos sobre la filiación y los derechos sucesorios, proteger el equilibrio emocional de la mujer, y facilitar una planificación familiar coherente con la realidad social¹⁹.

Asimismo, la rigidez del sistema legal español no solo se manifiesta en los plazos, sino también en la asimetría del tratamiento legal entre el material reproductivo masculino y femenino tras el fallecimiento. De esta manera, ¿Qué pasaría si la persona fallecida en este caso es la mujer, y fuera el hombre el que desea dar continuidad a ese deseo de descendencia? Pues bien, si la fallecida es la mujer, la legislación no contempla la posibilidad de que esta haya dejado autorizado el uso de sus gametos o embriones por parte de su pareja viuda con fines reproductivos. Para que un hombre pudiera utilizar dichos embriones y convertirse en padre biológico, se requeriría necesariamente la intervención de otra mujer como gestante. Sin embargo, en España no está permitida la gestación subrogada, ni tampoco la donación anónima de óvulos o embriones con fines reproductivos *post mortem*, tal y como establece el artículo 10.1 de la Ley 14/2006²⁰.

4.2. Ausencia de los requisitos legales de admisión de la reproducción artificial *post mortem*

La legislación es clara al establecer los requisitos esenciales para que la inseminación artificial *post mortem* despliegue todos sus efectos jurídicos. Sin embargo, ¿Qué ocurriría

¹⁹ Ochoa, C., & Lledó Yagüe, F. Artículo 9. Premoriencia del marido. En Comentarios científico-jurídicos a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, 2008, (disponible en <https://vlex.es/vid/articulo-9-premoriencia-marido-468269>; última consulta: 02/03/2025).

²⁰ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, art. 10.1. (BOE 27 de mayo de 2006): “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

en el caso de que, finalmente se llevara a cabo la inseminación artificial *post mortem*, pero no se cumpliera alguno de los requisitos legales del artículo 9 de la ley de técnicas de reproducción asistida? En primer lugar, el artículo 26.2.a)3º) de esta misma ley sanciona ese uso como falta grave, imponiendo una multa pecuniaria de hasta 10.000 euros.

En segundo lugar, en lo que respecta a las cuestiones relacionadas con la filiación, existen diferentes interpretaciones doctrinales. Un primer grupo de autores consideraran invalidada tal fecundación, y mantienen la imposibilidad de reconocer la filiación ni relación jurídica alguna entre el marido o compañero fallecido y el hijo nacido.

En ese sentido se pronuncia la Dirección General de los Registros y Notariado²¹. Se trata de un supuesto en el que se implantó un embrión crioconservado después de que el marido hubiera fallecido, sin que él hubiera dado consentimiento expreso para la implantación *post mortem*; únicamente había dado su autorización para la congelación de los embriones. La consecuencia jurídica fue clara: se denegó la inscripción de la filiación paterna en el Registro Civil.

El juez encargado del caso argumentó que no existía un consentimiento fehaciente. Aunque el embrión se había creado en vida del marido, eso no equivalía a autorizar su uso tras la muerte. La normativa aplicable exigía un consentimiento específico y expreso para el supuesto excepcional del fallecimiento del progenitor, y este no podía deducirse de forma automática a partir del simple consentimiento para la crioconservación²². Esta resolución pone de relieve la trascendencia jurídica del consentimiento del progenitor fallecido. En ausencia del mismo, sólo quedaría determinada la filiación del hijo nacido respecto de la madre, dejando al hijo sin un reconocimiento legal de la filiación paterna. Parte de la doctrina considera que esta conclusión no es acorde con los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente con el principio del interés superior del menor y su derecho a la identidad familiar y personal (dentro del cual se encuentra el derecho a tener una filiación legalmente reconocida), lo cual justificaría soluciones más garantistas en favor del hijo nacido.

²¹ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2003/2453), [versión electrónica - base de datos Aranzadi]. Fecha de última consulta: 12/03/2025.

²² Escribano Tortajada, P., "Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida *post mortem* en la actualidad", Anuario de Derecho Civil, tomo LXIX, fasc. IV, 2016, pp. 1259–1300.

Otro sector de la doctrina²³ defiende la necesidad del reconocimiento de la filiación del hijo, ya sea como matrimonial respecto del marido fallecido o como no matrimonial respecto del compañero de hecho difunto, incluso en aquellos casos en que la inseminación artificial *post mortem* se haya llevado a cabo sin cumplir alguno de los requisitos legales exigidos por el artículo 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Esta postura sería concorde con el principio *favor fili*, principio jurídico interpretativo que implica que, en caso de duda o conflicto, las decisiones jurídicas deben tomarse priorizando siempre el interés del menor; en nuestro contexto, consiste en un reconocimiento legal del vínculo del nacido con sus progenitores, y del que deriva el acceso a sus derechos filiales (nombre, nacionalidad, herencia, etc.).

Hoy en día, este pilar informador está respaldado tanto en la Constitución Española²⁴ como en la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵, y ha sido reconocido en numerosas sentencias tanto del Tribunal Constitución como del Tribunal Supremo, interpretando ambos tribunales que, en los conflictos sobre filiación, custodia, patria potestad o técnicas de reproducción asistida, debe aplicarse el principio *favor fili* como expresión del interés superior del menor²⁶.

En estos casos, por tanto, es preferible que se reconozca la filiación para no perjudicar al hijo nacido, sin perjuicio de que se sancione al centro médico o a la madre que han llevado a cabo este procedimiento, pero no al niño, cuya protección hay que asegurar.

Probablemente esta última postura es la más acertada, en cuanto permite salvaguardar de forma efectiva los derechos del menor. No obstante, para que su aplicación resulte plenamente razonable, desde el punto de vista jurídico, parece necesario introducir una

²³ Pérez Monge, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002, p. 312.

²⁴ Constitución Española, art. 39.2 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978): “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...*”.

²⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, art. 3.1: “*En todas las medidas concernientes a los niños [...] el interés superior del niño será una consideración primordial*”.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional númº 236/2000, de 16 de octubre [Boletín Oficial del Estado, núm. 271, de 10 de noviembre de 2000. RTC 2000/236]: “*Es sabido que el favor filii, como la exigencia de la buena fe en otros ámbitos del Derecho civil, constituye un principio informador, una exigencia que vincula tanto la producción normativa como las resoluciones de los Tribunales en materias donde aparezcan menores*”.

distinción en función de la gravedad de los requisitos incumplidos, de cara a determinar con mayor precisión, las consecuencias jurídicas derivadas del proceso de inseminación artificial *post mortem*. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico no distingue entre las consecuencias por falta de consentimiento o por incumplimiento del plazo legal.

