



universidad
de león

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2015/2016

TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA
POST MORTEM
(ASSISTED FERTILIZATION *POST MORTEM*)

Realizado por el alumno D^a Marta Getino Alonso

Tutorizado por la Profa Dra. D^a Helena Díez García

ÍNDICE.

ÍNDICE.....	2
1. ABREVIATURAS.....	5
2. RESUMEN Y ABSTRACT DEL TRABAJO. PALABRAS CLAVE.....	7
3. OBJETIVOS DEL TRABAJO.....	8
4. METODOLOGÍA.....	9
5. INTRODUCCIÓN.....	10
6. CONCEPTO Y TIPOLOGÍA DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA POST MORTEM..	13
7. EL EMBRIÓN.....	14
7.1 CONCEPTO.....	14
7.2 HISTORIA.....	14
7.3 TRATAMIENTO JURÍDICO.....	15
7.3.1 DERECHO ESPAÑOL.....	15
7.3.2 DERECHO COMPARADO.....	16
7.3.3 CONVENIOS INTERNACIONALES.....	17
8. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	18
9. PANORAMA NORMATIVO.....	21
9.1 LA LEY 24/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	21
9.1.1 ANTECEDENTES: LEY 1988 Y DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	23
9.1.2 EL TRATAMIENTO DEL EMBRIÓN EN EL DERECHO COMPARADO....	25
9.2 LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN EL DERECHO COMPARADO.....	26
9.2.1 PAISES CON LEGISLACIÓN RESTRICTIVA.....	26
9.2.1.1 ITALIA.....	26
9.2.1.2 FRANCIA.....	27
9.2.1.3 PORTUGAL.....	28
9.2.1.4 ALEMANIA.....	29
9.2.1.5 CANADÁ.....	29
9.2.1 PAÍSES CON LEGISLACIÓN FLEXIBLE.....	30
9.2.2.1 BÉLGICA.....	30
9.2.2.2 REINO UNIDO.....	30
9.2.2.3 DINAMARCA.....	31
9.2.2.4 ESTADOS UNIDOS.....	31

10.	ANÁLISIS DE LA PERMISIVIDAD DE LA FECUNDACIÓN POST MORTEM EN LA LTRHA (ART.9).	32
10.1	ÁMBITO OBJETIVO.	33
10.2	ÁMBITO SUBJETIVO.	34
10.3	ANÁLISIS DEL MÉTODO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO Y EL TRATAMIENTO DE PONDERACIÓN ANTE LOS CONFLICTOS DE INTERESES	35
10.3.1	INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM.	35
10.3.1.1	TRANSFERENCIA POST MORTEM DE EMBRIONES	39
10.3.2	ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS LEGALES PARA ADMITIR LA REPRODUCCION ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i>	40
10.3.2.1	ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS RESPECTO A LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM.	40
10.3.2.2.	ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS RESPECTO A LA TRANSFERENCIA DE PREEMBRIONES.	44
11	REQUISITOS PARA LA REALIZACIÓN DE TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN <i>POST MORTEM</i> EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.	45
11.1	CONSENTIMIENTO: AUTORIZACIÓN DEL VARÓN DONANTE Y DE LA MUJER USUARIA DE LAS TÉCNICAS.	45
11.1.1	REQUISITOS PREVIOS A LA EMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO.	45
11.1.2	REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO EN LA LEY 14/2006 LTRHA.	47
11.1.2.1	REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO DE LOS PARTICIPANTES DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.	48
11.1.2.1.1	REQUISITOS DEL DONANTE.	48
11.1.2.1.2.	REQUISITOS DE LAS USUARIAS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.	50
11.1.2.2	REQUISITOS ESPECÍFICOS	51
11.1.2.2.1	EN CASO DE MATRIMONIO.	51
11.1.2.2.2.	EN CASO DE CONVIVIENTE <i>MORE UXORIO</i> .	52
11.1.3.	REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.	52
11.2	FORMA DE LA AUTORIZACIÓN	54
11.3	PLAZO DE REALIZACIÓN	57
12	SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS	59
12.1	PARPALAIX vs. CECOS	59
12.2	HECHT vs SUPERIOR COURT OF LOS ANGELES COUNTY	60
12.3	HART vs CHARTER	61
12.4	MARIA PIRÈS vs LA GRAVE HÔPITAL	62
12.5	DIANE BLOOD	62
12.6	INES SIEWERT	63

12.7	FABIENNE JUSTEL	64
12.8	MARK SPERANZA	64
12.9	CASOS ESPAÑOLES:	65
12.9.1	JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE SEVILLA	65
12.9.2	CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS CONOCE SOBRE UN CASO EN EL QUE INTERVIENE UNA ESPAÑOLA.	66
12.9.3	AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA CORUÑA. AUTO DEL 3 DE NOVIEMBRE DE 2000	66
12.9.4	TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. SENTENCIA 16 DE JUNIO DE 2003.....	67
13	EFFECTOS	68
13.1	DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN	68
13.2	EFFECTOS HEREDITARIOS.	71
13.2.1	POSIBLE PERJUICIO DE TERCEROS Y PROTECCIÓN DE LA VIUDA ENCINTA.	71
13.2.2	DERECHOS SUCESORIOS EN CASO DE NACIMIENTO DEL MENOR....	74
14	CONCLUSIONES.	77
15	BIBLIOGRAFÍA.....	81

1. ABREVIATURAS.

Art.	Artículo
AP	Audiencia Provincial
APP	Auto de Audiencia Provincial
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CC.AA	Comunidades autónomas
CE	Constitución Española de 1978
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
Disp. Adic.	Disposición Adicional
Ley 35/1988	Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
Ley 20/2011	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
Ley 41/2002	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
Ley 51/2003	Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
Real Decreto 413/1996	Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el cual se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con estas técnicas.

STC (SSTC)	Sentencia (s) del Tribunal Constitucional.
STS (SSTS)	Sentencia (s) del Tribunal Supremo.
STSJ (SSTSJ)	Sentencia (s) del Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

2. RESUMEN Y ABSTRACT DEL TRABAJO. PALABRAS CLAVE.

Tras los avances tecnológicos y científicos vividos en los últimos años, la concepción de la vida humana ha evolucionado. En este progreso, se han suscitado vacíos legales, que en ocasiones la legislación no ha sido capaz de cubrir. Uno de los debates más problemáticos y actuales de los últimos tiempos es la '*fecundación asistida post mortem*', debido a las implicaciones éticas, religiosas y, también, jurídica que conlleva. España es uno de los países con una legislación más permisiva en la aplicación y desarrollo de estos métodos reproductivos, con la Ley 14/2006 LTRHA. La finalidad de este trabajo es ofrecer una visión general de los aspectos con mayor relevancia para poder llevar a cabo un tratamiento en estas condiciones y analizar la dimensión jurídica derivada de la utilización de estas técnicas, teniendo en cuenta, además, las consecuencias que, en materias, como la filiación o la sucesión, comporta.

Palabras clave: Fecundación, *in vitro*, *post mortem*, artículo 9 LTRHA, filiación, derechos sucesorios.

Taking into account the technologic and scientific progress we have been through in the last years, the conception of human life has evolved. In this process, several legal vacuums have arisen which occasionally legislation has not been able to fulfil. One of the most problematic debates nowadays is related to '*fecundación asistida post mortem*' because of the legal implications derived, as well as its religious, social, moral, ethical and legal extension. Spain is one of the countries with a more permissive legislation related to the application and development of these reproductive methods, regulated by means of Law 14/2006 LTRHA. The main aim of this work is to offer a general vision of the most relevant aspects so as to carry out a treatment under those conditions as well as analyse the legal framework derived from the usage of these techniques, taking into account the consequences related to affiliation or inheritance.

Keywords: Fertilization, *in vitro*, *post mortem*, article 9 LTRHA, filiation, inheritance rights.

3. OBJETIVOS DEL TRABAJO.

La pregunta que ha ido guiando este trabajo de investigación es comprobar y analizar los requisitos necesarios para poder llevar a cabo una fecundación asistida *post mortem*. Este punto de partida plantea una gran problemática en nuestro Ordenamiento jurídico, debido a que es una materia poco común en los Tribunales.

Partiendo de esta premisa, y después de haber contrastado nuestra legislación con la de los países de nuestro entorno, pretendo estudiar detalladamente todos los requisitos legales necesarios para poder desarrollar este método.

El objetivo principal del trabajo puede desglosarse en cinco bloques: el tratamiento jurídico de esta técnica en nuestro Ordenamiento y en el derecho comparado; los dilemas jurídicos derivados de la práctica; los requisitos legales para realizar el tratamiento; los efectos originados una vez se realiza la fecundación; y los casos más problemáticos que se han suscitado en la práctica.

Los objetivos que desarrollaré son, principalmente, los siguientes:

- Explicar de forma clara los problemas jurídicos derivados de las técnicas de fecundación asistida *post mortem*.
- Realizar un análisis del derecho comparado sobre este campo.
- Profundizar y analizar los requisitos necesarios para poder llevar a cabo este tratamiento, dentro del Ordenamiento español.
- Interpretar las sentencias utilizadas, relacionándolas con los temas estudiados.
- Valorar los intereses que están en conflicto, si se pretende llevar a cabo este método; es decir, la colisión entre el derecho a procrear de la mujer y el derecho de protección del futuro menor. Asimismo, analizar la solución dada por el legislador, y la que adopta la doctrina.
- Desarrollar y concretar los efectos derivados del tratamiento, en cuanto a la filiación y a los derechos sucesorios del menor.
- Investigar casos problemáticos en esta materia, así como las soluciones dadas por el derecho comparado y por nuestro propio Ordenamiento jurídico.

4. METODOLOGÍA

La metodología que he seguido en el presente trabajo se basa, principalmente, en la utilización de bibliografía y en el análisis de la legislación existente en la materia.

Utilicé una metodología teórica, en relación con la regulación, la jurisprudencia y la doctrina, y también crítica, en cuanto a que analicé con mayor profundidad los supuestos problemáticos que plantea la realización de un tratamiento de esta índole.

He llevado a cabo una investigación de forma teórica de los requisitos para poder llevar a cabo el tratamiento. En concreto, me he apoyado en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como en 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 clínica. He usado estos dos textos legales, pero también me he servido de la legislación previa, la Ley de 1988, para analizar los antecedentes y su evolución legislativa.

Me valí, en el desarrollo del estudio del derecho comparado, de la legislación pertinente de cada país que he analizado, así como la jurisprudencia de los casos más relevantes en esta materia. La mayor fuente de mi contenido, proviene tanto de monografías como de revistas jurídicas, que analizan el tema objeto del presente trabajo.

Asimismo, he utilizado la base de datos de la biblioteca universitaria, Aranzadi, para poder así estudiar las resoluciones judiciales que han recaído en materia de reproducción asistida *post mortem*. Y por último, para los supuestos problemáticos de la materia, he extraído gran parte de la información, de los propios periódicos, además de páginas oficiales de Internet.

5. INTRODUCCIÓN.

En los últimos años ha habido un gran número de avances científicos en el ámbito de la biomedicina que han suscitado vacíos legales, ante los cuales han tenido que ofrecerse soluciones por medio de diferentes legislaciones. El estudio que voy a desarrollar se sustenta en analizar tanto la reproducción asistida *post mortem*, como los efectos derivados de la misma.

La fecundación *in vitro* es una técnica de reproducción asistida mediante la que se fecundan los ovocitos por los espermatozoides, pero fuera del cuerpo de la mujer a la que se le realiza el tratamiento. En palabras de SANTAMARÍA SOLÍS, las técnicas de reproducción asistida son ‘*el conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana*’¹.

La figura biológica de la fecundación *in vitro* comenzó su desarrollo a mediados de los años setenta en Reino Unido, pero no tuvo éxito hasta el 25 de Julio de 1978 con el nacimiento de Louise Brown en Lancashire. En España llegó tal avance en 1984, cuando la Clínica Dexeus consiguió llevar a cabo la primera fecundación *in vitro*. Posteriormente siguió desarrollándose la técnica y ampliando sus posibilidades hasta el punto de poder congelar embriones para posibilitar, ulteriormente, utilizarlos en la fase de reproducción. No solamente ha sido un avance médico, biológico y científico, sino que también se ha convertido en un instrumento que da solución a la falta de fertilidad² tanto masculina como femenina.

Se trata de mecanismos que permiten manipular, por parte de personas sometidas y ejecutantes, el desarrollo de la paternidad y maternidad, creando, de esta forma, a otro ser humano. Debemos diferenciar esta definición de la clonación, la cual es ilícita, de acuerdo con el artículo 160.3 del Código Penal: ‘se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza’.

