

Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida *post mortem* en la actualidad

PATRICIA ESCRIBANO TORTAJADA

Profesora de Derecho civil
Universitat Jaume I de Castellón

RESUMEN

Los profundos cambios producidos en los últimos años en Derecho de Familia han tenido, como no podía ser de otro modo, su reflejo en la filiación. Hoy en día, se ha superado la idea de que sólo pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida, en nuestro país, las parejas que tienen problemas para concebir hijos, ya que pueden recurrir a las mismas mujeres solteras. Incluso nuestro ordenamiento jurídico posibilita a la viuda concebir un hijo, con el material reproductor de su marido o pareja de hecho fallecida, siempre y cuando se den los requisitos que marca el artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, si en vida del difunto había nacido la idea de un proyecto parental, que se ha visto truncado por su fallecimiento. El objetivo de este trabajo es analizar precisamente este precepto, señalando el estado de la cuestión de la materia y poniendo de relieve cuáles son los interrogantes que todavía plantea.

PALABRAS CLAVE

Filiación, técnicas de reproducción asistida, reproducción asistida post mortem, consentimiento.

ABSTRACT

The profound changes undergone by Family Law during the past years have naturally had their impact on filiation. The idea that only couples with difficulties to conceive have access to assisted reproduction technologies in Spain has been overcome as of today, since single women can also resort to it. In our legal system it is even possible for a widow to conceive a child with the reproductive material of her dead husband or cohabitant, whenever the conditions of Article 9 of Act No 14/2006, of 26 May, on

assisted human reproduction technologies, are fulfilled, where the idea of a parental project was born while the deceased was still alive but was truncated by his death. The present study aims at analyzing the mentioned provision, showing the state of play at the moment and highlighting the questions it still raises.

KEY WORDS

Filiation, Assisted reproductive technologies, Posthumous reproduction, consent.

SUMARIO: 1. *Cuestiones previas.*—2. *¿Existe un derecho a procrear?*—3. *Concepto, requisitos y ámbito de aplicación de la reproducción asistida post mortem.* 3.1 *Concepto.* 3.2 *Los requisitos.* 3.3 *Ámbito de aplicación.*—4. *Los requisitos de capacidad de los sujetos intervinientes.*—5. *El consentimiento en la reproducción asistida post mortem.* 5.1 *El consentimiento del marido o de la pareja: cuestiones generales.* 5.2 *La forma del consentimiento.* 5.3 *La revocación del consentimiento.* 5.4 *Los efectos derivados de la falta de consentimiento.*—6. *Efectos derivados de la reproducción asistida post mortem.*—7. *La reproducción asistida post mortem en el Código Civil catalán.*—8. *Conclusiones.*—9. *Bibliografía.*—10. *Relación de jurisprudencia citada.*

1. CUESTIONES PREVIAS

En la actualidad, no podemos poner en duda que se ha producido una profunda transformación en la familia. Hoy en día se ha superado la concepción de modelo familiar basado en la unión matrimonial entre un hombre y una mujer, que tienen descendencia de forma natural. Los distintos cambios en la sociedad, como el acceso de las mujeres al mundo laboral, lo que propicia que retrasen el momento de ser madres y tengan una mayor independencia económica; el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, entre otros factores, han hecho que surjan nuevos modelos familiares que nada tienen que ver con la concepción tradicional de familia. En este sentido, nos podemos encontrar matrimonios entre personas del mismo o de distinto sexo, con o sin hijos; parejas de hecho entre personas de distinto o del mismo sexo, con descendencia o sin ella; o familias monoparentales o monomarentales¹.

¹ El concepto de familia monomarental es un término acuñado por algunos autores para hacer referencia a las familias que están encabezadas por mujeres. En este sentido

Otro hecho que, en cierto modo, ha tenido repercusión en el cambio de paradigma familiar, es el avance de la ciencia aplicada al ámbito médico, y más concretamente en el campo de la medicina reproductiva. Gracias a las técnicas de reproducción asistida, muchas parejas con problemas de esterilidad o infertilidad van a poder ver satisfechos sus deseos de ser padres, sin necesidad de la reproducción natural². Además, es una forma alternativa a la adopción, que debido a los costes burocráticos, económicos y dilatorios en el tiempo, hace que determinadas parejas recurran a la vía médica. Las técnicas de reproducción asistida también posibilitan que muchas mujeres que no tienen pareja, sin necesidad de tener ninguna patología o disfuncionalidad, puedan ser madres recurriendo a los donantes anónimos de semen.

No obstante, sigue existiendo una cierta reticencia en distintos ámbitos de la sociedad, por el uso que puede hacerse de la tecnología reproductiva. Los límites entre la ciencia y la ética son, en ocasiones, muy difusos. Cuestiones tales como la investigación con preembriones, la posibilidad de la clonación con fines reproductivos, o el poder elegir el sexo del bebé, así como el color de sus ojos o de su pelo, plantean muchos interrogantes y dilemas morales, de muy difícil respuesta. Además, no nos podemos olvidar que ésta es una materia que está imbuida por condicionamientos políticos, sociales y religiosos.

Por ese motivo, es necesario que exista una reglamentación sobre las técnicas de reproducción asistida, que dé respuesta a las necesidades de la sociedad. La Ciencia avanza de forma vertiginosa, y el Derecho tiene que intentar regular de la forma más oportuna posible, la presencia de la misma en nuestras vidas.

España ha sido uno de esos países que ha sido consciente de la necesidad de una regulación concreta de la tecnología reproductiva y sus implicaciones en el ámbito jurídico. En este sentido, nuestro

puede verse RUIZ SEISDEDOS, S., MARTÍN CANO, M. C., «Nuevas formas de familia, viejas políticas familiares. Las familias monomarentales», *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, vol. 33, p. 163.

² Esterilidad e infertilidad son dos conceptos distintos. La primera se ha de definido como «la incapacidad de una pareja para conseguir una gestación tras 1 año de relaciones sexuales con frecuencia normal y sin medidas contraceptivas». Mientras que en el segundo caso tradicionalmente se entendía como «la incapacidad de generar gestaciones capaces de evolucionar hasta la viabilidad fetal», pero hoy en día dentro de la misma se incluye el aborto de repetición, la muerte fetal intrauterina o el parto prematuro. GONZÁLEZ-MERLO, J., GÓNZALEZ BOSQUET, E., GÓNZALEZ BOSQUET, J., *Ginecología*, Elsevier Masson, Barcelona, 9.ª edición, 2014, p. 119. Sin embargo, el término para poder considerar la esterilidad no es unánime, porque otros organismos consideran que el plazo es de dos años. En este sentido, puede verse FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 26.

país, en el ámbito europeo y por detrás de Suecia (en 1984), fue pionero en la regulación de las técnicas de reproducción asistida (en adelante TRA), con la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (*BOE* núm. 282 de 24 de noviembre de 1988)³. La norma actual, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (*BOE* núm. 126 de 27 de mayo), que deroga la ley de 1988, puede tener sus defectos como todas las normas, pero podemos decir que es una de las leyes más liberales en la materia, en el marco del Derecho europeo. En este sentido, ha intentado mantener el equilibrio entre ciencia, ética y moral⁴.

El objetivo de este trabajo es analizar una cuestión concreta de ley española: el artículo 9 que contempla la posibilidad de que la mujer pueda utilizar el material genético de su pareja fallecida para tener hijos, y obviamente, esto sólo podrá realizarse recurriendo a estas técnicas. Es la denominada fecundación *post mortem*, repro-

³ COBACHO GÓMEZ, J. A., «Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, J. A. Cobacho Gómez (Director), J. J. Iniesta Delgado (Coordinador), Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 24.

⁴ La LTRA de 1988 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta y tres parlamentarios del grupo popular. Los tres argumentos que esgrimían los recurrentes se centraban en los siguientes:

a) Constituían un ataque directo a la esencia de la institución de la familia: la ley alteraba el concepto de la misma y de los derechos de los hijos.

b) Se atentaba contra el artículo 15 de nuestra Carta Magna porque no se establecía el estatuto jurídico del embrión, al considerar que no existía vida humana hasta el decimo-cuarto día posterior a la fecundación distinguiendo entre embriones y preembriones.

c) Se infringía el artículo 81.1 CE porque a pesar que la ley afectaba a derechos fundamentales como el artículo 15 CE o el 10 CE, regulaba materias que debían estar protegidas penalmente y, porque privaba de ciertos derechos de carácter paterno filial, regulándose por ley ordinaria y no orgánica. El TC es claro al señalar que la ley recurrida no vulnera la reserva de ley orgánica, porque no desarrolla el derecho a la vida, ya que en la misma «se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano» (FJ 4.º). Por otro lado, vuelve a recordar que «los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución, lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional» (FJ 5.º). Así por lo que respecta a la investigación y la experimentación de gametos y preembriones recuerda que la ley contiene determinadas prohibiciones al respecto, y el requisito que debe exigirse para poder llevarse a cabo es que sean preembriones no viables. Tal y como manifiesta el TC «es evidente que la Ley en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención» (FJ 9.º). Por último, por lo que respecta al concepto de familia que entienden los recurrentes el TC señala que el concepto de familia es mucho más amplio de lo que consideran los mismos, ya que la que protege la Constitución Española no es exclusivamente la fundada en el matrimonio, ni existe una correspondencia entre las relaciones paterno-filiales reconocidas jurídicamente y las derivadas de la procreación de forma natural. Puede verse un análisis de la sentencia en CÁMARA ÁGUILA, P., «Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)», *DPC*, n.º 13, 1999, pp. 117 y ss.

ducción artificial o asistida *post mortem* o fecundación artificial *post mortem*⁵.

Antes de entrar a analizar el precepto, no obstante, considero interesante realizar una breve referencia a diferentes conceptos relacionados con las TRA. Dentro de éstas se incluyen: la inseminación artificial (en adelante IA); la fecundación in vitro (FIV), la microinyección espermática (ICSI)⁶ y la transferencia intratubárica de gametos (TIG). La IA puede realizarse con el semen de la propia pareja (IAC) u homóloga o bien con semen de un donante (IAD) o heteróloga. Hemos de partir de la base que actualmente se ha superado la concepción relativa a que las mismas únicamente pueden ser utilizadas para el caso de esterilidad de uno de los miembros de la pareja, tal y como se desprende del artículo 1 LTRHA. Hoy en día, ya no sólo parejas heterosexuales recurren a ellas, en caso de tener problemas para poder ser padres, sino que muchas mujeres o parejas de mujeres, se decantan por esta opción, para satisfacer su deseo de ser madres.

La técnica más sencilla de todas, cuyos antecedentes se remontan al siglo XVIII, es la IA. Es indolora y no se utiliza anestesia, ya que consiste en introducir espermatozoides en el tracto reproductor femenino de manera artificial, con la finalidad de conseguir la gestación. El ciclo de inseminación artificial consta de tres fases: *a*) estimulación del desarrollo folicular para conseguir un número adecuado de folículos y la sincronización con la ovulación. *b*) La selección seminal para obtener una mayor cantidad y calidad de espermatozoides. *c*) Depósito de los mismos en el espacio uterino⁷.

Por lo que respecta a la FIV se consigue en una placa de cultivo en un laboratorio, cuando el óvulo y el espermatozoide no pueden unirse de forma natural. Es necesario la existencia de tres requisitos: *a*) la muestra de semen; *b*) los óvulos de una mujer obtenidos en un centro sanitario autorizado para tal efecto; *c*) que se pongan en contacto los mismos en la placa de cultivo, con la finalidad de que se produzca la fecundación⁸.

⁵ En este trabajo vamos a utilizar la denominación «reproducción asistida *post mortem*».

⁶ Siglas de su denominación en inglés *Intra Cytoplasmic Sperm Injection*.

⁷ GONZÁLEZ UTOR, A. L., «Comentario científico al artículo 2», *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, F. Lledó Yagüe, C. Ochoa Marieta (Directores), O. Monje Balmaseda, (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, p. 42.

⁸ PALACIOS, M., *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación «in vitro» y la Inseminación Artificial Humanas*, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, p. 30. En adelante, denominaremos a este texto «Informe Palacios».

La ICSI es una técnica considerada como una variante de la FIV, pero de una mayor complejidad, ya que se introduce un espermatozoide en el interior de cada ovocito mediante una inyección microscópica⁹. Alkorta Idiakez explica cómo esta técnica nació o se inventó por error, ya que un biólogo que estaba manipulando los gametos de una pareja, inyectó el espermatozoide en el interior del óvulo, cuando lo que pretendía era que penetrara en la capa externa de éste. Se produjo la fecundación, su implantación y posteriormente el embarazo y el nacimiento¹⁰.

Existen otras variantes, pero no es necesario extenderse mucho más en el tema. No obstante, es necesario realizar una breve referencia a la crioconservación del material reproductor y de los preembriones, dadas sus implicaciones en el tema que estamos tratando¹¹. Por determinadas causas, bien sea por sufrir una enfermedad como el cáncer cuyo tratamiento, la radioterapia o la quimioterapia, provoca en muchos casos infertilidad o por deseo de aplazar la maternidad, se puede recurrir a la crioconservación del material reproductor, incluso de los preembriones, para su posterior implantación. Esta posibilidad es relativamente reciente, ya que es en la década de los setenta cuando se inaugura el primer banco de espermia, que permitía a los hombres depositar muestras antes del proce-

⁹ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*, Madrid, 2012, p. 42. disponible en: http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf [Fecha de consulta: 11 de mayo de 2015].

¹⁰ ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 38.

¹¹ La Exposición de Motivos de la LTRHA define preembrión como «el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde». La LRHA de 1988 manifestaba en su exposición de motivos que el «término preembrión –también denominado “embrión preimplantatorio”, por corresponderse con la fase de preorganogénesis–, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero –acabado el proceso de implantación que se inició días antes–, y aparece en él la línea primitiva». El embrión lo definía como «se entiende tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más», mientras que el feto era «el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto». La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007), por su parte, define «preembrión», «embrión» y «feto» en su artículo 3 en los siguientes términos: el primero «es el embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde». «Embrión» es la «fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener». Mientras que el feto se define como «embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto».

so de esterilización para el caso de que en un futuro quisieran ser padres. Esto es lo que se denomina «preservación de la fertilidad»¹². Posteriormente, empezó a plantearse la posibilidad de congelar tejido ovárico, para el caso de pacientes curadas de cáncer, pudiera ser trasplantado. Sin embargo, como sabemos la criopreservación, en la que se utiliza nitrógeno líquido que alcanza la temperatura de -196° C, se ha extendido también a los ovocitos y los embriones¹³.

En lo atinente a la normativa autonómica, tal y como se ha puesto de manifiesto por algún autor, la misma se centra sólo en normas sobre autorización de centros y servicios sanitarios, así como a la creación de organismos propios¹⁴. Sólo Cataluña, en su Código Civil, ha recogido la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida como veremos en un epígrafe posterior.

La original LTRA así como la LTRHA plantearon un profundo debate en diversos sectores de la sociedad, dado que las técnicas de reproducción asistida están revestidas de condicionamientos no sólo médicos, sino jurídicos, sociales, morales, políticos e incluso religiosos. Varios años después de la promulgación de la LTRHA, la medicina reproductiva sigue planteando nuevos retos e interrogantes y la sociedad demanda nuevos requerimientos como una posición clara sobre la gestación por sustitución, dados los últimos pronunciamientos jurídicos sobre la materia, motivo por el cual, posiblemente en un futuro no muy lejano veamos una modificación de la LTRHA.

2. ¿EXISTE UN DERECHO A PROCREAR?

Una de las cuestiones más recurrentes que se presentan al analizar las TRA es la de si existe un derecho a procrear. La respuesta a esta cuestión es sumamente compleja, como iremos viendo a continuación. Si la posibilidad de tener hijos mediante la fecundación asistida se configura como un derecho, implica que el Estado

¹² GONZÁLEZ-MERLO, J., GÓNZALEZ BOSQUET, E., GÓNZALEZ BOSQUET, J., *Ginecología...*, *op. cit.*, p. 140.

¹³ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, *Saber más sobre fertilidad...*, *op. cit.*, pp. 58 y 59, señala que «La congelación de ovocitos consiste en la realización de ciclo de estimulación ovárica para conseguir recuperar ovocitos que luego se congelarán mediante un proceso específico llamado vitrificación». Mientras que los embriones, los ovocitos se fecundan in vitro y los embriones resultantes se congelan. Por lo que respecta a la vitrificación es una técnica que permite la criopreservación de las células sin que se forme hielo en su interior.

¹⁴ INIESTA DELGADO, J. J., «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (Directores), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 745.

ha de facilitar a las parejas o las madres solteras que puedan acceder a ellas, sin ningún tipo de traba u obstáculo, por ejemplo, económico. Si respondemos de forma negativa, cada ordenamiento puede imponer restricciones al acceso a las mismas.

No existe en nuestro Ordenamiento Jurídico un precepto que reconozca esta posibilidad. Sabemos que el artículo 39 de nuestra Carta Magna contiene la mención de la protección de la familia por parte de los poderes públicos y la protección de los hijos y las madres, con independencia de su estado civil. No obstante, este artículo se incardina dentro de los principios rectores de la política social y económica, es decir, que no se reconoce tal derecho entre los artículos 30 a 38 de la Constitución Española, ni mucho menos dentro de la Sección Primera del Capítulo II, dedicada a los derechos fundamentales. Lo que sí se configura como un derecho, es el *ius connubii* (artículo 32 CE)¹⁵.

En el ámbito internacional tampoco se reconoce expresamente la posibilidad de tener hijos como un derecho autónomo con entidad propia. Sí se menciona el derecho a formar una familia en algunos textos normativos. El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General, de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 (en adelante, el Convenio), dispone textualmente:

- «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado»¹⁶.

¹⁵ Para analizar el tema en nuestro país puede verse: GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

¹⁶ Por su parte, la Convención de la ONU sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979, es más precisa en su artículo 16, el cual se pronuncia en los siguientes términos: «1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

El mismo derecho para contraer matrimonio;

El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;

Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;

Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

En el marco europeo, el artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, consagra también el derecho a formar una familia:

«A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.»