No sería adecuado considerar que produzca las mismas consecuencias jurídicas, la ausencia total de consentimiento, o el defecto de alguna de las formalidades legales exigidas. En este último caso, se pronuncian autores como GÁMIZ SANFELIU quienes consideran que, aunque el documento carezca de formalidades legales, debería ser suficiente para entablar una acción de reclamación de paternidad²⁷. Por el contrario, la mayor parte de la doctrina considera que la ausencia total de consentimiento por parte del progenitor fallecido sólo permita determinar la filiación respecto a la madre, y cabría en estos casos reclamación de responsabilidad civil respecto de la madre o del centro de reproducción asistida.

Por otro lado, en lo que respecta al requisito temporal, un grupo importante de la doctrina concluye la imposibilidad de reconocer efectos filiatorios, incluso si las pruebas genéticas confirman la relación biológica entre el nacido y el padre fallecido²⁸. La razón para sostener esta posición radica en que el objetivo que persigue la fijación de un plazo es evitar la inseguridad jurídica. Serían múltiples las consecuencias que podría derivarse de la aparición, tiempo después, de nuevos hijos (y, por ende, nuevos herederos). Esta conclusión puede resultar problemática si se adopta de manera absoluta, debiendo atender a las circunstancias concretas de cada caso. No siendo lo mismo que, la inseminación se haya producido transcurridos dos años desde el fallecimiento, a que se produzca diez años más tarde.

4.3. Implicaciones sobre la filiación y la herencia

Las dos grandes áreas de debate jurídico en relación con la reproducción artificial post mortem son la filiación y los derechos sucesorios que de ella se derivan. Cumplidos todos los requisitos legales para llevar a cabo este procedimiento, surgen varios interrogantes

²⁷ Gámiz Sanfeliu, M., “*Reflexiones sobre la fecundación post mortem. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*”, *Actualidad Civil*, 2009, número 10, La Ley 11701/2009, p. 5.

²⁸ Rodríguez Guitián, A. M., “Consecuencias jurídicas derivadas de la realización de la inseminación artificial post mortem”, en Francisco de Blasco Gascó, F. y Clemente Meoro, M., *Reproducción Artificial Post Mortem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 99-121.

fundamentales: ¿El hijo será reconocido legalmente como descendiente del fallecido? ¿Se reconocerán los mismos derechos y obligaciones que al resto de los hijos? ¿Tendrá derechos hereditarios? ¿Cómo afecta la existencia de este hijo a la herencia del progenitor fallecido y a los derechos de otros herederos?

4.3.1 Consecuencias jurídicas sobre la filiación

En primer lugar, el artículo 7 de la Ley 14/2006 establece que “*la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por la Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos*”, entre los que se encuentra por tanto el artículo 9 anteriormente señalado.

El problema jurídico que surge en relación con la filiación por reproducción artificial post mortem es la dificultad para aplicar las normas del Código Civil relativas a la filiación para estos casos. Como ya se ha analizado anteriormente, los preceptos del Código Civil reconocen dos tipos de filiación: la filiación matrimonial y la filiación no matrimonial. ¿Pero, dentro de cual encaja la filiación por reproducción artificial post mortem?

El artículo 116 del Código Civil establece la presunción de paternidad: “*Se presumen hijos del marido los 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*”. En estos casos, la concepción del hijo se ha producido cuando el matrimonio ha sido disuelto por fallecimiento del padre, por lo tanto, para aplicarse esta presunción, debería producirse su nacimiento, dentro de los 300 días siguientes al fallecimiento. Sin embargo, debido a las dificultades prácticas que conllevan estas técnicas y al delicado estado psicológico en el que suele encontrarse la mujer durante este periodo, lo más probable es que el hijo nazca una vez transcurridos los 300 días, lo que complica el reconocimiento del hijo como matrimonial. Esto impide en la mayoría de los casos aplicar la presunción de paternidad automáticamente.

Por otro lado, podría pensarse en la aplicación del artículo 118 del Código Civil para estos supuestos. Así, aun faltando la presunción de paternidad del marido, podría reconocerse la filiación como matrimonial si ambos cónyuges prestan su consentimiento. En este caso, el consentimiento de la mujer se manifestaría en el momento de la filiación mientras que el del marido se presumiría concedido mediante la autorización previa (a través de

cualquiera de los medios enumerados en el artículo 9.3 de la Ley de TRHA) para la fecundación post mortem. No obstante, el propio artículo 118 explica que esta vía de reconocimiento está prevista para los casos de “*separación legal o de hecho de los cónyuges*”, no siendo este el caso, pues se produce la disolución del matrimonio por fallecimiento.

Es por esto por lo que, se establece la excepción en el artículo 9.2 de la ley de técnicas de reproducción humana asistida, que reconoce la filiación matrimonial *ope legis* para los supuestos de inseminación artificial *post mortem*, siempre que se cumplan los requisitos esenciales (consentimiento expreso del fallecido y plazo máximo para la fecundación). Este reconocimiento resulta justificado en la medida que, aunque la concepción del hijo no se haya producido mediante una relación sexual entre el marido y la mujer, concurren los dos elementos esenciales característicos de la procreación natural: la aportación del material genético y la existencia de una voluntad común de tener un hijo²⁹.

Asimismo, surge la duda de si este mismo reconocimiento se puede realizar cuando el material genético utilizado para la reproducción proviene del compañero *more uxorio*. Así, el artículo 9.3 de la Ley 14/2006 establece que, en los casos en los que no haya vínculo matrimonial, el consentimiento otorgado por el hombre, siempre que cumpla los requisitos de forma y plazo, constituye título suficiente para iniciar el expediente previsto en el artículo 49 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil, y de esta manera, declarar la filiación no matrimonial del compañero *more uxorio* ya fallecido.

Finalmente, es preciso aclarar un vacío legal que plantea la doctrina: ¿Qué ocurre si la mujer contrae un nuevo matrimonio dentro del plazo de 12 meses que establece el artículo 9 de la Ley 14/2006?³⁰ Aquí se da una colisión de presunciones: por un lado, la del padre fallecido que consintió en vida la fecundación post mortem, y por otro, la del nuevo esposo según el artículo 116 del Código Civil. No queda claro, por tanto, a quien debe atribuirse la paternidad. En principio, si la clínica médica certifica que la fecundación se realizó con el consentimiento del fallecido, debería prevalecer la paternidad de éste. No

²⁹ Rodríguez Guitián, A. M., “Consecuencias jurídicas derivadas de la realización de la inseminación artificial post mortem”. Op. cit. p. 102.