¹ SANTAMARÍA SOLÍS, L.: *Técnicas de reproducción asistida. Manual de Bioética*. Ed. Ariel. 2001, Págs. 377.

² La Organización Mundial de la Salud define la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo que se caracteriza por la no consecución de un embarazo clínico tras 12 meses o más de relaciones sexuales habituales sin anticoncepción.

Ante este avance médico y técnico, y el acogimiento que tuvo por parte de la población, se necesitó delimitar su ámbito de aplicación por medio de un cuerpo normativo. La Ley 35/1988³, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, supuso tal desarrollo que ayudó a eliminar gran parte de la problemática causada por la esterilidad. Fue un texto legal que causó un gran debate hasta el punto de llegar a presentarse un recurso de inconstitucionalidad. La causa de este recurso fue considerar que la donación de embriones tenía carácter contractual, resolviéndose este recurso por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 212/1996.

Esta STC 212/1996 consideró que la donación excluye la remuneración y que solo se prevé para embriones muertos o no viables. Ante este debate, se modificó esa Ley 35/1988 por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que autorizó investigar con los preembriones criopreservados, aunque con una gran limitación. Este cuerpo normativo fue objeto de una nueva polémica por lo que atañe a su permisibilidad con la experimentación e investigación con embriones congelados hasta entonces.

Ante esta nueva Ley, también se planteó un recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 116/1999, de 17 de junio, y su resultado fue la confirmación de la constitucionalidad de los preceptos puestos en duda.

Por lo que atañe al tema que es objeto del presente estudio, existe un intenso debate en torno a la legislación española que regula la reproducción asistida. Sin embargo, y como apunta RIVERO HERNÁNDEZ, ante tal discordancia de opiniones, *‘la Constitución Española no apoya de forma directa la existencia de un derecho a la fecundación artificial post mortem, pero es igualmente difícil hallar una base legal suficiente para denegar en términos generales la fecundación post mortem’*.⁴

Actualmente, en España, contamos con una legislación completa en la materia a través de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Esta Ley aporta importantes novedades como es el concepto de preembrión en su art. 1.2 LTRHA, definido como el *‘conjunto de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde la fecundación hasta 14 días posteriores’*. También amplía la lista sobre las técnicas permitidas hasta el momento, siendo de carácter

³ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, preámbulo I.

⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: ‘La fecundación artificial post mortem’, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº3, 1987, Pág.50.

abierto, e incluso se permite, de manera estricta, la utilización de estas técnicas para determinar un diagnóstico clínico y evitar enfermedades de los futuros embriones (art. 1.b) LTRHA). Asimismo, permite y habilita a la autoridad sanitaria, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para la práctica de técnicas experimentales para poder incluirlas en el listado de la propia legislación.

La legislación actual respeta la división autonómica de España, es decir, permite la realización de proyectos en dicha materia realizados por las propias Comunidades Autónomas, sin perjuicio de un apoyo técnico nacional o asesoramiento por parte de la Comisión Nacional⁵.

El objetivo de este trabajo y estudio sobre la fecundación *in vitro* tendrá su centro en la realización de la misma con carácter *post mortem*. Es decir, cuando el padre o progenitor paterno ha muerto y, a su vez, la mujer o progenitora materna pretende la transferencia de su esperma para dar lugar a un embarazo. Mi cometido en esta exposición será delimitar esta posibilidad de manipulación y determinar la protección para el hijo naciente de la misma, defendiendo su legítimo interés en su integridad física y jurídica. Para poder alcanzar este objetivo, revisaré los cuerpos normativos españoles y los compararé con el resto de legislaciones de nuestro entorno. Además, analizaré los requisitos necesarios para realizarlo y los efectos jurídicos derivados del tratamiento.

⁵ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, preámbulo II.

6. CONCEPTO Y TIPOLOGÍA DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA POST MORTEM.

Tal y como se ha examinado, la fecundación *post mortem* consiste en la concepción de un hijo a través de los métodos de reproducción asistida. Consideramos estas técnicas como “la obtención de la procreación de un ser humano mediante la utilización de técnicas médico-biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre y mujer”.

Las técnicas más utilizadas son la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*, con la singularidad de tener como posibilidad su realización aun cuando el varón progenitor hubiera fallecido.

Ante esta definición dada por SERRANO ALONSO⁶, debemos clarificar su nomenclatura para podernos así ajustar su concepto.

La fecundación *in vitro post mortem* debe ser estudiada como aquella fecundación en la que el varón progenitor consiente en que se utilice su material genético tras su fallecimiento. En dicho concepto se exceptúa la inclusión de implantar el gameto antes de que fallezca, puesto que, en ese caso, sería meramente una fecundación *in vitro*.

Otra variedad derivada de la anteriormente definida es la fecundación artificial *post mortem*, donde se incluye tanto la fecundación *in vitro* como la inseminación artificial, una vez que ha fallecido el varón.

Y, finalmente, la procreación artificial *post mortem*, incluye también la inseminación *post mortem*, la fecundación *in vitro post mortem* y la cesión del embrión concebido en vida del varón progenitor.

Debemos diferenciar, además, los tipos de fecundación, pudiendo ser esta homóloga y heteróloga. Hablamos de la primera si nos encontramos ante una fecundación en la que se han utilizado los gametos del progenitor varón ya fallecido. En contraposición, la segunda se realiza empleando el material genético de un donante anónimo⁷.

⁶ SERRANO ALONSO, E.: “Aspectos de la fecundación artificial”, *Actualidad Civil* 107/1999, Pág. 387.

⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, (3ª Edición), Ed. Colex, Madrid, 2011, Pág. 332.

Todas las técnicas de las que he hablado anteriormente deben realizarse dentro de un centro sanitario homologado por el Ministerio de Sanidad. Para garantizar el nivel óptimo en cuanto a las prestaciones que ofrecen estos centros, debemos acudir al Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el cual se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con estas técnicas.

7. EL EMBRIÓN.

7.1 CONCEPTO.

Debido a las especialidades conceptuales sobre la fecundación *in vitro post mortem*, debemos profundizar en las ideas sobre qué es un embrión y qué es un pre-embrión.

Surge la importancia de este tratamiento ante la necesidad de manipular en un laboratorio los elementos necesarios para llevar a cabo tales técnicas y analizarlos en todas las fases de su desarrollo.

La mayor problemática en la delimitación del *status jurídico* del embrión radica en el debate sobre el inicio del ser humano. Y es que cada país establece una legislación de protección dependiendo de su consideración de inicio de vida y de su concepto ante el propio *nasciturus*.

7.2 HISTORIA.

El punto de origen de este método de fecundación *in vitro* tuvo lugar en Inglaterra en 1978, con el caso de Louise Brown, siendo éste el primer ser humano nacido a partir de la utilización de esta técnica. En 1982 la presidenta de la Comisión de Investigación sobre la Fecundación y Embriología Humana, Mary Warnock, presentó el ‘Informe Warnock’⁸ utilizado como base en las futuras legislaciones y, en concreto, en la Ley inglesa de la reproducción asistida⁹.

En dicho informe se definió por primera vez el concepto de pre-embrión¹⁰, su regulación y manipulación, que sirvió no únicamente para la ley inglesa, sino para

⁸ Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and embryology. ISBN: 0 10 1931140 9

⁹ Human Fertilisation and Embryology Act 1990, Introductory Text.

¹⁰ Término creado por la genetista Anne McLaren: ‘Embryo research’, *Nature*, 1986, Pág. 570.

muchos otros legisladores. El alcance de esta reseña consiguió definir el objeto de utilizar el embrión humano para la investigación científica.

En este orden de cosas, hay que destacar la Recomendación 12¹¹ del Informe que establece que “ningún embrión humano derivado de la fecundación *in vitro* puede mantenerse vivo más de catorce días después de la fecundación, si no es trasladado al cuerpo de la mujer y tampoco es usado como objeto de investigación”.

La ponencia que realizó Warnock facultaba a la viuda a usar los embriones tras el fallecimiento de su cónyuge, es decir, del progenitor varón donante. Sin embargo, no reconocía los derechos sucesorios derivados de la filiación paterna, salvo consentimiento previo al fallecimiento de declarar como hijo a ese niño así concebido.

7.3 TRATAMIENTO JURÍDICO.

7.3.1 DERECHO ESPAÑOL.

Analizando la legislación española sobre la protección del embrión debemos estudiar diferentes cuerpos legislativos, como son, la CE, el Código Civil o la Ley Orgánica 1/1996¹².

En cuanto a la Constitución, su art. 15 dispone que “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. Una parte de la doctrina¹³, establece que en ese “*todos*” se integra también al no nacido y se reconoce el derecho a la vida.

Por su parte el arts. 29 del CC señala que “*el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el art. siguiente*”. Y el art. 30 afirma que “*la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*¹⁴”. No obstante, se debe tener en cuenta la interpretación del precepto: reconoce los efectos que le sean favorables, con la condición de cumplir lo dispuesto en el art. 30. Para que se le atribuya

¹¹ WARNOCK, M.: *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, 1985, Blackwell, Oxford, Págs.80-86.

¹² Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹³ FEMENÍA LÓPEZ P.J.: *Status Jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro* . 1999, Mac Graw Hill, Madrid, Pág 50.

¹⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 abril, 212/1996 de 19 de diciembre; 116/1999 de 17 de junio.

personalidad es necesario que se cumplan estos requisitos, y una vez que se ven cumplidos se retrotraen al momento de la concepción.

Nuestro Ordenamiento también ampara al embrión protegiéndole a través del Derecho Administrativo y del Derecho Penal, tipificando y sancionando conductas que pueden dañarlo.

Así, el Código Penal reconoce que el derecho a la vida es un bien jurídico que proteger y prevé, en relación al no nacido tres tipos de delitos: delito del aborto¹⁵, delito de lesiones al feto¹⁶, y por último los delitos de manipulación genética¹⁷.

De otra parte, el art. 17 de la Ley Orgánica 1/1996 ha sido reformado recientemente por la Ley 26/2015¹⁸, que modificó las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia. En concreto, este precepto hace referencia a la prevención y reparación del riesgo de un menor y, en su apartado segundo, obliga a los poderes públicos a velar para que tanto padres como tutores desarrollen sus responsabilidades hacia el menor de forma diligente.

Hay que tener en cuenta que la actuación negligente de la madre durante el embarazo puede provocar que la Entidad Pública considere que el menor puede estar ante una situación de riesgo (art. 17 LO 1/1996). En los casos de mayor gravedad, puede resultar indicador de una situación en desamparo, asumiendo la Entidad Pública la tutela *ex lege* del menor ya nacido (art. 18 LO 1/1996 y 172 CC)

7.3.2 DERECHO COMPARADO.

En relación con el *status jurídico* del embrión, el derecho alemán contiene una cláusula que permite determinar cuándo se adquiere la personalidad jurídica: ‘*no es persona, ni por tanto sujeto de derecho, hasta el momento en el que nazca*’ (art. 1 de la BGB)¹⁹, al igual que nuestro art. 29 CC. Posteriormente, sin embargo, se aprobó la Ley 13/1990 sobre la protección del embrión, permitiendo dotar al embrión de un *status jurídico* y amparándolo en el marco penal legal.

¹⁵ Código Penal. Libro II, Título II, arts. 144-146

¹⁶ Código Penal. Libro II, Título IV, arts. 157-158

¹⁷ Código Penal. Libro II, Título V, arts. 159-162

¹⁸ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

¹⁹ Bürgerliches Gesetzbuch

Por su parte, en Francia, el CC no contiene ningún límite para considerar el nacimiento de la personalidad jurídica, sobrentendiendo que la misma se adquiere tras el nacimiento.

Lo mismo ocurre en Italia que tampoco tiene una regulación concreta sobre la reproducción asistida y el tratamiento del embrión, pero el art. 1 de su CC nos aclara que *“la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento”*.

7.3.3 CONVENIOS INTERNACIONALES.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 establece, en su art. tercero, que *“todo individuo tendrá derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*. Asimismo, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, señala que *“el derecho de toda persona está protegido por la ley”*²⁰. Y, por último, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, manifiesta que *“el derecho a la vida es inherente al ser humano; este derecho estará protegido por la ley y nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”*²¹.

Los propios documentos internacionales que aluden a la protección de los derechos del menor, no dan una definición jurídica de embrión. Únicamente una fuente lo menciona implícitamente, la Declaración Internacional de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, al reconocer *“la protección jurídica antes y después del nacimiento”*²².