Hasta el momento la posibilidad de procrear o tener descendencia se derivaba, precisamente, de este derecho a formar una familia¹⁷. Sin embargo, hoy cada día existen más voces que consideran que este derecho está emergiendo con fuerza «como vertiente fundamental del derecho a la toma de decisiones sobre la propia existencia vital»¹⁸. A pesar de no mencionarse en documentos normativos en sentido estricto, sí se hace referencia en textos internacionales que no tienen fuerza vinculante para los Estados. Por ejemplo, la Cuarta Conferencia Mundial de la ONU sobre la mujer, celebrada en Pekín en 1995, señala en su párrafo 96 que: «Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual»¹⁹.

Como apunta Farnós Amorós el contenido de los *derechos reproductivos* «es el derecho a procrear, que está emergiendo en el ámbito internacional como un derecho humano básico, consustancial al concepto contemporáneo de individuo libre. El derecho comprende la toma de decisiones sobre la propia reproducción de forma libre y consensuada entre los dos miembros de la pareja, sin injerencias externas y con la información y los medios adecuados para su realización. (...) El derecho a procrear es, por tanto, un derecho complejo, formado a partir del derecho a fundar una fami-

Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (...).

¹⁷ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida...*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁸ ALKORTA IDIAKEZ, I., «Nuevos límites al derecho a procrear», *DPC*, n.º 20, 2006, p. 13.

¹⁹ <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> [Fecha de consulta: 2 de junio de 2015].

lia, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la planificación familiar, el derecho a la salud y el derecho a gozar del progreso científico, y resulta protegible a través de estos derechos»²⁰. Por tanto, a pesar de tener más fuerza en el plano internacional, sigue teniendo unos contornos difusos e imprecisos. ¿Podemos considerar que el acceso a las TRA es una manifestación de ese derecho a procrear? Hemos de tener presente que en pleno siglo XXI, sigue existiendo una fuerte oposición a la reproducción artificial, sobre todo de aquellos países más conservadores, o en aquellos en los que la Iglesia sigue teniendo una influencia bastante considerable²¹.

Aplicado a nuestro caso concreto, la cuestión se plantea precisamente porque el recurso a las TRA no se utiliza exclusivamente para superar los problemas de infertilidad. Como sabemos pueden utilizarlas, por ejemplo, mujeres homosexuales o heterosexuales que no tienen pareja, pero desean tener hijos propios, aunque sea con la contribución de un donante. Determinados autores han manifestado su reticencia al uso de estas técnicas. En España podemos citar a Lledó Yagüe que manifestaba que, a su modo de ver, «se focaliza el funcionamiento de aquéllas en una concepción patrimonialista, es decir, en un derecho *al niño*, o lo que es lo mismo, a una realización sin límites a la maternidad, instrumentalizando al hijo *y/o in fieri*, cual si fuera un objeto, y no alguien *per se* dotado intrínseca y ópticamente de finalidad propia sin quedar supeditado como un simple medio para alcanzar aquélla»²².

López Peláez se cuestiona si tener descendencia puede considerarse como un derecho de la persona, debiendo los poderes públicos facilitar su ejercicio o, si es una capacidad, y por tanto, salvo que haya un problema médico o de salud no estarían obligados a darle respuesta²³. En este sentido, se entiende que existe una doble consideración: entender el uso de las TRA como un derecho a procrear o como una expresión del derecho a la salud. En el primer caso, se consideran que las TRA se constituyen como una forma alternativa a la procreación natural, mientras que en el segundo supuesto, sólo podrían usarse en caso de no

²⁰ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida...*, *op. cit.*, p. 48.

²¹ Muestra de esta oposición de la Iglesia es la Instrucción *Donum Vitae sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación* de 22 de febrero de 1987.

²² LLEDÓ YAGÜE, F., «La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida», *ADC*, vol. 41, n.º 4, 1988, pp. 1241-1242.

²³ LÓPEZ PELÁEZ, P., «Filiación y reproducción asistida», *Derecho de la Persona*, I. Ravetllat Ballesté (Coord.), Bosch, Barcelona, 2011, p. 95.

poder tener descendencia por problemas médicos²⁴. No obstante, como ahora veremos, dado que no existe un derecho en sentido estricto a la reproducción, los distintos conflictos que se han presentado en el ámbito europeo, han tenido que resolverse bajo el ámbito de otros derechos, como el de la vida privada y familiar²⁵.

Pero este derecho a procrear, no lo hemos de referir única y exclusivamente a la mujer. El consentimiento del hombre, es decir, su pareja, que quiere acceder a las TRA también es básico, sobre todo si nos movemos en el ámbito de la transferencia de preembriones ya constituidos. Esto ha generado conflictos jurídicos sobre los que se ha tenido que pronunciar, incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como ahora iremos viendo.

A continuación, vamos a ver algunos supuestos resueltos por este órgano. Ya adelantamos la conclusión apuntada por Vidal Martínez al señalar que «cabe diferenciar por tanto la libertad de procrear inherente a la persona humana, ínsita en el derecho del hombre y la mujer a casarse y fundar una familia al que se refiere el artículo 12 del Convenio y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho al acceso a las TRA como una manifestación del disfrute de la vida privada y familiar al que se refiere el artículo 8 del Convenio, de carácter contingente y variable, que no puede ser limitado por el Estado arbitrariamente, pero que no implicará obligaciones para el Estado sino en la medida que éste pueda y quiera asumirlas»²⁶.

El *Caso Evans contra Reino Unido*, resuelto por el TEDH (Sección 4.^a), el 7 de marzo de 2006²⁷, sentencia que fue confirmada por la STEDH (Gran Sala), de 10 de abril de 2007²⁸, fue el primero en plantear el alcance del derecho a procrear marcando así un antes y un después en la materia. Los hechos que dieron lugar al litigio fueron los siguientes: a la demandante se le informó que tenía tumores precancerosos en los ovarios, y que por tanto, debía someterse a una ovariectomía bilateral. Como los

²⁴ SERNA MEROÑO, E., «Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica», *DPC*, núm. 26, enero-diciembre de 2012, p. 275.

²⁵ FARNÓS AMORÓS, E., «La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización», *Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico: Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, P. Benavente Moreda/E. Farnós Amorós (Coords.), año LXIX, n.º 2179, junio de 2015, p. 183.

²⁶ VIDAL MARTÍNEZ, J., «Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S. H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo», *Rev. Der. Gen. H.*, n.º 34, 2011, p. 188.

²⁷ TEDH 2006\19.

²⁸ JUR 2007\101309.

tumores crecían lentamente, se le explicó que era posible obtener algunos óvulos para su futura FIV. En ese momento, la actora tenía pareja no matrimonial, así que decidieron prestar su consentimiento para la generación de preembriones que pudieran ser implantados a la mujer, una vez que superara las complicaciones de la operación. La clínica les informó que tendrían la posibilidad de revocar su consentimiento, siempre y cuando se realizase antes de la implantación en el útero de la demandante de los preembriones. No obstante, debido a la inquietud de la actora ésta preguntó a la clínica si era posible crioconservar óvulos no fecundados, a lo que su pareja, para intentar tranquilizarla le dijo que no sería necesario acudir a este proceso, dado que no iban a separarse y él quería ser el padre del hijo que tuvieran. El resultado fue la fecundación de once óvulos, de los cuales se crearon seis de ellos.

Sin embargo, casi dos años después la pareja se separa y, el hombre revoca su consentimiento señalando a la clínica que los embriones debían ser destruidos. La mujer solicitó que se le implantaran, hecho que los tribunales de su país no autorizaron. Después de un arduo recorrido judicial, plantea la cuestión ante el TEDH alegando que «los embriones concebidos a partir de sus óvulos y del espermatozoides de J. representan su única oportunidad de tener un hijo con el que tuviese un vínculo genético» (apartado 49)²⁹. La actora alega entre otros motivos la vulneración del artículo 8 del Convenio³⁰, artículo que considera afectado el TEDH, el cual manifiesta que «la “la vida privada” es una noción amplia que engloba, entre otras cosas, aspectos de la identidad física y social de una persona, concretamente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior (Sentencia Pretty, ap. 61), cubriendo asimismo el derecho al respeto de la decisión de tener o no un hijo» (ap. 57). Es decir, que si el artículo 8 «hace recaer sobre el Estado la obligación positiva de garantizar a las mujeres que se someten a este tipo de tratamiento con el fin específico de dar a luz a un hijo de su

²⁹ En el momento del caso regía la *Human Fertilisation and Embriology Act* de 1990.

³⁰ Artículo 8. *Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

sangre la posibilidad de hacerse implantar un embrión concebido a partir de los gametos de su ex compañero cuando éste se retracta de su compromiso» (ap. 58).

El TEDH a pesar de «compadecerse, al igual que los tribunales internos, de la adversidad que atraviesa la demandante» (ap. 67), entiende que Reino Unido no se excedió del margen de apreciación que garantiza el artículo 8 del Convenio, dado que no existe un consenso internacional sobre el momento en que puede revocarse el consentimiento para el uso de los gametos, y en la Ley de 1990 existe una disposición relativa a la posibilidad de retractarse hasta el momento de la implantación, que fue explicada a la pareja y firmada por ambos³¹. Por tanto, este precepto comprende tanto la posibilidad de ser padre o madre como la de no serlo. Textualmente dispone el ap. 66 que «Al Tribunal no le convencen los argumentos de la demandante según los cuales, por un lado, no hay comparación posible entre las situaciones respectivas del hombre y la mujer que se prestan a un tratamiento por FIV y, por otro lado, no se puede en principio mantener un equilibrio justo a menos que sea irrevocable el consentimiento del donante masculino. Si bien es cierto que tal tratamiento no requiere el mismo grado de compromiso por parte de los dos interesados, el Tribunal no comparte la idea de que los derechos del donante masculino en virtud del artículo 9 sean menos dignos de protección que los de la mujer afectada y que evidentemente la comparación de los intereses se inclina siempre de forma decisiva a favor de ésta. En la resolución dictada en este caso, el Juez Wall señaló que las disposiciones del anexo 3 a la Ley se aplicaban a todos los pacientes que seguían un tratamiento por FIV, cualquiera que fuese su sexo, e indicó que no era difícil imaginar que un hombre estéril pudiese enfrentarse a un dilema semejante al que se enfrenta la interesada (apartado 17 *supra*)»³².

³¹ No obstante, la sentencia contiene la opinión disidente del Señor Traja y la Señora Mijovic, los cuales manifiestan: «La verdadera cuestión que se plantea en este caso es la de si el legislador puede legítimamente, estableciendo un equilibrio tan rígido, conceder al que revoca su consentimiento el poder de controlar totalmente la situación y atribuir al derecho de éste, en virtud del artículo 8, un valor perentorio. En nuestra opinión, el Tribunal debería considerar que la situación excepcional de la demandante, que no tiene otro medio de tener un hijo biológico, merece un examen más profundo por parte de las autoridades internas y que éstas, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la causa, tienen la obligación de proteger el derecho de la interesada a procrear» (párrafo 2.^o).

³² Esta sentencia ha sido comentada por FARNÓS AMORÓS, E., «¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida. Comentario a la STEDH, Sec. 4.^a, de 7.03.2006, «Evans v. The U. K.», *Indret*, enero de 2007, http://www.indret.com/pdf/408_es.pdf; de la misma autora, «Evans v. The U. K (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja. Nota breve a la STEDH, Gran Sala, de 10.4.2007», *Indret*, abril de 2007, http://www.indret.com/pdf/432_es.pdf

Poco tiempo después, el TEDH se pronunció en el *Caso Dickson contra Reino Unido*³³. La particularidad de este supuesto radicaba en la solicitud por parte de un matrimonio, al recurso de las TRA para poder tener un hijo, dado que el marido se encontraba en prisión y debido a esta circunstancia junto con la edad de la mujer (44 años), la única posibilidad que tenían de tener un hijo, era mediante el acceso a las mismas. Las autoridades nacionales les denegaron la petición, por lo que recurrieron ante el Tribunal de Estrasburgo, alegando la violación del artículo 8 del Convenio. Sin embargo, éste falla en el mismo sentido que los órganos nacionales, al considerar que «teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación de que gozan las autoridades nacionales, el Tribunal entiende que no se ha demostrado que la decisión de negar las facilidades para la inseminación artificial en este caso sea arbitraria o poco razonable o que rompiera el justo equilibrio entre los intereses en conflicto» (ap. 39), dado que el tener un hijo, no está reconocido como un derecho general.

La Gran Sala del TEDH decide en sentido opuesto, porque a pesar de lo que parece sugerir el Gobierno, en este caso el artículo 8 del Convenio sí se aplicaría, dado que el negarle a la pareja la posibilidad de recurrir a las TRA afecta a su vida personal y familiar. Además, las personas que están privadas de libertad siguen conservando los derechos que les garantiza el Convenio, y en caso de restringir alguno de ellos, se ha de justificar de forma concreta (ap. 68). En este sentido, opina el TEDH que si está en juego un aspecto tan importante como es «la existencia o identidad de una persona (tal como la elección de ser el padre genético), el margen de apreciación del Estado es por lo general restringido» (ap. 78).

Otro conflicto planteado ante el Tribunal de Estrasburgo fue el *Caso S. H y otros contra Austria*. Es importante porque pone de relieve las distintas regulaciones que existen en materia de TRA³⁴. En este caso, dos matrimonios que tenían problemas para tener hijos consideran que la ley austriaca, que impide el acceso a la donación de esperma para el uso de la FIV y la donación de óvulos, era contraria al Convenio. Además de invocarse el artículo 8 del texto, se hace especial hincapié en el artículo 14 de dicho instrumento, relativo a la prohibición de discriminación³⁵.

³³ STEDH de 18 de abril de 2006 (TEDH 2006\31), revocada por la STEDH (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2007 (TEDH 2007\86).

³⁴ STEDH (Sala 1.ª) de 1 de abril de 2010 (TEDH 2010\56) revocada parcialmente por la STEDH (Gran Sala) de 3 de noviembre de 2011 (JUR 2011\369437).

³⁵ *El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

En uno de los matrimonios, ella era infértil, el marido no tenía problemas. Los demandantes alegan que ha habido desigualdad de trato. El TEDH precisa que para que «tal diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue un fin legítimo o si no existe una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin que se persigue» (ap. 71). Por tanto, el tribunal lo que ha de considerar es si existe, en este caso, una discriminación respecto de una pareja que ha de recurrir a las TRA para tener un hijo, sin recurrir a la donación de óvulos. El TEDH manifiesta que «las preocupaciones basadas en consideraciones morales o la aceptación social no son por sí mismas razones suficientes para una prohibición absoluta de una técnica de procreación artificial determinada, como la donación de óvulos» (ap. 74). Por otro lado, mantiene que «El Tribunal considera que los riesgos asociados con las nuevas técnicas en un campo tan sensible como la procreación médicamente asistida, deben tomarse seriamente en consideración y que en primer lugar el legislador doméstico debe evaluar estos riesgos después de haber calibrado cuidadosamente los distintos intereses públicos y privados involucrados y los peligros a los que pudiera hacerse frente. Sin embargo, una prohibición completa de la técnica médica en cuestión no sería proporcionada salvo que, tras una cuidadosa reflexión, se viese que era éste el único medio de prevenir de forma eficaz las serias repercusiones. En el presente asunto, al Tribunal no le convence que una prohibición total sea el único medio a disposición del legislativo austriaco» (ap. 76). Interesante también es lo que explica en el ap. 81: «El objetivo de mantener la certeza legal en el ámbito de la Ley de familia a través de mantener un principio muy antiguo en este ámbito de la Ley como uno de sus hechos básicos tiene ciertamente su razón de ser. Sin embargo, las relaciones familiares inusuales, en su más amplio sentido, son bien conocidas en los órdenes legales de los Estados Contratantes. Las relaciones familiares que no siguen el patrón típico paterno-filial basado en un vínculo biológico directo, no son nada nuevas y ya existían en el pasado, desde la institución de la adopción, que crea una relación familiar entre personas que no está basada en la descendencia sino en un contrato, con el fin de suplementar o reemplazar las relaciones familiares biológicas. Desde este asunto de común conocimiento, el Tribunal concluiría que no hay obstáculos insoslayables para establecer relaciones familiares que surgieran de un uso con éxito de las técnicas de procreación artificial en disputa dentro del marco general de la Ley de familia y otros campos de la Ley relacionados con éste». El TEDH declara la

existencia de una vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio.

La otra pareja del caso no podía tener hijos. A diferencia del matrimonio anterior, aquí los dos presentaban alguna patología relacionada con la fecundación natural. La única opción que tenían para ser padres era recurrir a la FIV con utilización de esperma de un donante. Según la ley austriaca sólo se podría utilizar la donación de esperma, para la fertilización in vivo. La Sala 1.^a reconoce que no hay una justificación razonable y objetiva que implique la diferencia de trato en este supuesto, por lo que considera violado también el artículo 14 en relación con el 8 del convenio. No obstante, la Gran Sala, que como señalamos revoca parcialmente la sentencia, precisa que ha de entenderse que los Estados tienen un amplio margen de apreciación en materia de donación de gametos así que es posible tanto las políticas de carácter más restrictivo, como las que tiene una visión más permisiva, por lo que no existe vulneración del artículo 8. El Tribunal en su fundamentación señala que en aquellos aspectos donde no hay un consenso entre los países miembros del Consejo de Europa, que plantean aspectos éticos o morales sensibles, el margen de apreciación de los mismos es más extenso o amplio (ap. 94), y pone de manifiesto la disparidad de regulaciones que existen en materia de técnicas de reproducción asistida en Europa (ap. 95). Mantiene en este caso, que dado que no hay una posición común entre los Estados, y dadas las implicaciones de la FIV, se le ha de dar un amplio margen de apreciación al Estado demandado, y por tanto, respetar la decisión de un país de legislar o no en la materia (ap. 96). Por estos argumentos, entre otros, el Tribunal como hemos dicho entiende que no hay vulneración del artículo 8, porque el que Austria prohíba determinadas TRA no sobrepasa el margen de apreciación que el legislador tenía en su momento, si bien matiza que dado los avances tan rápidos de la ciencia y la sociedad se podía realizar una revisión de la norma.

El último caso que se ha de traer a colación es el resuelto por el TEDH en su sentencia de 28 de agosto de 2012, en el *Caso Costa y Pavan contra Italia*³⁶, que se centraba en la posibilidad de recurrir al diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)³⁷, por un matrimonio que eran portadores sanos de la mucoviscidosis (fibrosis quística). Esta circunstancia había provocado que su hija hubiera nacido con esta patología, y el segundo hijo que esperaban también estuviera afectado por la misma, así que decidieron recurrir a la inte-

³⁶ TEDH 2012/72.