³⁰ Rodríguez Guitián, A., «Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad», Boletín del Ministerio de Justicia, n.º 2179, junio de 2015, pp.85-123.

obstante, si el segundo marido tiene dudas, podría recurrir a la acción mixta prevista en el artículo 134 del Código Civil.

4.3.2 Consecuencias jurídicas sobre los derechos hereditarios

Esta determinación de la filiación implica para el menor una serie de derechos. Entre ellos, se encuentra el derecho al nombre y a los apellidos, como parte del derecho a la personalidad de los hijos; la atribución de la patria potestad, que implica el cuidado del menor; los derechos de alimento; la nacionalidad y los derechos sucesorios.

Precisamente en relación con este último efecto, uno de los puntos que ha generado mayor controversia doctrinal ha sido el reconocimiento de los derechos sucesorios en favor del hijo superpóstumo. La doctrina vuelve a estar dividida: por un lado, aquellos que consideraban que el hijo no debía tener derechos sucesorios³¹ y, por otro lado, aquellos que consideraban que efectivamente debían reconocerse estos derechos porque si no sería un claro caso de discriminación y supondría una vulneración de los derechos constitucionales del hijo.

La primera corriente, mayoritaria en el pasado, estaba respaldada por el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas del 21 de abril de 1986³². Los defensores de esta corriente basaban su convicción en el artículo 758 del Código Civil. Este artículo exige que "*Para que una persona pueda suceder, es necesario que exista al tiempo de la muerte de la persona a quien haya de heredar.*" Es decir, para que el hijo superpóstumo pueda adquirir derechos sucesorios, es preciso que exista en el momento del fallecimiento del causante (o que al menos, esté concebido). Pues lo contrario, genera una pausa legal en el proceso sucesorio,

³¹ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Reproducción asistida "Post Mortem"*, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, n.º 8, Aranzadi, 2001, p. 741: "*En definitiva, lo que quiero poner de relieve es que una cosa es permitir la utilización del semen del premuerto, en lo que me inclinaría por una regulación sumamente permisiva, limitada básicamente por la voluntad expresa en contra del fallecido, y otra cosa – que no tiene por qué ir unida a la anterior, ni, por ende, limitar su alcance– es permitir que esa inseminación «post mortem» produzca efectos sucesorios*".

³² Congreso de los Diputados, Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas, BOCG Serie E, núm. 166, 1986. Recomendación 13: "*Deberá legislarse que el hijo nacido por IA con semen del marido o varón de la pareja estable, o por FIVTE con un embrión congelado originado con semen de aquéllos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquéllos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o de la herencia del fallecido*".

que podría prolongarse en el tiempo, y no se resolvería hasta que no estuvieran todos los herederos definidos.

Una segunda corriente doctrinal ha sostenido la necesidad de reconocer los derechos sucesorios del hijo superpóstumo³³. Cabe señalar que el Informe de la Comisión Especial fue elaborado con anterioridad a la promulgación de la Ley de 1988. Sin embargo, tras su publicación y con la posterior aprobación de la Ley de 2006, esta segunda línea interpretativa ha adquirido mayor respaldo en el ámbito jurídico y doctrinal, al considerar que la negación de tales derechos vulnerarían principios constitucionales, como el principio de no discriminación.

La Constitución Española de 1978 establece la obligación de los poderes públicos de garantizar la protección integral de los hijos, quienes son iguales ante la ley con independencia de su filiación³⁴. Desde esta perspectiva, si el legislador privara a los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida post mortem de sus derechos sucesorios, podría configurarse una vulneración del artículo 14 CE³⁵. Esto supondría una discriminación injustificada entre hijos genéticamente idénticos, nacidos del mismo padre y de la misma madre, basada únicamente en la forma de concepción³⁶.

Esta protección constitucional ya tenía cabida dentro de los preceptos del Código Civil. En nuestro ordenamiento, tienen capacidad para suceder por testamento o abintestato todas aquellas personas que no estén incapacitadas por ley. Atendiendo al artículo 745 en conexión con el artículo 29 del Código Civil, se puede establecer que el concebido, pero no nacido tiene capacidad sucesoria, aunque sus derechos no serán efectivos hasta su nacimiento y siempre y cuando se cumpla la condición del artículo 30. Por lo tanto, el Código Civil reconoce ciertamente la capacidad sucesoria del *nasciturus*.

³³ Vid. Santolaria Baig, I., & Ramón Fernández, F. "La fecundación post mortem en España: problemas y límites jurídicos y bioéticos". Revista Iberoamericana de Bioética, (13), 2025, (disponible en: <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/11799/12212>), última consulta: 15/03/2025).

³⁴ Constitución Española, art. 39.2, (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978): "2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad".

³⁵ Constitución Española, art. 14, (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978): "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

³⁶ Rodríguez Guitián, A. M., *Reproducción artificial post mortem*. Op. Cit., p. 105-106.

A estos efectos, el artículo 9 regula dos supuestos diferentes. Por un lado, los preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del hombre, pero transferidos *post mortem*; y, por otro lado, los casos en los que se produce directamente la inseminación artificial *post mortem* con el material genético del hombre ya fallecido, pero que dio su consentimiento en vida.

Teniendo en cuenta estas dos posibles situaciones, cabe pensar que el concepto de *nasciturus* sería aplicable a la primera de las hipótesis planteadas. En el momento de fallecimiento del causante, ya estaba concebido, aunque se tratara de un concebido *in vitro*, por lo que, se puede aplicar un tratamiento análogo al que tiene el *nasciturus* con respecto a los derechos sucesorios³⁷.

Ahora bien, el problema en el reconocimiento de los derechos hereditarios gira en torno a los casos de inseminación artificial *post mortem*, es decir, con el *concepturus* (no concebido, aunque lo será en un futuro). En relación con esto surge la pregunta de si se puede nombrar heredero a alguien que aún no ha sido concebido. Parte de la doctrina considera que, al permitir el código civil la figura del heredero fideicomisario, el padre tendría la capacidad en esta situación de ordenar que los bienes pasen al hijo una vez nazca, como ocurre con los *nasciturus*.

Pero, ¿Qué ocurre si el padre dio su consentimiento para la fecundación, pero no mencionó al hijo en su testamento? Se discute en estos casos si se trataría de una preterición o una exclusión intencionada. El debate se centra en si se puede considerar que ese hijo tiene derecho a heredar abintestato o sólo si expresamente ha sido instituido como heredero.