Por su parte el Convenio de Oviedo²³ de 4 de abril de 1997 del Consejo de Europa, permite experimentar con embriones *in vitro* si la ley de cada país así lo permite y siempre que haya una apropiada protección al embrión.

Por todo lo anteriormente expuesto, se concluye que en la legislación española y en la mayoría de los países de nuestro entorno, se tutela al embrión al considerar que es un ser humano, por lo que, en esa medida tiene que protegerse su derecho a la vida.

²⁰Art. 2.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950.

²¹Art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de Diciembre de 1966.

²²Preámbulo de la Declaración Internacional de Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1959.

²³Convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1997. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano en las Investigaciones de Biología y Medicina.

8. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Lo primero que debemos analizar de la fecundación *post mortem* tras determinar en qué consiste, serán los argumentos jurídicos a favor y en contra de esta técnica.

La principal razón disconforme es que la regulación de una fecundación *post mortem* resulta contraria al propio interés del hijo menor, puesto que nacerá de forma premeditada en una situación de orfandad paterna.

Para analizar esta problemática, me he valido de la Ley Orgánica 1/1996, relativa a la protección del menor²⁴ y en concreto de lo que establece en su artículo segundo. Este precepto estima que *“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan”*. En el mismo art. se describen los criterios que deben tener en cuenta los Tribunales a la hora de aplicar en concreto ese interés del menor. Atiende a circunstancias como el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del menor, así como a la satisfacción de sus necesidades. Una vez que se valoran estos criterios, se procede a su ponderación para poder así compararlos con otros derechos e intereses contrapuestos. Pero, debe observarse, que, sean cuales sean esos intereses o derechos, el legislador considera prevalente en todo caso el interés del propio menor.

La principal negativa ante la admisión de estas técnicas reside en que el legislador no puede garantizar que el menor nacerá con los dos progenitores, teniendo una presencia simbólica paterna, pero no una presencia real. Aunque el campo jurídico se supla por medio de la filiación automática en caso de que hubiera prestado consentimiento expreso su progenitor, debemos atender al deber paterno filial en concepto asistencial en lo referente a satisfacer las necesidades materiales y morales del menor.

En 1987, RIVERO HERNÁNDEZ adoptó una posición positiva ante la admisión de estas técnicas, alegando que *“también en el ámbito de la procreación natural se producen casos de un niño o bien tiene que vivir sin el cuidado de sus progenitores, o bien que desconoce quién es su progenitor”*. Además, toma en cuenta que, con la

²⁴Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

reproducción póstuma, se tiene el reconocimiento y la protección en el ámbito jurídico²⁵.

Otra de las objeciones posibles a la utilización de estas técnicas de reproducción humana asistida es que ese uso *post mortem* no pretende remediar la esterilidad, ya que, muerto el varón, pareja o cónyuge de la mujer, ésta podrá tener la posibilidad de tener descendencia con otros²⁶. Esta razón carece de fundamento, puesto que el interés de la mujer reside en tener un hijo con ese varón, de forma concreta. Y, además, no debe minusvalorarse el interés legítimo del varón que expresamente consiente que su material genético sea utilizado por su cónyuge o pareja para el caso de su fallecimiento.

Otros autores aluden a la idea del posible interés que tiene la madre en la administración de los derechos sucesorios del menor al morir el padre²⁷. El art. 9 LTRHA de 2006 no establece de forma expresa, pero sí implícita, los efectos de filiación una vez que el varón ha fallecido. Sin embargo, la atribución de efectos sucesorios tiene una naturaleza más compleja. La principal problemática en este punto es la inseguridad jurídica de aquellas personas que verán mermados sus derechos sucesorios en caso de que naciera el menor.

Para analizar este punto con mayor profundidad debo separar el tratamiento en caso de una reproducción asistida y premoriencia del marido, y una reproducción asistida post mortem. En el primer caso el único requisito exigido para que el menor concebido sea sujeto sucesorio reside en los arts. 29 y 30 del CC, en cuanto a que un concebido se entiende por nacido para todos los efectos que le sean favorables, y que se entenderá por nacido una vez se desprende del seno materno.

El conflicto sucesorio surge en el segundo de los casos, pues estamos en presencia de un *concepturus* y no de un *nasciturus* al que alude el art. 29 CC. No falta quien defienda que tanto uno como otro deberían disfrutar del mismo tratamiento jurídico, y en consonancia con ello, aceptar que dentro de la sucesión testada el causante puede

²⁵RODRÍGUEZ GUITIÁN A.M.: ‘Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem’, *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España*, nº2179, 2015, Pág.2

²⁶JUNQUERA DE ESTÉFANI, R.: *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Ed. Tecnos, 1998, Pág. 55.

²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: ‘La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial’, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Ed. Trivium, Madrid, Págs. 258-263.

otorgar al futuro nacido el concepto de heredero o legatario²⁸. Suele reconocerse al *concepturus* en la sucesión testada pero no en la intestada²⁹. Siguiendo lo dispuesto por las reglas de la sustitución fideicomisaria, “*se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia*” y, además, nos señala que “*serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen el segundo grado o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador*”. Este último art. nos da la posibilidad, en las técnicas de reproducción asistida, para que una persona aun no concebida pueda heredar.

Otra problemática frecuente relacionada con el tema que estoy analizando sería su efecto hacia terceros que pueden ver disminuida su parte del caudal redicto, o, simplemente, ser privados de ella. Las soluciones impuestas por el legislador son: el plazo de sometimiento a la técnica de reproducción asistida (siendo este de doce meses desde el fallecimiento para la inseminación), y aplicar la normativa establecida por el CC en los arts. 959 a 967, relativos a las medidas preventivas que se deben adoptar en la herencia cuando la viuda está encinta. En esta línea, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ admite la aplicación de esta normativa para las mujeres que quieran ser usuarias de las técnicas de reproducción asistida post mortem³⁰.

Una vez analizada de forma breve la problemática jurídica que suscita la fecundación *post mortem*, debemos tener además en cuenta el análisis realizado por la doctrina respecto a la consideración jurídica aplicable para los gametos.

Una parte de la doctrina no considera al gameto como un elemento con vida y con derecho a la protección de la misma, sino como un objeto que, a partir de la autonomía de la voluntad y de la libertad reproductiva de la mujer, puede ser utilizado. Mientras que, de forma contraria, otro sector doctrinal entiende que el material genético, tanto de hombre como de mujer, no debe ser objeto de propiedad y por lo tanto no se debe transmitir ni su titularidad, ni opción alguna de decidir sobre él³¹.

²⁸ DE LA CAMARA ÁLVAREZ. M.: *Compendio de Derecho Sucesorio*. Madrid, 2010, Págs. 57-58.

²⁹ INISTA DELGADO, J.J.: “Los derechos sucesorios del hijo nacido de la fecundación post mortem”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 29, 2008, Pág.14.

³⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Comentario al art. 959 del Código Civil”, en AA.VV Código Civil Comentado, Vol.I (dir por A.CAÑIZARES LASO), Cizur Menor, Thomson Civitas, 2011, Pág. 1392.

³¹ ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2003, Págs. 360-363.

A mi juicio, tras haber analizado los problemas derivados de la aplicación de estas técnicas, considero que un gameto sí debe tener consideración jurídica respecto a su protección; es decir que tiene que ser tutelado jurídicamente. Esto se debe a que se debería tutelar el derecho a la vida que se recoge en nuestra Constitución en su art. 15. Además, podría considerarse el gameto como parte del ser humano, atentando contra la integridad física en caso de vulneración del mismo. Para evitar una laguna jurídica y una indefensión hacia el futuro menor, creo que sería correcto equiparar al gameto al nivel del embrión.

Dentro de estas posturas doctrinales tan dispares, podemos encontrar una visión más intermedia y semejante al trato que la legislación española ofrece a este tema. Sería aquella que aboga a que se entiendan los embriones dentro del cuerpo como elementos propios de él, los cuales, sí necesitan su protección. Según FEMENÍA LÓPEZ, una vez que estén separados podrán ser objeto del tráfico jurídico con unos límites establecidos en cuanto a las oportunidades de transmisión³²: consentimiento por parte del varón que transmite el material genético, omisión de ánimo de lucro o plazo limitativo de tiempo.

9. PANORAMA NORMATIVO.

En este apartado del trabajo analizaré en qué cuerpos normativos, dentro del derecho internacional y europeo, podemos encontrar las materias sobre reproducción asistida *post mortem*, en cuanto a su posible admisibilidad y los requisitos para poder llevarla a cabo.

9.1 LA LEY 24/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida resolvió todas las cuestiones que se plantearon en las anteriores legislaciones ante la continua evolución de la biomedicina. Esta Ley abarca todas las técnicas ya reguladas en la Ley de 1988 y en la de 2003 e incluye y establece una nueva normativa para atender a todos aquellos avances médicos producidos hasta entonces.

³² FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, McGraw Hill, Madrid, 1999, págs. 98-101.

Se estructura por medio de un preámbulo con cuatro apartados, ocho capítulos, seis Disposiciones Adicionales y dos Anexos, referidos a las técnicas y a los procedimientos sobre el diagnóstico para evaluar la capacidad de fecundación.

Los principales puntos que regula esta legislación son: la aceptación de las técnicas de reproducción asistida (parejas con vínculo matrimonial o no, y con carácter *post mortem*); la donación y crioconservación del material genético y de los embriones; la experimentación con embriones con fines diagnósticos; la prohibición de la maternidad subrogada o el mantenimiento de embriones *in vitro* más allá de los 14 días posteriores a la fecundación.

Da especial tratamiento al preembrión, definiéndolo por primera vez como “aquél conjunto de células que resultan de la división del ovocito desde que se fecunda hasta un plazo máximo de catorce días posteriores al mismo”³³.

El art. 1 de la Ley 14/2006 delimita su objeto ofreciendo una lista abierta³⁴ que la anterior Ley de 1988 no ofrecía, en cuanto que incluye en su ámbito de aplicación técnicas futuras resultantes del desarrollo técnico, a fin de evitar, para el futuro, una laguna legal. En la Ley 35/1988 se ofrecía una lista *numerus clausus*, es decir, únicamente se permitía la práctica de las técnicas que en ese art. se incluían. Con la nueva Ley, el Anexo A estableció un número más amplio: inseminación artificial, fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones, y transferencia intratubárica de gametos.

De otra parte, se permite la investigación con todos los embriones que sobran tras la realización de la técnica, si cuenta con el consentimiento expreso de la mujer (en caso de fecundación *post mortem*) o de la pareja (en caso de fecundación *in vitro* sin especialidades).

³³Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, art. 1.2: “a los efectos de esta ley se entiende por preembrión el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”.

³⁴ Dichas técnicas se regularán en el ANEXO de la Ley y en el supuesto de no especificarse en éste, se requerirá Autorización de la Autoridad Sanitaria previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. (Art. 2).

Sin embargo, prohíbe la clonación de seres humanos como establece la Constitución Europea³⁵, pero admite el diagnóstico genético en la preimplantación para prevenir enfermedades genéticas.

Asimismo, en la Ley se regula con detalle el asesoramiento de la Comisión Asesora de Reproducción Humana y, en concreto, todo lo relativo al asesoramiento y a la información que debe ofrecerse antes de acceder a las técnicas; creando igualmente un Registro de actividades de los Centros que llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida.

Una de las novedades posteriores a la actual legislación de 2006, es la Ley 3/2007 de 15 de marzo, sobre la rectificación registral relativo al sexo de las personas, pues se vio modificado el art. 7.1 de la LTRHA. Actualmente, este precepto establece que la filiación de los niños nacidos por esta metodología, se regula por las leyes civiles (CC), salvo las especialidades que acoge la propia Ley de reproducción asistida.

9.1.1 ANTECEDENTES: LEY 1988 Y DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Al nacer en los años ochenta las técnicas de reproducción asistida, emergió con ellas la necesidad de una normativa sobre el ámbito de protección jurídica, tanto para los usuarios de estas técnicas, como para tutelar la vida e integridad del embrión. Por ello se legisló la materia en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

La Ley 35/1988 surgió a partir de dos textos técnicos:

- 1- El informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas. Nació el llamado ‘‘Informe Palacios’’³⁶ en 1984, y se aprobó por el Congreso de los Diputados en 1986.
- 2- Las dos propuestas de Ley sobre ‘‘Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos’’, y ‘‘Técnicas de Reproducción asistidas’’. Se aprobaron en la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos o de sus células, tejidos u órganos, y en la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

³⁵ Art. II-63 de la Constitución Europea, Parte II, Título I Derecho a la Dignidad de la Persona.

³⁶ SOUTO PAZ, J.A.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, Págs. 187-195.