³⁷ El DGP es una técnica que permite el estudio del ADN de embriones para determinar si son portadores de determinadas enfermedades hereditarias.

rrupción médica del embarazo. El problema es que en Italia sólo tienen acceso a las TRA las parejas que tengan problemas de esterilidad o infertilidad. El Gobierno italiano alegaba que lo invocado por los demandantes era el «derecho a tener un hijo sano» (ap. 44), lo que no estaba protegido por el Convenio. Por su parte, aquellos mantenían que «el Estado debe abstenerse de cualquier injerencia en la elección de la persona de convertirse o no en padre de un niño; corresponde también al Estado tomar las medidas oportunas para que la elección en cuestión pueda hacer en total libertad» (ap. 49).

El Tribunal señala que el concepto de «vida privada» del artículo 8 del Convenio incluye entre otras facetas el «derecho del individuo para establecer y desarrollar relaciones con sus compañeros», «el derecho al desarrollo personal», o «el derecho a la libre determinación». Matiza también que «factores tales como la identificación, la orientación y la vida sexual son también aspectos personales protegidos por el artículo 8 (...), de la misma forma que el derecho al respeto a las decisiones de convertirse o no en padre» (ap. 55).

El TEDH pone de manifiesto la incoherencia del sistema italiano que permite el aborto terapéutico, pero no el DGP precisamente para poder evitar el mismo, así que la única vía que tienen es realizar un embarazo natural, y en caso de ser portador el feto de la enfermedad, proceder al aborto. Reconoce que en este caso la injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y privada ha sido desproporcionada.

De las sentencias del TEDH hemos podido observar cómo el acceso a las TRA se incardina en el artículo 8 del Convenio, pero no se le reconoce la entidad de derecho en sentido estricto. Como veremos y estamos pudiendo ver, sigue existiendo una fuerte oposición a las mismas. Por tanto, dudamos que al menos por el momento, a no ser que las distintas legislaciones intenten acercarse a un punto de convergencia, se le pueda otorgar ese estatus de «derecho».

No obstante, hemos de ir un paso más allá y plantearnos otra cuestión, ¿existe además un derecho a tener descendencia, fallecido uno de los miembros de la pareja recurriendo a las TRA, utilizando el material reproductor de la persona que ha muerto? A lo largo de los siguientes apartados, pondremos de relieve la problemática que existe alrededor de la reproducción asistida *post mortem*. Ya adelantamos que uno de los argumentos esgrimidos en contra de esta posibilidad de tener descendencia es que el interés del niño implica que ha de nacer con un padre y una madre. Sin embargo, nos hemos de cuestionar o plantear, si lo realmente importante para el interés del menor es el número de progenitores

que tenga, o que realmente reciba la asistencia moral, afectiva y material que todo progenitor ha de prestarle a un hijo. Ya apuntamos en la introducción de este trabajo, que hoy en día existen muchos modelos familiares, algunos de ellos monoparentales o monomarentales. Si se permite adoptar a una persona sólo, por qué no se debería permitir tener descendencia póstuma, cuando una pareja tiene un proyecto parental común pero se rompe súbitamente por el fallecimiento, en este caso del hombre, si realmente es lo que desean. No considero que lo importante sea el número de progenitores, sino que el niño pueda desarrollarse en una familia que le dé el cariño y la asistencia que ha de recibir todo hijo.

Como hemos podido apreciar de los distintos textos internacionales y de las resoluciones del TEDH no existe un derecho a procrear en sentido estricto. Éste puede derivarse de otros derechos contenidos en el Convenio, como es el caso del artículo 8. El Tribunal de Estrasburgo no parece que siga una línea clara al respecto y matiza en algunas de sus sentencias, que el acceso a las TRA dependerá de la regulación que haga cada Estado. Dado que tenemos una normativa muy avanzada en la materia, entiendo que a pesar de no tener la consideración, todavía, de derecho en sentido estricto, debería facilitarse el acceso a las TRA, no sólo en caso de infertilidad o esterilidad, sino en el supuesto de ser madre soltera. Tener hijos se integra dentro del derecho a formar una familia, por tanto, nuestro Derecho y las políticas estatales deberían dirigirse precisamente a facilitar o ayudar al cumplimiento del mismo³⁸.

3. CONCEPTO, REQUISITOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA *POST MORTEM*

3.1 CONCEPTO

La reproducción asistida *post mortem* se regula en el artículo 9 LTRHA intitulado «premorienza del marido»³⁹. Sin embargo, ya

³⁸ Hemos de puntualizar, por otro lado, que las clínicas privadas son bastante costosas. En España la mayor parte de los centros médicos son de este tipo, y en los centros públicos hay largas listas de espera. Esto hace cuestionarnos si hoy en día sólo podrán acceder a las mismas, aquellas personas que tengan un nivel de solvencia bastante elevado, o bien tengan que hacer un esfuerzo económico considerable para ver satisfecho su deseo de tener hijos.

³⁹ PÉREZ MONGE, M., «Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida», *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 599-600, considera más acertado hablar de procreación arti-

adelantamos que esta última expresión es inexacta, porque no abarca las distintas posibilidades que pueden presentarse en la práctica, dado que el uso de la TRA no se circunscribe o mejor dicho, se permite únicamente a las parejas casadas⁴⁰. Si ya pudimos ver en el epígrafe anterior que las TRA tuvieron una fuerte oposición por parte de determinados sectores, el reconocimiento de la posibilidad de utilizar el material reproductor del marido o la pareja de la mujer tras su fallecimiento, tampoco dejó indiferente a nadie⁴¹.

El artículo 9 LTRHA dispone en su primer apartado que no puede determinarse la filiación legalmente, ni reconocerse efectos entre el hijo que ha nacido a través de estas técnicas, ni según la ley, y el marido fallecido, si en el momento de su muerte, su material reproductor no se encontraba en el útero de la mujer. Por tanto, en un primer momento no admite esta posibilidad.

Sin embargo, matiza el apartado segundo que el marido puede dar su consentimiento bien en el documento que menciona el artículo 6.3 de la presente ley, en escritura pública, testamento o documento de voluntades anticipadas para que su material reproductor sea utilizado para fecundar a su mujer, en los 12 meses siguientes a su fallecimiento. En caso de que conste este consentimiento, el artículo 9 reconoce que sí nacerán los efectos propios de la filiación matrimonial, pero a su vez permite la posibilidad de la revocación del consentimiento, en cualquier momento previo a la realización de aquéllas. El párrafo segundo del artículo 9.2 contiene una presunción, ya que se entiende prestado el mismo cuando la cónyuge superviviente ha estado sometida a un proceso de reproducción asistida, ya iniciado, para la transferencia de preembriones constituidos antes de la muerte del marido.

El 9.3 permite a las parejas no casadas, tal y como dice la ley, hacer uso de la posibilidad que prevé el artículo 9.2, sirviendo el

ficial *post mortem* en sentido estricto, en el que se incluya la IA y la FIV con gametos del varón y la transferencia de embriones preexistentes tras su fallecimiento.

⁴⁰ LLEDÓ YAGÜE, F., «Artículo 9. Premoriencia del marido. Comentario jurídico», Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), Dykinson, Madrid, 2007, p. 126.

⁴¹ Ya vimos cómo se puso de manifiesto la duda sobre la constitucionalidad de la norma originaria. Obviamente, el tema relativo a la reproducción asistida *post mortem* también fue objeto de controversia, como veremos a continuación, sobre todo si tenemos en cuenta que el hijo va a nacer sin la presencia del padre biológico. Entiendo que esta discusión está más que superada, dado que el TC declaró constitucional la norma. BLASCO GASCÓ, F. P., «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, n.º 2, 1991, p. 705 señala al respecto que el artículo 39.3 CE «no impone un deber de estar vivos a los padres-al progenitor-en el momento, al menos, del nacimiento del hijo. No impone que el hijo tenga un padre (es decir, no reconoce el derecho del hijo a tener un padre, y mucho menos que éste coincida con el progenitor), sino que atribuye o imputa a quien es padre-en sentido jurídico, no necesariamente biológico-el deber de asistir al hijo». Sin embargo, actualmente siguen existiendo sectores que defienden la idea de que el menor ha de tener un padre y una madre.

consentimiento como título para que se pueda iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de la paternidad. No obstante, aquí hemos de precisar, que hemos de tener en cuenta la modificación operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE núm. 167 de 14 de julio de 2015), que modifica el tercer apartado del artículo 9. Ahora el precepto señala que: «3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad».

Por tanto, podemos decir que la reproducción asistida *post mortem* es aquella que se produce a través de las TRA cuando uno de los progenitores, en concreto, el varón ha fallecido, bien una vez iniciado el tratamiento o posteriormente en el momento que marca la ley. Gómez de la Torre las define como «los casos de inseminación artificial de una mujer con semen de su marido o varón de la pareja fallecido y de implantación en la mujer de un embrión formado con su óvulo y el semen de su marido o compañero fallecido»⁴². Por su parte, Hernández Ibáñez entiende que a grandes rasgos «consiste en inseminar a la mujer con esperma de su marido o compañero estable ya fallecido, con el propósito de que engendre un hijo de ambos. También se puede llevar a cabo esta técnica transfiriendo a la mujer un embrión formado por su óvulo o el semen del varón muerto»⁴³. Para calificar la fecundación como *post mortem* considera la doctrina que la fecundación en sí y la formación del embrión se ha de producir después del fallecimiento del hombre, con independencia de que la implantación se haga con posterioridad a aquel momento. Por tanto, no tendrá tal calificativo

⁴² GÓMEZ DE LA TORRE, M. C., «Fecundación *post mortem*», AC, n.º 5, semana 3-9 febrero de 1992, p. 45.

⁴³ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», AC, n.º 48, semana de 26 de diciembre- 1 de enero de 1989, p. 3029. GÁMIZ SANFELIÚ, M., «Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida», AC, n.º 10, 2009, p. 1 de la versión digital considera que: «la fecundación *post mortem* se puede entender desde el punto de vista médico como del jurídico. En el primer caso, considera que tomando como referencia o punto de partida la conservación de los gametos, sería «la concepción de un hijo mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, generalmente por inseminación artificial o por fecundación in vitro, pero con la particularidad de que uno de los progenitores ha fallecido antes de la realización de la fecundación». Desde el punto de vista jurídico manifiesta que este supuesto hace referencia los efectos jurídicos de dicha concepción, es decir, determinación de la filiación así como los derechos y deberes que se derivarán de la misma».

si la implantación del embrión, la inseminación artificial o la transferencia intratubárica de gametos se ha producido con anterioridad a la muerte, aunque la implantación natural suceda después⁴⁴. Dentro del artículo 9, tal y como considera la doctrina, existen dos hipótesis diferentes: la fecundación artificial *post mortem* en sentido estricto y, la transferencia *post mortem* de preembriones. Respecto de la primera «se entiende de modo exclusivo la introducción en los órganos genitales femeninos del semen del varón fallecido por medio distinto al contacto sexual. El segundo supuesto hace referencia a la transferencia de la mujer, tras el fallecimiento del varón, de preembriones de la pareja constituidos mediante fecundación *in vitro* con anterioridad a la muerte del marido o del compañero; supuesto en el que la fecundación no ha sido, por tanto, *post mortem*»⁴⁵.

Podemos distinguir tres situaciones al respecto como iremos viendo:

1.^a En el momento del fallecimiento del varón, su material reproductor ya se encontraba en el útero de la mujer.

2.^a El marido fallece sin haberse iniciado aún el proceso, pero el material reproductor estaba crioconservado.

3.^a El material reproductor del varón fallecido no había sido crioconservado, pero en el documento correspondiente éste había solicitado su extracción en el momento de su fallecimiento para poder fecundar a su pareja.

El primer caso que se planteó sobre reproducción asistida *post mortem* fue el caso *Parpalaix* en 1984 en Francia, en la sentencia de 1 de agosto de 1984 del *Tribunal de Grande Instance de Créteil*, que obtuvo una importante repercusión mediática y social⁴⁶. Ya adelantamos que la solución que se dio en el caso es diferente a la que se daría en la legislación española. No obstante, el tema central del caso no giraba tanto, en la posibilidad que se le permitiera a la viuda inseminarse con el semen de su difunto marido, sino en que el centro donde estaba depositado el mismo se negaba a entregárselo a la cónyuge supérstite.

⁴⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, editorial Reus, Madrid, 2012, pp. 79 y 80.

⁴⁵ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., «Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción *post-mortem* y la doble maternidad», *Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico: Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, P. Benavente Moreda/E. Farnós Amorós (Coords.), año LXIX, n.º 2179, junio de 2015, p. 92.

⁴⁶ Debido a la dificultad de acudir a la sentencia original utilizamos para explicar el caso, el trabajo de KATZ G. A., «Parpalaix c. CECOS: Protecting intent in reproductive Technology», *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 11, n.º 3., 1998, pp. 684 y ss.

Los hechos que dieron lugar al caso fueron los siguientes: en 1981, a Alain Parpalaix se le empezó a realizar un tratamiento de quimioterapia como consecuencia del cáncer testicular que sufría. Debido a los efectos negativos tan invasivos que tiene, dado que frecuentemente causan esterilidad, se le aconsejó la extracción y conservación de su espermatozoides en el «Centro de Estudios y de Conservación de Esperma» (conocido por sus siglas CECOS). El señor Parpalaix aceptó y firmó un contrato con el CECOS, el cual no contenía ninguna previsión sobre el destino de su material reproductor en caso de fallecimiento. En 1983 se casa con la que había sido su pareja Corinne, con la que había convivido durante muchos años, y justo dos días después del matrimonio Alain falleció.

Ésta solicitó al CECOS el espermatozoides de su difunto marido para poder proceder a la inseminación artificial y poder tener un hijo. La institución se negó alegando que ninguna norma le obligaba a devolverlo. Ante tal negativa, los padres Alain Parpalaix y Corinne demandaron al CECOS. La familia Parpalaix consideraba que el espermatozoides era una parte divisible del cuerpo y debería ser tratado como un bien mueble, y por tanto, que se le aplicara las leyes relativas a la propiedad. El CECOS alegó que el espermatozoides era diferente a otros órganos, ya que podía crear vida y que debía considerarse como una parte indivisible del cuerpo. Además, consideró que la finalidad de los bancos de espermatozoides era terapéutica, es decir, que si el señor Parpalaix depositó el espermatozoides fue por la posible esterilidad que le pudiera causar el tratamiento médico, no necesariamente su intención era tener hijos. Por último, argumentó también que Alain no había dado instrucciones sobre el uso para el caso que falleciera.

El tribunal finalmente falló a favor de Corinne ordenando al CECOS a que restituyera el espermatozoides, por entender que aunque el señor Parpalaix no estableciera el destino *post mortem* de su semen, eso no significaba que no tuviera intención de facultar a Corinne a usar el espermatozoides. El juzgador consideró que los padres de Alain eran las personas más idóneas para conocer la intención de su hijo sobre la procreación, ya que apoyaban a su viuda en su decisión. A esto hemos de añadir que, el hecho de contraer matrimonio poco antes de morir iba destinado a que ella pudiera obtener el espermatozoides de forma más sencilla. Eso sí, el tribunal señaló que no se podía aplicar el Código Civil sobre el espermatozoides, ya que éste no era una «cosa» o un «bien» que estuviera dentro del comercio de los hombres.

A pesar del fallo favorable a favor de la viuda, se intentó la fecundación pero fracasó.

Volviendo nuevamente al artículo 9, como iremos viendo a lo largo de estas líneas, plantea muchos interrogantes y problemas en

la práctica. No obstante, antes de analizar cada uno de los requisitos de dicho precepto, es relevante poner de manifiesto las distintas posturas existentes al respecto sobre su admisibilidad.

Centrándonos en nuestro Ordenamiento Jurídico, y de forma sintética, podemos señalar que en nuestro país existen o existían tres posiciones distintas respecto de la reproducción asistida *post mortem*: a) La primera, prohibitiva. b) La segunda la que la consideraban admisible pero sin reconocer derechos sucesorios al nacido⁴⁷. c) La tercera más moderada, que la consideran admisible siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos⁴⁸.

Iniesta Delgado sintetiza muy bien cuáles son las objeciones que se realizan a la fecundación *post mortem* y cuáles son los argumentos que se han utilizado para rebatir las mismas. Así apunta como elementos que se alegan en contra: a) que no se tiene en cuenta el bienestar del hijo. b) Que se distorsiona la finalidad terapéutica de las TRA, ya que se destinan a satisfacer intereses personales. c) Que no se puede actualizar el consentimiento del progenitor fallecido. d) Que genera problemas de filiación y sucesorios. e) Si se utilizan gametos de la mujer que ha fallecido nos encontraríamos ante un supuesto de maternidad subrogada si ha de gestarse por otra mujer. Señala que los argumentos que se han dado en contra de tales críticas son: a) Los problemas de filiación y sucesorios se pueden resolver con una adecuada regulación legal de la materia. b) La finalidad de las TRA ya no es exclusivamente terapéutica, dado que se permite su uso a las mujeres que no tienen pareja. c) Lo importante no es cuántos padres tiene el menor, sino que se le otorgue una protección adecuada por los mismos⁴⁹.

⁴⁷ Esta es la opción defendida en el Informe Palacios en nuestro país. La recomendación 13 de dicho Informe señalaba al respecto: «Deberá legislarse que el hijo nacido por IA con semen del marido o varón de la pareja estable, o por FIVTE con un embrión congelado originado con semen de aquéllos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquéllos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o de la herencia del fallecido». Por su parte, la recomendación 61 disponía que: «Los gametos de un miembro de una pareja estable o matrimonio, ya fallecido, podrían ser utilizados por el otro y para lograr su propia descendencia, pero en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de la sucesión y herencia del fallecido». Esta opción no es admisible dado que iría en contra del artículo 14 y 39 de la nuestra Carta Magna, ya que con independencia del tipo de filiación, todos los hijos son iguales ante la Ley y han de tener los mismos derechos.