Parece claro que, si el testamento es anterior a la decisión de autorizar la fecundación, puede hablarse de una preterición no intencional. Sin embargo, hablaríamos de una preterición intencional en aquellos casos en los que el testamento fue redactado con posterioridad a la autorización para la fecundación, y aun así no se hace mención del hijo en el testamento.

Ahora bien, cabe preguntarse si la normativa del Código Civil relativa a la preterición puede aplicarse con carácter general al nacido fruto de un procedimiento de reproducción

³⁷ Rodríguez Guitián, A. M. *Reproducción artificial post mortem*. Op. cit., p. 110.

artificial post mortem. Pues bien, la doctrina considera que una vez se produce el nacimiento bajo la condición del artículo 30 del Código Civil, este se convertirá en heredero forzoso del fallecido³⁸. De este modo, tendría derechos legitimarios (tal y como establece el artículo 814 del Código Civil) que, en caso de no verse satisfechos, podrían reclamarse a través de las acciones protectoras de la legítima.

4.4. Comparativa internacional

Desde la perspectiva del Derecho Comparado en nuestro ordenamiento jurídico se admitió ampliamente la fecundación post mortem a partir de 1988, cosa que, por lo general, no ha ocurrido en los países de nuestro entorno europeo. Por un lado, no reconoció este tipo de fecundación ni Portugal, ni Francia, ni Italia, mientras que en Reino Unido se permitió, pero con limitaciones.

4.4.1 Sistemas jurídicos que no admiten la reproducción artificial post mortem

La legislación francesa está contenida principalmente en el Código de Salud Pública, concretamente en los artículos relacionados con la “Procréation Médicalement Assistée”, que es el término que usan para la reproducción asistida. Francia prohíbe explícitamente la reproducción asistida post mortem³⁹. Esta prohibición abarca tanto como al uso de esperma, óvulos o embriones de una persona fallecida como la exportación del material genético con fines reproductivos tras el fallecimiento de uno de los progenitores⁴⁰.

En 2021, con la reforma de la ley de bioética, Francia amplió el acceso a la reproducción asistida para mujeres solteras y parejas de mujeres (matrimonio o compañeras de hecho), pero la prohibición de la reproducción post mortem se mantuvo intacta⁴¹, lo que ha generado grandes debates éticos en el país. Esta prohibición persiste desde la redacción

³⁸ Rodríguez Guitián, A. M. *Reproducción artificial post mortem*. Op. cit., p. 114.

³⁹ Code Civil, art. L.2141-2, version consolidée par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, (Journal Officiel de la République Française 8 juillet 2011): “*Lorsqu'il s'agit d'un couple, font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons : 1° Le décès d'un des membres du couple*”.

⁴⁰ Batista Cabanas, L., “*El Tribunal de Estrasburgo prohíbe trasladar a España el esperma de un fallecido para la reproducción asistida*”, *El Debate*, 14 de septiembre de 2023 (disponible en: https://www.eldebate.com/sociedad/20230914/tdeh-respalda-ley-francesa-contr-concepcion-post-mortem-prohibe-traslado-espermas-espana_139813.html; última consulta 21/03/2025): “*El TEDH respalda la ley francesa contra la concepción post mortem y prohíbe el traslado de espermatozoides a España*. Se trata de un caso en el que el TEDH rechazó la demanda de una mujer que quería trasladar el esperma de su esposo fallecido a España, donde esta práctica sí es legal”.

⁴¹ Loi n° 2021-1017, du 2 août 2021, relative à la bioéthique, art. 1 (Journal Officiel 3 août 2021).

del primer Código de Salud Pública francés⁴². Precisamente el propósito de la legislación francesa ha sido siempre dar acceso a este tipo de técnicas a aquellas parejas que necesitan remediar un problema de infertilidad o prevenir la transmisión de una enfermedad particularmente grave al niño o a un miembro de la pareja⁴³, es decir, su uso está reconocido para cualquier razón de índole terapéutica, pero bajo ningún caso utilizarlo como medio alternativo a la reproducción sexual, y menos aun cuando una persona de la pareja ya ha fallecido. Pretende así preservar la coherencia jurídica de la filiación y de los derechos sucesorios, previniendo posibles conflictos jurídicos que la fecundación post-mortem pudiera causar.

Asimismo, otro de nuestros países vecinos: Italia, adopta también una postura restrictiva respecto a la reproducción artificial post mortem. Por su parte, la Ley n°40/2004 *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* impide el acceso a las técnicas de reproducción asistida si uno de los miembros ya ha fallecido⁴⁴.

En el contexto italiano, la influencia de la Iglesia ha sido significativa en la configuración de la normativa sobre fecundación artificial, especialmente en lo que respecta a sus implicaciones éticas. En el caso concreto de la reproducción post mortem, la oposición se fundamenta en la idea de que esta práctica privaría al futuro hijo del derecho a recibir el afecto, la presencia y la protección de su padre desde el nacimiento⁴⁵.

Alemania, por su parte, rechaza completamente en su legislación la fecundación artificial post mortem, fundamentándose en el principio de la dignidad humana y en la cosificación del individuo que supone la paternidad forzada sin un acto de voluntad consciente y explícito por parte del fallecido.

⁴² Code Civil, art. L2141-2, version du 22 juin 2000 (Journal Officiel de la République Française, 23 juin 2000): « *L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination* ».

⁴³ Code Civil, art. L.2141-2, version consolidée par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, (Journal Officiel de la République Française 8 juillet 2011): « *L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué* ».

⁴⁴ *Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, art. 5. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale n. 45, 24 febbraio 2004.

⁴⁵ Montañés, E., “*Fecundación después de la muerte: qué países en Europa lo permiten y cuáles lo prohíben*”, ABC, 21 de junio de 2016 (disponible en https://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html; última consulta 21/03/2025).

La Ley Alemana fue aprobada en 1990 y su principal objetivo era dotar al embrión de estatus jurídico propio, estableciendo un marco legal que garantizara la tutela y defensa del embrión. De esta manera, el artículo 4 de la misma establece que será castigado hasta con tres años de privación de libertad quien, conscientemente y mediante un procedimiento artificial, fecunde artificialmente un óvulo con espermatozoides de un hombre ya fallecido⁴⁶. Es decir, esta ley penaliza al profesional médico que lleve a cabo el acto de fecundación, pero no a la mujer que gestó ese óvulo fecundado. No obstante, esta prohibición no abarca el proceso de implantación del óvulo fecundado antes de la muerte del hombre, de manera que, la mujer puede usar ese embrión fecundado y continuar con el proceso de gestación.