La Ley 35/1988 fue una de las primeras legislaciones en esta materia, puesto que antes únicamente estaba la australiana y la sueca. Fue una legislación pionera en incluir la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* del óvulo y la posterior transferencia de embriones en España. RIVERO HERNÁNDEZ alegaba que se trataba de una legislación con un contenido únicamente administrativo enfocado a la sanidad, con carencias en lo relativo a lo bioético y a la práctica de estas técnicas que, de forma menos significativa, resolvía problemas de ámbito jurídico como el referido a la filiación³⁷.

Esta normativa se intentó completar con lo regulado en la Ley 42/1988³⁸, al disciplinar lo que no se encontraba incluido en la Ley 30/1979 relativa a los trasplantes de órganos. Trató de dar respuesta legislativa a cuestiones como la utilización de embriones y fetos para materias de investigación. Pero, inmediatamente se interpuso un recurso de inconstitucionalidad, al interpretarse que podía considerarse como un contrato la donación de embriones, atentándose así contra el derecho de la dignidad humana del art. 10 de la Constitución.

La resolución del TC 212/1996, fue una de las primeras en pronunciarse en temas tan debatidos como la biomedicina. Desestimó el recurso al considerar que no es discordante con la dignidad, pues la donación, en su esencia, no equivale a remuneración, por lo que se evita así el poder ser calificado como contrato.

Esta legislación no consiguió cubrir todos los ámbitos de protección en cuanto al objetivo de evitar la esterilidad humana, por lo que se modificó por la Ley 45/2003 de 21 de noviembre. Esta reforma pretendía evitar, tras la sentencia del TC a la que antes se ha hecho alusión, que hubiera una oleada de embriones congelados para fines de investigación.

La Sentencia 116/1999 rechazó los argumentos que se establecían en contra de la Ley 35/1988, al considerar que no afectaba a ningún derecho fundamental en su concepto básico³⁹. Este recurso se promovió por diputados del Partido Popular hacía la Ley sobre

³⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Aspectos jurídico-privados más relevantes de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida”. Boletín núm. 1517. Págs. 61

³⁸ Ley 42/1988 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos humanos o de células, tejidos y órganos.

³⁹ ALKORTA IDIAKEZ, I.: “Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida. Derecho y Salud”, *Publicación oficial de la Asociación Juristas de la Salud*. Vol 11, Número 2, Julio-Diciembre 2003, Pág. 173.

reproducción asistida, argumentando la inconstitucionalidad en que la Ley reconocía modalidades de aborto distintas a las admitidas legalmente.

La importancia de esta sentencia del TC reside precisamente en el siguiente cuerpo normativo, y debido a que resuelve dos bloques problemáticos: en un primer lugar, el derecho a la vida, y, en segundo lugar, la institución de la familia.

El fallo de la sentencia, en cuanto al tema que estoy estudiando, rechaza la causa por la que se interpuso el recurso, alegando que al preembrión se le aplican todas las garantías previstas en la Constitución en cuanto a su tratamiento para la investigación y experimentación.

9.1.2 EL TRATAMIENTO DEL EMBRIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

Abordamos la legislación internacional, resaltando las diferencias que existen entre las legislaciones en materia de reproducción asistida con la normativa estatal española. Diferenciaremos los cuerpos normativos más restrictivos con el tema y, aquellos que son más flexibles en cuanto a su aplicación e investigación.

La legislación europea no presenta un campo uniforme en la regulación y protección de la fecundación artificial humana a excepción de un supuesto: que el progenitor varón hubiera aceptado de forma previa y hubiera emitido su consentimiento expreso para que en vida o *post mortem* se use su material genético en estas técnicas.

Sin embargo, habrá matices en cuanto a la experimentación con el embrión puesto que muchos protegen la vida humana desde la propia fecundación (como ocurre en Alemania o en Dinamarca); mientras que otros conceden al embrión su *status jurídico* solo a partir de los 14 días de ser fecundado (es la posición de España o Inglaterra).

De otra parte, en la legislación europea existe escasa diferencia en lo que concierne al rechazo de la maternidad subrogada, o a la creación de híbridos, así como respecto a la clonación o la manipulación del material genético.

9.2 LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN EL DERECHO COMPARADO.

9.2.1 PAISES CON LEGISLACIÓN RESTRICTIVA

9.2.1.1 ITALIA

La Ley 40/2004⁴⁰ contempla la reproducción artificial como solución a la infertilidad o a la esterilidad, es decir, como único método terapéutico. Por lo tanto, no se permite que este método sea alternativo al biológico o al natural, sino únicamente como fuente de ayuda en caso de esterilidad.

En cuanto al uso de estas técnicas, solo se permite que se insemine a la mujer mediante gametos del cónyuge, excluyendo por lo tanto a los donantes anónimos. Aquí se encuentra la primera de las diferencias en cuanto a la legislación española, puesto que en este sentido se discrimina aplicar estas técnicas a parejas del mismo sexo que se encuentren casadas o en uniones de hecho. Además, establece que los miembros que se sometan a estas técnicas deben estar vivos, prescindiendo por consiguiente de la fecundación asistida *post mortem* como así se determina en su art. 5.

Por lo tanto, las beneficiarias de este método deben ser mujeres casadas o en situación de convivencia *more uxorio*, exigiéndose que marido y mujer o los dos miembros de la pareja otorguen su consentimiento y se encuentren en vida en el momento de realizar la intervención (art. 5). Por lo tanto, se excluye a las viudas, a las parejas homosexuales, a las mujeres solteras sin vínculos afectivos y aquellas que no se encuentren en edad fértil, considerándose en esta situación a las mujeres de más de 50 años en los que el embarazo tiene menos probabilidades de obtener un resultado satisfactorio.

Partiendo de que excluye la reproducción asistida en mujeres solteras, rechaza la fecundación heteróloga, es decir, aquella en la que se usa el material de un donante ajeno, según establece el art. 4.3. De esta forma, se evitan problemas en cuanto a la filiación del menor, puesto que será de forma manifiesta, la biológica. Es decir, al permitir únicamente practicar estas técnicas con el material genético del marido, el hijo o la hija que nacerá será siempre de este progenitor varón. Ahora bien, la mujer solo podrá ser fecundada con el material de su marido tras un previo consentimiento expreso

⁴⁰ Ley N° 40 de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en Materia de Procreación Médica Asistida (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita). Boletín Oficial N° 45 de 24 de febrero de 2004.

por parte de ambos ante el médico del Centro donde se realizará el tratamiento (art. 6.3). El plazo entre la manifestación de la voluntad y la realización del tratamiento es muy inferior a la española, puesto que es únicamente de 7 días.

El reconocimiento de la paternidad se ve reforzado con lo dispuesto en su art. 9.1 ya que no cabrá desplegar ningún tipo de acción que pretenda asumir un desconocimiento⁴¹ o impugnar la paternidad, de acuerdo con lo previsto en su CC⁴².

Por último, Italia comparte con España su prohibición en cuanto a la maternidad subrogada, estableciendo sanciones administrativas y penales de privación de libertad de hasta tres años.

9.2.1.2 FRANCIA

Las técnicas de reproducción humana asistida se regulan en la Ley nº2004/800 relativa a la Bioética⁴³.

En Julio de 2011 se vio reformada esta Ley de Bioética, incluyendo el tema que estoy analizando, es decir, la fecundación *post mortem*. También abordó cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de centros de recursos biológicos organizando un sistema de recogida, almacenamiento y distribución de los embriones sobrantes tras la realización de las técnicas de reproducción asistida⁴⁴.

Los beneficiarios son únicamente aquellos hombres y mujeres que constituyan pareja entre sí, se encuentren vivos, con edad para procrear y otorguen consentimiento. Por tanto, se excluye la fecundación *post mortem*, al ser necesario como requisito, estar vivos. Como se muestra en su jurisprudencia en el caso de 9 de Enero de 1996 ‘‘Pirès vs Centre Hôpitalier de La Grave’’ en base al art. 152.2 del Código de la Salud Pública: ‘‘*la asistencia a procrear no podrá dar nacimiento a un menor si no en el seno de una familia ya constituida*’’.

En comparación a la regulación italiana, la francesa se diferencia en la permisividad en cuanto a la práctica de la reproducción heteróloga⁴⁵, pero no existirá ningún tipo de

⁴¹ Código Civil italiano (aprobado por el Decreto Real N° 262 de 16 de marzo de 1942) art. 235, Apartado 1, números 1) y 2).

⁴² Art. 236 Código Civil italiano.

⁴³ Boletín Oficial de la República francesa, de 7 de agosto de 2004, 32 CC francés, Título VII, Sección IV, en virtud de la reforma.

⁴⁴ Art 42 LOI n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioethique.

⁴⁵ Código francés de Salud Pública, art. L.2141-3.

relación jurídica a efectos de filiación entre el menor nacido por estos métodos y el donante anónimo. Las parejas que elijan la metodología a partir de un donante deberán expresar su consentimiento previo ante Notario, con renuncia del varón a impugnar la paternidad⁴⁶. Sin embargo, al igual que acontece en la normativa española, el progenitor puede revocar este consentimiento por escrito ante el médico que en un principio iba a realizar el método.

Sigue siendo común en las legislaciones que he investigado hasta este momento, que en las dos se prohíbe expresamente la maternidad subrogada o el también denominado vientre de alquiler. En el caso de la regulación francesa podemos ubicar esta norma en los arts. 16 y 17 del CC francés.

9.2.1.3 PORTUGAL

Se trata de otra legislación restrictiva en comparación con la española, como podemos analizar en su regulación en la Ley n° 32/2006⁴⁷ de Procreación Médicamente Asistida, de 26 de julio.

Al igual que en las regulaciones de Derecho Comparado anteriormente analizadas, el art. 4.1 y 4.2 de la Ley portuguesa muestran a esta técnica como subsidiaria respecto al método biológico, a la que recurriría en casos de infertilidad o para la prevención ante enfermedades de carácter genético. Por tanto, se reputa que transgrede la dignidad humana la utilización de estas técnicas fuera de los supuestos legalmente tipificados.

Sin embargo, a diferencia de otras legislaciones, sí se permite en el caso de mujeres homosexuales, pero se requiere que se encuentren casadas o en condiciones similares a las parejas heterosexuales casadas, durante al menos 2 años, tal y como se previene en el art. 6.1. Al igual que en la legislación francesa, se admite una reproducción asistida heteróloga (inseminación artificial), es decir, con gametos procedentes de otra persona que miembro de la pareja.

Pero, al igual que en las demás legislaciones antes reseñadas, no permite la fecundación *post mortem*, e incluso se obliga a la destrucción de las muestras depositadas para realizar la técnica tras el fallecimiento del marido.

⁴⁶ CC francés, art. 311-20, redactado por la Ley n° 94-653, de 29 de junio de 1994, Sección III, de la asistencia médica a la Reproducción.

⁴⁷ Lei 32/2006, de 26 de Julho, Procriação medicamente assistida.

9.2.1.4 ALEMANIA

En 1986 en la antigua República Federal Alemana, el Ministerio de Justicia presentó un anteproyecto en materia de protección del embrión para salvaguardar la vida humana. Años después, la reproducción asistida se reguló a través de la Ley n° 745/90⁴⁸ de Protección al Embrión de 13 de diciembre de 1990.

Al igual que la mayoría de las legislaciones que ya he analizado anteriormente, se prohíbe la congelación de embriones, y la experimentación con los mismos. Impone la obligatoriedad de que en caso de que hubiera transferencia de embriones obtenidos a partir de la técnica de reproducción asistida, deban ser trasplantados todos los conseguidos con un máximo de 3 embriones obtenidos (art. 4). En el art. 6 de la Ley se prohíbe de manera expresa, al igual que en todas las normativas anteriormente analizadas, la clonación que es sancionada con penas privativas de libertad, al igual que acontece en las legislaciones anteriormente analizadas.

Posteriormente, esta legislación fue completada con la Ley de Garantía de la Protección del Embrión en Relación con la Importación y la Utilización de Células Troncales Embrionarias de Origen Humano, de 28 de junio de 2002 publicada en el *Bundesgesetzblatt* (boletín legislativo alemán) el 29 de junio de ese mismo año. Aborda la problemática relativa a las células que tienen capacidad de duplicarse; aquellas que se mantienen almacenadas una vez que se han crioconservado y sobre los embriones obtenidos que no se emplean para el embarazo. Opta por dar una solución restrictiva, en cuanto a que decide su destrucción, en caso de no ser utilizados para el tratamiento.