⁴⁸ Para ver las distintas posturas véase FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Pre-miopia del marido», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, J. A. Cobacho Gómez (Director), J. J. Iniesta Delgado (Coordinador), Thomson, Navarra, 2007, pp. 313 y ss. GÓMEZ DE LA TORRE, M.^a C., *Fecundación post mortem...*, op. cit., pp. 47-52. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, op. cit., pp. 93 y ss. LÓPEZ PELÁEZ, P., «Relaciones civiles derivadas de la fecundación *post mortem*», *BFD UNED*, n.º 6, 1994, pp. 112-113. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La fecundación artificial *post mortem*», *RJC*, n.º 4, 1987, pp. 871 y ss.

⁴⁹ INIESTA DELGADO, J. J., *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida...*, op. cit., pp. 836 y 837.

En lo atinente a la última de las opiniones, que es la que sigue, antes de la LTRHA de 1988 ya había algún autor que se decantaba por esta opción. Así Campuzano Tomé ponía de manifiesto que para poder admitir la fecundación *post mortem* era necesario el consentimiento del marido, pero para evitar situaciones confusas y difíciles de solucionar, como el que la mujer quisiera ser inseminada años después de fallecido el marido o después de nacer el primer hijo, que volviera a ser inseminada, era necesario algún otro requisito y éste era el de la interposición de plazos desde la muerte del marido⁵⁰. Posteriormente a la promulgación de la ley, Hernández Ibáñez consideraba que no se debería haber admitido la fecundación *post mortem* dado que los intereses que debían haber prevalecido son los del menor, y no el de la madre a tener un hijo. Sostiene que la madre tiene derecho a la maternidad pero siempre que existan circunstancias favorables para ello, y esta situación no es la más adecuada para tener un hijo. Además, el niño tiene derecho a nacer dentro de una familia, en la que no se le haya privado antes de la concepción a su padre⁵¹. Lledó Yagüe ha sido muy crítico también con esta facultad, textualmente este autor mantiene que «con su admisión se transgrede la filosofía de la propia Ley, en tanto en cuanto el legislador en este supuesto se aparta definitivamente de cualquier finalidad terapéutica en el uso de las técnicas (artículo 1.2), puesto que ya no se trata de dar una alternativa al problema de la esterilidad de la pareja, sino realizar póstumamente el deseo de alcanzar la maternidad, manipulando al hijo como un simple medio instrumental en aras a la consecución de un interés personal»⁵².

Por su parte, Rivero Hernández no encontraba a nivel constitucional ningún precepto ni favorable ni desfavorable a la fecundación *post mortem*, señalando que si no era contraria a la Constitu-

⁵⁰ CAMPUZANO TOMÉ, H., «Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente», *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 433 y 434.

⁵¹ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida...*, op. cit., p. 3030.

⁵² LLEDÓ YAGÜE, F., «Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica», *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España*, A. Díez Martínez (coord.), Dykinson, Madrid, 2006, p. 155. Ya había manifestado anteriormente esta idea en LLEDÓ YAGÜE, F., *La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida...*, op. cit., p. 1250. PANTALEÓN PRIETO, F., «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, mayo-agosto de 1993, pp. 154 y ss., considera inconstitucional la fecundación *post mortem* alegando entre otros motivos, que no hay ningún artículo en la Constitución que apoye la pretensión de la viuda, y sí hay un derecho que fundamenta el derecho al niño a no venir al mundo sin un padre, por lo que contradice el artículo 39.3 CE. Señala textualmente, que «un hijo no es, no debe ser, un *souvenir*».

ción «tampoco puede apoyarse su práctica o exigibilidad, como derecho subjetivo invocable, en ningún precepto claro y directo, salvo el aludido principio general de libertad personal»⁵³.

En lo atinente a los distintos países europeos de nuestro alrededor, nos encontramos igualmente con tres posturas distintas. Los países que la aceptan; los que la prohíben y aquellos que la permiten en determinadas circunstancias. Reino Unido ha regulado las TRA, en general, y la reproducción asistida *post mortem* de una forma más pormenorizada que nuestra ley, e incluso de forma mucho más «abierta» a las distintas posibilidades que pueden darse en la práctica. El texto normativo básico es la *Human Fertilisation and Embryology Act* (en adelante, HFEA) de 2008, que ha sido modificada en varias ocasiones⁵⁴. En este sentido, por lo que respecta al tema que estamos tratando hemos de atender a las secciones 39 y 40 de dicho texto legal. El primero hace referencia al uso del espermatozoides o la transferencia del embrión, después del fallecimiento del hombre que ha proporcionado el espermatozoides. El segundo a la transferencia del embrión después del fallecimiento del marido o la pareja, que no ha aportado el espermatozoides. El aspecto que podemos poner de manifiesto de la regulación inglesa es que es posible que el donante de semen sea considerado como padre, cuando el embrión se constituyera antes del fallecimiento, si se dan una serie de requisitos. Obviamente, lo básico es que haya prestado el consentimiento y no lo haya revocado, y que la madre lo solicite en un plazo máximo de 42 días.

En Reino Unido también hubo un caso bastante mediático relacionado con la reproducción asistida *post mortem*. Los hechos fueron los siguientes: Stephen Blood y Diane Blood contraen matrimonio en 1991 bajo el rito anglicano, que da mucha importancia a tener hijos en el matrimonio. Tres años después deciden tener familia, sin embargo, Stephen contrae meningitis en 1995, sin que Diane se hubiera quedado embarazada aún. Estando el señor Blood en coma, Diane consulta con el equipo médico la posibilidad de extraer espermatozoides de su marido. Así se hizo, se tomaron dos muestras

⁵³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La fecundación artificial post mortem...*, *op. cit.*, p. 882. Por su parte, DÍAZ ROMERO, M.^a DEL R., «Técnicas de reproducción asistida y filiación», *Derecho de Familia*, G. Díez-Picazo Giménez (Coord.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2012, p. 1689 entiende que la procreación *post mortem* se basa en el derecho a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar. PÉREZ MONGE, M., *Filiación derivada del empleo de técnicas de las técnicas de reproducción asistida...*, *op. cit.*, p. 600, considera que no es una práctica positiva pero que no ve argumentos constitucionales para prohibirla.

⁵⁴ Puede consultarse en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> [Fecha de consulta: 7 de junio de 2015].

que fueron depositadas en el «Infertility Research Trust», una de ellas en el momento del fallecimiento de Stephen.

La Sra. Blood solicita la inseminación con el espermatozoides de su marido fallecido, no obstante, la *Human Fertilisation and Embryology Authority* no le concede la autorización dado que la misma iría en contra a lo establecido en la HFEA. El motivo principal para la denegación fue que el marido no había prestado su consentimiento para la fecundación post mortem. Por ese motivo Diane decide acudir a la vía judicial.

La sentencia de la *Court of appeal (Civil Division)*, de 6 de febrero de 1997, remarca durante toda su argumentación el papel esencial que tiene el consentimiento de la persona que va a donar sus gametos, tanto para el depósito como para su uso. El Tribunal viene a decir que no se debería haber procedido a depositar el semen del Sr. Blood, dado que él no había prestado su consentimiento. Por tanto, ratifica la denegación de la autorización para su inseminación⁵⁵.

Holanda también reconoce la posibilidad de recurrir a la fecundación *post mortem* en el artículo 7 de la *Embryowet* de 20 de junio de 2002⁵⁶.

En Portugal rige la *Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho Procriação medicamente assistida*, que es bastante restrictiva, al menos por lo que respecta a los usuarios de las técnicas. Ésta fue la primera norma promulgada en materia de reproducción asistida en este país. Hasta ese momento la reglamentación de las TRA la realizaban las clínicas privadas, las cuales sólo tenían que respetar el ordenamiento jurídico portugués⁵⁷. Las TRA, según el artículo 4, se consideran un método subsidiario (y no alternativo) de reproducción, por tanto, sólo se puede recurrir a ellas en caso de infertilidad, para el tratamiento de enfermedad grave o si existe el riesgo de transmisión de enfermedades genéticas, infecciosas o similares. Por otro lado, según el artículo 6 sólo pueden acceder a ellas las parejas heterosexuales casadas o que formen una pareja de hecho durante al menos dos años. No obstante, el precepto que a nosotros nos interesa es el artículo 22 de la ley relativo a la inseminación *post mortem*. Su párrafo primero dispone que aunque el marido o pareja de hecho hubiera prestado su consentimiento en vida, para que su pareja pudiera ser fecundada una vez fallecido, este hecho

⁵⁵ No obstante, Diane Blood consiguió posteriormente ir a Bélgica donde se practicó la inseminación artificial, fruto de la cual nacieron dos hijos.

⁵⁶ http://wetten.overheid.nl/BWBR0013797/geldigheidsdatum_21-01-2015 [Fecha de consulta: 7 de junio de 2015].

⁵⁷ RAPOSO, V. L., «La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 10, abril de 2007, p. 8.

no será válido. El párrafo segundo precisa que si el hombre, como consecuencia de una futura esterilidad, crioconservó su semen y fallece, éste deberá ser destruido. Lo que llama la atención de la regulación portuguesa, es lo que dispone el párrafo tercero, ya que sí autoriza la transferencia *post mortem* de embriones preconstituídos, para permitir un proyecto parental, cuando constara por escrito antes del fallecimiento. Sin embargo, la norma no precisa un plazo para realizar la transferencia embrionaria, como sí sucede en la normativa española, haciendo referencia sólo a un plazo razonable que permite una adecuada ponderación de la decisión.

Por último, en Bélgica *la Loi relative à la procréation médicale-assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*, de 6 de julio de 2007, también permite la fecundación post mortem. El artículo 2 contiene un elenco de definiciones entre las que se encuentra precisamente la «implantación *post mortem*» y la «inseminación *post mortem*». Por su parte, los artículos 15 y 16 regulan la implantación post mortem de embriones crioconservados⁵⁸ mientras que para el caso de los gametos hemos de remitirnos a los artículos 44 y 45 de la ley⁵⁹. La diferencia más reseñable respecto la ley española es que la ley belga reconoce una especie de «periodo de reflexión», en el sentido de que podrá practicarse la fecundación *post mortem* a partir del sexto mes desde el deceso de la pareja, y como muy tarde hasta el segundo año a contar desde el fallecimiento.

Francia, Italia y Alemania prohíben la reproducción asistida *post mortem*. En Italia se aplica la *Legge 19 febbraio 2004, n. 40. «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*. El artículo 1 de la norma italiana sólo permite el recurso a estas técnicas, en caso de esterilidad o infertilidad, a las personas que contemplan el artículo 5, es decir, personas mayores de edad, casadas o

⁵⁸ Section 4. *Implantation post mortem d'embryons surnuméraires.*

Artículo 15. *Dans l'hypothèse où les auteurs du projet parental avaient cryoconservé des embryons surnuméraires en vue d'un projet parental ultérieur et pour autant qu'ils l'aient expressément prévu dans la convention visée aux articles 7 et 13 de la présente loi, l'implantation post mortem d'embryons surnuméraires est possible.*

Artículo 16. *Il ne pourra être procédé à l'implantation post mortem qu'au terme d'un délai de six mois prenant cours au décès de l'auteur du projet parental et, au plus tard, dans les deux ans qui suivent le décès dudit auteur. Toute disposition conventionnelle contraire à l'alinéa 1er de cet article sera nulle de plein droit.*

Section 5. *Insémination post mortem de gamètes surnuméraires.*

⁵⁹ Artículo 44. *Dans l'hypothèse ou le cas où la personne qui a sollicité la cryoconservation avait conservé des gamètes surnuméraires en vue d'un projet parental ultérieur et pour autant qu'elle l'ait expressément prévu dans la convention visée aux articles 7 et 42, l'insémination post mortem de gamètes surnuméraires est licite.*

Artículo 45. *Il ne pourra être procédé à l'insémination post mortem qu'au terme d'un délai de six mois prenant cours au décès de la personne qui a sollicité la cryoconservation et, au plus tard, dans les deux ans qui suivent le décès de cette personne. Toute disposition conventionnelle contraire à l'alinéa 1er de cet article sera nulle de plein droit.*

convivientes (heterosexuales en ambos casos), que estén vivas. Además, impone sanciones pecuniarias bastante elevadas (entre 200.000 a 400.000 euros), a quienes apliquen las técnicas a parejas cuyos miembros no estén vivos.

En Francia hemos de remitirnos al *Code de la Santé Publique*, en concreto, su artículo L.2141.2⁶⁰. Igual que Italia sólo se permite el recurso a las TRA en caso de infertilidad de la pareja, que ha de ser diagnosticada médicamente, aunque la legislación francesa también precisa que se podrán utilizar para evitar la transmisión de una enfermedad grave. Además, se exige como requisito que ambos miembros de la pareja estén vivos, ya que en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, no se podrán utilizar las TRA. El Código Civil francés también recoge la prohibición en su artículo 311-20, de forma tácita⁶¹.

Por su parte Alemania, en el párrafo 4.º de la Ley sobre protección de embriones, de 13 de diciembre de 1990, castiga con pena de prisión hasta tres años o con pena de multa, a quien fertilice a sabiendas el óvulo con el semen del hombre fallecido.

3.2 LOS REQUISITOS

Los requisitos necesarios para que la mujer pueda utilizar el material reproductor de su pareja fallecida son:

- a) El primero y más obvio, la muerte o declaración de fallecimiento del hombre.
- b) El consentimiento del varón fallecido: dada la importancia que reviste éste, le dedicaremos un epígrafe específico.
- c) Que se utilice el material reproductor de la pareja fallecida: aquí podemos diferenciar dos situaciones distintas. La primera que en el momento del deceso dicho material estuviera crioconservado, la segunda que no lo estuviera pero el hombre hubiera previsto para el caso de su fallecimiento la extracción del mismo, para la posterior inseminación de la mujer⁶². Sin embargo, nos deberemos

⁶⁰ <http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665> [Fecha de consulta: 7 de junio de 2015].

⁶¹ http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=2C26734C53FD17FC8E97730BAE891F6E.tpdila08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150522&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150909 [Fecha de consulta: 7 de junio de 2015].

⁶² En este segundo supuesto se habla de espermatozoides testiculares o epididimarios que no han sido eyaculados, pero aunque las características y calidad sea diferente de los eyaculados, se entiende que los resultados reproductivos son los mismos. Por lo que respecta al tiempo que permanecen vivos los espermatozoides de un varón muerto, se describen casos en los que se han encontrado aún después de tres días fallecido, véase OCHOA MARIETA, C., «Artículo 9. Premoriencia del marido. Comentario científico», *Comentarios*

cuestionar si es posible hablar de reproducción asistida *post mortem* en caso de que se use semen de un donante anónimo, pero habiendo existido el consentimiento de la pareja para ello.

d) Que se realice el proceso de la fecundación en un plazo de tiempo concreto.

a) *La muerte o declaración de fallecimiento*

Éste es el primer requisito para poder hablar de reproducción asistida *post mortem*. El artículo 9 habla de fallecimiento, sin embargo, también podría darse en caso de declaración de fallecimiento de la pareja de la mujer. En este sentido, Alkorta Idiakez mantiene que bastará presentar el certificado de la inscripción del deceso o, el auto de la declaración de fallecimiento y, si en este último supuesto, apareciera posteriormente el declarado fallecido, no podría impugnar su paternidad alegando que sólo consintió el uso de su material reproductor en caso de fallecimiento⁶³.

b) *El uso del material reproductor de la pareja*

La dicción literal del artículo 9 LTRHA, por lo que respecta a este inciso o expresión, se ha prestado a diversas dudas interpretativas. En primer lugar, qué se entiende por «material reproductor», y en segundo lugar, si podría considerarse que tiene cobertura bajo dicho precepto la inseminación de la mujer con semen de un donante, una vez fallecida la pareja de la mujer pero habiendo prestado su consentimiento previo. Recordemos que el artículo 9.2 LTRHA manifiesta que «el marido podrá prestar su consentimiento (...) para que su material reproductor pueda ser utilizado (...)».

En lo atinente a la primera de las cuestiones, es decir, qué se entiende por material reproductor, en principio, y de la interpretación literal del artículo podría considerarse que únicamente se haría referencia al semen o los gametos del fallecido. La doctrina mayoritaria, no obstante, propugna por una concepción más amplia de dicho término e incluye el embrión. De este modo, Jiménez Muñoz manifiesta que «éste constituye el mínimo componente reproductor a tener en cuenta, en el sentido de que habrá que entender incluido también el embrión creado a partir del semen del marido y del ovocito de la mujer»⁶⁴. Es decir, que incluso los preembriones

científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), Dykinson, Madrid, 2007, p. 124.

⁶³ ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica...*, *op. cit.*, p. 372.

⁶⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...* *op. cit.*, p. 79. Otros de los argumentos que se han dado para entender incluido el preembrión es la interpretación conjunta de

que se han obtenido de la fecundación «in vitro», podrían ser crioconservados, para que dentro del plazo que marque la ley, la mujer pueda recurrir a ellos para la gestación⁶⁵.

Sin embargo, hay autores que abogan por un significado más restrictivo, y por tanto, no entienden incluidos a los preembriones. Martínez de Aguirre, por ejemplo, señala que la dicción literal del artículo 9 LTRHA no incluye a los embriones como material reproductor, «material cuya utilización es consentida a efectos de su empleo en la fecundación de la mujer (artículo 9.2), expresión que implica claramente que esa fecundación todavía no se ha producido, mientras que en el caso de los embriones es claro que la fecundación ya ha tenido lugar, y en vida del varón»⁶⁶.

Otra cuestión que considero especialmente relevante, es si cabe la posibilidad de entender bajo el amparo del artículo 9 la fecundación de la mujer con material reproductor de un donante, para el caso del fallecimiento de su pareja, pero habiendo prestado éste el consentimiento para ello. La respuesta que se dé a esta cuestión es sumamente importante a efectos prácticos, porque permitirá la reproducción asistida *post mortem* en caso de parejas de mujeres y en caso de una pareja heterosexual determinará la filiación paterna. Pues bien, la doctrina mayoritaria aboga por no considerar encuadrable el recurso al material reproductor de un donante en el artículo 9 LTRHA, porque el precepto es claro y únicamente habla del marido⁶⁷, aunque hay alguna voz en contra que sí propugna por

la ley. DÍAZ ROMERO, M.^a R., *Técnicas de reproducción asistida y filiación...*, op. cit., p. 1689. También son partidarios de esta consideración: ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica...*, op. cit., p. 372; LÓPEZ PELAEZ, P., *Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem...*, op. cit., p. 118. SERRANO ALONSO, E., «El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem», *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco*, Trivium, Madrid, 1988, p. 378. VIDAL MARTÍNEZ, J., «La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español», *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1998, p. 113.