4.4.2 Sistemas jurídicos que admiten la reproducción artificial post mortem

Frente a los modelos restrictivos adoptados por países como Francia, Italia o Alemania, existen otros ordenamientos jurídicos que han optado por un enfoque más abierto y garantista respecto a los derechos reproductivos. Uno de los ejemplos más significativos en este sentido es el del Reino Unido, cuya legislación permite la utilización del material genético de una persona fallecida para fines reproductivos, siempre que exista un acuerdo expreso del marido o pareja fallecida.

Ahora bien, lo más característico de la regulación británica respecto a la reproducción artificial post mortem es que a pesar de permitirla y legalizarla, no reconoce, con carácter automático, la filiación entre el hijo nacido fruto de estas técnicas y el marido o pareja fallecida (a quien corresponde el material reproductor). En este sentido, es esencial que el marido, antes de su fallecimiento, conceda su consentimiento por escrito, no sólo a la utilización de sus gametos o al uso del embrión fecundado, sino también a ser inscrito como padre del niño fruto de esa inseminación⁴⁷. Asimismo, el *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 reconoce que, la mujer que gestó al niño debe declarar por escrito, durante los 42 días posteriores al nacimiento del hijo, su voluntad de que el fallecido sea reconocido como el padre legal.

⁴⁶ Ley de Protección de Embriones (*Embryonenschutzgesetz – EschG*), § 4, de 13 de diciembre de 1990 (BGBl. I S. 2746).

⁴⁷ *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008, § 39, de 13 de noviembre de 2008 (UK Public General Acts 2008 c.22).

Pero, la legislación británica también contempla la posibilidad de que el material genético utilizado en la transferencia de preembriones post mortem no sea el del marido. Así, podrá ser inscrito como padre, aquella persona unida en matrimonio civil en el momento de creación del embrión, pero no siendo ese hombre el padre biológico del niño, siempre y cuando hubiera prestado su consentimiento antes de fallecer. Y no sólo se permite registrar en estos casos, como padre a la persona unida civilmente en matrimonio, sino también a cualquier hombre, que no haya sido pareja legal ni sea el padre biológico, pero que prestó su consentimiento para ser registrado como padre legal del niño fruto de ese embrión⁴⁸.

Por todo esto, la legislación británica se caracteriza por ofrecer un enfoque notablemente más amplio y garantista en materia de reproducción asistida en comparación con los países europeos de su entorno. Una de las grandes novedades respecto a la legislación española, es que el *Human Fertilisation and Embryology Act* reconoce la posibilidad de que la pareja femenina (*civil partner*) de una mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, pueda ser reconocida como madre legal del hijo, incluso si ha fallecido antes del nacimiento. Para ello, la *partner* debe haber dado su consentimiento por escrito antes de fallecer tanto para la transferencia del embrión a la madre, como para su reconocimiento como progenitora legal del niño.

4.4.3 Consideraciones finales de la normativa española en perspectiva internacional

El estudio comparado de las legislaciones europeas en materia de reproducción asistida post mortem permite constatar no solo la variedad de enfoques jurídicos existentes, sino también las complejidades éticas y legales que plantea esta realidad.

En aquellos países con normativas más restrictivas, como Francia o Italia, predomina una concepción clásica de la familia, en la que se otorga un papel central a la presencia activa de ambos progenitores desde el nacimiento del menor. Estas restricciones se apoyan, en gran medida, en consideraciones éticas que apelan a la protección del interés superior del niño y a la necesidad de evitar cualquier forma de cosificación del cuerpo humano tras la muerte. Sin embargo, esta visión más conservadora puede entrar en conflicto con otros

⁴⁸ Human Fertilisation and Embryology Act 2008, § 40, de 6 de Abril de 2009 (UK Public General Acts 2009).

derechos fundamentales, como la autonomía reproductiva de la persona sobreviviente o el respeto a la voluntad procreativa manifestada en vida por quien falleció.

Frente a este enfoque, el Reino Unido ha optado por una regulación más flexible y avanzada. Su legislación permite, bajo ciertos requisitos, el reconocimiento legal de la paternidad post mortem, incluso cuando el fallecido no es el donante genético, siempre que haya mediado consentimiento expreso. Este modelo destaca por su énfasis en el consentimiento informado, la previsión expresa de la voluntad y la garantía de seguridad jurídica tanto para la madre como para el menor, quien goza de pleno reconocimiento legal.

España, por su parte, se sitúa en una posición intermedia. Aunque nuestro ordenamiento jurídico admite la fecundación post mortem bajo determinadas condiciones, aún existen algunas zonas grises – como el tratamiento registral del hijo superpóstumo - que exigen una reforma legislativa. Además, existe la necesidad de incorporar de forma más clara en la legislación criterios de ponderación entre los derechos de la madre, la voluntad del fallecido y el interés del menor para poder dar respuesta a preguntas en las que se producen conflictos de interés: ¿Qué prevalece si la madre quiere usar el espermatozoides congelado, pero la familia del fallecido se opone? ¿Cómo se garantiza que el hijo tenga derechos hereditarios y registrales sin producirse una laguna legal?

5. DILEMAS ÉTICOS Y PROPUESTAS DE MEJORA LEGISLATIVA

5.1. Análisis crítico de la normativa actual

El empleo de la fecundación asistida *post mortem*, reconocida tanto por la Ley de 1988 como por la de 2006, ha suscitado tantas controversias jurídicas como bioéticas que la doctrina y jurisprudencia han tratado de resolver.

En este sentido la doctrina se divide en tres posiciones distintas respecto de la permisibilidad de la fecundación asistida *post mortem*. Un sector doctrinal propugna su prohibición, otro sector doctrinal la admite con ciertos condicionamientos, y un tercer sector doctrinal admite este tipo de fecundación, pero privando al nacido de derechos sucesorios respecto del fallecido, postura esta última ya analizada anteriormente.

El sector doctrinal que aboga por su prohibición establece que con la utilización de estas técnicas se está violando la dignidad del menor (incluso pudiendo llegar a suponer una vulneración del artículo 39.2 de la Constitución Española), al privarlo voluntariamente de la figura paterna y crearle una vida marcada por la ausencia.

PANTALEÓN niega que exista un derecho constitucional a la procreación por medios artificiales. Según él, la Constitución protege la intimidad (art. 18.1 CE) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), pero eso no implica la obligación del Estado de garantizar el acceso universal a la reproducción asistida, y menos aun cuando esta tiene lugar tras la muerte de uno de los progenitores. Cree que el legislador *“puede prohibir mucho, debe prohibir muy poco, y no es aconsejable que prohíba más que aquello que necesariamente debe prohibir”*⁴⁹.