9.2.1.5 CANADÁ

En 2004, Canadá legisló sobre las materias que estoy analizando a través de la Ley de Reproducción Asistida Humana⁴⁹ de 29 de marzo. Al igual que el resto de las normativas, prohíbe la investigación y experimentación con esperma, óvulos y embriones. Ocurre lo mismo con el pago a donantes, para así evitar también otra de las materias reputadas ilícitas como es la maternidad subrogada.

En lo referente a la fecundación *in vitro post mortem*, no permite utilizar el esperma, los óvulos o embriones sin el consentimiento del fallecido. Pero permite utilizar

⁴⁸ Publicada en el *Bundesgesetzblatt* el 19 de diciembre de 1990.

⁴⁹ Canada. Assisted Human Reproduction Act. 29/03/2004.

gametos creados con anterioridad al fallecimiento, siempre y cuando se haya emitido un consentimiento expreso, al igual que ocurre en nuestra legislación.

9.2.1 PAÍSES CON LEGISLACIÓN FLEXIBLE

9.2.2.1 BÉLGICA

La Ley 6 de julio de 2007 regula la procreación médicamente asistida y el destino de los embriones supernumerarios y de los gametos. En 2012 elaboró un proyecto para la modificación de la legislación con la finalidad de crear la obligación de intercambiar información antes de cada tratamiento de infertilidad.

Se trata de una legislación de carácter permisivo si se compara con la mayoría de las que se encuentran en su ámbito territorial. Analizando el objetivo de este trabajo como es la fecundación asistida *post mortem*, debemos aclarar que se permite incluso sin consentimiento. Sin embargo, los centros que realizan las técnicas tienen una reglamentación interna que puede o no exigir ese consentimiento expreso por parte del marido. En caso de ser así, deberá cumplirse la normativa interna del centro sanitario.

Comparando con la legislación española, otro de sus requisitos como es el plazo, debemos señalar que se autoriza el recurso a estas técnicas *post mortem* entre los 6 meses y los 2 años desde el fallecimiento del donante masculino.

En cuanto a los efectos sucesorios derivados de la utilización de dicha técnica, en el art. 314 del CC belga⁵⁰ por medio de una enmienda realizada en marzo de 1987, reconoce la paternidad legal de forma expresa en caso de consentimiento a la inseminación.

9.2.2.2 REINO UNIDO

En materia de reproducción asistida y fecundación *in vitro* post mortem, el Reino Unido se rige por lo establecido en la Ley de Fertilización Humana y Embriología de 1990⁵¹ que fue relativamente modificada en 1992.

Fue el primer país que creó un Comité disciplinario, con un código deontológico de la Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA) en 1982, a cargo de Mary Warnock, cuya finalidad era el análisis de los efectos derivados estas nuevas técnicas de reproducción asistida.

⁵⁰ Belgium. Civil Code as arranged by law of 31 March 1987. Art. 314, parr.4.

⁵¹ Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

Esta legislación permite realizar y someterse a la técnica de reproducción asistida *post mortem*, siempre y cuando se tenga constancia de la existencia del documento en el que se refleje el consentimiento expreso del donante fallecido. También permite, al igual que España, la donación de embriones y su congelación con fines de investigación. El número de las inseminaciones a la usuaria de la técnica, viene determinado por el Informe Warnock y no por su propia legislación. El número exacto de tal extracción e inseminación es de 10 inseminaciones por donante.

En cuanto al requisito del plazo de su extracción, cuenta con una temporalidad muy breve, puesto que debe realizarse en las veinticuatro horas siguientes a la defunción, y siempre y cuando se conserve el cuerpo en condiciones óptimas para poder realizarlo.

9.2.2.3 DINAMARCA

En esta materia rige la Ley 460 de 10 de junio de 1997 sobre la concepción de la vida humana y el Reglamento de 17 de septiembre de 1997, los cuales no contemplan de forma expresa la reproducción asistida *post mortem*, pero reconoce al Consejo Nacional Ético danés la competencia de fijar las bases que posteriormente pueden ser aprobadas por el Parlamento.

Por lo tanto, el Consejo emite una serie de recomendaciones médicas, éticas y jurídicas que abordan la problemática creada ante un vacío legal. Los temas que trata esa institución son de diferente índole: establecimiento de un límite sobre el número de donaciones o inseminaciones; aceptación del acceso de una mujer sola al uso de estas técnicas; aprobación de la donación de ovocitos y de embriones para la investigación. En cuanto a la fecundación *post mortem*, el espermatozoides depositado con anterioridad para ser usado en una inseminación artificial, debe ser destruido.

9.2.2.4 ESTADOS UNIDOS.

Al tratarse de un territorio con tanta disparidad de legislaciones estatales, no tiene una normativa unificada en materia de fecundación asistida *post mortem*. Coexisten diversos cuerpos legislativos que pueden ir desde una concepción permisiva a estas técnicas hasta la sanción penal de las mismas.

Existe el Código de Regulaciones Federales el cual se aplicaría a todo lo relacionado con la investigación sobre seres humanos y, que, en concreto, contiene normas relativas a la fecundación *in vitro*.

Se permite cualquier supuesto de fecundación. Sin embargo al igual que ocurría en Bélgica en materia de centros sanitarios, es posible que ciertos Estados exijan el consentimiento expreso. En caso de que algún Estado impusiera tal requisito, deberá cumplirse en caso de realizar la técnica dentro de ese ámbito territorial.

En cuanto a los efectos, el Estado de Luisiana considera preembrión al ser desde que se ha fecundado el óvulo generando toda la protección jurídica pertinente desde ese momento.

10. ANÁLISIS DE LA PERMISIVIDAD DE LA FECUNDACIÓN POST MORTEM EN LA LTRHA (ART.9).

Actualmente en nuestro ordenamiento jurídico el tema de la reproducción asistida *post mortem* viene regulada en el art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Asistida, circunscrita a la premoriencia del marido⁵².

El art. 9, en su apartado primero, establece que *‘no podrá determinarse la filiación ni reconocerse efectos o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en fecha de la muerte del varón’*. En consecuencia, se niega cualquier consecuencia jurídica al tratamiento reproductor en caso de que se realizara una vez fallecido el varón.

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

Por tanto, si bien se niega la posibilidad de practicar estas técnicas una vez haya fallecido el varón, se guarda una salvedad. En ella se hace referencia a la propia fecundación *post mortem*, para la que el varón fallecido debe otorgar consentimiento

⁵² Art. 9 LTRHA, 2006. ‘Premoriencia del marido’.

expreso en los documentos legales previstos. Se trata de uno de los requisitos exigibles en la ley; expresar el consentimiento sobre el uso del material genético en caso de fallecimiento. Una vez se cumpla este requisito junto con el temporal, podrá realizarse el tratamiento. En ese caso, se derivarán del mismo los efectos jurídicos pertinentes en cuanto a las materias de filiación y sucesión.

Por último, en su tercer apartado, establece: *‘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 art. 44 de la Ley de Registro Civil sin perjuicio de la acción judicial de reclamación paternal’*. Para que se reconozca la filiación puede realizarse el reconocimiento, bien por las normas establecidas en el propio CC o bien por una declaración del padre o de la madre ante el encargado del Registro Civil.

El art. al que se remite este precepto hace referencia a la inscripción de la filiación natural por medio de un expediente gubernativo. Las exigencias para que se pueda inscribir serán: la existencia de un escrito indubitado del padre o madre que reconozca tal filiación, que el hijo se encuentre en posesión continua de estado de alguno de los progenitores o que, respecto a la madre, se pruebe el hecho del parto al acoger nuestro derecho un sistema clásico romano (se determina la maternidad con el parto).

10.1 ÁMBITO OBJETIVO.

El art. 9 LTRHA regula la técnica consistente en la introducción del semen del varón fallecido dentro de los órganos genitales de la mujer sin haberse producido contacto sexual entre ellos. Pero también cobija en su ámbito la hipótesis en que, tras el fallecimiento del varón, los preembriones previamente se hubieran constituido en el organismo de la mujer, por lo que, en rigor, no existiría estrictamente la fecundación *post mortem*.

La diferencia entre ambas técnicas parece clara. La primera hace referencia a la inseminación artificial realizada una vez fallecido el varón, fecundando a la viuda o pareja de hecho con el semen extraído; y en contraposición, en la segunda se trataría de la transferencia de los preembriones en vida, por lo que el hijo sería concebido en vida del varón, aunque en su desarrollo, gestación y posterior alumbramiento, el hombre ya hubiera fallecido.

En la inseminación artificial, por tanto, el hijo nacido habría sido procreado una vez muerto su progenitor. Mientras que en la segunda hipótesis antes apuntada el hijo, siendo también póstumo, habría sido concebido en vida. Sin embargo, la Ley 14/2006 no diferencia el régimen jurídico de estas situaciones, pues las regula conjuntamente⁵³.

10.2 ÁMBITO SUBJETIVO.

La primera exigencia del art. 9 LTRHA 2006 es que el consentimiento ha de ser emitido tanto por el marido como por aquel varón que no tenga una vinculación matrimonial con la mujer a la que se le practicará el método. El propio precepto no hace ningún tipo de mención a la convivencia entre ambos. Sin embargo, parece lógico entender que este precepto se refiera a aquellas parejas casadas o no casadas, pero que conviven.

De lo dispuesto en el art. 9 cabe destacar el supuesto en que el marido no fallecido pretenda implantar en el útero de otra mujer el preembrión constituido por ambos en vida. Se sustenta esta interpretación en el art. 10 de la misma Ley, que establece la nulidad de pleno derecho de cualquier tipo de contrato que tenga por objeto la gestación por sustitución, es decir, lo que se conoce por maternidad subrogada⁵⁴. Por esta razón y debido a que la Ley habla de un ‘cónyuge supérstite’, también se excluye la posibilidad de que ambos progenitores fallecieran y se transfiriera el embrión a otra mujer⁵⁵.

Esto no es lo único que queda margen de la regulación de la Ley 14/2006 sobre la reproducción asistida. En primer lugar, queda excluida la posibilidad de que el varón fallecido consienta sobre la inseminación con otro material genético de otro hombre para que la mujer alumbré un hijo después de su muerte. En segundo lugar, no cabe la utilización *post mortem* de los gametos donados por un tercero en vida de la pareja. No obstante, se discute si esa utilización por parte de la mujer es legítima una vez fallecido el varón con el que se estableció en un primer momento la posibilidad de la fecundación

⁵³ INIESTA DELGADO. J.J.: ‘La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida’, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. M.YZQUIERDO TOLSADA y M.CUENTA CASAS), Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2011, Pág.835.

⁵⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid, Reus, 2012, Pág.103 y LÓPEZ PELÁEZ, P.: ‘Filiación y reproducción asistida’, en AA.VV. *Derecho de la persona* (coord. por I.RAVETLLAT). Barcelona, Bosch, 2011, Pág. 105.

⁵⁵ SERRANO ALONSO, E.: ‘El depósito de espermatozoides o embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem’, en AA.VV.: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científico en materia de reproducción humana*, Madrid, Trivium, 1988, Pág. 378.

asistida. En principio se excluye, a no ser una fecundación artificial *post mortem* en sentido estricto.

De otra parte, el art. 9 LTRHA 2006 regula únicamente la reproducción artificial *post mortem* en parejas heterosexuales. Ello es así porque, en el caso de que una pareja de hecho o matrimonio homosexual de hombres quisiera el empleo de este medio de reproducción, se entraría de lleno en el ámbito de la prohibición expresa de la maternidad subrogada del art. 10. Y del mismo modo, en el caso de mujeres, esta posibilidad colisionaría con la prohibición de una reproducción asistida *post mortem* utilizando semen de un donante o de un tercero respecto de la relación establecida entre ellas.

10.3 ANÁLISIS DEL MÉTODO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO Y EL TRATAMIENTO DE PONDERACIÓN ANTE LOS CONFLICTOS DE INTERESES.

10.3.1 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM.

La regla general del art. 9 LTRHA es la inseminación de la viuda o pareja de hecho del varón fallecido con los gametos de éste; bien porque se han extraído *post mortem*, bien porque éste ha donado su material genético con anterioridad a su muerte o bien porque preexiste tal material al haberse usado para concebir a otro hijo anteriormente.

El conflicto de intereses derivado de la aceptación de este precepto legal, es, por un lado, el derecho que tiene la viuda o la pareja de hecho de procrear, y por otro el interés social y afectivo del hijo póstumo al nacer de forma consentida sin uno de los progenitores⁵⁶. Existen otros conflictos de intereses dentro de este núcleo central, como puede ser el interés del padre de tener descendencia o el de las personas que se ven afectadas a nivel sucesorio tras el nacimiento. Ante este conflicto de intereses, el legislador aplica el método jurídico de la ponderación, estableciendo qué principios prevalecen frente a los del contrario⁵⁷.