⁶⁵ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., «La protección de la vida prenatal en el ordenamiento español: del *Nasciturus* al *Moriturus*», *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 539 y 540 en la nota 46, pone de manifiesto como esta situación no ha sido contemplada por el legislador, lo que ha provocado un vacío legal que impide la solución de determinadas cuestiones «que se suscitan en este caso en el que progenitor, si bien prestó su consentimiento a la concepción para la subsiguiente crioconservación, no lo hizo en orden a la posterior transferencia del embrión al útero de la mujer. Partiendo de tal premisa fáctica, por consiguiente, inicialmente queda sin resolver la cuestión del derecho que le asiste a la mujer que demanda la solicitud de la implantación del embrión, así como los posibles derechos sucesorios del hijo nacido sobre la herencia del progenitor».

⁶⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida», *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 295.

⁶⁷ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...* op. cit., pp. 103 y 104. INIESTA DELGADO, J. J., *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida...*, op. cit., pp. 841 y 842.

permitir esta posibilidad, Fernández Campos es una de esas voces discrepantes, para el que este supuesto no sería descartable ya que «la motivación que lleva a solicitar la fecundación *post mortem* no es tanto, o no tan sólo, tener un hijo biológico del marido, cuanto dar cumplimiento al proyecto vital de la pareja de tener un hijo venciendo las dificultades y obstáculos naturales que lo impedían (la propia esterilidad del marido)»⁶⁸.

No obstante, tal y como está planteada la ley y de la dicción literal del precepto parece claro al hablar de material reproductor del marido, al menos de momento no se podría aplicar esta posibilidad.

c) *El plazo para el uso del material reproductor*

La LTRA de 1988 señalaba como plazo para utilizar el material reproductor del difunto seis meses, espacio temporal relativamente breve, sobre todo si tenemos en cuenta que es una decisión muy importante, que ha de tomarse en las mejores condiciones psicológicas posibles. La LTRHA de 2006 lo amplió a 12 meses, lo que ha sido alabado unánimemente por la doctrina, ya que la mujer después del fallecimiento de su pareja puede no encontrarse en las condiciones psicológicas más adecuadas, para tomar una decisión de este tipo⁶⁹. La finalidad del mismo es evitar que el plazo de pendencia o yacencia de la sucesión sea excesivamente largo, y así no perjudicar los intereses o los derechos hereditarios de terceras personas, tales como otros legitimarios, herederos, incluso acreedores del fallecido.

Sin embargo, existe un sector que considera que todavía puede ser demasiado corto, ya que si se pudiera prorrogar el plazo se podría adoptar una decisión que fuera madurada lo suficientemente y, no se limitaría el tiempo disponible para alcanzar el alumbramiento del hijo. Fernández Campos propone alternativas a lo establecido en el artículo 9 de la ley. Así, por ejemplo, señala que la viuda podría tomar la decisión en los 6 meses siguientes al fallecimiento, y que la fecundación se produjera en los 12 meses siguientes a la decisión de la mujer⁷⁰. Este plazo se considera de caducidad, por tanto, después de transcurrido el mismo no podrá utilizarse el material reproductor⁷¹. ¿Qué ocurre si transcurrido el plazo marcado por la ley se produce el uso del material reproductor o la transferencia del preembrión? Pues bien, la doctrina entiende que

⁶⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, p. 322.

⁶⁹ LLEDÓ YAGÜE, F., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, p. 338.

⁷¹ DÍAZ ROMERO, M.^º R., *Técnicas de reproducción asistida y filiación...*, *op. cit.*, p. 1689.

transcurrido el plazo se extingue el consentimiento, y por tanto, no podrá determinarse la filiación paterna⁷².

3.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN

Ya comentamos anteriormente que el artículo 9 LTRHA lleva por título en la norma, «premorienza del marido», lo que no es exacto del todo, porque el texto legal permite el uso de las TRA tanto a las parejas casadas como a las no casadas. Por tanto, no tendría sentido que el régimen general se pudiera aplicar a las uniones de hecho, y sin embargo, no pudieran acogerse a dicha posibilidad en caso de fallecimiento del hombre. Como ahora veremos el ámbito de aplicación de este precepto plantea muchos interrogantes, que desde mi punto de vista, requieren de una precisión legal más precisa.

Lo que sí está claro y no ofrece margen de duda es que no existen restricciones en cuanto al acceso a las TRA en general, ni en particular en caso de fallecimiento de la pareja, a las parejas heterosexuales estén o no casadas. Por lo que respecta a las parejas de personas del mismo sexo hemos de diferenciar el caso de parejas de hombres y de mujeres.

En lo atinente al primer supuesto, es decir, matrimonio o unión de hecho entre dos hombres, aunque se utilizara el material reproductor de uno de ellos, deberían recurrir a los acuerdos de gestación por sustitución, considerados nulos de pleno derecho por el artículo 10 LTRHA, por tanto, no puede contemplarse, por el momento, al menos legamente esta posibilidad, si bien es cierto que en la práctica si se están produciendo casos de gestación por subrogación.

En el supuesto de pareja de mujeres, la consideración es bastante más complicada. Es decir, ¿podríamos hablar de reproducción asistida *post mortem* cuándo la mujer no gestante autoriza, junto con la que va a ser gestante, a que ésta se someta a dichas técnicas, reconozca ante el encargado del Registro Civil que desea que se determine la filiación materna también a su favor, y durante el proceso fallezca? En principio, y si nos atenemos al tenor literal de la ley parece que no, porque ya hemos visto que el artículo 9 no ampara la fecundación con material reproductor del donante, y porque el artículo habla de «marido»⁷³. Sin embargo, no acabamos

⁷² JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...op. cit.*, p. 79.

⁷³ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...op. cit.*, p. 104. Otros autores consideran que se ha de producir una remisión al artículo 7.3 LTRHA. Véase INIESTA DELGADO, J. J., *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida...*, op. cit., pp. 843.

de ver descabellada del todo esta opción, sobre todo si tenemos en cuenta los últimos pronunciamientos del TS, como el caso de la STS de 15 de enero de 2014⁷⁴ sobre la doble filiación materna⁷⁵.

Sin embargo, considero que el legislador en su momento no había previsto las distintas realidades que podrían plantearse en la práctica, relacionadas con la filiación y el derecho a contraer matrimonio. Por tanto, entiendo que existen distintas dudas interpretativas que en futuro podrían ser solucionadas, con una reforma de la filiación que tuviera en cuenta los nuevos modelos familiares presentes en nuestra sociedad.

4. LOS REQUISITOS DE CAPACIDAD DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES

El artículo 9 LTRHA no establece los requisitos de capacidad de los sujetos intervinientes en los casos de reproducción asistida *post mortem*. Por ese motivo, habremos de remitirnos al régimen general contenido en el artículo 6 LTRHA, relativo a las usuarias de las técnicas, para la mujer receptora del material genético o del preembrión. Es decir, que la mujer habrá de tener 18 años y capacidad de obrar. Por lo que respecta, a la pareja de la mujer, en principio, si es mayor de edad y en él no concurre ningún tipo de discapacidad incapacitante, podrá prestar el consentimiento libremente.

A pesar de que la ley es más o menos clara en este aspecto, es conveniente realizar determinadas puntualizaciones en dos supuestos: *a)* en el caso de las personas con discapacidad; *b)* los menores de edad.

Por lo que respecta a las personas con discapacidad, en los últimos años hemos visto una transformación de los diversos modelos de conceptualización de la misma, en el que hemos pasado de un modelo médico, a un modelo social, hasta la forma de ver la discapacidad en la actualidad, como una cuestión de derechos humanos⁷⁶. Esta evolución en su concepción ha incidido de forma directa en la normativa de nuestro país, reforzada por la promulgación de la Convención de los Derechos de las Personas con Disca-

⁷⁴ RJ 2014\1265

⁷⁵ Sí permiten esta posibilidad el ordenamiento jurídico inglés y el holandés. Véase en este sentido RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España...*, *op. cit.*, p. 97, notas 19 y 20.

⁷⁶ Para analizar el concepto de discapacidad, tipología y su evolución puede verse: JIMÉNEZ LARA, A., «Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes», *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 177 a 205.

pacidad, de las Naciones Unidas, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006⁷⁷. La ratificación de este texto normativo ha hecho que los países firmantes hayan tenido que modificar su legislación, para adaptarse a las directrices y principios que determina la Convención. España así lo ha hecho a través de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (*BOE* núm. 184, de 2 de agosto de 2011).

Esta norma ha incidido entre otros ámbitos en el campo del Derecho Sanitario, y ha modificado entre otras normas la LTRHA, con la finalidad de reforzar el requisito de la información y el medio por el cual las personas con discapacidad han de recibir la misma. En este sentido, se han modificado los arts. 5 y 6 de la LTRHA. El artículo 5.4 dispone: «El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad». Por su parte, el artículo 6.4 en la actualidad señala: «La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad». Por otro lado, el «Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social» (*BOE* núm. 289, de 3 de diciembre de 2013) incide en la accesibilidad, para que las personas con discapacidad reciban la información pertinente, con la finalidad de que puedan adoptar las decisiones que les afecten. El artículo 6 que lleva por rúbrica «Respeto a la autonomía de las personas con discapacidad» señala: «1. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

2. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles.

⁷⁷ Publicado el Instrumento de ratificación de la Convención en el *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2006.

En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones»⁷⁸.

Por otro lado, la discapacidad sabemos que puede ser física, psíquica o sensorial. En principio la física y la sensorial no tienen por qué afectar a la capacidad intelectual y volitiva de la persona. El problema radicará en el segundo supuesto, es decir, en caso de discapacidad de tipo psíquico. En los últimos años, se ha producido un cambio de paradigma que propugna por una mayor consideración de la persona con discapacidad en la toma de decisiones que le afecten. Por tanto, si una persona no ha estado sometida a un proceso de incapacitación, regulado en los artículos 199 y siguientes del Cc, en el que exista una sentencia que restrinja su capacidad, hemos de entender que esa persona puede tomar las decisiones que le afecten, tanto en su esfera personal como patrimonial. Si existiera una sentencia, deberíamos atender al contenido y alcance de la misma para poder determinar si tiene o no capacidad para tomar decisiones en este ámbito. Por este motivo, tal y como sostiene Jiménez Muñoz, salvo que exista una sentencia de incapacitación que limite la capacidad de la mujer, como consecuencia del carácter personalísimo que tiene el consentimiento, ha de ser ella la que preste el consentimiento, sin que quepa la prestación por su representante legal⁷⁹. Esta afirmación se aplicará tanto para el hombre que decide crioconservar su material reproductor, como para la pareja receptora. En este sentido, si tienen suficiente capacidad para entender el alcance y las implicaciones de esta actuación, aunque tengan una discapacidad psíquica, podrá tener efectos la reproducción asistida *post mortem*. En caso contrario podríamos estar vulnerando el artículo 12 de la Convención, pilar clave en materia de la toma de decisiones personales de la persona con discapacidad⁸⁰.

⁷⁸ Por su parte, el artículo 10 del mismo texto legal dispone en su párrafo primero que: «Las personas con discapacidad tienen derecho a la protección de la salud, incluyendo la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad, prestando especial atención a la salud mental y a la salud sexual y reproductiva». En este sentido, entendemos que bajo el amparo de este derecho se incluye también el acceso a las TRA.

⁷⁹ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y papel del guardador legal», *RCDI*, n.º 744, 2014, p. 1594.

⁸⁰ 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por lo que respecta a los menores de dieciocho años la cuestión es compleja. En principio, la mujer menor de edad no podrá ser usuaria de las TRA, hasta que alcance la mayoría de edad (artículo 6 LTRHA). Por lo que respecta al hombre, el artículo 5 LTRHA regula los requisitos que han de tener los donantes de gametos y preembriones. El apartado sexto señala que estos han de tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Por tanto, ¿este es el precepto que hemos de aplicar por lo que respecta al marido o conviviente de hecho de la mujer? El artículo 9 LTRHA sólo señala que deberá prestar el consentimiento el marido de la mujer o el conviviente de hecho, y en la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico se permite contraer matrimonio a partir de los 16 años. Sin embargo, la doctrina en este sentido diferencia dos situaciones:

- a) El consentimiento que se presta para consentir a la fecundación.
- b) El momento en que el marido o pareja pueda depositar su semen para la fecundación.

En el primer supuesto, se entiende que se puede realizar un consentimiento anticipado durante los 14 a los 18 años (aunque ahora debemos interpretar los 14 años como 16). Mientras que en el segundo caso, no será hasta que alcance la mayoría de edad cuando pueda depositar su esperma, para que se puedan aplicar las TRA⁸¹.

Antes de finalizar con este apartado quiero dejar apuntada una cuestión. En este sentido, opino que existe una discordancia entre el reconocimiento a poder ser madre recurriendo a las TRA y, la decisión de no serlo una vez que la mujer se queda embarazada, obviamente siempre que se cumplan los requisitos contenidos en la Ley

4. *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

⁸¹ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...* op. cit., p. 86. Ya lo ponía de manifiesto con la ley anterior: LÓPEZ PELÁEZ, P., *Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem...*, op. cit., p. 119.

Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 55 de 4 de marzo de 2010)⁸².

Por tanto, a partir de los 16 años se puede interrumpir el embarazo. Abortar también requiere de una toma de decisión muy meditada, la discordancia que vemos es que para ser madre por TRA se requiera la mayoría de edad, sin el uso de las TRA no hay un límite obviamente, mientras que para no serlo sólo los 16 años. Aunque también somos conscientes que no habrá muchas mujeres menores de 18 años que quieran ser madres mediante TRA.

No cuestionamos qué edad es la más idónea, porque obviamente el legislador ha de ofrecer cierta seguridad jurídica y, las decisiones que se tomen en este ámbito van a tener importantes repercusiones. No obstante, esta disparidad de criterios aporta mayores dudas interpretativas, y podríamos plantearnos si sería idóneo intentar buscar un mayor acercamiento entre las soluciones que prestan las normas mencionadas.

5. EL CONSENTIMIENTO EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA *POST MORTEM*

5.1 EL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO O DE LA PAREJA: CUESTIONES GENERALES

Para que la mujer pueda inseminarse con el material reproductor del fallecido, en sentido estricto, o que se produzca la transferencia del preembrión, es necesario que el hombre hubiera manifestado su consentimiento para tal efecto, siempre que reúna una serie de formalidades. En este sentido, podemos considerar que el consentimiento del varón es el requisito más importante para que su pareja pueda tener descendencia común póstuma, o como se denomina por la doctrina un «hijo superpóstumo». El consentimiento que debe dar el hombre ha de ser para la fecundación de una mujer determinada (su pareja), no cabiendo consentimientos genéricos. Tal y como señala Rivero Hernández «el consentimiento para la fecundación *post mortem* tiene no sólo la trascendencia de la autorización para su uso después del fallecimiento del que lo da, sino que es la expre-

⁸² Hemos de tener presente que esta norma ha sido modificada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo que exige para las mujeres de 16 años, además, de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de las personas que ostenten la patria potestad.

sión del elemento volitivo presente en todo acto de procreación, y trascendente a efectos de la atribución de paternidad»⁸³.

Como veremos a continuación, al analizar los pronunciamientos judiciales que han recaído sobre este requisito, podemos ver cómo es tal la importancia que le otorga la ley, que si no se presta de forma expresa y concreta, la mujer no podrá recurrir al material genético una vez fallecido su marido o pareja.

Por otro lado, hemos de precisar que el artículo 9.3 cuando habla de varón no unido por vínculo matrimonial, ha de referirse a la pareja de hecho, y aunque no se establezcan requisitos específicos para él, se le han de aplicar los mismos que al marido.

El artículo 9.2 LTRHA establece en su primer párrafo la necesidad de un consentimiento expreso para la inseminación artificial de la mujer, mientras que el segundo contiene una presunción *iuris tantum*⁸⁴ de otorgamiento del mismo, cuando la viuda ha iniciado un proceso de reproducción asistida, para la transferencia de preembriones que se han constituido con anterioridad a la muerte. Por tanto, podemos ver cómo se atenúa la exigencia del consentimiento en este último supuesto. La explicación que ha dado la doctrina al respecto se basa en que en el primer supuesto sólo existe el material reproductor del hombre, mientras que en el segundo ya está constituido el preembrión, por lo que sería un caso de concebido y no nacido *in vitro*, y por tanto, un interés digno de proteger⁸⁵. No obstante, considero interesante la cuestión planteada por Fernández Campos que se pregunta si era evidente la voluntad del marido de que dicha transferencia se realizara también después de su muerte. La respuesta que da es que no lo parece o al menos de forma clara, y considera dos opciones, una que el legislador lo que está haciendo es proteger al embrión, y por tanto, facilitar su transferencia. La segunda es entender que lo que se pretende es permitir a la viuda «culminar un proyecto de vida compartido»⁸⁶.

Por otro lado, hemos de cuestionarnos cuál es el alcance del consentimiento del marido o conviviente. El marido ha podido

⁸³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La fecundación artificial post mortem...*, *op. cit.*, p. 886.

⁸⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...* *op. cit.*, p. 91.

⁸⁵ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España...*, *op. cit.*, p. 108.