Asimismo, PANTALEÓN comparte la visión doctrinal de que la regulación de la inseminación artificial post mortem supone una vulneración de la dignidad del menor, ya que se le está obligando a vivir sin una figura paterna. Así, defiende la prohibición de la inseminación artificial post mortem basándose en tres argumentos fundamentales. En primer lugar, destaca que el consentimiento para estos fines debe ser siempre actual y revocable, algo que resulta imposible tras la muerte. Considera que no puede reconocerse eficacia a una autorización que permita la utilización del material genético para una fecundación post mortem, si ha sido emitida antes del fallecimiento, ya que con la muerte cesa la posibilidad de revocación.

Por otro lado, reconoce que el fallecimiento del hombre marca el límite de su autonomía reproductiva, y no puede extenderse más allá, porque, aunque esté reconocido el derecho a la reproducción, este no abarca el derecho a hacerlo post mortem.

Por último, niega que exista un derecho fundamental de la viuda a tener un hijo del difunto, pues el material genético del fallecido no es un simple órgano donable, sino un elemento con carga genética y jurídica que vincula tanto al padre como al hijo. Además,

⁴⁹ Pantaleón, F. “El derecho a conocer los orígenes biológicos en los supuestos de reproducción asistida con gametos de donante: una cuestión de justicia”, *Revista de Estudios Constitucionales*, n.º 15, 2021, pp. 127–154. (Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35491rcec15127.pdf>; última consulta 23/03/2025).

la doctrina rechaza la idea de que esta decisión pueda ser delegada o justificada en la voluntad de otros (familiares, médicos, etc.).

5.2. Propuesta de mejora legislativa

Tras haber analizado exhaustivamente la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, se han identificado varios puntos de mejora, que permitirían reforzar el marco jurídico aplicable, garantizando la seguridad jurídica de todas las partes implicadas, en especial, del menor. Esta reforma legislativa debería abarcar varios aspectos.

5.2.1 Clarificación del régimen de filiación y su inscripción registral

Como ya se ha expuesto anteriormente, sería conveniente reformar el Código Civil e introducir una disposición específica que determinara de forma expresa la filiación entre el hijo nacido fruto de las técnicas de reproducción asistida post mortem y el padre o compañero de hecho que aporta el material genético. Esto permitiría resolver todos los debates doctrinales que se han ido suscitando al respecto, y garantizaría la seguridad jurídica del menor en todo el proceso.

Asimismo, se debería de prever dentro del Código Civil el procedimiento para la inscripción registral del hijo superpóstumo. Esta regulación debería ser exhaustiva, de manera que, incluyera todos los requisitos documentales necesarios, así como los plazos máximos para llevar a cabo la inscripción.

5.2.2 Reconocimiento explícito de derechos sucesorios

RODRÍGUEZ GUITIÁN sugiere que sería apropiado reformar el Código Civil para incluir expresamente que un hijo concebido mediante fecundación artificial post mortem tiene capacidad sucesoria, o bien presumir que se considera concebido en el momento de la apertura de la herencia⁵⁰. Para proteger los derechos de otros posibles herederos, se aplicarían medidas como las recogidas en los artículos 959 y siguientes. Así, la viuda, debería comunicar su embarazo o su intención de someterse al proceso de inseminación, con el fin de suspender la partición de la herencia.

⁵⁰ Rodríguez Guitián, A., Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad, Boletín del Ministerio de Justicia, n.º 2179, junio de 2015, pp.85-123.

La normativa debería establecer de forma inequívoca que los hijos nacidos tras la muerte del progenitor, mediante técnicas de reproducción asistida autorizadas, tendrán capacidad para suceder en igualdad de condiciones que el resto de hijos. Este reconocimiento podría ser expreso, como ya sucede en el Código Civil de Cataluña, cuyo artículo 412-1 establece que: “2. *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*”; pero también, podría realizarse un reconocimiento como el que actualmente realiza el Derecho Civil aragonés, donde se presume que el hijo está concebido al tiempo de la apertura de la sucesión si hay consentimiento para la fecundación artificial *post mortem*.

5.3. Principales debates éticos

La legalización de la reproducción asistida *post mortem* también responde a una evolución en la forma en que la sociedad percibe la reproducción, la familia y el derecho a decidir sobre la propia descendencia.

Hoy en día, las familias pueden formarse de muchas maneras, y los avances en la medicina reproductiva permiten que una mujer pueda cumplir el deseo de tener un hijo con su pareja fallecida, situación que hace 30 años resultaba completamente impensable. Ahora bien, ¿Dónde están los límites que se deben imponer a ese deseo?

Los derechos reproductivos son un conjunto de derechos humanos relacionados con la capacidad de las personas para decidir libre y responsablemente sobre su reproducción, sin discriminación, coerción ni violencia. Estos derechos incluyen el acceso a la salud sexual y reproductiva, la educación sexual, la planificación familiar y la libertad para decidir cuándo y con quién tener hijos⁵¹. Estos están reconocidos a nivel internacional por organismos como la ONU, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y en tratados como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Uno de los pilares fundamentales de los derechos reproductivos es el derecho a decidir sobre la reproducción, lo que implica que cada persona debe poder elegir libremente si desea tener hijos, cuándo, y con quién, sin sufrir presiones externas ni discriminación.

⁵¹ Ministerio de Sanidad y Consumo, *Módulo 12: Bioética y reproducción humana asistida*. Estrategia de salud sexual y reproductiva del SNS, Madrid, 2009

Esta libertad forma parte del derecho a la autonomía corporal y al desarrollo de la vida familiar, y se traduce, por ejemplo, en el acceso a métodos anticonceptivos o a técnicas de reproducción asistida.

En este contexto, el derecho a acceder a la reproducción asistida cobra especial relevancia. Las técnicas como la fecundación *in vitro*, la inseminación artificial, la reproducción *post mortem* o incluso la gestación subrogada, permiten que personas con dificultades para concebir de manera natural puedan ejercer plenamente su derecho a formar una familia.

Además, el derecho a la maternidad y paternidad sin discriminación garantiza que este acceso no dependa del estado civil, la orientación sexual o la identidad de género de la persona o pareja que lo solicita. Hoy en día, en muchos países, las parejas del mismo sexo tienen el mismo derecho que las heterosexuales a recurrir a estas técnicas, lo que refleja un avance importante en términos de equidad reproductiva.

Ahora bien, dentro de este marco de derechos, la reproducción asistida *post mortem* plantea desafíos particulares, en concreto se produce un choque entre el derecho reproductivo de la mujer y los derechos paternofiliales del hijo. Por lo tanto, el derecho a recurrir a este tipo de técnica debe analizarse desde múltiples dimensiones.

