

## RELACIONES CIVILES DERIVADAS DE LA FECUNDACIÓN POST MORTEM

PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ\*

SUMARIO: I. *La Fecundación post mortem: delimitación, admisibilidad, apoyo constitucional.*—II. *Regulación: la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Reproducción Asistida Humana.*—III. *Relaciones civiles derivadas de la Fecundación post mortem.*—III.1. *Derecho a los apellidos.*—III.2. *Ejercicio de la patria potestad.* III.3. *Derecho de alimentos.* III.4. *Nacionalidad.* III.5. *Vecindad civil.* III.6. *Impedimentos para el matrimonio.* III.7. *Revocación de donaciones.* III.8. *Prestaciones sociales.* III.9. *Derechos sucesorios respecto del progenitor premuerto.* III.9.1. *Admisibilidad.* III.9.2. *Medidas precautorias a adoptar.* III.9.3. *Sucesión intestada.* III.9.4. *Derechos legitimarios.* III.9.5. *Derechos de la viuda.* III.9.6. *Aceptación de la herencia por el nacido.* III.9.7. *Participación de la herencia.* III.10. *Derechos sucesorios respecto de otros ascendientes.*—IV. *Admisibilidad de la Fecundación post mortem de la mujer una vez fallecido su marido.*

### I. LA FECUNDACIÓN POST MORTEM: DELIMITACIÓN, ADMISIBILIDAD, APOYO CONSTITUCIONAL

Entre los muchos problemas que plantean la Inseminación Artificial y la Fecundación *in Vitro* aparecen los producidos por estas técnicas de reproducción asistida cuando tienen lugar después del fallecimiento de alguno de los interesados; es la llamada Fecundación Asistida *Post Mortem*.

---

\* Prof. Ay. del Departamento de Derecho Civil. UNED.

La expresión «fecundación post mortem» es una expresión muy amplia en la que caben variados supuestos<sup>1</sup>. Corral Talciani<sup>2</sup> los reconduce a tres:

a) Fallecimiento del donante de semen u óvulo antes de su empleo, y utilización posterior en mujer receptora.

b) Implantación en mujer viuda de un embrión ajeno, en cuya formación no ha intervenido genéticamente el esposo fallecido.

c) Inseminación de mujer viuda con semen de su marido ya fallecido, o implantación en su útero de un embrión fecundado *in vitro* con semen de su esposo.

Es éste último no obstante el supuesto que merece realmente tal calificativo:

a) En lo que se refiere al primer caso, el donante de gametos desaparece después de la donación; su participación en los programas de fecundación asistida se produce siempre de manera altruista y anónima, sin que se pueda establecer ningún tipo de relación jurídica entre aquél y el ser que nace con su colaboración y su gameto, ni pueda haber reclamación de derechos de clase alguna entre ellos (a menos que el donante hubiese incurrido en algún tipo de responsabilidad por ocultación de datos, taras hereditarias o enfermedades transmisibles). Es por ello que el papel del donante se desdibuja, y desaparece, después de la donación, por lo que su fallecimiento anterior a la utilización de su material reproductor resulta en la práctica intrascendente<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., en «La nueva inseminación artificial (Estudio de la Ley de 22 de noviembre de 1988)», Madrid, 1989, distingue:

— matrimonial homóloga (ya se utilice directamente el semen del marido premuerto -Inseminación propiamente dicha-, ya se utilice su semen para formar un embrión que luego se implanta o se congela -Fecundación *in vitro* con transferencia de embriones-, pero siempre con su consentimiento).

— matrimonial heteróloga (se utiliza semen de donante, bien directamente, bien para formar un embrión con el óvulo de la mujer, pero siempre con el consentimiento del marido premuerto).

— extramatrimonial (si la inseminación no se relaciona con el anterior matrimonio de la viuda estamos ante una hipótesis de inseminación de mujer sola).

<sup>2</sup> CORRAL TALCIANI, H., «La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines», en Revista de Derecho Privado, 1992, marzo.

<sup>3</sup> Debemos recordar que, conforme a lo dispuesto en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de reproducción asistida humana, la donación de gametos y preembriones es un contrato gratuito, formal y secreto (art. 5.10); nunca tendrá carácter lucrativo o comercial (art. 5.3); será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes, de manera que sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes penales, y sea en cualquier caso indispensable para evitar el peligro o conseguir el fin legal propuesto, podrá revelarse la identidad

Todo esto sin perjuicio de que esta cuestión, la identificación o anonimato del donante de material genético, sea una de las que ha planteado más discusiones doctrinales, pues hay en juego intereses de difícil armonización; por un lado proteger al donante de posibles reclamaciones de sus descendientes biológicos; por otro, la defensa del principio de veracidad biológica en favor del nacido; por último, la protección de la situación de los progenitores legales<sup>4</sup>.

b) En cuanto al supuesto de implantación en una mujer viuda de un embrión en cuya formación no ha intervenido genéticamente el marido fallecido, estamos ante un caso similar al de utilización de estas técnicas en mujer sola.

No es el objeto de estas líneas realizar un estudio detallado de esta cuestión; no obstante, sí hay que destacar que inicialmente el empleo de las técnicas de reproducción humana está ligado al tratamiento de la esterilidad en la pareja, casada o no, por lo que sólo podrán emplearse con una finalidad terapéutica<sup>5</sup>; sin embargo la normativa legal permite su utilización con finalidades diversas a la citada. En la Exposición de Motivos de la ley se hace referencia en concreto a dos posibilidades, la gestación de sustitución y la gestación en mujer sola; pero la discusión se refiere no sólo a la aplicación de esas técnicas a la mujer sola, sino a parejas homosexuales, e incluso a instancia de un hombre solo, que obtenga óvulo y gestación de mujer que se preste; es decir, si puede admitirse la fecundación asistida fuera de la pareja humana, casada o no.

Son varios los principios en tensión; de una parte el derecho a la procreación que pueda tener toda persona, expresión de su libertad personal, con lo

---

del donante, y siempre con carácter restringido y sin implicar en ningún caso publicidad de la misma (art. 5.5); además, la revelación de tal identidad, en los supuestos en que proceda, no implicará, en ningún caso, determinación legal de filiación (art. 8.3).

<sup>4</sup> VILA-CORO, M.D., en «La reproducción asistida en la mujer sola», Revista General de Derecho, año XLVIII, núm. 572, mayo 1992, se pronuncia en contra, tanto de la práctica de estas técnicas en mujer sola, como del anonimato de los donantes, pues entiende que la figura del padre es imprescindible para el desarrollo del hijo, y que éste tiene derecho a su propia identidad filogenética y personal, y a conocerla.

<sup>5</sup> Art. 1 ap. 2 y 3 de la Ley: «Las técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces. Podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas». Por su parte, el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación «in vitro» y la Inseminación Artificial Humanas, conocido como Informe Palacios, recuerda en el Capítulo V, pág. 64, que las técnicas de fecundación asistida no curan la esterilidad, pero sí restituyen el objetivo humano que ésta niega, cual es la procreación y continuidad de la especie, además de restablecer el equilibrio psicofísico frecuentemente alterado en quienes la padecen, por lo que se pueden situar al nivel de una terapéutica contra la esterilidad humana, que no restituye la salud pero es una alternativa de sustitución de ella.

que cualquier persona, sola o en pareja, podría tener acceso a estas técnicas; de otra el derecho a la salud, de manera que sólo para corregir enfermedades o limitaciones de la naturaleza estaría justificada la fecundación asistida; por último, los intereses encontrados de la persona sola a tener un hijo por estos procedimientos, si le place, y del hijo, que tendría derecho a tener padre y madre, y una familia estable.

La Exposición de Motivos, en su apartado III, reconoce el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia, en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, añadiendo que la ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente, y así el legislador ha optado por el empleo de estas técnicas en mujer sola, estableciendo en el art. 6 número 1 que:

«Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley...»,

y añadiendo en el número 3 de ese mismo artículo que:

«Si estuviere casada se precisará además el consentimiento del marido, a menos que...»,

de donde se deduce claramente que es perfectamente posible que no esté casada y que podrá estar sola<sup>6</sup>. Se rechaza en cambio el fenómeno de las madres de sustitución o alquiler, lo que supone no reconocer el derecho del hombre a ser padre sólo; se puede ser madre sola pero no padre sólo. A esta cuestión se hará una referencia más detallada más adelante.

Es por tanto el supuesto de inseminación en mujer viuda con semen de su marido ya fallecido, o implantación en su útero de embrión fecundado *in vitro* con semen de su esposo, el que merece el auténtico calificativo de fecundación asistida *post mortem*.

En la doctrina se han dibujado básicamente tres posiciones acerca de la permisibilidad o no de la fecundación asistida *post mortem*:

a) la de quienes propugnan su radical prohibición.

---

<sup>6</sup> En el Texto del Proyecto de Ley de mayo de 1987 se acogía un criterio más riguroso, admitiendo la aplicación en mujeres solas «sólo si se padecía una esterilidad irreversible que lo justifique, con cargo a la sanidad pública». En el texto definitivo de la Ley 35/1988 no se distingue, lo que a mi juicio crea un contrasentido en relación con el art. 1 núms. 2 y 3 de la ley, pues tratándose de mujer sola, y habida cuenta de que se admite a las destinatarias desde los dieciocho años, no es fácil que se hayan descartado otras terapias por inadecuadas o ineficaces, esto normalmente sólo se podrá realizar con parejas, casadas o no.

Ésta es la postura de la Iglesia Católica, resumida en la Instrucción del Vaticano sobre Problemas de Bioética, de 10 de mayo de 1987<sup>7</sup>. Sin llegar a una postura tan radical de negación de todas estas técnicas, también rechazan la fecundación asistida *post mortem* la Ley sueca<sup>8</sup>, la francesa<sup>9</sup>, y el Rapport del Comité de Expertos del Consejo de Europa (CAHBI-GT, 87)<sup>10</sup>.

b) la posición permisiva, casi siempre bajo ciertas condiciones.

c) la de los que entienden que no se puede prohibir la fecundación *post mortem*, pero sí debe privarse al nacido por ese procedimiento de derechos sucesorios respecto de la persona cuyo fallecimiento se toma en consideración.

Ésta es la postura adoptada por el Informe Warnock, y por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación «in vitro» y la Inseminación Artificial Humanas española<sup>11</sup>.