⁵⁶ Hay otros intereses como son: los intereses del fallecido y los intereses de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser.

⁵⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, Pág. 150.

Conviene aclarar que, en sentido estricto, el derecho de procrear de la mujer no se encuentra recogido en la CE, que, sin embargo, sí obliga a los poderes públicos a proteger a los menores, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 39.3⁵⁸.

Sin embargo, el derecho de procrear de la mujer, aunque no venga admitido de forma explícita, sí se recoge de forma implícita en nuestra Constitución, pues puede encontrar su fundamento en el art. 17 que recoge el principio de libertad personal; en el art. 18.1 que garantiza el derecho a la intimidad familiar y en el art. 10.1 que tutela el libre desarrollo de la personalidad, y por ende, la autonomía de la persona para elegir de forma libre las opciones pertinentes sobre el desarrollo de su vida⁵⁹. Además, no hay que desconocer que diferentes cuerpos normativos internacionales, reconocen el derecho a fundar una familia, tal y como así tutela y garantiza el art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Por su parte, el derecho del menor a nacer con dos progenitores que le presten la asistencia jurídica y familiar oportuna, hasta su mayoría de edad, puede encontrar su fundamento, como ya se dijo, en el art. 39.3 CE; precepto que es objeto de concreción en el art. 2 de la LO 1/1996⁶⁰.

La principal razón de los recelos doctrinales⁶¹ hacia este tipo de técnicas reside en que, supuestamente, el legislador no garantiza que el menor tenga tutela completa de la asistencia por parte de sus progenitores.

La toma de referencia en el ordenamiento español para hacer prevalecer un derecho frente a otro, es la mantenido por el TC en la Sentencia 116/1999, que, aun sin admitir el recurso de inconstitucionalidad, dejó de manifestó que la CE, en su art. 39.3, no establece ningún modelo de familia. Únicamente impone que los adultos deben responsabilizarse de los menores a su cargo⁶². Este recurso se interpuso ante la creencia

⁵⁸ El art. 39.3 CE “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”.

⁵⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Libertad de procreación y libertad de investigación”, Págs. 1-2 y MARTÍN-CASALS, M. / SOLÉ FELIÚ, J.: “Comentario a la STS 29 de mayo de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 64, 2004, Pág. 215.

⁶⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: “Comentario al art. 53.3 CE”, en AA.VV *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ PIÑERO) Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008, Págs. 1187-1188.

⁶¹ ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2003, Pág. 265.

⁶² STC 116/1999 de 17 de junio (RTC 1999/116), que resuelve el recurso 376/1989 presentado por diputados del Partido Popular contra la anterior Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, Ley 35/1988.

de la falta de protección por parte del legislador hacia el menor, en cuanto a que, de forma premeditada, se prevenía el nacimiento de niño sin uno de sus progenitores⁶³. Además, se alegó que no cumplía con el ideal de paternidad recogido en el art. 39 CE y el 154 del CC.

En la doctrina, RIVERO HERNÁNDEZ se ha pronunciado a favor de esta técnica, puesto que, en la procreación natural, también hay casos en los que el menor nace sin las atenciones de uno de sus progenitores, o porque directamente no conoce la existencia de uno de ellos⁶⁴. Por lo tanto, cabe entender que no hay inconstitucionalidad al hablar de la fecundación *post mortem* ‘*ya que el deber de asistencia puede proceder de un solo progenitor*’. En definitiva, el menor sí tendrá un padre además de sus correspondientes relaciones de parentesco derivadas de la filiación⁶⁵.

El art. 39.4 CE debe ser interpretado a la luz de los Tratados y Convenios internacionales ratificados por el Estado español (art. 10.2 CE y art. 3 LO 1/1996). En concreto debemos atender al art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 que establece el derecho del niño a conocer su filiación, y a ser protegido por sus progenitores ‘*siempre que sea posible*’. También tenemos que tener en cuenta el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que nos dice que ‘*los hombres y mujeres en edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia*’.

El art. 10 CE reconoce la dignidad de la persona y sus derechos inviolables, así como el libre desarrollo de la personalidad. A su tenor, el Estado no puede restringir el derecho de la viuda a ser madre y debe admitir el reconocimiento del derecho a tener un hijo. Se alega a favor de ese derecho de la viuda, que no se trata de un deseo irracional, sino de un proyecto en común con el fallecido que se ve interrumpido ante la muerte de este, puesto que se exige su consentimiento expreso para poder acceder al tratamiento.

⁶³ PANTALEÓN PRIETO, F.: “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº15, 1993, Págs. 154-155 y CORRAL TALCIANI, H.: “La procreación artificial “post mortem” ante el Derecho”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, 1988, Pág. 22.

⁶⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La procreación artificial post mortem”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, nº3, Págs. 871.

⁶⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La procreación artificial post mortem”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, nº3, Págs. 878-879.

Una vez que hemos analizado los dos derechos confrontados, debemos identificar el peso de cada uno de ellos⁶⁶.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO estima que: *“se permite justificar limitaciones de derechos fundamentales y otros bienes constitucionales necesarios para la protección de estos principios rectores”*. Según establece el TC, el contenido de los derechos fundamentales únicamente se limita en ponderación con otros derechos, bienes o principios que tengan también un carácter constitucional⁶⁷. Por lo tanto, se puede ponderar el derecho fundamental del interés del menor a nacer con un padre que cumpla los requisitos asistenciales que el CC establece, y el de procrear por parte de la viuda.

Para poder determinar la importancia de uno sobre otro, trataré de argumentar con al menos tres demostraciones del porqué de hacer prevalecer un derecho frente a otro. Por ejemplo, podemos alegar el derecho de la mujer a tener descendencia o su derecho a la autonomía personal. Igualmente, cabe hablar del interés del padre de tener descendencia, sería el derecho cuya satisfacción solo sería posible a partir de la realización de este tratamiento. De otra parte, también habría que tener en consideración el derecho del menor, quien habría de recibir una mayor protección en su interés dado que es la parte más débil de las que están en conflicto. Cabe igualmente sostener que, el interés de la mujer puede ceder, puesto que, aun cuando se le impida acceder a la fecundación *post mortem*, no verá impedido el acceso a la maternidad, aunque sea a través de la adopción.

No obstante, en esta valoración de intereses en conflictos no hay que obviar que, normativamente, el interés que prevalece es el del menor⁶⁸. En este sentido debemos resaltar el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño que garantiza el derecho de todo menor a que su interés sea preferente. También la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor nos dice que el interés del menor tiene prioridad frente a cualquier otro interés legítimo (art. 2). La conclusión de estas dos normativas es que, si media cualquier conflicto entre el interés del menor y los derechos legítimos de otras personas, el legislador hace prevalecer al interés superior del niño.

⁶⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: “Comentario al art. 53.3 CE”, en AA.VV *Comentarios a la Constitución Española* (dir. M.E CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ PIÑERO), Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008, Pág. 1190.

⁶⁷ STC 120/1990 de 27 de junio (RTC 1990/129) (FJ 8º) y STC 57/1994 de 28 de febrero (RTC 1994/57) (FJ 6º).

⁶⁸ RODRÍGUEZ SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, Pág. 165.

En mi opinión, esta decisión del legislador de proteger en todo momento el interés superior del menor en la reproducción *post mortem* se cumple. La razón por la que me decanto, es que existe una filiación jurídica en el ámbito formal (en lo relativo a la protección total de sus efectos sucesorios y de filiación) aunque no se cumpla de forma afectiva (al ser privado de la vida en común con uno de sus progenitores).

Aunque considero que es un tema de delicado para la opinión pública, entiendo que, jurídicamente, debe tutelarse prioritariamente al menor al ser una persona que carece de autonomía para su autodefensión. En el caso concreto de la fecundación *post mortem*, existe prevalencia en cuanto a la protección de este interés, frente a otros, que también son jurídicamente relevantes.

10.3.1.1 TRANSFERENCIA POST MORTEM DE EMBRIONES.

En el segundo párrafo del art. 9 LTRHA de 2006 se regula la transferencia de preembriones *post mortem* una vez que han sido constituidos en vida del varón fallecido. Cuenta con unos requisitos diferentes, pero semejantes a la reproducción artificial *post mortem*, al necesitar únicamente el consentimiento expreso y formal del varón fallecido sin un plazo temporal. Además, en este supuesto, se flexibiliza el requisito del consentimiento, puesto que, si el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a este procedimiento, se presume éste otorgado de forma tácita.

Pudiera parecer lógica una consideración normativa diferente, ya que la transferencia requiere una constitución del preembrión en vida del padre, aunque su creación sea *in vitro* y no esté aun implantado en el útero de la madre⁶⁹.

Tal y como sostiene FERNÁNDEZ CAMPOS⁷⁰, ‘‘*caben dos posibles explicaciones a este tratamiento singular que hace el legislador en la transferencia post mortem de preembriones cuando flexibiliza el requisito del consentimiento del varón fallecido: o bien el legislador ha buscado la protección del embrión facilitando la transferencia; o bien ha decidido a favor de la viuda, permitiéndole que termine su proyecto de vida*

⁶⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: ‘‘Libertad de procreación y libertad de investigación’’, *La ley*, 4 de Enero de 2005, Págs. 12 y 20.

⁷⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: ‘‘Comentario al art. 9 LTRHA’’, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (dir. J.A. COBACHO y coord. J.J. INIESTA). Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2007, Pág. 331.

iniciado con su marido. Teniendo en cuenta en este último caso que el material reproductor de la mujer se halla también en el preembrión⁷¹''.

Parecer que, conforme a la doctrina del TC, el preembrión resulta excluido del ámbito de protección que otorga el art. 15 CE. Sin embargo, una reinterpretación de esta misma doctrina, a tenor de las SSTC 75/1984⁷² de 27 de junio (fundamento jurídico 6), 53/1985⁷³ de 11 de abril (fundamento jurídico 5) y 116/1999⁷⁴ de 17 de junio (fundamento jurídico 9), permite afirmar que el embrión *in vitro* es un bien constitucionalmente protegido en cuanto se tutela el derecho a la vida. No obstante, su protección no alcanza la que merece el embrión ya implantado en el útero de su madre.

Ahora bien, existe una protección al mismo si se reinterpreta la doctrina constitucional de las STC 212/1996 de 19 de diciembre y la ya nombrada, STC 116/1999 de 17 de junio, que consideran al embrión *in vitro* un bien constitucionalmente protegido y lo incorpora en la vida humana⁷⁵. Sin embargo, no gozan de la misma protección que los embriones ya transferidos a la madre⁷⁶.

10.3.2 ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS LEGALES PARA ADMITIR LA REPRODUCCION ARTIFICIAL POST MORTEM.

10.3.2.1 ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS RESPECTO A LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM.

El legislador exige ante esta técnica un consentimiento expreso por parte del varón fallecido en el tiempo estipulado para poder usar su material genético. Pero el consentimiento debe ser previo a la muerte, expreso, a una mujer concreta, formal, personalísimo y revocable. Además, se establece un plazo claudicante para que pueda realizarse esta técnica que no puede superar los 12 meses siguientes al fallecimiento del varón.

Uno de los problemas a resolver sobre el primero de estos requisitos, el del consentimiento, es determinar si este debe ser específico o no; esto es, si habrá de

⁷¹ Siento esta la postura de la Lei portuguesa nº. 32/2006 de 26 de Julho Procriação medicamente assistida, cuando en su Apartado 3º del art. 22º.

⁷² RTC 1984/75.

⁷³ RTC 1985/53.

⁷⁴ RTC 199/116.

⁷⁵ TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C.: ‘‘Comentario al art. 15 CE’’, en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española*, (dir. por M.E CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO), Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008, Pág.156

⁷⁶ STC 116/1999, 17 de junio (Fundamento jurídico 12)

prestarse únicamente para la inseminación de una mujer en concreto en el periodo de determinado⁷⁷. Así parece corroborarlo el art. 9, en su párrafo 2, al utilizar la mención a ‘su mujer’.

Otro de los posibles problemas derivados de la exigencia de un consentimiento expreso y concreto deriva del posible fallecimiento de un varón sin realizar ninguna declaración explícita sobre la eventual utilización *post mortem* del material genético que, con anterioridad, se hubiera crioconservado. En tal hipótesis, ¿Resultaría posible la fecundación *post mortem* si la esposa o la pareja del premuerto así lo desea?