Desde lo emocional, esta decisión puede tener un fuerte impacto tanto en la madre como en el futuro hijo. Se debe tener en cuenta cómo será gestionada la identidad del niño, su comprensión de la filiación, y la ausencia de la figura paterna desde el nacimiento. Asimismo, se deben considerar la repercusión que pueden tener sobre el menor, las percepciones sociales que aún existen en torno a los hijos nacidos mediante estas técnicas.

En el plano más amplio del debate público y bioético, la reproducción *post mortem* sigue siendo un tema controvertido. Uno de los argumentos más sensibles y debatidos a lo largo de los años en torno a esta materia es que el niño concebido de este modo no podrá contar con ambos progenitores vivos, aunque por ley tiene derecho a ello. No parece legítimo crear deliberadamente una situación en la que el menor crecerá sin conocer a su padre biológico, por decisión previa y consciente de los adultos involucrados.

La paternidad no es únicamente genética, sino también presencial y afectiva. La figura del padre cumple funciones esenciales en el desarrollo emocional, psicológico y social del niño, que le serían privadas al hijo en los procesos de reproducción artificial *post*

mortem. El debate, en este sentido, no se centra solo en si el niño necesita un padre, sino en si es éticamente aceptable planificar la existencia de un niño sin él.

La madre cuando decide utilizar el material genético puede estar atravesando simultáneamente dos procesos emocionales intensos: el duelo por la pérdida del marido o compañero de hecho y la decisión de seguir adelante con la maternidad en solitario. Además, se encuentra con el desafío de una carga emocional compleja. El proceso puede reavivar el dolor de la pérdida, especialmente durante el embarazo, cuando aparecen recuerdos del padre ausente. Además, al no haber otra figura progenitora activa, la madre asume tanto la responsabilidad emocional como económica y social del cuidado del hijo ella sola. Situación que además se ve agravada cuando, en algunos entornos, la decisión puede ser cuestionada o incomprendida, generando aislamiento o presión hacia la madre.

Por último, en un sector de la doctrina se debate en torno a si la madre puede utilizar la reproducción artificial *post mortem* únicamente por razones sucesorias, en caso de que el hombre hubiese estado casado previamente. Pues, la utilización del material genético no puede considerarse como un mero capricho de las partes implicadas, y requiere siempre el consentimiento expreso del hombre antes de su muerte. La muerte, en estos casos, solo interrumpe un proceso ya iniciado por decisión conjunta de la pareja cuando ambos se encontraban en vida.

En definitiva, la reproducción artificial *post mortem* debe entenderse no solo desde el marco de los derechos individuales, sino también desde una perspectiva relacional y colectiva, teniendo en cuenta las implicaciones emocionales, sociales y jurídicas para la madre, el hijo y la sociedad en su conjunto. El niño no es únicamente el resultado de una decisión médica o contractual, sino un sujeto de derechos cuyo bienestar futuro debe ser tomado en consideración desde el inicio del proceso. Solo así podrá mantenerse el respeto por la autonomía reproductiva sin poner en riesgo la protección de la infancia y la dignidad humana.

6. CONCLUSIONES

1. La reproducción asistida *post mortem* sigue planteando grandes interrogantes jurídicos, pese a estar contemplada en el ordenamiento español desde 1988 y regulada actualmente por la Ley 14/2006. La exigencia de un consentimiento expreso y el límite temporal de doce meses tras el fallecimiento del progenitor suponen garantías importantes, pero no suficientes para resolver todos los vacíos legales que siguen existiendo.

2. La filiación del hijo nacido mediante esta técnica está legalmente prevista, pero no por ello exenta de conflictos. En la práctica, pueden surgir situaciones problemáticas —como el nuevo matrimonio de la madre o el silencio del padre fallecido en su testamento— que ponen en evidencia la necesidad de contar con una regulación más clara y específica que evite interpretaciones dispares.

3. En el plano sucesorio, nos encontramos con una de las mayores lagunas normativas. Aunque parte de la doctrina y algunos derechos forales, como el catalán o el aragonés, han ofrecido soluciones jurídicas que permiten integrar al hijo *post mortem* como heredero, el Código Civil español sigue sin pronunciarse expresamente. Esto genera inseguridad jurídica y puede suponer, en la práctica, una discriminación respecto a otros hijos del mismo progenitor.

4. La comparación con otros países europeos permite observar que no existe una única respuesta ante este fenómeno. Mientras Francia, Italia o Alemania lo prohíben por razones éticas y jurídicas, el Reino Unido ha optado por una vía más flexible y garantista. El caso español, en cambio, se sitúa en un punto intermedio: reconoce la práctica, pero su marco legal no siempre ofrece soluciones claras ante los conflictos que pueden derivarse.

5. Desde una perspectiva ética, la cuestión gira en torno a tres polos: el derecho de la madre a culminar su proyecto de maternidad, la voluntad expresada en vida por el progenitor fallecido y el interés superior del menor. La doctrina no es unánime: hay quien considera que traer al mundo a un niño sin padre supone una forma de perjuicio, mientras que otros entienden que, con consentimiento previo, estamos simplemente ante el cumplimiento de un deseo legítimo de ambas partes.

6. En este contexto, parece razonable plantear una reforma legislativa que aborde de forma clara aspectos como la capacidad para suceder del hijo nacido tras la muerte del

padre o su inscripción en el registro civil en situaciones complejas. Una reforma que no solo respete el principio de legalidad, sino que se inspire en el interés del menor y en una interpretación equilibrada de los derechos en juego.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. LEGISLACIÓN

Code Civil, art. L.2141-2, version consolidée par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, Journal Officiel de la République Française 8 juillet 2011.

Human Fertilisation and Embryology Act 2008, de 6 de Abril de 2009 (UK Public General Acts 2009).

Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale n. 45, 24 febbraio 2004.

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, (BOE 24 de noviembre de 1988).

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, (BOE 27 de mayo de 2006).

Ley de Protección de Embriones (*Embryonenschutzgesetz – EschG*), de 13 de diciembre de 1990 (BGBl. I S. 2746).

Loi n° 2021-1017, du 2 août 2021, relative à la bioéthique, (Journal Officiel 3 août 2021).

7.2. JURISPRUDENCIA

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2003/2453), [versión electrónica - base de datos Aranzadi]. Fecha de última consulta: 12/03/2025.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm° 236/2000, de 16 de octubre [Boletín Oficial del Estado, núm. 271, de 10 de noviembre de 2000. RTC 2000/236]. Fecha de última consulta: 18/03/2025.