Es no obstante la que parece menos razonable, pues priva sin razón suficiente al nacido de derechos sucesorios respecto de la persona a quien debe la vida. Los riesgos de abuso y fraude no son suficientes para esa privación, lo adecuado es tomar medidas para evitarlos<sup>12</sup>, incluso exigir prueba de la filiación,

<sup>7</sup> «... La Inseminación Artificial sustitutiva del acto conyugal se rechaza en razón de la disociación voluntariamente causada entre los dos significados del acto conyugal...», incluso dentro del matrimonio, pues «... la esterilidad física puede ser ocasión para los esposos de hacer otros importantes servicios a la vida de las personas humanas, como la adopción, ayuda a otras familias, labores educativas...». Con mayor motivo se rechaza la Fecundación *in vitro*, pues «el investigador usurpa el lugar de Dios, y aunque no sea consciente de ello, se hace señor del destino ajeno, ya que determina arbitrariamente a quien permitirá vivir, eliminando seres humanos indefensos».

<sup>8</sup> El art. 2 limita la inseminación a la mujer casada o que cohabite con un hombre en condiciones semejantes al matrimonio.

<sup>9</sup> Sólo admite la fecundación asistida entre esposos.

<sup>10</sup> Principio 7.3

<sup>11</sup> Recomendaciones 13 y 61 al Congreso de los Diputados.

<sup>12</sup> Las del Grupo de Trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, propuestas para la inscripción del nacido como hijo matrimonial, parecen atinadas y suficientes. Se exige para tal inscripción:

— consentimiento del marido en testamento o documento público, con referencia a los gametos depositados en un determinado establecimiento autorizado.

— prueba de que en este establecimiento se llevó a cabo la fecundación con los gametos identificados.

— que el nacimiento se produzca en un plazo prudencial y no concorra presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio de la viuda.

— notificación a quienes tengan derechos que deban desaparecer o disminuir por tal nacimiento.

RIVERO HERNÁNDEZ, en su obra citada, añade que quizá fuera prudente que, junto con el semen a emplear *post mortem*, quedaría depositada una muestra de sangre de la misma persona, o mejor el resultado de su análisis, con las pruebas específicas para la demostración de la paternidad, por si hubiera un proceso sobre la filiación del hijo.

pero no privar de derechos que el Ordenamiento concede a cualquier otro nacido, por el hecho de nacer en tiempo y procedimiento que no se ha podido elegir. Todo esto sin olvidar la clara inconstitucionalidad de la norma que privara de tales derechos sucesorios, por contraria al art. 14 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad sin distinciones por razón de nacimiento.

El problema por tanto es de filiación, no sucesorio; si el nacido es hijo del fallecido debe tener los normales derechos sucesorios en este caso, si no lo es no, pero no por la forma de su nacimiento, sino por no ser hijo del causante.

El debate sobre la admisibilidad de la fecundación *post mortem* queda reducido por tanto a las dos primeras posturas expuestas.

En contra de la fecundación *post mortem* se aduce como principal argumento que el hijo se vería condenado a nacer y vivir sin padre, lo que va en contra de su interés y bienestar, que es el principio fundamental en esta materia. Se plantea en definitiva una dura polémica entre el derecho del progenitor a su libertad personal y sexual, a disponer como mejor le parezca de sus aptitudes genéticas, a su procreación, y el derecho del hijo a una familia estable como mejor ambiente para su desarrollo físico y espiritual, y a padre y madre como ocurre según la naturaleza.

La respuesta no es sencilla; la protección de la parte más débil se impone, desde luego, pero quizá el derecho del hijo no sea tanto tener padre y madre que le acompañen físicamente, como el de que le proporcionen unas mínimas condiciones para su correcto desarrollo, más importante que el número de progenitores, y en realidad el Ordenamiento no exige estas condiciones a quienes pretenden ser padres por procedimiento natural, ni garantiza, ni siquiera teóricamente, estos derechos mínimos primarios y fundamentales a ningún hijo nacido por tal procedimiento.

Además, con ese mismo argumento, evitar que el niño viva sin padre, debería prohibirse que pueda serlo el enfermo con una enfermedad irreversible, u otros casos semejantes, prohibición inimaginable por razón del derecho a la dignidad personal del art. 10, y a la intimidad personal y familiar del art. 18, ambos de la Constitución.

La situación derivada de la fecundación asistida *post mortem* no es, por otro lado, idéntica a la fecundación asistida de mujer sola; en nuestro caso el hijo sí va a tener padre, no lo conocerá materialmente ni tendrá su protección y afecto, pero no será un hijo sin padre o de padre desconocido, tendrá una relación de filiación, y con la familia del padre otra de parentesco, y no se verá privado de la asistencia por parte de esa familia.

La doctrina americana por último suele señalar que más vale nacer, aunque sea sin padre, que no haber nacido.

Otros autores han objetado a la fecundación *post mortem* que el consentimiento para el empleo de los gametos en la procreación asistida es personalísimo y esencialmente revocable, con lo que su eficacia no puede prolongarse más allá de la muerte de la persona que lo proporciona, cuando la revocación es imposible. Sin embargo, si cabe disponer para después de la muerte de las acciones que protegen el honor y la intimidad<sup>13</sup>, y aún de los propios órganos<sup>14</sup>, no se vé razón válida para negar eficacia a la disposición para un uso concreto *post mortem* de los propios gametos y al consentimiento para la fecundación a que nos venimos refiriendo.

Se habla, por último, de los problemas jurídicos que la inseminación *post mortem* puede crear en orden a la filiación del nacido y a los derechos sucesorios de la persona cuyo fallecimiento se toma en consideración<sup>15</sup>. Pero problemas más graves de filiación plantean otras modalidades de inseminación artificial y fecundación *in vitro*, y no se ha pensado sólo por eso en prohibirlas; y en cuanto a las cuestiones sucesorias, los derechos de esta clase que pueda tener el nacido dependerán jurídicamente de que sea o no hijo del fallecido, que la herencia de éste se halle en suspenso cierto tiempo no puede ser un inconveniente especialmente grave, porque es temporal, y además semejante al que se produce cuando la viuda queda encinta<sup>16</sup>.

En definitiva, el argumento fundamental de quienes predicán la no permisibilidad de la fecundación *post mortem* parece demasiado simple para una cuestión tan compleja, y la prohibición sin más parece improcedente, pues sí hay intereses legítimos a los que se puede dar cobertura con esta figura. Por ello entiendo, con Rivero Hernández<sup>17</sup>, que se impone examinar, con la Constitución

---

<sup>13</sup> Art. 4.1 LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.

<sup>14</sup> Ley de 27 de octubre de 1979 de trasplantes de órganos.

<sup>15</sup> VIDAL MARTÍNEZ, J., en «Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Decreto Civil español», coed. Civitas y Universidad de Valencia, Madrid, 1988, defiende la negación de los derechos sucesorios, para evitar que las apatencias hereditarias, o en general el capricho o la arbitrariedad de la usuaria de estas técnicas o su cónyuge fallecido, pueda determinar el nacimiento de un niño cuando quizás la herencia del padre ya está repartida.

<sup>16</sup> SERRANO ALONSO, E., en el II Congreso Mundial vasco, celebrado en Vitoria en 1987 (28 de septiembre a 2 de octubre), afirma que sólo se debería autorizar la fecundación *post mortem* en mujer viuda que mantuviera esta situación, de manera que si hubiera contraído nuevo matrimonio no debería ser autorizada a ser fecundada con material genético que proviniera del primer marido; en orden a la sucesión hereditaria, en tanto no transcurra el plazo durante el que la ley permite la fecundación *post mortem*, los herederos del esposo fallecido adquirirán los bienes en una situación similar a la de los herederos instituidos bajo condición; transcurrido ese plazo adquieren una situación inatacable, de manera que si con posterioridad se efectúa tal fecundación el hijo nacido carecerá de derechos sucesorios; se impone además una nueva redacción de los arts. 814 y siguientes del Código Civil, para recoger las innovaciones que esta nueva forma de filiación produce en la sucesión del fallecido.

<sup>17</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La fecundación artificial *post mortem*», en Revista Jurídica de Cataluña, 1987, núm. 4. Realiza este autor un interesante estudio de los arts. 10, 14 y 39 de la Constitución.

y las leyes en la mano, qué norma permitiría en su caso prohibir la fecundación *post mortem*, y cuáles otras se pueden invocar para hablar de un derecho a tal fecundación, y bajo qué condiciones.

No es fácil encontrar un precepto constitucional en que apoyar, de una forma directa, la existencia de un derecho efectivo a la fecundación artificial *post mortem*; pero tampoco para denegarla en términos generales<sup>18</sup>.

En definitiva no se ha encontrado a nivel constitucional norma explícitamente favorable, ni desfavorable, a la fecundación *post mortem*. No es contraria

---

<sup>18</sup> Afirma RIVERO HERNÁNDEZ en la obra anteriormente citada que al amparo del *art. 10* y el derecho de toda persona al libre desarrollo de su personalidad quizá podría una mujer aducir que necesita para el desarrollo de su personalidad un hijo de su marido fallecido, y una maternidad que la muerte frustró. Sin embargo, entienden los autores que no hay un derecho absoluto a la maternidad, ni un derecho limitado a disponer del propio cuerpo, ni tampoco estas técnicas son un modo alternativo de procreación a disposición de todos en cualquier situación; el derecho al libre desarrollo de la personalidad viene limitado, como todo derecho, por el interés y los derechos de los demás; y así, la mujer no puede someter su cuerpo a prácticas, por nobles que sean, de las que pueda nacer un hijo, sin pensar en éste, y en su dignidad y sus derechos. Como ha puesto de relieve P. ZATTI, si bien no hay límites a la libertad individual de procreación natural, sí pone el Derecho límites y especiales requisitos a la creación artificial de una relación de filiación a través de la adopción; y habida cuenta de que también es artificial, en mayor o menor grado, la filiación que se busca por medio de las fecundaciones asistidas, puede comprenderse que no sea ilimitada la libertad individual para obtener hijos por ese procedimiento no natural; el llamado «derecho a una familia estable» que se maneja para la adopción, y que justifica que se halle sometida a ciertas condiciones y control legal, es también aplicable en estos casos. Este artículo no es por tanto argumento suficiente en apoyo de un derecho a la fecundación *post mortem*.