Cabe entender que, dada la notoriedad del depósito de los gametos en el centro método especializado, tal acción revela la posibilidad y creencia del varón de que ese material biológico sea el querer utilizarlo, aunque no sea en un futuro inmediato. Sin embargo, esta autorización tácita no supone una prueba verídica y auténtica desde el punto de vista legal⁷⁸.

Además, el consentimiento ha de ser formal. El art. 9 de la Ley 14/2006 establece muchos cauces para esta manifestación de voluntad: escritura pública (como ya establecía la Ley 35/1988), testamento, documento de instrucciones previas o el documento que emite el centro clínico (art. 3.4 LTRHA).

En el art. 6.3 LTRHA se añade que en el supuesto de que la mujer esté casada se requiere también el consentimiento de su marido de forma fehaciente. La mujer por su parte debe emitir un formulario de consentimiento informado, por lo que reinterpremando lo anteriormente explicado, el marido ha de consentir en el formulario el uso de su material para la inseminación *post mortem*. Además de prestar el consentimiento por medio de este formulario en el centro, también podrá realizarlo por el documento de instrucciones previas; documento no regulado en la Ley 14/2006, sino en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Este documento⁷⁹ es

⁷⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida”, en AA.VV.: *El juez civil ante la investigación biomédica*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, Pág. 298.

⁷⁸ REICHMAN SCHIFF, A.: “Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation”, *North Carolina Law Review*, nº 75, 1996-1997, Págs. 948-951.

⁷⁹ PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Inseminación artificial y transferencia de embriones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 4, 2007, Págs. 614-615.

aquel en el que cualquier persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta su voluntad en materia clínica en el caso de que, si llega el momento, no pueda expresarla.

En cuanto al testamento, ya la anterior Ley hacía alusión al mismo, al ser un instrumento válido para emitir este consentimiento. Sin embargo, en cuanto a este medio de emisión del consentimiento, no ha de existir ninguna duda. Conviene tener presente que, por medio del testamento, se puede reflejar el consentimiento y reconocer la filiación. Incluimos también al testamento ológrafo⁸⁰ (art. 689 a 693 CC), con las peculiaridades relativas a su protocolización, según la Ley 15/2015⁸¹, para que, así, ese testamento surta efectos jurídicos.

Del *numerus clausus* del art. 9 que alude a estas clases de documentos para prestar consentimiento, se deriva la imposibilidad de prestar consentimiento de otra forma distinta a la ya aludida por el art. 6.3, según resulta del auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2010⁸².

Por último, el consentimiento debe ser personalísimo, es decir, tiene que ser otorgado por el propio fallecido sin que pueda ser suplido por otra persona⁸³. Al tener este carácter, la LTRHA prevé que puede ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de la técnica de reproducción. El art. 9.2 no sigue ningún tipo de principio formalista por lo que por cualquier medio que pueda expresar su voluntad para disponer del esperma, podrá otorgarse la revocación⁸⁴.

Una vez que he analizado todo lo referente al requisito del consentimiento procederé a realizar, de forma análoga, un estudio sobre el plazo para admitir la inseminación post mortem.

⁸⁰ En relación con este testamento ológrafo, hasta que entró en vigor la Ley 15/2015, el procedimiento de su protocolización, se llevaba a cabo por el Juez Primera Instancia del domicilio de la persona que tuviera en su poder el documento. Posteriormente, este proceso de averiguación y protocolización, se lleva a cabo por el Juez de Primera Instancia del último domicilio del testador o del lugar donde éste falleciera (Disposición Final Primera de la ley 15/2015, apartados 57 y 58).

⁸¹ Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria.

⁸² AC 2010/1755.

⁸³ APP de A Coruña de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001/1183) y SAP Barcelona de 16 de junio de 2004 (JUR 2004/292813).

⁸⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, nº21, Enero-Diciembre, Pág. 64, y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á.: “Art. 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas”, en COBACHO GÓMEZ, J.A (dir); INIESTA DELGADO, J.J (Coord.): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2007, Pág. 59.

El propio art. 9 LTRHA establece que la ley vigente exige que deba realizarse la técnica de inseminación en los doce meses siguientes al fallecimiento, con independencia del tiempo en que se otorgó el consentimiento para el uso del material genético. La única razón por la que se realiza esta fijación temporal, es ofrecer protección y seguridad a los derechos hereditarios de terceros y del propio niño que va a nacer.

Con la LTRHA 2006, la temporalidad ha aumentado en el doble, pues se pasó de seis meses, según la legislación de 1988, a un año.

Se amplió el plazo, puesto que se pensaba que era demasiado breve para que la propia viuda pudiera plantearse la utilización de esta técnica⁸⁵ o no. Además, no cabe obviar que, la inseminación artificial es un proceso complejo, al depender no solo de las probabilidades médicas de la técnica, sino también del estado físico y psíquico de la mujer que se somete a ella⁸⁶.

FERNÁNDEZ CAMPOS, al interpretar el art. 9 LTRHA, propone un desglose en cuanto al ámbito temporal. Por una parte, la solicitud de la viuda sobre querer acceder al tratamiento, que ‘a su juicio, habrá de emitirse entre un mes y seis después del fallecimiento’. Y, por otra parte, una vez se ha solicitado la práctica de la técnica, se ha de realizar en el plazo de doce meses desde que la viuda notifica querer someterse a tratamiento⁸⁷.

Estoy de acuerdo con la opinión de este autor, puesto que es una decisión con una gran transcendencia a nivel personal, jurídico y médico. Se debería dejar un primer periodo de tiempo para que la mujer reflexionara sobre las consecuencias y riesgos de la práctica de estas técnicas. Y, posteriormente, otro plazo, que sería el de los 12 meses regulado por la Ley 14/2006, para poder efectuar satisfactoriamente el tratamiento.

⁸⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Reproducción asistida Post Mortem”, Aranzadi Civil, 2001, nº 2, Págs. 2165-2167.

⁸⁶ PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Inseminación artificial y transferencia de embriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2007, nº 4, 2007, Pág. 615.

⁸⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Comentario al art. 9 LTRHA”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, (dir. J.A. CABACHO y coord. J.J. INIESTA). Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, Pág. 338.

10.3.2.2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS RESPECTO A LA TRANSFERENCIA DE PREEMBRIONES.

Como ya he analizado antes, el art. 9 LTRHA permite no solo la inseminación artificial *post mortem*, sino que también permite la transferencia de embriones, en cuyo caso, resulta suficiente con que se cumpla el requisito del consentimiento y no el del plazo.

Este supuesto está pensado para aquellas parejas que ya habían iniciado un proceso de procreación asistida por medio de la fecundación *in vitro* y que, por lo tanto ya han creado preembriones. Como es lógico, ambos progenitores han emitido un consentimiento para poder llevar a cabo el tratamiento, por tanto, habrán ya autorizado el destino concreto de los mismos. Posteriormente, el marido fallece sin poder emitir consentimiento a través de las vías del art. 9 LTRHA y la mujer decide utilizar ese material genético ya existente reiniciando el proceso de procreación.

La cuestión que cabe plantear es si resulta posible considerar ese primer consentimiento como tácito para continuar con el tratamiento una vez que ha fallecido el varón; o, por el contrario, al no ser un consentimiento expreso sobre el tratamiento, éste implícitamente implica también el no consentimiento para la inseminación *post mortem*.

A mi juicio, es diferente que una persona consienta que se realice con su material genético un tratamiento de inseminación o incluso de transferencia de embriones, y otra que se repute tácitamente otorgado ese consentimiento para su transferencia *post mortem*. La propia Ley 14/2006, en su art. noveno, deja claro el carácter concreto que debe tener este consentimiento.

Y, por último, en relación a la ausencia de todo del requisito temporal, RODRÍGUEZ GUITIÁN⁸⁸ establece que el plazo de un año para realizar la inseminación debería incluirse de forma análoga al caso de que se realizara una transferencia. La razón por la que se establece el plazo es la protección tanto de terceros como del menor, por lo que la transferencia debe garantizar esos derechos en la misma medida. Por lo tanto, podemos decir que existe identidad de razón entre uno y otro supuesto, por lo que, quizás podría aplicarse la regla del plazo por analogía.

⁸⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Reproducción artificial post mortem. Análisis del art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, Págs. 85-86.

11 REQUISITOS PARA LA REALIZACIÓN DE TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN *POST MORTEM* EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

Los requisitos esenciales en los que la Ley 14/2006 se basa para establecer unos parámetros delimitadores de la realización de la técnica de reproducción asistida, como es la fecundación *post mortem*, son: la autorización del marido o de la pareja de la mujer fecundada, la forma en el que se realiza este consentimiento y los plazos en los que se autoriza la fecundación entre el fallecimiento del donante y la realización del método (art. 6.3 LTRHA).

11.1 CONSENTIMIENTO: AUTORIZACIÓN DEL VARÓN DONANTE Y DE LA MUJER USUARIA DE LAS TÉCNICAS.

En el ámbito de la reproducción asistida, algunos autores, como FARNÓS, definen el consentimiento en este ámbito como el '*proceso de formación de la voluntad de un paciente dirigido a la aceptación o rechazo de un tratamiento determinado a partir de la información suministrada por el facultativo sobre sus riesgos y beneficios*'⁸⁹.

11.1.1 REQUISITOS PREVIOS A LA EMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO.

Tanto el varón como la mujer que se va a someter al tratamiento tienen el derecho a tener información sanitaria, como así se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico (art. 3.3 LTRHA 2006).

Antes de realizar cualquier método de reproducción asistida, debe existir un exhaustivo proceso de información y de asesoramiento previo.

El Tribunal Supremo en su Sala de lo Civil, establece que este derecho se transforma en una obligación esencial para la práctica de estos métodos de fecundación. En el caso de no darse o incumplirse este deber, el personal sanitario podría incurrir en una condena de carácter civil o penal⁹⁰. La jurisprudencia es la que hace hincapié en la exigencia de un consentimiento con previa información relativa a riesgos, como así se refleja en la STS 943/2008 (Sala de lo Civil, Sección 1ª). La doctrina emitida por el TS en su sentencia RJ 2001/3 y RJ 2001/6197 considera el derecho la información sanitaria como un derecho fundamental. Así, estima expresamente que: '*el consentimiento constituye*

⁸⁹ FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de la pareja y disposición de embriones*. Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2011. Pág.72.

⁹⁰ *Información y documentación clínica. Su tratamiento jurisprudencia (1990-1999)*. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 2000. Coord. ROMERO CASABONA, C.M, Madrid, 2000, Pág. 23. En apoyo de lo que se dice se citan las Sentencias del TS de fecha 2 de octubre de 1997 y 13 de abril de 1999.

un derecho humano fundamental, precisamente uno de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los Derechos Humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia''.

La Ley 41/2002 establece la regulación básica referida a la autonomía del paciente y sus derechos⁹¹, y resalta, en su precepto octavo, las obligaciones en materia de información clínica y que el consentimiento sea voluntario y libre⁹². Entiende por información (art. 3) cualquier dato que permita adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado psíquico y físico del paciente, o la forma en la que puede curarse o recuperarse la salud. Derivada de esta definición de información, se extiende el deber de comunicación en todas las intervenciones asistenciales siendo adecuada a las necesidades para poder tomar una decisión voluntaria y autónoma sobre los medios y procedimientos de la operación.

Esta información debe ser muy detallada sobre todas las condiciones y tramitaciones que se deben realizar, es decir, los términos en los que se hará, las personas encargadas de los equipos médicos, los riesgos, el centro en que se realizará e incluso todo lo relativo al aspecto económico⁹³. Resulta muy evidente que debe haber información sobre los posibles errores en el empleo de los gametos. Pero cabe aclarar que, según la Ley 41/2002, el médico es el último responsable de este deber de información en caso de que existiera cualquier tipo de problemática en la operación⁹⁴.

En lo referente a la extensión y alcance de este deber, la obligación no solo alcanza al médico, sino también para los equipos médicos, los cuales pueden estar integrados por un gran número de sanitarios debido a la complejidad de las técnicas.

La información se extenderá tanto al ámbito biológico, como al jurídico y ético para el paciente y el cónyuge donante⁹⁵. Debe realizarse en los términos que sean adecuados para la comprensión de las personas afectadas, y también para todo aquel sanitario que participe en su práctica (art.3.3 LTRHA).

⁹¹ 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 clínica, arts. 3 y 4.

⁹² ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: Derecho español y comparado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003, Pág.235.

⁹³ Art. 3.3 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

⁹⁴ Art. 3 Ley básica de autonomía del paciente.

⁹⁵ Art. 3 LTRHA 2006.