7.3. OBRAS DOCTRINALES

Rodríguez Guitián, A. M., “Consecuencias jurídicas derivadas de la realización de la inseminación artificial post mortem”, en Francisco de Blasco Gascó, F. y Clemente Meoro, M., Reproducción Artificial Post Mortem, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 99-121.

Rodríguez Guitián, A. M., Reproducción Artificial Post Mortem, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 (RJ 2018/1514), *Comentarios de Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil*. Boletín Oficial del Estado, 2018.

Escribano Tortajada, P., "Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad", Anuario de Derecho Civil, tomo LXIX, fasc. IV, 2016, pp. 1259–1300.

Gámiz Sanfeliu, M., "Reflexiones sobre la fecundación post mortem. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida", Actualidad Civil, 2009, número 10, La Ley 11701/2009, p. 5.

Martínez de Aguirre Aldaz, C., Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida. El Consejo General del Poder Judicial (Ed.), *El juez civil ante la investigación biomédica* (pp. 249–302). Madrid, 2004.

Ochoa, C., & Lledó Yagüe, F. Artículo 9. Premoriencia del marido. En *Comentarios científico-jurídicos a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, 2008, (disponible en <https://vlex.es/vid/articulo-9-premoriencia-marido-468269>; última consulta: 02/03/2025).

Pantaleón, F. "El derecho a conocer los orígenes biológicos en los supuestos de reproducción asistida con gametos de donante: una cuestión de justicia", *Revista de Estudios Constitucionales*, n.º 15, 2021, pp. 127–154. (Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35491rrec15127.pdf>; última consulta 23/03/2025).

Pérez Monge, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002, p. 312.

Rodríguez Guitián, A., «Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2179, junio de 2015, pp.85-123.

7.4. RECURSOS DE INTERNET

Ana M. Rodríguez González, *El Derecho y la diferenciación de sexos*, Universidad Carlos III de Madrid, OCW - OpenCourseWare, disponible en https://ocw.uc3m.es/pluginfile.php/1960/mod_page/content/17/derecho_diferenciacion2.pdf (última consulta: 15 de enero de 2025).

Batista Cabanas, L., "El Tribunal de Estrasburgo prohíbe trasladar a España el espermatozoides de un fallecido para la reproducción asistida", *El Debate*, 14 de septiembre de 2023 (disponible en: <https://www.eldebate.com/sociedad/20230914/tdeh-respalda-ley-francesa-contra-concepcion-post-mortem-prohibe-traslado-espermas-espana-139813.html>; última consulta 21/03/2025): "El TEDH respalda la ley francesa contra la concepción post mortem y prohíbe el traslado de espermatozoides a España. Se trata de un caso en el que el TEDH rechazó la demanda de una mujer que quería trasladar el espermatozoides de su esposo fallecido a España, donde esta práctica sí es legal".

- BBC News Mundo, *La gestación subrogada comercial es legal solo en algunos países: los retos de esta práctica en el mundo*, 6 de abril de 2023 (disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65196202>; última consulta: 17/02/2025).
- Clínicas de Fertilidad, “Criopreservación: Qué es y cómo funciona esta técnica de preservación de fertilidad”, *Clínicasfertilidad.com*, 2021 (disponible en <https://www.clinicasfertilidad.com/fertilidad/criopreservacion>; última consulta: 17/02/2025).
- Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. *Preguntas frecuentes sobre la autoinseminación*. Ministerio de Sanidad, Gobierno de España.
- Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Aspectos legales sobre donantes: Registro Nacional de Donantes*, Ministerio de Sanidad, Gobierno de España (disponible en <https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/donantes/aspectosLegales/home.htm>; última consulta: 17/02/2025).
- Congreso de los Diputados, *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas*, BOCG Serie E, núm. 166, 1986.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Naciones Unidas, Diario de las Naciones Unidas, 1989).
- García Rojo, E., *Recuperación espermática postmortem: las cuestiones éticas y legales del acto de crear vida a partir del semen de un fallecido*, 2022 (disponible en <https://rocclinic.com/blog/recuperacion-espermatoca-postmortem-las-cuestiones-eticas-y-legales-del-acto-de-crear-vida-a-partir-del-semen-de-un-fallecido/>; última consulta: 1/03/2025).
- Instituto Cefer, *Congelación de semen en pacientes oncológicos: Preservando la fertilidad ante los tratamientos de radioterapia y quimioterapia*, 2023 (disponible en <https://www.institutocefer.com/blog/congelacion-de-semen-en-pacientes-oncologicos-preservando-la-fertilidad-ante-los-tratamientos-de-radioterapia-y-quimioterapia/>; última consulta: 1/03/2025).
- Lora, Pablo de. “¿Es Permisible Tener Un Hijo Para Curar a Otro?”, *Boletín Del Ministerio De Justicia*, Año LXIX, Núm. 2179, Junio 2015, Pp. 39-64.
- Martínez, M., “Fecundación asistida postmortem y su tratamiento en Derecho Civil”, *Revista Médico-Jurídica*, 20 de abril de 2022 (disponible en <https://revistamedicojuridica.com/blog/2022/04/20/fecundacion-asistida-postmortem-y-su-tratamiento-en-derecho-civil/>; última consulta 25/03/2025).
- Ministerio de Sanidad y Consumo, *Módulo 12: Bioética y reproducción humana asistida. Estrategia de salud sexual y reproductiva del SNS*, Madrid, 2009, (Disponible en:

- Montañés, E., “Fecundación después de la muerte: qué países en Europa lo permiten y cuáles lo prohíben”, *ABC*, 21 de junio de 2016 (disponible en https://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html; última consulta 21/03/2025).
- Reproducción Asistida ORG, “Microinyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)”, *Reproducciónasistida.org*, 2024 (disponible en <https://www.reproduccionasistida.org/microinyeccion-intracitoplasmica-de-espermatozoides-icsi/>, última consulta: 17/02/2025).
- Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Reproducción asistida "Post Mortem"*, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, n.º 8, Aranzadi, 2001, p. 74.
- Santolaria Baig, I., & Ramón Fernández, F. ”*La fecundación post mortem en España: problemas y límites jurídicos y bioéticos*”. Revista Iberoamericana de Bioética, (13), 2025, (disponible en: <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/11799/12212>: , última consulta: 15/03/2025).
- University of Sheffield, *Diane Blood – Life after Death: A woman’s victory in having her husband’s child*, University of Sheffield, 2017 (disponible en <https://www.sheffield.ac.uk/whatson/past/diane-blood>; última consulta: 2/03/2025).