Tampoco lo es el *art. 14* de la misma, y su principio de igualdad sin discriminación por razón del estado civil, a la luz de la interpretación que de él viene haciendo el Tribunal Constitucional, pues no es idéntica la situación de la mujer casada o que comparte vida estable con un hombre, que la de la viuda o mujer que ha perdido al compañero, en lo que se refiere al proyecto humano de tener un hijo ambos.

Por otro lado, del *art. 39* de la Constitución, en relación con los anteriores, podría deducirse que la mujer soltera, o sencillamente sola, puede ser madre, y si puede serlo por vía natural y como tal es protegida por la Constitución, también podría serlo, con el mismo derecho y la misma protección, por un procedimiento no natural. No obstante, es dudoso que pueda fundarse aquí un derecho de la mujer sola a ser madre que no encuentre de nuevo el obstáculo del interés del hijo.

Sin embargo, tampoco se ve en los artículos mencionados, ni en otros, base suficiente para considerar contraria a nuestra Constitución, y Ordenamiento jurídico en general, la fecundación *post mortem* que estudiamos. En concreto el *art. 10.1* desautoriza cualquier práctica genética que no tenga en cuenta la dignidad de la persona como centro de gravedad, veda cualquier comercio que pudiera entablarse en esta materia, y sitúa en plano prevalente el interés del hijo si llega a nacer; pero la dignidad en realidad no queda en entredicho en este caso, pues no es contrario a ella el nacer póstumo y con ayuda de estas técnicas.

a la Constitución, pero tampoco puede apoyarse su práctica, como derecho subjetivo invocable, en ningún precepto claro y directo<sup>19</sup>.

Ante tal situación se ha impuesto en última instancia el principio de libertad de la persona protegido en los arts. 9.2 y 17.1 como derecho primario general.

## II. REGULACIÓN: LA LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE, DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA

En este sentido, la Ley 35/88, de 22 de noviembre, (BOE núm. 282, de 24 de noviembre), de Reproducción Asistida Humana, ha seguido en esta materia, a la que dedica el art. 9, una posición intermedia, que se caracteriza por prohibir inicialmente su empleo, y admitir derogaciones a la regla general, condicionadas al cumplimiento de determinadas exigencias.

Así, como regla general, en el número 1º de dicho precepto, sólo se admite el empleo de estas técnicas en vida de los dos esposos:

«1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por 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».

Cumplendose los presupuestos de este apartado se evitan aspectos de inseguridad de descendencia, y se armoniza esta situación con los moldes del Derecho sustantivo en orden a los llamados hijos póstumos, pues lo que en verdad se genera es un hijo de esta clase; se precisa en ella, para la declaración de paternidad del padre premuerto, que a su fallecimiento se haya iniciado la concepción, y esto ocurre tanto si se ha iniciado de manera natural como si se ha hecho de manera asistida.

---

<sup>19</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., en «El derecho a la reproducción humana», Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Marcial Pons Ed. Juríd. SA, Madrid, 1994, sostiene que el derecho a la reproducción asistida no está expresamente constitucionalizado, pero se puede fundamentar en los arts. 1.1 y 17.1 (libertad como valor superior del Ordenamiento jurídico español) y 10.1 (la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social, y piezas esenciales del sistema constitucional democrático), además de en los artículos 18.1 (derecho a la intimidad personal y familiar), 39.1 (protección de la familia), y en el derecho a fundar una familia recogido en el ámbito jurídico internacional. En este sentido entiende que la Ley 35/1988 es inconstitucional formalmente, pues al estar desarrollando derechos fundamentales, como son los derechos a la vida, libertad e intimidad, debería haber adoptado la forma de ley orgánica (art. 81 de la Constitución). Encuentra además otros aspectos discutibles, por lo que considera ineludible una reforma en profundidad de la Ley.

No hay por tanto problema alguno para la atribución de paternidad en este supuesto, produciéndose los mismos efectos que en la postumidad por vía natural.

Sólo de manera excepcional admite la ley el supuesto conocido en la doctrina con la expresión «super-póstumo»; es decir, el hijo concebido por la madre después del fallecimiento del esposo, y para cuya concepción se ha sometido, una vez muerto el marido, a la inseminación con su semen o a la implantación de embrión procedente de ambos. Así, dice el número 2º del artículo<sup>20</sup>:

«2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial».

Se entiende que es necesario que el esperma del marido esté depositado en un Banco de Esperma, congelado o criopreservado, o bien que lo esté un pre-embrión procedente de óvulos de la mujer y espermatozoides del marido, en los términos que se establecen en el art. 11 de la ley.

Para que sea posible la generación «super-póstuma» es preciso:

1. Consentimiento expreso del esposo, manifestado en escritura pública o testamento.

2. Que el material reproductor que se utilice proceda del marido; de este modo se excluye la fecundación *post mortem* con semen de donante, aún cuando el marido fallecido la hubiese previsto y consentido expresamente para después de su muerte; este supuesto se asimila al de fecundación asistida de mujer sola. Por lo demás, aunque la ley se refiere al «material reproductor del marido», debe incluirse también el embrión obtenido con semen del marido y óvulo de la esposa.

3. Que la fecundación se efectúe dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del esposo<sup>21</sup>. La fijación de un plazo es ineludible para evitar permanentes

---

<sup>20</sup> Existe pendiente un recurso de inconstitucionalidad contra este artículo, entre otros, de la ley, interpuesto el 24 de febrero de 1989, y admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 13 de marzo de 1989. Será necesario ver cómo se resuelve.

<sup>21</sup> En la interpretación de este plazo se plantea MARTÍNEZ-CALCERRADA dos posibilidades (op. cit. pág. 298): entender que en cualquier tiempo *posterior* a seis meses puede realizarse la fecundación determinante de ese hijo superpóstumo, pero no antes, lo que obedece a que si es anterior el hijo puede nacer antes de que transcurran los 300 días desde la disolución del matrimonio; o bien entender que la expresión legal es sinónima de «durante los seis meses siguientes», con lo que sólo cabe la fecundación *post mortem* durante ese período, por lo que

situaciones de dependencia respecto a las relaciones jurídicas que nacen con la muerte del esposo; la opción de que sea de seis meses en cambio ha tenido una valoración no unánime.

Toda la doctrina insiste en la particular importancia que tiene el consentimiento del generador del semen, e igual cabría decir si se tratara de gameto femenino, para la fecundación asistida *post mortem*.

Como rasgos generales, vamos a destacar los siguientes:

El consentimiento debe ser específico para la inseminación *post mortem*, y para que tenga lugar con mujer concreta: no será suficiente que el interesado deposite el semen disponiendo su empleo para la fecundación en vida, o reservándose la decisión sobre su utilización posterior. Los consentimientos genéricos no son aptos para persistir tras la muerte del que los da, la doctrina habla para ellos de su caducidad con el fallecimiento del que consintió, salvo explícita disposición en contrario del mismo.

La ley exige que el consentimiento sea además indubitado, y así impone su constancia en escritura pública o testamento. La doctrina se ha planteado el valor de esta exigencia<sup>22</sup>, pero lo que sí está claro que se rechaza es el consentimiento tácito, que puede crear problemas de interpretación<sup>23</sup>.

A propósito de la capacidad para prestarlo, para ser donante exige el art. 5.6 de la Ley 35/1988 tener dieciocho años; para que el marido dé su consentimiento para proceder a la fecundación *post mortem* en cambio no exige el art. 9 de la ley edad específica, tan sólo que sea marido, por lo que en principio podría prestarlo a partir de los catorce años, a la vista de los arts. 46, 48 y 663 del Código Civil. Entiendo no obstante que esto no se debe interpretar en el sentido de que desde los catorce años pueda tener depositados sus gametos, sino en el de que, sin perjuicio de que antes en testamento pueda haber dado su autorización, sólo desde los dieciocho años podrá depositar sus gametos con

---

las posteriores quedan fuera de la órbita legal, aunque si acontecieran podría entablarse una acción judicial de constatación de tal paternidad, siempre dentro del plazo de 5 años fijado en el art. 11.1 para la conservación del semen crioconservado.

<sup>22</sup> MARTÍNEZ-CALCERRADA se pregunta si constando el consentimiento de otro modo, por ejemplo en documento público genérico ante el responsable del Centro, o documento privado debidamente avalado, se podría judicialmente considerar como causante de esa paternidad, y defiende una respuesta positiva si se comprueba tal consentimiento.

<sup>23</sup> Sólo porque entendió que había consentimiento tácito se pronunció el Tribunal de Créteil en el sentido en que lo hizo, en el affaire Parpalaix (sentencia de 1 de agosto de 1984); esa fue su «ratio decidendi». Esta sentencia se encuentra comentada en la obra de MARTÍNEZ-CALCERRADA citada, págs. 77 y siguientes. Son también muy interesantes el recorrido que hace este autor por la legislación extranjera (págs. 151 y siguientes) y su estudio sobre el uso de ordenadores en materia sanitaria (págs. 343 y siguientes).

estos fines. Es de todas maneras un supuesto raro que no creo que se plantee en la práctica. En cualquier caso, la viuda sí habrá de ser mayor de edad para utilizarlos (art. 2.1.b de la Ley 35/1988).

El consentimiento es personalísimo, por lo que nada tienen que decir los herederos del que lo da, ni otra persona en su nombre; y esencialmente revocable, por lo que en línea de principio sólo tiene vigencia mientras puede ser revocado, es decir, en vida del que consiente –lo que no puede impedir que cuando se prevea para después de la muerte pueda tener eficacia tras el fallecimiento del que lo da, como antes vimos–. La ley establece esta revocabilidad expresamente en el número 4º del art. 9. En cualquier caso, para que la revocación sea posible y eficaz es necesario que no haya tenido lugar todavía la fecundación; efectuada ésta es irrevocable, como recuerda ese mismo precepto, con todas las consecuencias que ello comporta a tenor de la buena fe, por ejemplo en materia de impugnación de paternidad. La ley no precisa si la revocación del consentimiento ha de revestir la misma forma que exige para su constancia, o puede efectuarse incluso en documento privado<sup>24</sup>, o de manera tácita<sup>25</sup>.

Por lo demás, parece perfectamente posible que al prestar el consentimiento para la realización de esta técnica se prevea el destino ulterior de los gametos si no hubiere lugar al inicialmente previsto, o si simplemente transcurriere el plazo establecido sin éxito.

El legislador extiende la posibilidad de fecundación *post mortem* también a las parejas no casadas, en el número 3 del comentado precepto:

«3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del art. 49 de la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad».