⁸⁶ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, p. 331. Por su parte, ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., «La influencia de las reformas legislativas sobre reproducción asistida y en el derecho matrimonial en el ámbito de la filiación», *Familia y Discapacidad*, S. Alabart Díaz (coord.), Reus, Madrid, 2010, pp. 265 y 266 señala que en la mente del legislador se encontraba la diferencia entre ambos supuestos, porque en la inseminación *post mortem* se reclama el uso del material genético del marido, mientras que en el segundo supuesto «se demanda la implantación de seres humanos en el estadio más temprano de su existencia: la fecundación ya ha tenido lugar. En atención a esta circunstancia entendemos que el legislador ha querido otorgar un «plus» de protección».

prestar el mismo únicamente para la crioconservación de su material genético, por si en un futuro desea tener descendencia, o bien para usos investigadores, sin hacer mención expresa a la fecundación de su mujer. En este sentido, hemos de entender que si no ha reconocido expresamente este destino, la mujer no podrá utilizar el semen del fallecido para inseminarse. Cuestión distinta es que si lo preste para esta finalidad, es decir, para tener descendencia póstuma. Para este supuesto, ¿es necesario un único consentimiento o bien uno para autorizar la reproducción asistida *post mortem* y otro para el reconocimiento de la paternidad? Pues bien, aquí hay dos líneas de opinión: la de que quienes consideran que es necesaria la presencia de dos consentimientos y la de quienes opinan que con la manifestación de la autorización para el uso del material genético, ya se darán los efectos de la filiación. En este sentido, comparto la opinión de Jiménez Muñoz quien manifiesta que «no creemos que deba concurrir aquí un doble consentimiento, sino que más bien, una vez prestado el consentimiento, tendrá un doble efecto (requisito para proceder a la aplicación de las técnicas, y para atribución de la filiación), y ello porque ambos efectos irán vinculados: el varón podrá consentir para la aplicación *post mortem* de las técnicas o no, pero si lo hace lo hará para todos los efectos, y así no cabe un consentimiento para la aplicación de las técnicas tras su fallecimiento pero no para que se le atribuya la filiación paterna del hijo que nazca»⁸⁷. Sobre todo, si la pareja ha tenido más hijos, porque en este sentido desde nuestro punto de vista, se estaría discriminando al hijo *superpóstumo*, atentando contra los artículos 14 y 39 de la Constitución.

5.2 LA FORMA DEL CONSENTIMIENTO

El artículo 9.2 es claro y señala que el marido puede prestar su consentimiento en el documento previsto en el artículo 6.3 LTRHA; en escritura pública, en testamento y en el documento de instrucciones previas, para que en caso de su fallecimiento su mujer pueda ser fecundada con su material reproductor. Por tanto, es necesario que conste de forma fehaciente en algunos de estos instrumentos. Esta posibilidad ha sido ampliada respecto la LTRA de 1988 que únicamente contemplaba la escritura pública o el testamento. Por tanto, podemos ver cómo se ha flexibilizado el requisito de la forma, al no requerirse con la ley actual un documento en el que intervenga necesariamente un fedatario público. Es tal la importan-

⁸⁷ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...op. cit.*, p. 84.

cia de su voluntad para la generación posterior a su muerte, que el consentimiento es personalísimo y, por tanto, no cabe suplirlo ni por el juez, ni por los familiares del fallecido (en el caso Parpalaix, recordemos que uno de los motivos por los que el juez falló a favor de la mujer, era porque los padres respaldaban su decisión).

La jurisprudencia menor ha tenido ocasión de pronunciarse en materia de consentimiento en los casos de reproducción asistida *post mortem*, y toda en la misma línea como ahora veremos.

Importante e interesante es el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.^a) de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001\183), por la fundamentación jurídica que realiza sobre la materia que estamos analizando, aunque fue dictado antes de la actual LTRHA. Los hechos que dan lugar a la resolución son los siguientes: con fecha de 22 de noviembre de 1999, el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de Ferrol autoriza la inseminación de una viuda, con el semen de su difunto esposo, que se encontraba depositado en el Banco del Semen del Hospital Clínic de Barcelona (en este caso, tanto los padres del fallecido, como su hermana respaldaban la decisión de la viuda). El Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación por cuestionar la legalidad de dicha autorización, ya que no se había prestado por el marido tal consentimiento. Antes de entrar a la resolución del caso, la AP señala dos cuestiones previas: 1.^a La LTRA de 1988 permite el uso de las TRA a la mujer que no ha contraído matrimonio. 2.^a La STC de 17 de junio de 1999 señala claramente que la familia que protege la Constitución no es exclusivamente la matrimonial.

Entrando ya en el supuesto planteado, es decir, si cabe la inseminación de la viuda con el semen de su marido, la AP señala cuáles son los requisitos necesarios según la ley. Posteriormente, parte de la base que la argumentación que realiza el JPI no puede aceptarse porque éste entiende que la regulación contemplada en el artículo 9, sólo se aplica para declarar la filiación, no para autorizar la inseminación una vez fallecido el varón. Y según la AP no es eso lo que se interpreta de dicho precepto, ya que exige el consentimiento exteriorizado para que el material reproductor pueda ser utilizado por la viuda y, entonces es cuando quedaría determinada la filiación como consecuencia del consentimiento. Si se aplicara la fundamentación del JPI «llevaría a situaciones paradójicas como las relativas a que pese a la constancia de que biológicamente se diera a luz a un hijo con el material genético del cónyuge fallecido, y así resulta expresamente de la resolución judicial apelada que autoriza la inseminación, sin embargo no sería legalmente su hijo, los hijos que tuviera su progenitor biológico de otra

relación no serían legalmente sus hermanos, podría contraer matrimonio con éstos, carecería de derechos hereditarios, conocería quién es su padre biológico, y así se deduciría de una resolución judicial, y sin embargo no podría utilizar sus apellidos en otras situaciones semejantes» (FJ 5.º). A continuación, matiza que si se siguiera la interpretación del tribunal a quo, podría producirse incluso la situación en la que aun habiendo exteriorizado el cónyuge premuerto su voluntad de que su mujer no se inseminase con su semen, se pudiera autorizar si se entiende que el consentimiento lo es sólo a efectos de determinación de la filiación. Por tanto, no puede permitirse que se utilice el material genético identificado y que no se determine la filiación.

Por último, matiza que «es una aspiración humana atendible utilizar *post mortem* el semen de la pareja premuerta, y la Ley confiere expresamente tal posibilidad, ahora bien la condiciona a unos requisitos que, en este caso, no han sido observados, y que no pueden, en consecuencia, ser suplidos mediante el consentimiento de los parientes más próximos o una autorización judicial, al exigirse a tal efecto la expresión de un consentimiento de naturaleza personalísima, y sobre el cual debió ser informado el cónyuge premuerto al someterse a la extracción correspondiente para el depósito de semen» (FJ 6.º). Por tanto, la AP estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y, revoca el auto dictado por el JPI⁸⁸.

Posteriormente a este caso, otro Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la autorización o no a la viuda, con el semen de su esposo fallecido. Estamos refiriéndonos al Auto del JPI n.º 17 de Valencia, de 29 de octubre de 2004 (AC 2005\952). En este asunto en concreto, el fallecido había depositado su semen en el Hospital La Fe, de Valencia, por el tratamiento oncológico que recibía. El fallecido había realizado testamento notarial, pero no se incluía ninguna cláusula relativa al destino de su material genético. Como consecuencia de este hecho, el JPI considera que no procede la autorización, y menos aún complemento judicial de capacidad, porque ésta no existe. En el FJ 3.º del auto se señala que: «acto esencialmente

⁸⁸ Este auto ha sido comentado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Reproducción asistida *Post Mortem*», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 8/2001, parte Tribuna, 2001, versión electrónica, BIB 2001\741. Aunque considera acertada la argumentación jurídica que realiza la AP manifiesta que «Pero no deja de ser duro, y quizá en algún grado excesivo, el resultado al que se llega en el Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña. Produce desazón que esa viuda no pueda tener un hijo de su marido fallecido porque –lo más seguro– ni él ni ella pensaron que ese fallecimiento pudiera producirse tan pronto, y, por ello, el marido no prestó el consentimiento en la forma debida» (p. 2/2 de la versión electrónica). En lo atinente al ámbito judicial, en el mismo sentido resolvió el auto de la AP de Barcelona (Sección 12.ª), de 16 de septiembre de 2004 (JUR 2004\292813).

personalísimo, cual es la decisión de la procreación, y tal no puede ser en ningún caso completada, en casos de limitación de la capacidad de obrar, menos aún suplida en casos de ausencia de capacidad jurídica. El artículo 9 de la Ley que se cita, resulta clarificador en, punto a la virtualidad de la inteligencia que se expone, en cuanto que a los efectos de la filiación que se impetran es el varón quien debió exteriorizar su voluntad en instrumento fehaciente, pues en otro caso en modo alguno han de poder venir a desenvolverse tales efectos».

También considera que no puede suplirse el consentimiento del fallecido mediante autorización judicial el auto de la AP de Barcelona (Sección 12.^a) de 17 de mayo de 2011 (AC 2011\1256), porque el mismo no se había prestado en ninguno de los instrumentos que menciona el artículo 9 LTRHA, ni constaba el material genético del hombre en el útero de la mujer. Aunque el semen de su pareja estuviera depositado en el Banco de Sangre y Tejidos de Barcelona, los requisitos del citado precepto no pueden ser sustituidos por los testimonios de familiares.

El auto de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a) de 2 de junio de 2010 (AC 2010\1755) deniega la autorización judicial para que la apelante se inseminara con el material reproductor de su marido fallecido, que estaba depositado en la unidad de reproducción asistida del Hospital Clínico de Canarias. La Audiencia es clara y señala que la autorización del marido para consentir dicha inseminación «es personalísima, sin que pueda ser suplida por nadie, menos aun cuando ya se ha extinguido la personalidad civil por la muerte de la persona (artículo 32 del Código Civil), y formal, sin que quepa ser suplida por otras pruebas documentales o testificales» (FJ 2.^o). Manifiesta que una carta con fecha de mayo de 2008, mecanografiada y firmada por el marido fallecido, su madre y su hermana no puede considerarse documento público, testamento, ni instrucciones previas.

Por su parte, el auto de la AP de Barcelona (Sección 18.^a) de 12 de julio de 2011 (JUR 2011\373587) da lugar al recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del JPI n.º 2 de Rubí de 15 de septiembre de 2009 por parte de una mujer, porque se le denegaba la autorización judicial para inseminarse con semen de su pareja, ya que el JPI entiende que el consentimiento no se prestó ni en escritura pública, ni testamento ni en el documento de instrucciones previas. La AP trae a colación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de septiembre de 2007, y acaba resolviendo a favor de la mujer, considerando que es suficiente el consentimiento otorgado por el hombre en docu-

mento sanitario (junto con los testimonios de testigos, amigos, padres y hermano), así que concede la autorización para la inseminación.

Por lo que respecta al consentimiento, el auto del JPI n.º 4 de Valladolid de 12 de diciembre de 2007 (AC 2011\553), en el FJ 1.º pone de manifiesto la importancia del consentimiento expreso en los siguientes términos: «en efecto, por un lado, y desde el punto de vista personal, sin una voluntad expresa es extremadamente difícil saber si la persona ya fallecida hubiera querido que naciera un hijo suyo al que nunca podría criar o conocer; desde el punto de vista legal y económico, las consecuencias en materia sucesoria son inmediatas y directas para sus herederos, instituidos en disposición testamentaria o por medio de sucesión intestada». En el FJ 2.º sigue manifestando por lo que respecta al artículo 9 que «lo que sí es cierto es que tal vez no sea afortunada la redacción del consentimiento informado elaborado por las autoridades sanitarias, pues ante esa previsión legal, debería el marido ser expresamente preguntado sobre esta cuestión, de forma que en todo caso existiese un pronunciamiento que evitase un supuesto como el que nos ocupa en el que nunca se le ha preguntado, por lo que no sabemos qué querría él realmente o, lo que es peor, aunque se llegue a la conclusión de que hubiese deseado autorizarlo, se haya de rechazar la petición formulada por no haberse dado cumplimiento a unas determinadas formalidades que probablemente nunca conoció». Considera la AP que como no constaba el consentimiento para que se usara su material genético después de su fallecimiento, ni existían preembriones constituidos anteriores al mismo, no puede otorgar la autorización para la fecundación.

En lo atinente a los instrumentos que reconoce el artículo 9 LTRHA, a pesar de que considero acertada la opción del legislador de ampliarlos respecto a la LTRA anterior, debido a las dudas interpretativas generadas con ésta última, podría haber precisado un poco más este apartado.

La doctrina se cuestiona por lo que respecta al testamento, si sólo son válidos los testamentos notariales, o si por el contrario, tiene cabida también el testamento ológrafo. En principio, como no señala nada la ley, hemos de entender que también valdría el mismo, porque como sabemos una vez que se descubre debe protocolizarlo y averizarlo un notario (arts. 689 y siguientes del Cc)⁸⁹. El proble-

⁸⁹ Considera que puede prestarse el consentimiento en cualquier tipo de testamento: GÁMIZ SANFELIU, M., *Reflexiones sobre la fecundación post mortem...*, *op. cit.*, p. 11/26 de la versión electrónica. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Problemas jurídicos derivados del consentimiento...*, *op. cit.*, p. 296. VIDAL MARTÍNEZ, J., *La regulación de la reproducción*

ma que tiene este testamento es su plazo de caducidad, por tanto, si el testador señaló expresamente su consentimiento para la fecundación *post mortem*, pero no informó de su existencia, puede transcurrir el plazo de un año previsto en la LTRHA sin ser descubierto, y por tanto, la viuda ya no podrá recurrir a las TRA por haber caducado. Además, no hay una garantía certera sobre si el consentimiento se prestó libremente. Estos inconvenientes no se presentan, obviamente, con el testamento notarial, ya que otorga una mayor seguridad jurídica al intervenir un Notario, que puede explicar con claridad los efectos jurídicos de la prestación del consentimiento.

En cuanto al documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas, hemos de precisar que es un instrumento útil, porque evita que los familiares de las personas que no pueden decidir, debido a su estado de salud, tengan que tomar decisiones sumamente difíciles. No obstante, a pesar de los aspectos positivos que reporta el mismo, no se realizan muchos en la práctica⁹⁰. En el ámbito estatal, se regula en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁹¹. No obstante, las Comunidades Autónomas han legislado sobre los derechos de los pacientes y, entre ellos, la plasmación de su voluntad en este documento⁹². Si analizamos el contenido de

humana asistida..., *op. cit.*, p. 113. ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., *La influencia de las reformas legislativas...*, *op. cit.*, p. 262.

⁹⁰ La mayoría de documentos de instrucciones previas que se realizan los hacen Testigos de Jehová, para señalar que no quieren recibir transfusiones sanguíneas.

⁹¹ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. El artículo 11 dispone: 1. *Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*

2. *Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.*

3. *No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.*

4. *Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.*

5. *Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.*

⁹² Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad anticipada de Andalucía. Artículo 15 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón y Ley 10/2011, de 24 de

los preceptos relativos a las instrucciones previas, en ningún caso, se menciona el uso del material genético para la inseminación *post mortem*. La doctrina se ha cuestionado la inclusión de este documento como forma de prestar el consentimiento. A pesar de que se puedan contener disposiciones relativas a la donación de órganos, Rodríguez Guitián considera dudoso que pueda equipararse la previsión de la donación de órganos con la disposición del esperma, dado que tienen naturaleza diferente, ya que éste tiene células que pueden dar lugar a una vida humana⁹³. No obstante, hay autores que consideran que entre las indicaciones que puede contener el documento de voluntades anticipadas está el uso *post mortem* del material reproductor, opinión a la que nos adherimos⁹⁴.

Por último, respecto el documento que hace referencia el artículo 6.3 LTRHA, en él se contiene el consentimiento del marido de la usuaria para acceder a las TRA. Lo idóneo es que en dicho documento conste expresamente la opción de manifestar el uso del material reproductor si fallece el marido o pareja de hecho u otros fines, para evitar problemas en el futuro⁹⁵.

En los últimos meses ha vuelto a ser noticia el caso de una viuda que perdió a su marido en un accidente de tráfico, y que desea ser inseminada con el material reproductor de su difunto esposo. En este supuesto, parece ser que el marido había manifestado en reite-

marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. Islas Baleares: Ley 1/2006 de 3 de marzo, de voluntades anticipadas. Artículo 34 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria. Ley 6/2005, de 7 de julio de 2005, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud de Castilla la Mancha; artículo 30 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud; artículo 8 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica. En el País Vasco existe una ley que regula las voluntades anticipadas: Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad. Arts. 17 a 22 de Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura; artículo 5 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los paciente de Galicia; Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad de La Rioja. En Madrid, se regulan en la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente. Navarra: Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. Artículo 45 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana.

⁹³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España...*, *op. cit.*, p. 114.

⁹⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o «testamento vital»», *Diario La Ley*, N.º 7334, Sección Doctrina, 3 Feb. 2010, Año XXXI, (*La Ley* 21643/2009), p. 13/34 de la versión electrónica.

⁹⁵ La Sociedad Española de Fertilidad en su página web contiene una serie de documentos relativos al consentimiento informado, y en algunos de ellos se hace referencia expresa al uso *post mortem* del material genético.

<http://www.sefertilidad.net/index.php?seccion=biblioteca&subSeccion=consentimientosESP> [Fecha de consulta: 11 de junio de 2015].

radas ocasiones su deseo de ser padre. Dado su fallecimiento repentino está claro que no previó la posibilidad de fecundación *post mortem*. Por tanto, la duda que se nos suscita es si a pesar de la exigencia del consentimiento expreso, cabría la posibilidad de que un juez autorizara la inseminación. Por ejemplo si hubiera indicios claros de cuál era la voluntad del fallecido y en función de las circunstancias del caso, como por ejemplo la causa de la muerte, ya que no es lo mismo una larga enfermedad en la que se podría prever la inseminación *post mortem* que un accidente. Del tenor literal de la ley no lo parece, sin embargo, compartimos la opinión de Fernández Campos el cual es partidario de un consentimiento expreso, pero en caso excepcional, podría admitirse un consentimiento presunto, una vez valoradas las circunstancias del caso, si existen suficientes indicios y si no se ha podido obtener una autorización explícita. Entiende que es difícil admitir una voluntad presunta si se ha podido obtener de forma directa su declaración de voluntad⁹⁶.

5.3 LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

El artículo 9.2 *in fine* señala que «El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas». Esta posibilidad también ha provocado dudas interpretativas, porque el precepto no menciona cómo debe realizarse la revocación del consentimiento, ni las distintas situaciones que pueden plantearse en la práctica. Precisamente, uno de los argumentos esgrimidos por los autores que no consideraban admisible la fecundación *post mortem*, ha sido éste, que en el momento en que fallece una persona ya no podrá revocar su decisión⁹⁷. A continuación, vamos a analizar algunos aspectos problemáticos de este precepto.

¿Cabe una revocación en documento diferente a los contenidos en el artículo 9.2 LTRHA, por ejemplo, en documento privado? Pues bien, hay autores que consideran que la revocación no requiere de unos requisitos formales, por tanto, admiten la validez del documento privado⁹⁸. Si se admitiera este supuesto, considero que debería reunir los mismos requisitos que un testamento ológrafo, es decir, autografía, fecha y firma, en caso contrario tenemos nuestras dudas, debido a la facilidad con la que se podría manipular el contenido. Por ese motivo, entiendo junto con Jiménez Muñoz que

⁹⁶ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, p. 331.