El proceso es idéntico, pero para la atribución de la paternidad se precisa, al no existir la presunción del nexo matrimonial, que el consentimiento del varón sirva para constatar, como documento indubitado, la paternidad, a través del acceso registral por la vía del citado art. 49; todo sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad, porque es posible que se yuxtapongan eventuales acciones, bien por el mismo varón donante, un tercero, o incluso por el propio marido de la «madre», no queriendo la ley cerrar la oportunidad de que la verdad biológica prevalezca, en desarrollo del art. 39 de la Constitución, si bien los visos de prosperabilidad de estas acciones son difíciles.

---

<sup>24</sup> Por esta última posibilidad se decanta SERRANO ALONSO, dada la restricción que debe seguirse en la autorización de este tipo de fecundación asistida.

<sup>25</sup> El principal problema de ésta radica en la interpretación de los hechos concluyentes de que pueda inferirse.

En cualquier caso, como vemos no se exige convivencia *more uxorio*, lo que hace que se planteen interesantes reflexiones, en las que no vamos a entrar<sup>26</sup>.

Por último, dice el número 4 de este art. 9:

«4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas».

Esta revocación está contemplada sin distinción alguna (no se dice «... para la aplicación de *estas* técnicas...» sino «... para la aplicación de *las* técnicas...»), por tanto, aunque parezca que se refiere a la fecundación *post mortem* regulada en este artículo, su generalidad la hace aplicable en todo caso de utilización de las técnicas de reproducción asistida. Es además en los procesos *in vivo* donde encuentra su más amplia aplicación, no exigiéndose ningún fundamento o causa específica para la misma, sino tan sólo que el consentimiento prestado no haya dado ya sus frutos, que no se haya utilizado ya la técnica; en los procesos *post mortem* generalmente no será posible tal revocación, porque la voluntad del pre-muerto, una vez muerto, es inmodificable; otra cosa sería que tras ese testamento o escritura aparezca otro instrumento en que se revoque su decisión.

Sólo me queda ya destacar que todas las discusiones sobre la admisibilidad de utilización de estas técnicas en mujeres viudas me parecen supérfluas, desde el instante en que se admite la fecundación asistida en mujer sola, pues estamos en definitiva ante una situación semejante, si acaso más protegible.

### III. RELACIONES CIVILES DERIVADAS DE LA FECUNDACIÓN *POST MORTEM*

Sea o no aconsejable la fecundación *post mortem*, es legalmente posible recurrir a ella y que nazcan hijos super-póstumos por este procedimiento.

Se plantea entonces una cuestión fundamental, determinar la filiación del nacido, para saber si es o no hijo del fallecido, pues de ello dependerá la atribución de los derechos que se le pueda hacer.

La problemática que plantea la filiación del así nacido escapa al objeto de este trabajo, pero en cualquier caso sí parece evidente que, tanto por exigirlo el principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento del art. 14, como el de la dignidad como fundamento del orden político y la paz social del art. 10, como por imperativos de justicia y equidad, la situación jurídica del

---

<sup>26</sup> Véase GARRIDO MELERO, M., obra citada.

nacido por fecundación asistida *post mortem* debe ser, si no idéntica, pues en algún supuesto no podrá serlo del todo, al menos lo más próxima posible a la del nacido por procreación natural; de esta manera, producido el nacimiento, y determinada la filiación respecto del fallecido, no debe haber diferencias de derechos y obligaciones por razón del tipo de filiación, creada antes o después de la muerte del progenitor, se considere matrimonial o no matrimonial<sup>27</sup>. En este sentido, de acuerdo con el art. 108.2 del Código Civil:

«La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código».

En definitiva, determinada la filiación se crea un vínculo de parentesco entre el nacido y el fallecido, y los parientes de éste, del que se derivan las siguientes relaciones.

### **III.1. Derecho a los apellidos**

La identificación de los individuos se hace a través del nombre individual y de los apellidos. El nombre será impuesto por la madre, o en su defecto el pariente llamado a tutela, en manifestación ante el Encargado del Registro Civil; si no se hiciese, la elección del nombre la hará dicho Encargado. En cambio los apellidos, que expresan una vinculación familiar y son irrenunciables, vendrán determinados por la filiación (art. 109.1 del Código Civil), imponiéndose primero el primer apellido del padre, y después el primero de la madre, aunque sea extranjera; el hijo, al alcanzar la mayoría de edad, podrá solicitar que se altere este orden (art. 109.2 del Código Civil).

En cualquier caso, el hijo podrá solicitar la modificación de nombre y apellidos de acuerdo con las reglas generales.

Véanse en general los arts. 53 a 56 de la Ley del Registro Civil, y concordantes del Reglamento.

### **III.2. Derecho-deber de ejercicio de la patria potestad**

Lógicamente, fallecido previamente el padre, estamos ante un supuesto de titularidad y ejercicio individual de la madre, como se deduce de los arts. 156.1

---

<sup>27</sup> Las discusiones doctrinales en torno a la calificación de la filiación del nacido por fecundación *post mortem*, como matrimonial o no matrimonial, han sido variadas. Véase, entre otros, LLEDÓ YAGÜE, F., «Fecundación artificial y Derecho», Tecnos, Madrid, 1988, págs. 195 y siguientes.

y 169.1 del Código Civil, sin perjuicio de que en el ejercicio puedan intervenir otros sujetos, como los mismos hijos si tuvieran suficiente juicio, otros parientes para pedir medidas cautelares, organismos tutelares de menores, y desde luego el Juez y el Ministerio Fiscal en su misión de vigilancia de los intereses del hijo (arts. 154.3, 156, 158, 163, 166, 167 y 170 del Código Civil).

En caso de conflicto de intereses con la madre se nombrará al hijo un defensor que lo represente; si estos conflictos se prolongasen se podría llegar a la privación total o parcial de la patria potestad, e incluso procederse a la constitución de la tutela o a la adopción (arts. 163 y 299, 169, 222 y 175 del Código Civil).

Pero por lo demás, será la madre quien ejerza la patria potestad, y en consecuencia deberá velar por el hijo, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, representarlo y administrar sus bienes; además, no podrá impedir sin justa causa sus relaciones personales con los parientes y allegados paternos; por su parte el hijo deberá obedecerla, respetarla y contribuir según sus posibilidades a las cargas de la familia mientras conviva con ella (arts. 154, 155 y 160.2 del Código Civil).

### **III.3. *Derecho de alimentos***

Efecto específico de la relación de parentesco es el deber genérico de prestación de alimentos recogido en los arts. 142 y siguientes del Código Civil, de manera que el hijo podrá reclamarlos de sus ascendientes y hermanos paternos, y éstos de él, en los términos del Código, y sin perjuicio del deber de su madre, viuda, y sus parientes maternos.

### **III.4. *Nacionalidad***

El hijo tendrá derecho a la nacionalidad española de origen, no sólo cuando la madre sea española, sino también aunque sólo lo fuera su padre premuerto, porque su madre hubiese cambiado su nacionalidad antes de su nacimiento, o incluso de su concepción, o fuese inicialmente extranjera.

En efecto, el art. 17 del Código Civil, habla sólo de «padre o madre españoles», sin establecer distinciones entre ellos, y sin determinar si habían de ser españoles al tiempo del nacimiento o de la concepción. En el supuesto de la fecundación *post mortem* ni siquiera se había producido la concepción al tiempo del fallecimiento del padre premuerto, pero reconocida la filiación respecto

del mismo, si era español, no hay razón para negar al hijo tal atribución de origen, pudiendo ser además la discriminación inconstitucional. Ni siquiera es necesaria una reforma del Código, pues el precepto no especifica.

En el supuesto de que por ser la madre extranjera, o producirse el nacimiento fuera de España, o ser el padre extranjero pero la madre española, pudiera serle atribuida al nacido otra nacionalidad además de la española, estaríamos ante un conflicto de doble nacionalidad, que deberá ser resuelto conforme a las reglas generales.

### **III.5. Vecindad civil**

De conformidad con lo dispuesto en el art. 14 del Código Civil, el nacido por fecundación *post mortem* tendrá la vecindad que corresponda a la madre; si no fuere la misma que la del padre al tiempo del fallecimiento, o bien la madre no tuviera por ser extranjera, creo que se debe aplicar por analogía el apartado 3 de ese artículo, pues la *ratio* del precepto parece la misma, de manera que, como la filiación ha sido determinada a la vez respecto de ambos progenitores, el hijo tendrá la vecindad que corresponda al lugar de nacimiento, y si está en el extranjero, la vecindad de derecho común; siempre teniendo en cuenta que la madre puede, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento, atribuir al hijo la vecindad de su padre o la suya; que el hijo podrá desde los catorce años y hasta el año siguiente a su emancipación optar por la vecindad de su lugar de nacimiento o por la última de cualquiera de sus progenitores; que podrá modificar su vecindad mediante su residencia en lugar distinto; y que en caso de duda prevalecerá la vecindad del lugar de nacimiento.

### **III.6. Impedimento para contraer matrimonio**

Como consecuencia del vínculo de filiación serán aplicables los arts. 47 y 48 del Código Civil, de manera que no podrá el hijo contraer matrimonio con sus parientes en línea recta paterna o materna, por consanguinidad o adopción, ni en línea colateral paterna o materna por consanguinidad hasta el tercer grado, a menos que obtenga dispensa en los términos legales.

### **III.7. Revocación de donaciones**

El art. 644 del Código Civil admite la posibilidad de revocación de donaciones por tener el donante, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos,

añadiendo el art. 646 que la acción prescribirá a los cinco años desde que se conoció el nacimiento, es irrenunciable, y se transmitirá a los hijos y descendientes del donante a su muerte.

La cuestión que se plantea es determinar si dentro de esta posibilidad de reevocación puede incluirse el supuesto de nacimiento de un hijo por fecundación *post mortem*. La solución depende, como en los demás casos, de la filiación, pero si el nacido por medio de estas técnicas es considerado hijo del donante, negar a éste tal posibilidad iría en contra del precepto, además de ser discriminatorio e inconstitucional. Ni siquiera hay necesidad de modificar los citados preceptos para llegar a esta solución, unánime en la doctrina, aunque hubiera sido aconsejable una referencia específica en la misma Ley de Reproducción Asistida.

### **III.8. Prestaciones sociales**

El nacimiento de un niño mediante la fecundación *post mortem* tiene también incidencia en el ámbito de las prestaciones de orfandad y asistencia sanitaria, a las que sería acreedor por el fallecimiento de su padre.

### **III.9. Por último, entramos en la determinación de los derechos sucesorios respecto del progenitor premuerto**

#### **III.9.1. Admisibilidad**

A propósito de su admisibilidad, como ya apuntamos antes, no todos los autores están de acuerdo en reconocer al nacido por fecundación *post mortem* derechos sucesorios respecto de su padre premuerto. Fundamentalmente se alegan dos razones para negarlos: la necesidad de que exista el causahabiente en el momento del fallecimiento del causante, como requisito de capacidad sucesoria, y la situación de incertidumbre que se crearía en los derechos de otras personas por la situación de pendencia de la sucesión abierta.

Por lo que se refiere a la primera objeción, es cierto que el Código Civil exige sobrevivencia del llamado al testador para concederle capacidad para suceder (arts. 745.1, 750 y 758.1), lo que en principio parece excluir la delación en favor de quien no ha nacido, y desde luego de quien ni siquiera está concebido. Sin embargo la jurisprudencia, en una interpretación más flexible, sí ha

permitido el llamamiento al *nasciturus*, concebido pero no nacido en el momento del fallecimiento del causante, a la vista del art. 29 del Código, siempre que se cumplan luego los requisitos del art. 30; e incluso en favor del *concepturus*, ni siquiera concebido en el momento de aquel fallecimiento, a través del llamamiento bajo condición suspensiva, de que llegue a nacer con los requisitos del art. 30 antes mencionado, aplicándose en este caso los arts. 801 a 804, o a través de la sustitución fideicomisaria en los términos del art. 781, rigiendo entonces los arts. 782 a 785.

En cuanto a la situación de pendencia de la sucesión, e incertidumbre de los derechos de los llamados a ella, nuestro Ordenamiento contempla situaciones bastante parecidas, a las que ha dado respuesta, como la sucesión a la que estuviere llamado un ausente (arts. 191 y 192 del Código Civil), y la sucesión en la que la viuda está encinta (arts. 959 y siguientes del Código Civil), y nada parece oponerse a la aplicación de alguna de estas dos soluciones, sobre todo si tenemos en cuenta que la situación de pendencia no parece excesivamente prolongada, al permitirse la fecundación *post mortem* sólo durante los seis meses siguientes al fallecimiento del padre causante, por lo que como máximo se extenderá durante esos seis meses más los trescientos días durante los cuáles se aplica la presunción de paternidad del marido (art. 116 del Código Civil).

En definitiva, no cabe hoy otra solución que afirmar que el hijo nacido mediante fecundación *post mortem*, dentro de las exigencias de la ley, ha de tener iguales derechos sucesorios que los de los demás hijos del fallecido, y no sólo porque la ley no les excluye de su sucesión, sino por que cualquiera otra solución sería contraria al principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución.

Si el niño llega a nacer dentro de las exigencias legales tendrá en la herencia de su padre premuerto los mismos derechos que los demás hijos de éste; si transcurridos los plazos legales no ha nacido, los herederos presentes del esposo fallecido adquirirán una situación hereditaria definitiva, y aunque luego se produzca la gestación el nacido carecerá de derechos sucesorios.

### III.9.2. Medidas precautorias adoptadas

Admitida la fecundación *post mortem* por inseminación con semen del esposo fallecido, o implantación de embrión procedente del marido fallecido y su mujer, y afirmada la capacidad para suceder a su progenitor premuerto del nacido mediante esta técnica, se plantea la cuestión de *determinar las medidas precautorias a adoptar* para evitar dudas acerca de la paternidad, asegurar la procedencia del hijo, y garantizar la eficacia del llamamiento en su favor.

Cabrían dos soluciones: aplicar las reglas establecidas para el llamamiento a un ausente (con lo que se distribuiría la herencia entre los herederos presentes, que quedarían obligados a reservar los bienes que corresponderían al nacido, si efectivamente llega a nacer, hasta que nazca, o se compruebe que no va a nacer dentro de los plazos legales, haciéndose constar esta obligación en la inscripción de los bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad), o aplicar las precauciones previstas para la viuda que queda encinta, en cuyo caso se suspendería la partición de la herencia hasta que se produzca el nacimiento o transcurra el plazo legal del mismo.

La doctrina en general, ante el silencio de la ley en este punto, prefiere la aplicación por analogía de las reglas de los arts. 959 a 967 del Código Civil, «Precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta».

En concreto las medidas de índole personal se encuentran recogidas en los arts. 959 a 963; en ellos se establece que:

«Cuando la viuda crea haber quedado encinta deberá ponerlo en conocimiento de los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo» (art. 959).

«Los interesados a que se refiere el precedente artículo podrán pedir al juez municipal, o al de primera instancia donde lo hubiere, que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición de parto, o que la criatura que nazca pase por viable, no siendolo en realidad. Cuidará el juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni a la libertad de la viuda» (art. 960).

«Háyase o no dado el aviso de que habla el art. 959, al aproximarse la época del parto, la viuda deberá ponerlo en conocimiento de los mismos interesados. Éstos tendrán derecho a nombrar persona de su confianza que se cerciore de la realidad del alumbramiento. Si la persona designada fuere rechazada por la paciente, hará el juez el nombramiento, debiendo éste recaer en facultativo o en mujer» (art. 961).

«La omisión de estas diligencias no perjudicará a la legitimidad del parto, la cual, si fuere impugnada, podrá acreditarse por la madre o el hijo, debidamente representado. La acción para impugnarla por parte de los que tengan este derecho prescribirá en los plazos señalados en el art. 113» (art. 962).

«Cuando el marido hubiere reconocido en documento público o privado la certeza de la preñez de su esposa, estará ésta dispensada de dar el aviso que previene el art. 959, pero quedará sujeta a cumplir lo dispuesto en el 961» (art. 963).

El estudio de estos preceptos escapa al objetivo de estas líneas, y se ha realizado ya en muchos lugares; sólo vamos a destacar, en lo que a nosotros nos concierne, que se trata de medidas muy loables, establecidas en beneficio de quien resulte titular definitivo para garantizar sus derechos expectantes, y tratan de evitar fraudes de los derechos hereditarios de los inicialmente llamados,

y del póstumo, impedir la suposición de parto o la sustitución de un niño por otro, y evitar complicaciones a la madre viuda gestante; no obstante, resultan anacrónicas, a la vista de los avances científicos en Ginecología, y la admisión de la investigación de la paternidad en el art. 39 de la Constitución, por lo que se deben entender hoy simplificadas y actualizadas.

Por otro lado, aunque el Código se refiere siempre a la «viuda encinta» y al «marido», tendrán aplicación también al concebido instituido heredero por su padre premuerto, y que no llegó a contraer matrimonio con la madre gestante, e incluso a todos los casos de participación de un *nasciturus* en una herencia, sea quien sea el causante de ésta. En nuestro caso, si se admiten las técnicas de reproducción asistida tanto en las parejas casadas como en las que viven *more uxorio*, e incluso simplemente en las parejas humanas, no podrá hablarse propiamente de viuda, sino de mujer gestante.

Todas estas medidas pueden aplicarse hoy cuando se realizan prácticas de fecundación artificial muerto el varón de la pareja, la única reforma que entiendo que habría que hacer es añadir un párrafo al art. 959, de esta manera:

*«Cuando la mujer crea haber quedado encinta, o se proponga utilizar las técnicas de fecundación asistida tras la muerte del varón en los términos legalmente permitidos, deberá ponerlo en conocimiento de...».*

El aviso que debe dar la mujer que cree haber quedado encinta es muy útil para el caso de que vaya a ser inseminada, o a gestar un embrión previamente depositado, porque sirve para advertir a los interesados, y para que se tomen las medidas oportunas de guarda de los bienes que puedan corresponderle al concebido, o *concepturus*, y para la previsión del fraude, pues podría hacerse inseminar con esperma de otro varón, fallecido su marido, para desplazar la herencia a otros hijos del *de cuius*. Por eso, si siempre ha sido más práctico el llamamiento del parto del art. 961, que la notificación de creencia de embarazo del art. 959, en los supuestos de fecundación *post mortem* es más trascendente notificar la intención de llevar a cabo una acción semejante.

Entiendo que los herederos del causante tienen que ser conocedores, no ya del embarazo, sino de la posibilidad del mismo, por lo que si el varón premuerto no había prestado su consentimiento para estas prácticas en su testamento, y por tanto los herederos no tienen en principio acceso al mismo, tendría que existir además la obligación de comunicárselo<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> LLEDÓ YAGÜE, en la obra citada anteriormente, sostiene que la excepcionalidad del supuesto hace que la mujer gestante deba también notificar a los interesados en la herencia, que pueden ver disminuidos sus derechos por el nacimiento del póstumo, el momento en que el establecimiento sanitario va a llevar a cabo la fecundación *post mortem* con los gametos del difunto varón, que tienen que estar perfectamente identificados.

Por otro lado, la mujer está dispensada de la notificación del art. 959, y no de la del 961, si el marido había reconocido el embarazo; en nuestro supuesto el consentimiento del marido es siempre imprescindible, ahora bien, unido a él es muy aconsejable esta comunicación de intención de embarazo, hasta tal punto que creo que no se debería extender a ella la posible dispensa en estos casos de fecundación *post mortem*.

Se plantea otra posibilidad, y es que el marido haya otorgado su consentimiento para proceder a la fecundación *post mortem* en documento público, pero no haya hecho referencia a ello en el testamento en que dispone de sus bienes, o bien ni siquiera haya otorgado éste. En estos supuestos, la única manera de suspender la partición de la herencia, que es la principal medida de protección de los intereses del *concepturus*, como luego se verá, es que la viuda dé aviso de su intención de utilizar estas técnicas, de otro modo no hay manera de que los demás interesados en la herencia conozcan la existencia de tal autorización. Por eso entiendo que, a pesar del art. 963, la viuda no debe quedar dispensada de dar este aviso, e incluso debe obligarsele a él, cuando no conste en el testamento de su consorte difunto el consentimiento para este tipo de fecundación asistida, para evitar problemas<sup>29</sup>. En otro caso se llevará a efecto la partición de la herencia, y si llega a nacer un niño en los plazos legales deberán realizarse las modificaciones correspondientes, no siempre fáciles.