⁹⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., *Técnicas de reproducción asistida y Constitución...*, *op. cit.*, p. 154.

⁹⁸ DÍAZ ROMERO, M.^a R., *Técnicas de reproducción asistida...*, *op. cit.*, p. 1690.

la voluntad revocatoria debería plasmarse ante los mismos instrumentos en los que se otorga el consentimiento, aunque como matiza no es necesario que fuera del mismo grado. Por tanto, un documento de voluntades anticipadas sería suficiente para revocar el consentimiento contenido, por ejemplo, en un testamento notarial⁹⁹. Por su parte, Martínez de Aguirre entiende que como la ley no lo aclara, cabría la regla general de la libertad de forma, pero como puede plantearse problemas de prueba, es aconsejable al menos que se realizase en documento privado. Literalmente este autor señala que «la importancia que la propia ley concede a la voluntad del varón para que se realice la fecundación *post mortem*, parece que debe llevar a entender que siempre que conste de cualquier forma su voluntad contraria a dicha fecundación tal voluntad debe ser jurídicamente relevante a tales efectos»¹⁰⁰.

No obstante, éste no es el único supuesto que plantea problemas interpretativos, Gámiz Sanfeliu se cuestiona qué ocurriría si una vez que se ha iniciado la fecundación *post mortem* aparece un documento que revoca el consentimiento del hombre. La autora considera que si aparece una vez producida la fecundación, la revocación deviene ineficaz, y por tanto, cumplidos los requisitos del artículo 9.2 ha de determinarse la paternidad y la filiación matrimonial o no matrimonial¹⁰¹. Pero, ¿qué ocurriría en el caso contrario? Es decir, que una vez fallecido el marido o compañero, y antes de iniciarse la fecundación apareciera un documento revocatorio del consentimiento. Pues bien, Rodríguez Guitián, en este supuesto, entiende que hemos de acudir al artículo 11 LTRHA que señala los posibles usos que pueden darse a los preembriones y al semen crioconservado, es decir:

1. El uso por la propia mujer o cónyuge.
2. La donación con fines reproductivos.
3. La donación con fines de investigación.
4. El cese de la conservación sin otra utilización.

La autora se plantea quién ha de decidir en este caso: si la pareja, el centro médico o los herederos. De los usos del artículo 11 descarta la primera opción dado que el varón ha revocado su con-

⁹⁹ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, *op. cit.*, pp. 91.

¹⁰⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Problemas jurídicos derivados del consentimiento...*, *op. cit.*, p. 297.

¹⁰¹ GÁMIZ SANFELIU, M., *Reflexiones sobre la fecundación post mortem...*, *op. cit.*, pp. 15-16/26 de la versión electrónica. Por otro lado, en caso de existencia de un testamento revocatorio de otro anterior, habrá que ver si hay una declaración expresa o no, y si no la existe, si son compatibles ambos testamentos, véase FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, pp. 334 y 335.

sentimiento, salvo que aceptara sólo que se determine la filiación materna. Entiende que como el material genético no está dentro del comercio de los hombres, tampoco podrán decidir los herederos. Así que echa en falta la existencia de una institución que velara o decidiera en estos casos, donde existe conflicto de intereses¹⁰².

Otra cuestión que puede plantearse en la práctica es qué ocurre en los casos de crisis matrimoniales. Es decir, que una vez emitido el consentimiento, se produzca la nulidad, separación o divorcio del matrimonio¹⁰³. Fernández Campos mantiene que si se disuelve el matrimonio, no habrá una filiación matrimonial, pero si no existe consentimiento expreso, no puede concluirse que se haya revocado la autorización. Lo mismo ocurrirá en caso de separación, salvo que no se haya podido revocar por el fallecimiento repentino del marido, y en función de las circunstancias concurrentes¹⁰⁴.

5.4 LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO

¿Qué ocurre si falta el consentimiento para utilizar el material reproductor una vez fallecido el marido o la pareja de hecho? Pues en principio, la respuesta debería ser que no se debería proceder a la inseminación o la implantación del preembrión. Sin embargo, en la práctica se ha dado algún supuesto en el que sin constar el consentimiento se produjo la misma. La consecuencia fue que no se determinó la filiación paterna. Estamos haciendo referencia a la resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado, de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2003\2453) que deniega la inscripción de la filiación matrimonial respecto de una menor nacida en febrero de 2002, a través de técnicas de reproducción asistida, en concreto por transferencia de embrión crioconservado de los cónyuges, porque sólo constaba el consentimiento del marido para la congelación de los embriones, pero no para la implantación *post mortem* del mismo.

El Juez encargado había dictado auto en fecha de 1 de marzo de 2002, en el que se denegaba la inscripción entre otros motivos porque el consentimiento no se había prestado en la forma requerida y la fecundación se había producido en vida del marido; por lo

¹⁰² RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., *Reproducción artificial post mortem...*, *op. cit.*, pp. 75 y 76.

¹⁰³ Por lo que respecta al tema de las crisis de pareja y la disposición de embriones, es necesaria la consulta de la interesante y profunda monografía, ya citada, de la profesora FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, pp. 333 y 334.

tanto, no constaba la voluntad expresa del mismo para que el embarazo prosiguiese después de su muerte. Según el antiguo artículo 92.2.a) del Código de Familia de Cataluña de 1998, era necesario que constara fehacientemente el consentimiento expreso del marido para que la fecundación asistida pudiera tener lugar después de la muerte.

El FJ 4.º de la resolución dispone que la técnica que se ha utilizado no se corresponde exactamente desde el punto de vista biológico con la fecundación, pero considerar que la misma se ha producido estando vivo el marido, y por tanto, no entenderse como fecundación *post mortem*, llevaría a consecuencias poco deseables, porque no se aplicaría la limitación del artículo 92.c, sino que quedarían los embriones congelados *sine die* o hasta que la viuda decidiera implantárselos. Señala textualmente que: «Y no cabe duda que la voluntad del legislador, teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas de todo orden que tiene el hecho de la muerte, es clara en exigir consentimiento expreso del marido para este supuesto, sin que pueda deducirse, sin más de su consentimiento –efectuado en vida–, a que la fecundación asistida tenga lugar, y por más que el destino evidente de los embriones sea su implantación en el útero materno. La cuestión es lo suficientemente importante como para que se exija de una manera clara y terminante la voluntad del marido y entenderlo de otro modo llevaría al absurdo, ya que si se entendiera prestado el consentimiento en vida, también para el caso de muerte, no tendría sentido que la Ley exigiera requisitos más rigurosos para este supuesto excepcional».

En último término considera que el documento que firmaron los cónyuges en el centro médico no puede tener la consideración de documento fehaciente, por no cumplir con los requisitos de forma que reconoce la ley, aunque se haya protocolizado.

No obstante, en la actualidad la situación es bastante complicada, porque una cosa es que no se autorice a inseminarse a la mujer con el semen de su pareja fallecida, y otra, cuando se ha producido la generación del preembrión *in vitro*. ¿Podría implantarse éste aunque no constara el consentimiento del hombre? La pregunta no es fácil y la respuesta tampoco. En este sentido, debería aplicarse en principio la presunción del artículo 9.2 párrafo segundo si no consta el consentimiento expreso, pero se ha iniciado el proceso de las TRA, tal y como hemos visto. Si no se ha iniciado, existen muchas dudas al respecto. Si se produce la transferencia del preembrión, hay dos opciones: que no se den las consecuencias previstas en el artículo 9 LTRHA o que se determine la filiación pater-

na, para según algunos autores proteger al hijo, eso sí pudiendo exigir responsabilidad civil al centro médico o a la madre¹⁰⁵.

Como hemos podido ver del análisis del consentimiento, posiblemente éste sea el aspecto de la reproducción asistida *post mortem* que más dudas interpretativas plantea. Por ese motivo pienso que es necesario que el legislador clarifique todas estas cuestiones que hemos visto, y que precise con más detalle el tema del consentimiento del varón fallecido.

6. EFECTOS DERIVADOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA *POST MORTEM*

En la actualidad, después de casi treinta años de regulación de la fecundación artificial *post mortem* en nuestro país, el debate sobre los efectos que se derivan de la misma está más que superado. No obstante, es necesario hacer referencia a los mismos para poder realizar un estudio integral de la materia que estamos analizando.

En primer lugar, hemos de decir que la determinación de la filiación es básica dado que produce como efectos: que el hijo lleve los apellidos de los progenitores, el ejercicio de la patria potestad, la obligación de alimentos y el reconocimiento de derechos sucesorios, así como la adquisición de la nacionalidad.

La primera cuestión a la que hemos de hacer referencia es la de si los hijos «superpóstumos» serán o no hijos matrimoniales, cuando los progenitores han estado casados, dado que el hijo nacerá una vez fallecido el padre, y por tanto, disuelto el matrimonio. Antes de la promulgación de la LTRA de 1988 y durante el periodo de vigencia de la misma, existía un sector doctrinal que entendía que no podíamos considerarlos hijos matrimoniales, precisamente por esta razón, porque el fallecimiento había disuelto el matrimonio, y por tanto, no tendrían dicha condición¹⁰⁶. Por el contrario, otros autores se postulaban en sentido contrario, es decir, estimar que eran hijos matrimo-

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *Reproducción artificial post mortem...*, *op. cit.*, pp. 121 y ss. Por otro lado, nos parece interesante la reflexión que realiza LLEDÓ YAGÜE, F., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, pp. 127 y ss, sobre si sería posible que un juez no consienta en determinar la filiación matrimonial, sin embargo, admitiera la determinación de la filiación materna, por ejemplo, en los casos en los que con el nuevo embarazo se pudiera ayudar al hermano que tiene una enfermedad grave.

¹⁰⁶ CAMPUZANO TOMÉ, H., *Reflexión en torno a los derechos de la viuda...*, *op. cit.*, p. 434 mantenía que dado que el hijo no va a nacer dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, se le ha de considerar no matrimonial. Pero dado que es una situación que no puedo contemplarse en su momento por el legislador, aboga por una ampliación de los plazos del artículo 116 Cc para dar cabida dentro de la filiación matrimonial a los hijos nacidos de la fecundación *post mortem*.

niales. Hernández Ibáñez defiende que el hijo ha de considerarse matrimonial, porque aunque el matrimonio se haya disuelto por el fallecimiento del marido, aquél existió. Por otro lado, defiende que no puede aplicarse la presunción del artículo 116 Cc¹⁰⁷, porque el nacimiento se produciría en una fecha posterior, pero sí se podía recurrir al artículo 118 Cc¹⁰⁸, y entender que el consentimiento que exige este precepto es el que se manifiesta en la fecundación *post mortem*¹⁰⁹. Rivero Hernández, por su parte, también defendía que el hijo es matrimonial, pero señalaba que en caso de que naciera mediante TRA *post mortem* no se debía hacer excesivo hincapié en la cuestión de los 300 días, ya que no nacería por relación sexual, y en eso reside según él la especialidad de la reproducción asistida. Lo que sí pone de relieve es que se dan los dos elementos básicos en la procreación natural y es la presencia de material genético y la voluntad de querer tener un hijo en común¹¹⁰.

Con la promulgación de la ley ya se disiparon todas las dudas, y así la LTRHA dispone que si los progenitores estaban casados, los hijos superpóstumos serán matrimoniales (obviamente siempre y cuando se cumplan con los requisitos que marca la ley). Sin embargo, la doctrina pone de relieve que existe un vacío legal si la mujer vuelve a contraer matrimonio, durante el plazo de 12 meses que marca el artículo 9 LTRHA¹¹¹. Es decir, nos encontramos ante una colisión de presunciones: la del marido fallecido que prestó su consentimiento en vida para la fecundación *post mortem*, y la del segundo marido en virtud del artículo 116 Cc. ¿Cuál ha de primar y qué apellidos llevará el hijo, el del cónyuge fallecido o el del segundo marido? Pues bien, otorgar una respuesta a esta cuestión no es nada sencillo. En principio, si el centro médico acredita que la fecundación se realizó correctamente, en este caso, debería prevalecer la paternidad del marido

¹⁰⁷ Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

¹⁰⁸ Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.

¹⁰⁹ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida...*, *op. cit.*, pp. 3032 y 3033. No obstante, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La fecundación artificial post mortem...*, *op. cit.*, p. 892 no considera que pueda asimilarse el consentimiento del marido en fecundación *post mortem* al del artículo 118 Cc. También lo ve un tanto forzado LLEDÓ YAGÜE, F., *Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem...*, *op. cit.*, p. 5/24 de la versión electrónica.

¹¹⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La fecundación artificial post mortem...*, *op. cit.*, pp. 893 y 894. Matiza que la impugnación de la paternidad sólo podría prosperar si se prueba que el nacido no fue engendrado mediante TRA, sino que nació como consecuencia de una relación sexual con tercero. *Op. cit.*, p. 895.

¹¹¹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España...*, *op. cit.*, p. 120.

fallecido. Pero si el segundo tiene dudas sobre su paternidad le cabría el recurso de la acción mixta contemplada en el artículo 134 Cc.

Por lo que respecta a las parejas no casadas, la cuestión en la actualidad tampoco ofrece dudas. El artículo 9.3 LTRHA dispone: «El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad».

El tema de los derechos sucesorios fue muy controvertido también en su momento. En este sentido, había dos corrientes de opinión: la de quienes consideraban que el hijo superpóstumo no podía tener derechos sucesorios respecto su padre¹¹²; y la de quienes entendían que esto iría en contra de nuestra Carta Magna, ya que estaría discriminando a los hijos nacidos mediante TRA de forma póstuma¹¹³.

Los defensores de la primera corriente alegaban básicamente dos motivos¹¹⁴:

1. En el momento del fallecimiento del causante no existía causahabiente, tal y como dispone el artículo 758 del Cc.
2. Si se llamaba a la herencia al hijo superpóstumo, nos encontraríamos ante una situación de pendencia de la herencia.

No obstante, frente a estas alegaciones se señala que la jurisprudencia permite el llamamiento a la herencia del *concepturus* y del *nasciturus*¹¹⁵. Además, el artículo 745.1.º Cc en relación con el 29

¹¹² En España el «Informe Palacios» y en Reino Unido el «Informe Warnock». Éste último documento es el *Report of the Committee of inquiry into human fertilisation and embryology* de julio de 1984. El Informe Warnock fue el resultado obtenido por una comisión para el estudio de la fertilización humana, que nombró el Gobierno inglés, presidido por Mary Warnock. La importancia de dicho Informe se centró en que fue el primer texto que analizó la fecundación asistida de forma amplia y pormenorizada, y por tanto, el resto de países que crearon Comités similares se basaron en este documento.

¹¹³ Favorables a esta línea: HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida...*, *op. cit.*, pp. 3035 y 3036. Esta autora señalaba que los derechos sucesorios no serán sólo respecto de la herencia del progenitor fallecido, sino que también a los de su familia paterna, en representación de su padre fallecido, ya que la filiación crea la relación de parentesco, y de este modo obtiene la cualidad de heredero. Considera además, que si muere alguien de su familia paterna, y todavía, no se ha producido la fecundación habrá que esperar a que transcurra el plazo que marca la ley adoptando las medidas de los arts. 959 y 966 Cc. *Op. cit.*, 3037.

¹¹⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La fecundación artificial post mortem...*, *op. cit.*, pp. 899, autor que es partidario de reconocer derechos sucesorios.

¹¹⁵ Por ejemplo, la resolución de la DGRN de 27 de diciembre de 1982 (RJ 1982/8065), que resolvía sobre la nuda propiedad del legado de tercio de mejora y si sólo podían recibirla los nietos que existían en el momento del fallecimiento de la testadora declaró que: «Que esta regla general aparece matizada por nuestra jurisprudencia —entre otras en SS. 25 abril 1963— en el sentido de que en nuestro Derecho positivo y en base al artículo 745.1.º, en relación con los 29, 30 y 758, así como 781, 783 y 785, no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder mortis-causa de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables e identificadas

del mismo texto legal ampara que puedan heredar¹¹⁶. Rodríguez Guitián considera que sería adecuado modificar el Cc señalando que el hijo que va a nacer de la fecundación *post mortem* tiene capacidad para suceder, o presumiendo que los hijos que nacen de esta forma se consideran concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión¹¹⁷. Además, para poder proteger los derechos de otros interesados a la herencia, se aplicarían las medidas que contiene el Cc cuando la viuda se queda embarazada, es decir, los artículos 959 y siguientes del Cc. Así la viuda cuando considere que está embarazada deberá ponerlo en conocimiento de las personas que puedan tener derechos en la herencia (artículo 959 Cc), así como el momento cercano al alumbramiento (artículo 961 Cc). También ha de comunicar a los afectados, la intención de recurrir o proceder a la inseminación para que se suspenda la partición de la herencia.

Iniesta Delgado es tajante al respecto y señala que el hijo que ha sido fecundado *post mortem*, además de ser legitimario y tener derecho a participar en la herencia paterna, es heredero abintestato preferente¹¹⁸. Éste autor se plantea qué puede ocurrir en el caso de que a pesar de la existencia del consentimiento del hombre para la fecundación *post mortem*, no haya manifestado nada al respecto en su testamento. Es decir, que estaríamos hablando de un caso de preterición. Manifiesta que el hecho que no conste al hijo superpóstumo, autorizada la fecundación, sólo parece razonable cuando el testamento es anterior «al planteamiento de dicha posibilidad, es decir, cabe razonablemente como preterición errónea. No obstante, en el difícilmente imaginable supuesto de que el testador omita la referencia a su posible descendiente póstumo en un testamento realizado tras tomar la decisión de autorizar, no necesariamente se ha de tratar como una preterición intencional, puesto que dentro de lo descabellado del supuesto, parece más razonable que se deba a un descuido del testador que a una voluntad deliberada de excluir de la legítima a

en su existencia real como tales personas, pues en otro caso la institución –en este supuesto, el legado– por ser a favor de un sujeto incierto sería ineficaz, sin que obste a ello el que el testador los haya concretado no en forma específica, sino genéricamente con tal de que exista certeza en el beneficiario».

¹¹⁶ Artículo 745.1 Cc: Son incapaces de suceder: 1.º *Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30*. El artículo 29 Cc manifiesta que: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente».

¹¹⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España...*, *op. cit.*, p. 1123.