En cualquier caso, el olvido de las medidas precautorias no causa otro efecto que privar de una postura más favorable de defensa de los derechos del concebido, o *concepturus*, cuando éste haya nacido. Su incumplimiento no provoca la pérdida de los derechos sucesorios, en todo caso la madre sería responsable de los perjuicios que haya podido causar por la falta de notificación del embarazo o del parto. Si los interesados impugnasen la veracidad de la filiación o del parto tendrán que aportar pruebas que demuestren esa falta de veracidad; en esta línea, los establecimientos donde se realicen estas prácticas deberían facilitar toda comprobación al respecto.

Por lo demás, el Código Civil continúa:

«La viuda que quede encinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable» (art. 964).

---

<sup>29</sup> En esta línea, podría pensarse en una obligación de los Notarios que autoricen documentos públicos en que se hagan constar este tipo de consentimientos, para proceder a la fecundación asistida *post mortem*, de expedir testimonio de los mismos para su remisión al Registro General de Actos de Última Voluntad, al que siempre se ha de acudir en las sucesiones hereditarias, puesto que en realidad estamos ante una última voluntad, de la misma manera en que expiden testimonio de reconocimiento de hijos hecho en testamento abierto para su remisión al Registro Civil.

«En el tiempo que medie hasta que se verifique el parto, o se adquiera la certidumbre de que éste no tendrá lugar, ya por haber ocurrido el aborto, ya por haber pasado con exceso el término máximo para la gestación, se proveerá a la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaría» (art. 965).

«La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta. Sin embargo, el administrador podrá pagar a los acreedores, previo mandato judicial» (art. 966).

«Verificado el parto o el aborto o transcurrido el término de la gestación, el administrador de los bienes hereditarios cesará en su cargo y dará cuenta de su desempeño a los herederos o a sus legítimos representantes» (art. 967).

También estas medidas deberán ser aplicadas cuando se vayan a realizar técnicas de fecundación *post mortem*, aunque entiendo que se debería modificar el art. 965, para una mayor claridad, añadiendo a las dos circunstancias a que se refiere, haberse verificado el parto, y adquirir la certidumbre de que no tendrá lugar, por haber ocurrido aborto o haber pasado el tiempo máximo de gestación, una tercera: *adquirir la certidumbre de que el nacimiento va a tener lugar fuera del plazo en que existe la presunción de paternidad del marido en los supuestos en que la ley permite la fecundación post mortem* (seis meses más trescientos días más).

### III.9.3. Sucesión intestada

Hasta este momento nos hemos estado refiriendo a la sucesión testada, es decir, a la existencia de una disposición de última voluntad en la que el progenitor premuerto realiza alguna institución, condicional o en fideicomiso, en favor del *concepturus*, que podrá ser concebido, o si es un preembrión desarrollado, después de su muerte con estas nuevas técnicas, pero siempre dentro del plazo legalmente permitido, pues fuera del mismo entiende la doctrina generalizadamente que no se deben reconocer derechos sucesorios.

Pero hay que determinar también qué ocurrirá si fuere necesario proceder a la *apertura de la sucesión intestada*, por alguna de las causas del art. 912 del Código Civil. Entiendo que en este supuesto, como en el anterior, la cuestión depende de la determinación de la filiación, y que afirmada ésta, y ocurrido el nacimiento dentro del plazo legal, no se pueden negar derechos sucesorios al nacido por fecundación *post mortem* en la herencia del causante. Vuelven a tener por tanto una importancia especial las medidas de precaución de los arts. 959 a 967 antes citados, y sobre todo el aviso de la intención de quedar la viuda encinta, en base a una voluntad del varón premuerto declarada en documento público o testamento anterior insuficiente.

Asímismo se puede plantear otro supuesto especial: que la apertura de la sucesión intestada se deba a la pérdida de validez del testamento otorgado por el causante, y fuese en ese testamento en el que hubiese dado su consentimiento para la utilización de estas técnicas después de su muerte, con lo que podría suceder que también perdiera su fuerza tal autorización, no siendo posible por tanto la fecundación *post mortem*.

Entiendo que si la pérdida de vigencia del testamento es por revocación del mismo desde luego debe entenderse revocado también el consentimiento para la utilización de estas técnicas, revocación perfectamente posible, como antes se vió, por lo que no se podrán llevar a la práctica. Ahora bien, en otro caso quizá podría ser aplicado por analogía el art. 741 del Código Civil, en sus dos últimos incisos:

«El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque... el testamento no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere».

El supuesto de que el testamento no contenga otras disposiciones no plantea problemas, pues en principio es un acto de disposición de bienes para después de la muerte, pero puede contener también disposiciones que regulan para después de la misma cuestiones no patrimoniales<sup>30</sup>, algunas de las cuales la ley exige que se hagan en testamento, e incluso puede contener exclusivamente este tipo de disposiciones, que no perderán su naturaleza por hallarse en una disposición de última voluntad<sup>31</sup>. Por consiguiente, si el testamento sólo contuviera el consentimiento para la utilización de las técnicas de fecundación *post mortem*, se procederá a la apertura de la sucesión intestada para la distribución de los bienes, pero aquél conserva su validez y el consentimiento es por tanto plenamente eficaz.

En cuanto al supuesto de que sean nulas todas las demás disposiciones que el testamento contiene, el principio de conservación del negocio jurídico hará que se supriman todas las disposiciones nulas pero se mantengan las válidas, por lo que entiendo que subsistirá el consentimiento para este tipo de fecundación asistida. Otra cosa es que sea declarado nulo el testamento en sí mismo considerado, por falta de capacidad (arts. 663 y 688), vicio del consentimiento (art. 673), falta de forma esencial (arts. 687, 705, 715) o infracción de alguna prohibición legal (arts. 669 y 670); en todos estos supuestos entiendo que perderá eficacia el consentimiento en estos testamentos prestado.

---

<sup>30</sup> En testamento pueden los padres nombrar tutor (art. 223), establecer órganos de fiscalización de la tutela (art. 223), reconocer a un hijo (art. 741), rehabilitar al indigno (art. 757), disponer sus funerales, sufragios y obras piadosas (art. 902), etc.

<sup>31</sup> Véanse entre otras las sentencias de 8 de julio de 1940 y 22 de diciembre de 1964 del Tribunal Supremo.

### III.9.4. Derechos legitimarios

El nacimiento de un niño con estas técnicas de fecundación asistida *post mortem* supone la aparición de un nuevo heredero forzoso o legitimario en la herencia del progenitor premuerto, con derecho a participar en los bienes relictos (arts. 806 y 807.1 del Código Civil).

A estos efectos se pueden plantear tres situaciones:

A) Que el progenitor premuerto hubiese previsto en su testamento este posible nacimiento, y hubiese reconocido derechos en favor de ese futuro hijo.

Lo que procede entonces es la suspensión de la partición de la herencia, y la puesta de los bienes en administración, hasta que resulte que la viuda no estaba encinta dentro del plazo legal, o hasta que efectivamente se produzca el nacimiento<sup>32</sup>.

En el primer supuesto se procederá a repartir la herencia entre los demás herederos presentes, con arreglo a lo dispuesto por el causante en su disposición de última voluntad, siempre respetando los límites legales. En el segundo caso el niño que nazca recibirá todos los derechos que le correspondan como heredero forzoso<sup>33</sup>, y por tanto las dos terceras partes del haber hereditario del causante si fuere el único descendiente existente, o bien la parte alícuota que le corresponda si hubiese más<sup>34</sup>, teniendo en cuenta que el causante puede haber utilizado la facultad de mejorar a alguno de ellos<sup>35</sup>, incluso a él mismo si llegase a nacer, para tratar de compensar en parte los problemas con que se va a encontrar; que puede haberle nombrado sustituto pupilar<sup>36</sup>; que pueden existir descendientes de ulterior grado que pueden ser también legitimarios<sup>37</sup>; y desde luego los derechos de la cónyuge viuda. El tercio restante, de libre disposición, se distribuirá de conformidad a lo dispuesto en el testamento, y también puede haber sido atribuido a este niño, a través de una sustitución fideicomisaria<sup>38</sup> o de una institución de legado condicionada a que llegue a nacer<sup>39</sup>, legado que podrá ser de bienes

---

<sup>32</sup> Debemos recordar que la Ley 35/1988 establece un plazo de seis meses para la práctica de estas técnicas, de manera que si el nacimiento por fecundación *post mortem* se produce con posterioridad a ese plazo de seis meses en que se permite tal fecundación, más trescientos días más durante los que se presume la paternidad del marido, el supuesto se asimila al de la fecundación de mujer sola, y no se reconocerán derechos sucesorios de ningún tipo respecto del progenitor premuerto al niño que nazca.

<sup>33</sup> Véase el art. 813 del Código Civil.

<sup>34</sup> Véase el art. 808 del Código Civil.

<sup>35</sup> Véanse los arts. 808.2 y 823 y siguientes del Código Civil.

<sup>36</sup> Véanse el art. 775 del Código Civil.

<sup>37</sup> Véanse los arts. 761, 766, 857 y 929 del Código Civil.

<sup>38</sup> Véanse los arts. 781 y 789 del Código Civil.

<sup>39</sup> Véase el art. 790 del Código Civil.

concretos o del tercio en sí, de parte alícuota. Cabe incluso que no solo los legados sino la institución misma de heredero recaiga en él por tales vías<sup>40</sup>, reconociendo a los demás parientes si los hubiese estrictamente sus derechos legitimarios.

B) Que el progenitor premuerto hubiese prestado en su testamento su consentimiento para la práctica de la fecundación *post mortem*, pero sin reconocer después derechos a ese futuro hijo.

Entiendo que este supuesto se podría asimilar al de la preterición intencional; en consecuencia se suspenderá la partición de la herencia en los términos vistos, y si llega a nacer un niño tendrá derecho a la misma porción que los demás hijos no mejorados, aplicándose el art. 814.1 del Código Civil (se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias).

C) Que el progenitor premuerto hubiese prestado su consentimiento para la fecundación *post mortem* en documento público, pero luego no hubiese dicho nada en este sentido en su testamento, o incluso hubiese muerto intestado.

Es el supuesto, como antes exponía, que más problemas puede plantear, pues al abrirse la sucesión no hay nada que pueda hacer pensar a los herederos presentes en el posible nacimiento de otro hijo, procediéndose por tanto sin tenerle en cuenta a la partición de la herencia y distribución de los bienes, con el problema de intentar recuperarlos luego si efectivamente se produce el nacimiento.

Por eso insisto en que se debería imponer a la viuda que se proponga utilizar estas técnicas la obligación de comunicarlo a todos los que puedan tener interés en la sucesión, de manera inmediata, a pesar de lo que dispone el art. 963 del Código Civil, incluso fijándole un plazo, que podría ser un mes después del fallecimiento; o bien establecer la obligación de los establecimientos públicos sanitarios que practiquen estas técnicas, o mejor de los Notarios que autoricen documentos públicos en que consten estos consentimientos, de comunicarlo al Registro General de Actos de Última Voluntad, todo ello con la finalidad de poder proceder a suspender la partición de la herencia, o al menos imponer prohibiciones de disponer a quienes reciban los bienes durante el tiempo necesario, de modo similar al establecido en el art. 196 para el supuesto de estar un ausente llamado a la herencia.

En otro caso entiendo que quedarán bastante desprotegidos los derechos del nacido por estas técnicas, que puede encontrarse en la situación de no poder recibir los derechos que le corresponderían, y disponer tan sólo de una acción de resarcimiento contra su madre por los daños derivados de no haber avisado con tiempo su posible nacimiento, acción que además si ejercita él solo podrá hacerlo transcurridos los dieciocho años necesarios para alcanzar la mayoría de edad, y que antes sólo podrá ejercitar, dado que su representación

---

<sup>40</sup> En este caso se aplicarán respectivamente los arts. 783.2 o bien 801 del Código Civil.

legal en principio corresponde a su madre, como titular de la patria potestad, y el conflicto de intereses existente, un defensor nombrado por el juez en los términos del art. 163 del Código Civil.

### III.9.5. Derechos de la viuda

En cualquiera de estos supuestos, la viuda tendrá derecho a ser alimentada de los bienes de la herencia, en consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si llegare a nacer<sup>41</sup>, y conserva sus derechos legitimarios, que consistirán en el usufructo del tercio de mejora, pues concurre a la herencia con al menos un descendiente, el nacido, sin perjuicio de que si no llega a nacer, o lo hace fuera de los plazos legales, puedan verse aumentados al usufructo de la mitad o incluso de dos terceras partes de la herencia<sup>42</sup>.

Si contrajere nuevo matrimonio, para lo que no se le pone hoy ninguna limitación legal, frente a épocas pasadas, y sin perjuicio de que su marido premuerto sí pueda haberle puesto esta condición<sup>43</sup>, contraerá la obligación de reservar los bienes que hubiese adquirido de su difunto consorte por cualquier título gratuito en favor de este posible descendiente de su primer matrimonio, en el supuesto de que no la tuviera ya por existir otros descendientes de ese matrimonio anterior<sup>44</sup>. Cosa distinta es que como consecuencia de ese nuevo matrimonio pudiera concurrir presunción de paternidad del nuevo marido, conflicto que deberá resolverse con las pruebas biológicas pertinentes.

Si la mujer que ha utilizado estas técnicas no fuera la viuda, sino simplemente la compañera o conviviente del varón progenitor premuerto, tendrá también derecho a ser alimentada de los bienes de la herencia, en consideración a la parte que en ellos pudiera tener su hijo, pero lógicamente no tendrá derechos legitimarios, y sólo recibirá lo que específicamente se le hubiera atribuido con cargo a la parte libre.

### III.9.6. Aceptación de la herencia por el nacido

En cuanto a la *aceptación de la herencia por el nacido*, corresponderá en principio a su madre, que ostenta su representación legal. Ella necesitará autorización judicial para repudiar la herencia o legado referidos al hijo, entendiéndose

---

<sup>41</sup> Recuérdese el art. 964 del Código Civil.

<sup>42</sup> Véanse los arts. 834 y siguientes del Código Civil.

<sup>43</sup> Véase el art. 793 del Código Civil.

<sup>44</sup> Véanse los arts. 968 y siguientes del Código Civil.

automáticamente aceptados si el Juez la deniega; en cualquier caso, la aceptación de la herencia se entenderá siempre hecha a beneficio de inventario, por lo que el nacido no responderá de las deudas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma, y nunca con otros que pudiera recibir por otro concepto (por ejemplo, de otro ascendiente, o de su madre). También será necesaria una reforma del art. 1.004 del Código Civil, de manera que, en estos supuestos de fecundación *post mortem*, sólo transcurridos nueve días desde el nacimiento pueda un tercero instar a la viuda a aceptar o repudiar la herencia en nombre del nacido, señalándole entonces el Juez un plazo, que no pasará de treinta días, para hacerlo. En cualquier caso, los efectos de la aceptación o repudiación se retrotraerán al momento de la muerte del padre premuerto, y si falleciese el nacido antes de tal aceptación o repudiación, pasará a su vez a sus herederos, en este caso su madre, el mismo derecho que el tenía<sup>45</sup>.

### III.9.7. Partición de la herencia

En lo que se refiere a *la partición propiamente dicha de la herencia*, los conflictos de intereses que se pueden plantear son evidentes. Piénsese que los demás descendientes deberán compartir con el nacido sus derechos legitimarios<sup>46</sup>, incluso toda la herencia si su progenitor había muerto intestado<sup>47</sup>, y el instituido heredero si lo hay puede ver muy disminuido, incluso suprimido, el contenido de su derecho<sup>48</sup>; es más, pueden verse afectadas todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial<sup>49</sup>. En el supuesto de que el progenitor premuerto no tuviese otros descendientes, el nacimiento de este niño hará que sus ascendientes, que antes como legitimarios tenían derecho a un tercio de su herencia<sup>50</sup>, pasen a no recibir más que lo que expresamente se les haya dejado del tercio de libre disposición, o bien, en el caso de morir intestado el premuerto, pasen de recibir la totalidad de la herencia<sup>51</sup> a no recibir nada. La viuda por su parte también puede ver muy reducidos sus derechos, sobre todo en el caso de morir intestado su consorte sin ascendientes ni descendientes, pues recibiría toda la herencia en propiedad<sup>52</sup>, y si nace un niño sólo el usufructo del tercio de mejora, aunque habida cuenta de que es ella quien solicita que se realicen estas prácticas no parece que deba haber problemas, pues siempre tiene en su mano la posibilidad de desistir<sup>53</sup>.

---

<sup>45</sup> Véanse los arts. 154, 166.2, 990, 1.004 a 1.006 y 1.023.1 del Código Civil.

<sup>46</sup> Art. 807.1 del Código Civil.

<sup>47</sup> Art. 932 del Código Civil.

<sup>48</sup> Art. 814.1 del Código Civil.

<sup>49</sup> Art. 814.2 del Código Civil.

<sup>50</sup> Art. 809 del Código Civil.

<sup>51</sup> Art. 935 del Código Civil.

<sup>52</sup> Art. 944 del Código Civil.

<sup>53</sup> Art. 2.4 de la Ley 35/1988.

Por eso insisto en la necesidad de suspender la partición de la herencia, conforme a lo dispuesto en el art. 966 del Código, para una mayor protección de los intereses de ese futuro niño, puesto que además el período de tiempo no será excesivamente largo; y, en consecuencia, en la necesidad de avisar de la intención de utilizar estas técnicas de fecundación *post mortem*, como antes destacaba.

Si no se verifica el parto, o tiene lugar fuera del tiempo legal, se llevará a efecto la partición contando sólo con los herederos presentes; si naciera un niño dentro de los plazos y con los requisitos legales, se hará la distribución reconociéndole sus derechos. En cualquier caso se aplicarán las reglas generales; sólo vamos a destacar aquí que por el nacido deberá pedir la partición su representante legítimo, es decir su madre, que le representará además en la partición, con lo que no necesitará ésta intervención ni aprobación judicial; que la colación sólo tendrá lugar en el supuesto de que hubiese otros herederos forzosos además del nacido, por su propia naturaleza; y que si la partición ha sido hecha por el padre premuerto habrá de respetarse siempre, a menos que perjudique la legítima de los herederos forzosos, o aparezca racionalmente que fué otra su voluntad<sup>54</sup>.

Hay no obstante un supuesto en el que podría no suspenderse la partición, y es el de que los derechos le hayan sido atribuidos al nacido por vía de sustitución fideicomisaria condicional; en este caso, en virtud del art. 1.054 del Código Civil, podrán los demás herederos, fiduciarios, pedir la partición, asegurando competentemente los derechos de aquél para el caso de cumplirse la condición de nacer en tiempo legal y devenir heredero, y hasta saberse si se cumple o no esta circunstancia la partición se entenderá provisional.

Si se procediese a la partición omitiéndose la participación del heredero póstumo, cosa que no es difícil que se pueda plantear, cuando no se notifique a los demás interesados en la herencia la existencia del consentimiento para proceder a la fecundación *post mortem* y la intención de hacerlo, o se haga demasiado tarde, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.080 del Código Civil la partición no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los demás interesados, pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda; siempre teniendo en cuenta que cuando se trate del pago de legítima se reducirá primero la institución de heredero, luego los legados y por último las donaciones *inter vivos*, y que incluso pueden verse anuladas todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial; y que por lo demás respetadas las legítimas tendrá preferencia siempre lo ordenado por el testador en el testamento, y en el caso de que no diga otra cosa la división se hará por partes iguales<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Véanse los arts. 1.052.2, 1.035, 1.060 y 1.075 del Código Civil.

<sup>55</sup> Véanse los arts. 814, 820, 1.075, 765 y 921.2 del Código Civil.

### III.10. *Derechos sucesorios respecto de otros ascendientes*

Nos queda recordar que el nacimiento de un niño por estas técnicas de fecundación *post mortem* influye no sólo en la distribución de la herencia de su progenitor premuerto, sino también en la de otros ascendientes de éste, pues también respecto de ellos adquirirá derechos sucesorios<sup>56</sup>. Así:

— Si su padre premuerto hubiese sido excluido de la herencia de un ascendiente suyo por indignidad o desheredación, y fuere heredero forzoso, el nacido adquirirá su derecho a la legítima, recibiéndola toda, o la parte que le corresponda si hubiese otros hijos o descendientes (arts. 761 y 857 del Código Civil).

— En el supuesto de que otra persona hubiese llamado a su sucesión al progenitor premuerto y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultáneamente, por lo que el nacido ocupará su lugar en esa sucesión desde que se confirme su existencia (arts. 771 y 29 del Código Civil).