¹¹⁸ INIESTA DELGADO, J. J., «Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 29, 2008, p. 14. También pone de manifiesto que es legitimario LÓPEZ PELÁEZ, P., *Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem...*, *op. cit.*, p. 132.

un hijo que expresamente se desea tener»¹¹⁹. Por lo que respecta a esta cuestión comparto parcialmente la opinión del autor. Si el testamento se hace con anterioridad a la decisión de autorizar la inseminación en caso de su fallecimiento, estaríamos en un supuesto de preterición no intencional. Pero en caso de que haya testado habiendo autorizado esta posibilidad, deberíamos hablar de preterición intencional, aunque pueda ser un descuido como señala, dado que es consciente que va a tener un hijo aunque sea superpóstumo¹²⁰.

Se considera también que el hijo superpóstumo no sólo tendrá derechos en la herencia de su padre, sino también de otros ascendientes por derecho de representación, incluso será considerado llamado a la herencia simultáneamente junto con el progenitor premuerto y a sus hermanos¹²¹.

Por último hemos de hacer referencia a las donaciones. El *concepturus* puede ser titular de donaciones en virtud del artículo 627 Cc el cual dispone: «Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento». Así lo señala Hernández Ibáñez matizando que habrá que esperar a que transcurra el plazo que se prevé, dado que es un efecto favorable y, por tanto, cabrá la aplicación del artículo 29 Cc¹²².

Por otro lado, el artículo 646 Cc señala que las mismas serán revocables si el donante tiene un hijo aunque sea póstumo, después de realizada la donación. Se ha cuestionado por la doctrina si es posible esta posibilidad, es decir, que se pueda revocar la donación si se tiene un hijo mediante fecundación post mortem. López Peláez entiende que la solución dependerá de si el nacido es considerado hijo del donante, y en tal sentido, negar esta posibilidad iría en contra del artículo, señalando la autora que sería incluso discriminatorio e inconstitucional¹²³.

¹¹⁹ INIESTA DELGADO, J. J., *Los derechos sucesorios...*, op. cit., p. 17.

¹²⁰ LÓPEZ PELÁEZ, P., *Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem...*, op. cit., pp. 132 y 133, señala que pueden darse tres situaciones distintas: a) Que el progenitor premuerto hubiera previsto en el testamento el nacimiento reconociendo derechos al hijo que va a nacer, procediendo en este caso a la suspensión de la partición de la herencia. b) Que preste su consentimiento en testamento para la práctica de la fecundación pero sin reconocerle derechos. En este supuesto considera que se puede equiparar a la preterición intencional. c) Que preste su consentimiento para la fecundación en documento público, pero no diga nada en el testamento o muera intestado. La autora pone de relieve que éste es el supuesto más problemático, por eso pone de manifiesto la necesidad de imponer a la viuda la obligación de comunicar a los interesados, su intención de proceder a la fecundación, fijándole incluso un plazo, ya que pueden quedar desprotegidos los derechos del hijo que nace con estas técnicas.

¹²¹ LÓPEZ PELÁEZ, P., *Filiación y reproducción asistida...*, op. cit., p. 119.

¹²² HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida...*, op. cit., p. 3037.

¹²³ LÓPEZ PELÁEZ, P., *Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem...*, op. cit., p. 125.

7. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA *POST MORTEM* EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN

El Código Civil Catalán regula la filiación derivada de las TRA en el Capítulo V, del Título III del Libro II.

En lo atinente a la reproducción asistida *post mortem* hemos de tener presentes dos preceptos. El primero de ellos es el artículo 235-8.2 que contiene los requisitos para que se considere el nacido hijo del marido fallecido:

«En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento.
- b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple.
- c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días.»

Por otro lado, el artículo 235-13.2 CCCat hace referencia a la mujer que no está casada, sino que forma unión de hecho. En este sentido el precepto señala:

«2. En la fecundación asistida después del fallecimiento del hombre que convivía con la madre, el nacido se considera hijo de este si se cumplen las condiciones establecidas por el artículo 235-8.2, en lo que le sea de aplicación.»

Antes de entrar a analizar la regulación actual catalana de la fecundación *post mortem*, hemos de hacer referencia a la problemática competencial que hubo sobre si las CCAA podían legislar sobre técnicas de reproducción asistida. Previamente, a la regulación actual de las TRA en dicho texto normativo, en Cataluña regía la Ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiación de Cataluña¹²⁴. Leonseguí Guillot analiza el tema de las competencias entre el Estado y las CCAA en el ámbito de las TRA, a raíz de la ley catalana, considerando que existen un doble grupo de cuestiones: 1) el replanteamiento de conceptos jurídicos relativos a la realidad biológica; 2) la filiación. Señalándolo aquí de forma sintética, en el primer supuesto, entiendo que el legislador autonómico no tiene que someterse a legislación básica en materia de filiación, sino que

¹²⁴ BOE núm. 132, de 3 de junio de 1991.

sólo ha de respetar la CE, ni es una materia que se haya reservado el Estado.

En cuanto a los efectos, lo único que le parece dudoso es el aspecto relativo al nombre y los apellidos, porque se podría alterar el modo de identificar a las personas¹²⁵.

La ley 7/1991 fue derogada por el Código de Familia catalán de 1998 (BOE núm. 132, de 3 de junio de 1991). En el mismo se regulaba la fecundación *post mortem* en los artículos 92.2 y 97.2, en los mismos términos que la regulación del CCCat.

Volviendo a la regulación actual de la fecundación *post mortem* de la lectura de la legislación catalana con la estatal, ya podemos ver cómo existen diversas diferencias. En primer lugar la forma. En el CCCat sólo se exige que el consentimiento conste de forma expresa, por tanto, valdrá incluso el documento privado. ¿Cabría la forma verbal como manifestación expresa de ese consentimiento? En principio, no se exige la forma escrita, pero en aras a la seguridad jurídica que ha de presidir la materia, sería adecuado que siempre constara la plasmación del consentimiento en documento.

El plazo en que ha de realizarse la inseminación también difiere, aunque no sustancialmente, dado que se reconoce un plazo de 270 días, cabiendo una prórroga de 90 días más, por tanto, se acerca al cómputo de los 12 meses de la norma estatal. Además, el CCCat incluye un aspecto remarcable, cómo es la prórroga por parte del juez del plazo en que ha de realizarse, siempre y cuando exista una causa justificada.

Por otro lado, se limita la fecundación *post mortem* para «un único caso». Esta expresión ha planteado diversas dudas interpretativas. Gete-Alonso y Calera señala al respecto que «se interpreta en el sentido de que sólo se permite un embarazo conseguido, dentro del plazo prefijado, no en el de que únicamente se permita una sola fecundación. Dada la frecuencia de los partos múltiples, cuando han intervenido técnicas de reproducción asistida, la norma se encarga de recordar que el solo caso, a su vez, no debe confundirse con el número de personas que nazcan»¹²⁶. Es decir, que no se considera un único procedimiento de fecundación asistida, con independencia del resultado, sino de una fecundación asistida efectiva, o lo que es lo mismo se ha de producir un embarazo

¹²⁵ LEONSEGUI GUILLOT, R. A., «Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida...», *BFD UNED*, núm. 8-9, 1995, pp. 242 y ss.

¹²⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª edición, 2013, p. 58.

resultado de las TRA, y no un intento¹²⁷. Además, como no siempre que se realiza la técnica por primera vez, se consiguen los resultados esperados, se puede practicar más de una fecundación dentro del plazo, si con las anteriores no se ha conseguido el embarazo¹²⁸.

Igual que ocurre con la LTRHA no cabe la reproducción asistida *post mortem* con semen de donante, dado que el CCCat también habla de marido y conviviente. Aunque no lo diga expresamente deberá entenderse también que el consentimiento expresado por el marido o pareja de la mujer es revocable siempre y cuando no se haya iniciado las TRA. En relación con el consentimiento, el CCCat no contempla la presunción del artículo 9.2 párrafo segundo de la LTRHA. Sin embargo, Puig i Ferriol mantiene que la exigencia de que la voluntad del marido a la fecundación haya de constar de forma fehaciente, puede considerarse compatible con la aplicación en el Derecho civil catalán de este precepto, ya que aunque no sea lo mismo solicitar la inseminación con el esperma del fallecido, que la implantación del preembrión, si la ley autoriza la primera posibilidad ha de entenderse que autoriza también esta última¹²⁹.

Si los miembros de la unión no han contraído matrimonio el CCCat exige la convivencia con la madre, sin embargo, como ya vimos anteriormente la ley estatal no lo contempla. Obviamente, la convivencia es un requisito de una unión estable de pareja con un proyecto parental común, con independencia que por motivos, por ejemplo, laborales la misma haya de cesar temporalmente.

8. CONCLUSIONES

El vertiginoso avance de la ciencia y sus implicaciones en la reproducción artificial de los seres humanos hace que sea necesario en cualquier país, una regulación de la misma, para poder establecer unas pautas éticas, con la finalidad de proteger los intereses que están en juego, así como determinados principios constitucionales, como la dignidad, la libertad, o el libre desarrollo de la personalidad.

¹²⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C/BLASCO GASCÓ, F. P., *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 83.

¹²⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C., *Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 75.

¹²⁹ PUIG I FERRIOL, LL., «La filiación», *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Dret de Família, II-2*, Puig i Ferriol, LL., Roca i Trias, E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 475.

Por otro lado, hemos de poner de relieve cómo en los últimos años ha empezado a cuestionarse si existe un derecho a procrear. De los distintos textos internacionales, así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no parece inferirse una respuesta positiva. Lo que sí se reconoce es que el artículo 8 del Convenio ampara tanto la decisión de ser padre/madre como de no serlo, y el acceso a las técnicas de reproducción asistida, pero deberá ponerse en relación con la distinta opción que hayan adoptado los Estados de configurar una legislación más liberal o más restrictiva. Lo importante no es el número de progenitores que tenga el menor, sino que esté en una familia (del tipo que sea) que le quiera, le proteja y le proporcione toda la asistencia moral y material que se ha de dispensar a los hijos.

También hemos podido observar, cómo el consentimiento, desde nuestro punto de vista, puede configurarse como el requisito más importante para que la fecundación *post mortem* produzca efectos. Pero a su vez, es el que plantea más interrogantes en la práctica, debido a la escasa atención que le ha dedicado el legislador español.

Por otro lado, después de analizar brevemente la regulación jurídica de países cercanos al nuestro, podemos decir que la LTRHA es una de las más flexibles de nuestro entorno. Sin embargo, a pesar de decantarnos a favor de la regulación española, tiene algunos aspectos mejorables y, por tanto, considero conveniente una futura modificación de la norma para solucionar las dudas interpretativas que plantea el artículo 9 LTRHA, así como para poder adaptarla a los nuevos cambios sociales. Dado que el legislador español modificó la regulación del matrimonio, para reconocer dicho derecho a las personas homosexuales, debería haber procedido a adaptar instituciones conexas como la filiación, ya que no existe una clara presencia de su reconocimiento como modelo familiar en la ley. Con un régimen jurídico coherente y sin fisuras, España puede seguir siendo un referente en este ámbito.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- «Nuevos límites al derecho a procrear», *DPC*, n.º 20, 2006, pp. 9-61.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Reproducción asistida *Post Mortem*, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 8/2001, parte Tribuna, 2001, versión electrónica, BIB 2001\741.
- BLASCO GASCÓ, F. P., «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, n.º 2, 1991, pp. 697-719.

- CÁMARA ÁGUILA, P., «Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio), *DPC*, n.º 13, 1999, pp. 117-148.
- CAMPUZANO TOMÉ, H., «Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente», *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 1665-1714.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., «La protección de la vida prenatal en el ordenamiento español: del *Nasciturus* al *Moriturus*», *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.513-540.
- COBACHO GÓMEZ, J. A., «Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, J. A. Cobacho Gómez (Director), J. J. Iniesta Delgado (Coordinador), Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 23-29.
- DÍAZ ROMERO, M.ª R., «Técnicas de reproducción asistida y filiación», *Derecho de Familia*, G. Díez-Picazo Giménez (Coord.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 1665-1714.
- FARNÓS AMORÓS, E., «¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida. Comentario a la STEDH, Sec. 4.ª, de 7.03.2006, «Evans v. The U. K.», *Indret*, enero de 2007, http://www.indret.com/pdf/408_es.pdf
- «Evans v. The U. K (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja. Nota breve a la STEDH, Gran Sala, de 10.4.2007», *Indret*, abril de 2007, http://www.indret.com/pdf/432_es.pdf
- *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.
- «La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización», *Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico: Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, P. Benavente Moreda/E. Farnós Amorós (Coords.), año LXIX, n.º 2179, junio de 2015, pp. 175-200.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Premoriencia del marido», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, J. A. Cobacho Gómez (Director), J. J. Iniesta Delgado (Coordinador), Thomson, Navarra, 2007, pp. 305-352.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C/BLASCO GASCÓ, F. P., *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., *Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª edición, 2013.
- GÓMEZ DE LA TORRE, M. C., «Fecundación *post mortem*», *AC*, n.º 5, semana 3-9 febrero de 1992, pp. 45-63.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ-MERLO, J., GÓNZALEZ BOSQUET, E., GÓNZALEZ BOSQUET, J., *Ginecología*, Elsevier Masson, Barcelona, 9.ª edición, 2014.
- GONZÁLEZ UTOR, A. L., «Comentario científico al artículo 2», *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, F. Lledó Yagüe y C. Ochoa Marieta (Directores), O. Monje Balmaseda (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2007.

- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», *AC*, n.º 48, semana de 26 de diciembre-1 de enero de 1989, pp. 3027-3046.
- INIESTA DELGADO, J. J., «Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*», *Rev. Der. Gen. H.*, n.º 29, 2008, pp. 13-21.
- «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», *Tratado de Derecho de la Familia*, M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (Directores), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 735-861.
- JIMÉNEZ JARA, A., «Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes», *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 177 a 205.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o “testamento vital”», *Diario La Ley*, n.º 7334, Sección Doctrina, 3 Feb. 2010, Año XXXI (LA LEY 21643/2009).
- *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012.
- «Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y papel del guardador legal», *RCDI*, n.º 744, 2014, pp. 1585-1610.
- KATZ G. A., «Parpalax c. CECOS: Protecting intent in reproductive Technology», *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 11, n.º 3., 1998, pp. 683-698.
- LEONSEGUI GUILLOT, R. A., «Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida», *BFD UNED*, núm. 8-9, 1995, pp. 237-264.
- LLEDÓ YAGÜE, F., «Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica», Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España, A. Díez Martínez (Coord), Dykinson, Madrid, 2006, pp. 155-176.
- «La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida», *ADC*, vol. 41, n.º 4, 1988, pp. 1241-1263.
- «Artículo 9. Premoriencia del marido. Comentario jurídico», Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 126-156.
- LÓPEZ PELAEZ, P., «Filiación y reproducción asistida», *Derecho de la Persona*, I. Ravetllat Ballesté (Coordinador), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 89-133.
- «Relaciones civiles derivadas de la fecundación *post mortem*», *BFD UNED*, n.º 6, 1994, pp. 109-141.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida», *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 247-302.
- OCHOA MARIETA, C., «Artículo 9. Premoriencia del marido. Comentario científico», *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 123-126.
- PALACIOS, M., *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas*, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, mayo-agosto de 1993, pp. 129-160.
- PÉREZ MONGE, M., «Filiación derivada del empleo de técnicas de las técnicas de reproducción asistida», *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 578-615.

- PUIG I FERRIOL, LL., «La filiació», *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Dret de Família, II-2*, Puig i Ferriol, LL., Roca i Trias, E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- RAPOSO, V. L., «La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 10, abril de 2007, pp. 8-12.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La fecundación artificial post mortem», *RJC*, n.º 4, 1987, 871-904.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de reproducción humana asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- «Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad», *Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico: Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós (Coords.), año LXIX, n.º 2179, junio de 2015, pp. 85-174.
- RUIZ SEISDEDOS, S., MARTÍN CANO, M. C., «Nuevas formas de familia, viejas políticas familiares. Las familias monomarentales», *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, vol. 33, pp. 159-175.
- SANCHO REBULLIDA, F. A., «Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española», *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en la materia de reproducción humana. II Congreso mundial vasco*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 99- 113.
- SERNA MEROÑO, E., «Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica», *DPC*, núm. 26, enero-diciembre de 2012, pp. 273-307.
- SERRANO ALONSO, E., «El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem», *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 365-399.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., «La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español», *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1998, pp. 53-152.
- «Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S. H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo», *Rev. Der. Gen. H.*, n.º 34, 2011, pp. 155-201.
- ZURILLA CARIÑANA, M.ª A., «La influencia de las reformas legislativas sobre reproducción asistida y en el derecho matrimonial en el ámbito de la filiación», *Familia y Discapacidad*, S. Alabart Díaz (coord.), Reus, Madrid, 2010, pp. 245-266.

10. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

ESPAÑA

- Resolución de la DGRN de 27 de diciembre de 1982 (RJ 1982\8065)
- STC de 17 de junio de 1999 (RTC 1999\116)
- Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2003\2453)

Auto de la AP de A Coruña de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001\183)

Auto del JPI de Valencia 29 de octubre de 2004 (AC 2005\9529)

Auto de la AP de Barcelona (Sección 12.º) de 16 de diciembre de 2004 (JUR 2004\292813)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de septiembre de 2007 (RJ 2007\8520)

Auto del JPI de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007 (AC 2011/553)

Auto de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de junio de 2010 (AC 2010\1755)

SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2011 (AC 2011\1256)

Auto de la AP de Barcelona de 12 de julio de 2011 (JUR 2011\373587)

STS de 15 de enero de 2014 (RJ 2014\1265)

TEDH

STEDH (Sección 4.ª), de 7 de marzo de 2006 (TEDH 2006\19)

STEDH (Gran Sala), de 10 de abril de 2007 (JUR 2007\101309)

STEDH (Sección 4.ª), de 18 de abril de 2006 (TEDH 2006\31)

STEDH (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2007 (TEDH 2007\86)

STEDH (Sala 1.ª), de 1 de abril de 2010 (TEDH 2010\56)

STEDH (Gran Sala), de 3 de noviembre de 2011 (JUR 2011\369437)

STEDH de 28 de agosto de 2012 (TEDH\72)

REINO UNIDO

Court of Appeal, Civil División de 6 de febrero de 1997.