— En el caso de que un ascendiente del progenitor premuerto hubiese fallecido intestado, el nacido ocupará el lugar de éste por derecho de representación, recibiendo toda su parte, o lo que le corresponda si hubiese otros descendientes de su padre fallecido (arts. 929, 925.1 y 926 del Código Civil).

En cuanto a los ascendientes del progenitor premuerto, la doctrina se ha preguntado si hay o no «posteridad» a efectos del art. 812 del Código Civil<sup>57</sup>, entendiéndose que se puede provocar una situación de pendencia de tratamiento análogo al de la sucesión hereditaria.

## IV. ADMISIBILIDAD DE LA FECUNDACIÓN *POST MORTEM* DE LA MUJER UNA VEZ FALLECIDO SU MARIDO

Como vemos, la Ley 35/1988 sólo hace referencia a la posibilidad de fecundación *post mortem* de la mujer una vez fallecido su marido, es más, se establece de manera análoga el derecho del varón no ligado por vínculo matrimonial a

---

<sup>56</sup> Todo sin perjuicio de lo que voluntariamente se les haya podido atribuir, de las maneras antes vistas.

<sup>57</sup> «Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posterioridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados...».

efectuar esta disposición en favor de una mujer<sup>58</sup>; en cambio, no concede esta posibilidad al esposo una vez fallecida la mujer<sup>59</sup>.

A primera vista llama la atención esta diferencia, pues también el hombre tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y a la paternidad, y también puede proporcionar al hijo todas las condiciones para su correcto desarrollo, como lo demuestra la práctica en muchos supuestos.

La distinción se explica por el hecho de que, tratándose de mujer fallecida, la procreación *post mortem* no puede llevarse a cabo sino mediante la intervención de una madre sustituta, que soporte el embarazo por cuenta de la fallecida. Es el supuesto de gestación por sustitución, que el legislador español ha querido vedar completamente<sup>60</sup>.

Así, establece el art. 10 de la Ley 35/88 que:

«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 en favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

De esta manera, es perfectamente posible la extracción de un óvulo de la mujer, bien para su crioconservación (art. 11.2 de la Ley 35/88), bien para intentar de manera inmediata la fecundación *in vitro* y transferencia de embriones, incluso para la crioconservación de embriones (art. 11.3 de la Ley 35/88); pero si la mujer falleciese durante ese tiempo, y su marido quisiera utilizar su material, necesitaríamos una gestación de sustitución, y siempre sería considerada madre legalmente la del parto, nunca su cónyuge fallecida.

---

<sup>58</sup> Sin ni siquiera exigir, como antes se destacaba, convivencia *more uxorio*.

<sup>59</sup> A diferencia del art. 9.1 de la Proposición de ley, que establecía que «Los miembros de un matrimonio o pareja estable deberán expresar por escrito si el material crioconservado se podrá utilizar por el otro miembro de la pareja, cuando ellos hayan fallecido, y con fines reproductores», lo que permitía emplear el óvulo o embrión en mujer distinta de la esposa fallecida.

<sup>60</sup> «... no se debe autorizar la utilización de óvulos de una mujer de pareja o matrimonio en beneficio paternal del varón al que estuvo unida, una vez que la mujer haya muerto, pues la aportación biológica de la mujer gestante es un factor muy a considerar... es más importante el componente de gestación que el genético, pues la gestante lleva en su vientre al fruto durante nueve meses, y lo protege fisiológica y psicológicamente,... es por ello que la madre legal lo debe ser siempre la madre gestante, aunque en el origen del hijo hayan intervenido donantes...» (Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, Informe Palacios, páginas 66 y 88 a 91).

El único camino posible es la adopción del niño por la madre biológica fallecida. El Código Civil permite la adopción por una persona fallecida, siempre que sea del hijo de su consorte, y hubiese prestado ante el Juez su consentimiento, una vez iniciado el procedimiento, antes de morir (art. 176); pero bastaría con modificar el precepto ligeramente, añadiendo un apartado:

«el consentimiento podrá prestarse de antemano, para el supuesto de que el niño nacido provenga de un óvulo propio extraído con esa finalidad».

En este caso, si la madre gestante presta su asentimiento transcurridos treinta días desde el parto (art. 177.2 del Código Civil), podría iniciarse el procedimiento de adopción por la madre biológica en base al consentimiento ya prestado.

La valoración que merece esta posibilidad puede ser muy diferente. Por un lado, en el supuesto de que la madre gestante dentro de esos treinta días rechace al niño, debemos plantearnos qué puede ser preferible para él, puesto que la protección de la parte más débil inspira toda la regulación de la adopción, ser adoptado por la nueva cónyuge del padre si la hubiera y quisiera hacerlo, o por su madre biológica premuerta. En el supuesto de que la nueva consorte no quisiera parece más positivo tener una madre, y todos los derechos respecto de la misma, que ninguna; pero si aquella prestara su consentimiento, habría que decidir qué es lo mejor para el niño, y siempre habría la posibilidad de ser adoptado por su madre biológica, recibir todos los derechos sucesorios correspondientes, y luego ser de nuevo adoptado por la nueva cónyuge de su padre, cosa perfectamente posible puesto que su primera madre adoptiva está muerta.

En definitiva entiendo que se estaría promocionando un fraude de la prohibición de úteros de alquiler si se permitiera este tipo de adopciones, y que la posibilidad de prestar el asentimiento para ceder un niño en adopción está prevista para un embarazo no deseado, pero no para el supuesto de que la madre gestante se hubiese ofrecido informada, consciente y voluntariamente para la gestación<sup>61</sup>; permitirle por tanto rechazar luego al niño supondría favorecer indirectamente el comercio con los embarazos, que es justamente lo que se quiere evitar. Se debería modificar, así, el apartado segundo del art. 176 del Código Civil, añadiendo un párrafo que podría ser:

«El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto, y *en ningún caso cuando se hubiese ofrecido para la gestación en los términos de la Ley de Reproducción Asistida Humana*».

De esta manera se evitarían este tipo de fraudes, y no sólo en el supuesto de que el marido viudo quisiera tener un hijo de su mujer premuerta, cosa en

---

<sup>61</sup> Como exige el art. 2 de la Ley 35/1988.

principio protegible, sino sencillamente en el caso de que un matrimonio cualquiera, en el que la esposa no pueda llevar a efecto el embarazo, pueda o no prestar su óvulo para el mismo, llegue al acuerdo con otra mujer para que ésta solicite, junto con el marido, tener un hijo ambos, en desarrollo de su paternidad y maternidad responsable, y con el consentimiento de la esposa de aquél, y luego, transcurridos treinta días desde el parto, prestar la madre gestante su asentimiento para que el niño sea dado en adopción, recibiendo lógicamente la esposa de su padre biológico.

En cualquier caso, si la madre biológica premuerta, para el supuesto de la fecundación *post mortem*, quisiera efectivamente reconocer derechos en favor de ese hijo, suyo biológica pero no legalmente, siempre podrá hacerlo por vía de un legado o sustitución fideicomisaria condicional, con cargo al tercio libre, o incluso instituyéndole heredero siempre sin perjuicio de sus herederos forzosos, lo que es una solución más fácil para atribuirle derechos sucesorios que la anterior, y menos problemática.

Otra podría ser la solución, no obstante, si se permitiera la gestación de sustitución, al menos en estos supuestos de premoriencia de la madre.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBACAR LÓPEZ, J.L., y DE CASTRO GARCÍA, J., «Código Civil. Doctrina y jurisprudencia», Tomo III, arts. 609 a 1.087, Trivium, Madrid, 1991.
- ALBALADEJO, M., «Curso de Derecho Civil», Tomo V, Derecho de Sucesiones, Bosch, Barcelona, 1989.
- CORRAL TALCIANI, H., «La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines», en Revista de Derecho Privado, 1992, marzo.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, «La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana», en Revista de Derecho Privado, 1988, junio.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «El derecho a la reproducción humana», Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Marcial Pons, Ed. Jurídicas, Madrid, 1994.
- GÓMEZ DE LA TORRE, M., «La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida», en Actualidad Civil, núms. 16-17, 19 y 26 de abril de 1993, Tomo 1993-2.
- LLEDÓ YAGÜE, F., «Acciones de filiación», Madrid, 1987. Del mismo autor: «Fecundación artificial y Derecho», Tecnos, Madrid, 1988.
- HERRERA CAMPOS, R., «La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española», Universidad de Granada, Granada, 1991.
- «La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana», II Congreso Mundial Vasco, Vitoria-Gasteiz, 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987, Trivium, 1988. Varios autores.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., «Derecho tecnológico: la nueva inseminación artificial (Estudio de la Ley de 22 de noviembre de 1988)», Madrid, 1989.
- MORO ALMARAZ, M.J., «Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación «in vitro», Bosch, Barcelona, 1988.

«Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación «in vitro» (Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado)», en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento núm. 3/1986, 15 de enero de 1986.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La fecundación artificial *post mortem*», en Revista Jurídica de Cataluña, 1987, núm. 4.

SANTOS BRIZ, J., «Código Civil (Comentarios y jurisprudencia)», ed. Comares, Granada, 1991.

SERRANO ALONSO, E., «Aspectos de la fecundación artificial», en Actualidad Civil, 1989, febrero.

VIDAL MARTÍNEZ, J., «Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil español», coed. Civitas y Universidad de Valencia, Madrid, 1988.

VILA CORO, M.D., «La reproducción asistida en la mujer sola», en Revista General de Derecho, 1992, mayo, núm. 572.

Véanse también:

GARRIDO MELERO, M., «Reflexiones sobre el Derecho de Filiación en Cataluña y sus relaciones con el Código Civil (Comentarios a la Ley de 27 de abril de 1991)», separata de la Revista Jurídica del Notariado, núm. 7, jul-sep de 1993.

GETE ALONSO Y CALERA, M.C., «La competencia legislativa de la Generalitat de Cataluña en materia de técnicas de reproducción asistida», en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Dr. J.L. LACRUZ BERDEJO, Bosch, Barcelona, 1992.

«Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho», varios autores, Javier GAFO, editor, Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, Madrid, 1986.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La fecundación artificial *post mortem*», en «Derecho de familia, presente y futuro», Tapia, 1987, octubre.

SERRANO ALONSO, E., «Aspectos de la fecundación artificial», en Actualidad Civil núm. 6, 12 de febrero de 1989.

ZARRALUQUI ALONSO, E., «Aspectos de la fecundación artificial», en Actualidad Civil núm. 6, 12 de febrero de 1989.