El destinatario de esta información y titular del derecho a la información asistencial, es el paciente. De todas formas, también se admite como titulares de carácter secundarios a los familiares, en la medida que se permita la emisión de su consentimiento de forma tácita o expresa, si fuese necesario para el paciente.

En cuanto a lo relativo con la usuaria, *‘una vez informada, cada mujer receptora deberá prestar su consentimiento a la práctica de tales técnicas, debiendo firmar un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas necesarias para su aplicación’*⁹⁶, como así establece en el art. 3.4 LTRHA. Por lo tanto, la firma debe realizarse de forma consciente, libre y formal. Aunque la mujer firme tal consentimiento, podría, en cualquier momento del proceso, revocarlo de forma que se anulará el proceso de transferencia embrionaria (art. 3.5).

Todos los datos relativos a estas técnicas, a su asesoramiento y su consentimiento, deberán integrarse dentro de las historias individuales clínicas de la mujer (art. 3.6).

El art. 11 de la Ley 41/2002 reseña que la usuaria debe tener en cuenta, no sólo la información anteriormente descrita, sino también que cada servicio de salud regulará el procedimiento que se seguirá durante la intervención para la mayor satisfacción con la paciente. Cualquier medida que pidiera la mujer, que fuese contraria a la *‘lex artis’* o al ordenamiento jurídico, no se aplicarían por el personal médico, como así entiendo el APP de Tenerife de 30 de septiembre de 2009⁹⁷.

11.1.2 REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO EN LA LEY 14/2006 LTRHA.

Al haber desglosado de forma breve los requisitos previos en cuanto a lo exigido por la Ley de autonomía del paciente (Ley 41/2002), centraré este apartado en lo concerniente al significado del consentimiento y a la diferenciación en cuanto a los requisitos que debe emitir la mujer o usuaria de las técnicas y el marido o pareja de hecho de dicha mujer.

El consentimiento del marido implica la admisión del uso de su material genético, asumiendo, de forma expresa, la filiación del hijo así concebido. Por lo tanto, aunque no constituye por sí mismo un título de determinación de la filiación, debo decir que,

⁹⁶BERROCAL LANZAROT, Isabel. *‘De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España; análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 24 de mayo (1ª parte)’*. *Revista de la Escuela de Medicina Legal.*, nº 9 (Octubre), 2008, Págs. 22-42.

⁹⁷AC \2010\1755 (Fundamento jurídico tercero).

mediante este otorgamiento, se dota de total protección jurídica al futuro menor. La doctrina⁹⁸ considera que el consentimiento del marido o de la pareja de hecho de la mujer fecundada, es un requisito *sine qua non*, es decir un requisito sin el cual no se podría proceder a la realización de la técnica.

Por otra parte, el consentimiento de la mujer es de carácter totalmente necesario, sin el cual no podrá realizarse el proceso.

Tanto para el consentimiento femenino como masculino, la doctrina plantea que el art. 8.1 de la LTRHA tenga una interpretación restringida, exigiendo que para que se pueda producir la técnica, sea necesario tanto uno como otro.

11.1.2.1 REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO DE LOS PARTICIPANTES DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

11.1.2.1.1 REQUISITOS DEL DONANTE.

Lo primero que tenemos que tener claro es que el donante, en una fecundación *post mortem*, debe tener relación con la mujer fecundada, bien sea de carácter matrimonial o no. Una vez realizada esta aclaración, los requisitos que le son exigidos son: ser mayor de edad, tener plena capacidad de obrar y un buen estado psicofísico, como así se establece en el art. 5.6 LTRHA.

Resulta, pues, obvio que el donante no puede ser una persona con la capacidad judicialmente modificada. Sin embargo, hay que tener también en cuenta que, conforme a lo previsto en el art. 760 LEC, será la sentencia que haya modificado judicialmente la capacidad de obrar de la persona, la que determinará, en su caso, la extensión y límites de esa restricción de la capacidad. En la Disposición Adicional Quinta de la LTRHA se hace una remisión a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Por lo tanto, estas personas tendrán reconocidos los mismos derechos, facultades y obligaciones que los usuarios recogidos en esta Ley.

Según establece el art. 3.1 y el 6.1 LTRHA, el consentimiento debe prestarse de forma expresa, libre, consciente y por escrito por medio de un formulario en el cual se deben

⁹⁸INIESTA DELGADO, I.: ‘‘La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida’’, CUENCA CASAS, M. (dir), *Tratado de Derecho de la Familia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2011, Pág. 758.

reflejar todas las condiciones y riesgos que previamente se han debido explicar al usuario. Anteriormente a este documento, se debe emitir otro al propio centro sanitario que realizará el tratamiento, en el que se reitere el conocimiento y la información recibida sobre los riesgos, consecuencias y complicaciones que se podrían derivar de la realización de la técnica. El tiempo que se otorga para poder remitir este consentimiento no se regula de forma expresa; únicamente se determina que debe ser el suficiente para que el paciente reflexione sobre su decisión.

La doctrina discute sobre si la emisión del consentimiento tiene un carácter *ad solemnitatem* o *ad probationem*. Si atendemos al segundo, este consentimiento se emitirá expresamente para la prueba o demostración del mismo, mientras que en el primero, sería un requisito esencial para considerar como válido el acto. Pero la intención del legislador es clara, es decir, busca que la emisión de este consentimiento sea esencial para realizar el tratamiento, con independencia de la forma del mismo⁹⁹.

El art. 9.2 LTRHA establece que el consentimiento es el medio por el cual se determina la filiación del hijo póstumo. Por lo tanto, y como ya hemos analizado anteriormente, debe ser un acto personalísimo del hombre. De este carácter personal se desprende la necesidad de que la emisión de este consentimiento se realice antes de morir.

Sobre esta materia se pronunció el Juzgado de Primera Instancia de Valencia en 2003 al declararse contrario a suplir la voluntad de un hombre incapaz naturalmente de emitir el consentimiento. A su entender, *‘la suplencia judicial de la voluntad de un incapaz en aquellos supuestos que, por su naturaleza o entidad, excedan del ámbito competencial propio de los tutores que no pueden en ningún caso extenderse a la realización de un acto de carácter tan personalísimo como es la decisión de tener un hijo’*¹⁰⁰. Consideraba que se trataba de una decisión totalmente subjetiva de la persona y que, por tanto, no se podía suplir por las instituciones tutelares. Así pues, el Juzgado imposibilitó acceder a esta técnica por medio del art. 9LTRHA, asimilando el coma del marido (imposibilidad de prestar consentimiento) con la separación de hecho contemplada en el art. 6.3 LTRHA, *‘ya que en este precepto no pretende otra cosa que evitar la determinación legal de paternidades matrimoniales subrepticamente constituidas a*

⁹⁹ SERNA MEREÑO, E.: ‘Art. 6. Usuarios de las técnicas’, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, Págs.195, 198 y 199.

¹⁰⁰ AC \2003\1887 (Fundamento segundo).

través del uso, a espaldas del marido, de las técnicas de reproducción asistida''¹⁰¹. Aunque el hombre no se encontrara en una situación judicialmente de incapacidad, sino de imposibilidad para prestar consentimiento, el Juzgado tomo de referencia la regulación de la Ley 14/2006 en lo referente a la negativa en cuanto a suplir su voluntad.

En definitiva, el consentimiento debe ser aquel acto imprescindible y personalísimo realizado por el sujeto que va a intervenir en el tratamiento, con independencia de su papel en el mismo¹⁰².

11.1.2.1.2. REQUISITOS DE LAS USUARIAS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

La usuaria debe cumplir con los mismos requisitos generales personales y formales que ha de cumplir el hombre.

El art. 6.1 LTRHA nombra como sujeto fundamental de las técnicas de reproducción humana asistida, a la mujer, con independencia de su orientación sexual y de su estado civil. Los únicos requisitos que debe cumplir son: ser mayor de dieciocho años y gozar de plena capacidad de obrar.

Por tanto, se establece una edad mínima, pero no una máxima. No obstante, los propios centros sanitarios de forma discrecional fijan una edad máxima en los cincuenta años, debido a la posibilidad de que, a partir de esa edad, sea inviable el tratamiento. Esta edad máxima fijada por los médicos no es un imperativo legal, siendo posible, por lo tanto, que mujeres de mayor edad sean usuarias del mismo¹⁰³.

En cuanto a la plena capacidad de sus derechos me remito a lo que anteriormente he mencionado sobre los requisitos generales del donante, así como en lo referente a la Disposición Adicional Quinta de la Ley.

En lo que atañe al consentimiento, también me remito a lo expuesto previamente en relación a su carácter libre, consciente y expreso.

¹⁰¹ AC \2003\1887 (Fundamento cuarto).

¹⁰² INIESTA DELGADO, J.J.: ‘‘La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida’’. *Tratado de Derecho de la familia*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2011, Págs.758 y 759 en relación con los arts. 26 LTRHA y 161 CP.

¹⁰³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., ‘‘Art. 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas’’. *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, Pág.46

Debo aclarar que, para el caso de fecundación post mortem, únicamente es posible utilizar el material genético de un varón con relación matrimonial o vinculación afectiva con la mujer sujeta a tratamiento, sin ser posible la donación de un tercero. Por lo tanto, se excluiría el caso en el que dos mujeres homosexuales decidieran que una de ellas tuviera un hijo post mortem. El supuesto sería el que la cónyuge superviviente pretendiera implantarse el embrión resultado del óvulo de su mujer fallecida y el espermatozoides de un donante ajeno; supuesto que resulta inviable en atención a la prohibición de la gestación por sustitución establecida en el art. 10 LTRHA.

11.1.2.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS

11.1.2.2.1 EN CASO DE MATRIMONIO.

En este supuesto, el art. 6.3 LTRHA, requiere el consentimiento tanto del marido como el de la esposa. Debe ser con carácter previo a la utilización de estas técnicas, y, además, ha de ser libre, consciente y formal.

Ese consentimiento cumple varias funciones, por ejemplo, *‘el consentimiento de la mujer usuaria de las técnicas puede ser, simultáneamente, autorización de los actos médicos realizados sobre su cuerpo, y asunción de la prohibición de impugnar la filiación del hijo nacido a consecuencia de la fecundación’*¹⁰⁴. La doctrina considera necesario que la mujer, antes de prestar ese consentimiento, sea informada, tanto en materia de riesgos, como en probabilidades de éxito, y también en cuanto a lo referente a la filiación del menor¹⁰⁵.

En caso de no presentarse los consentimientos exigidos, se incurrirá en tipos penales, como el previsto en el art. 162.1 CP relativo a la falta de consentimiento de la mujer; o administrativos, puesto que se vulneraría el art. 26.2.b) apartado 3º LTRHA 2006 que reputa como *‘infracciones graves: la omisión de datos, consecuencias y referencias exigidas en esta ley’*.

Cabe contemplar la posibilidad de excepcionar la exigencia del carácter expreso del consentimiento en el cónyuge superviviente hubiera estado sometida a esta técnica con anterioridad al fallecimiento del otro cónyuge, pero que, por cualquier razón aún no se

¹⁰⁴ ALKORTA IDIAKEZ I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson-Aranzadi, 2003, Pág. 238.

¹⁰⁵ INIESTA DELGADO, J.J.: *‘La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida’*. *Tratado de Derecho de la Familia*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2011, Pág.79.

hubieran hecho efectivos sus resultados. El APP de Santa Cruz de Tenerife del 30 de septiembre de 2009 consideró que “ *se presume otorgado el consentimiento al que se refiere el art. 9 cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido* ”¹⁰⁶. Sin embargo, señala a continuación que, “ *la autorización del marido es personalísima sin que pueda ser suplida por nadie, menos aun cuando se ha extinguido su personalidad civil por la muerte de la persona* ”.

11.1.2.2.2. EN CASO DE CONVIVIENTE *MORE UXORIO*.

El varón que no tenga esa vinculación matrimonial con la mujer usuaria del tratamiento puede disponer de la posibilidad de que su material genético sea utilizado *post mortem* en las técnicas como así se reconoce en el art. 9.3 LTRHA. Sin embargo, expresamente, no se considera un requisito esencial su consentimiento, sino como un medio para iniciar el expediente del art. 44.4 de la Ley 20/2011¹⁰⁷. Ello es así, puesto que, en caso de nacer el hijo póstumo, no se puede aplicar ninguna presunción de paternidad como se establece cuando entre hombre y mujer media matrimonio. Por ello, resulta preciso aclarar por el legislador que el consentimiento ha de servir al tiempo como reconocimiento para así luego derivar, de ese mismo consentimiento, la determinación de la filiación del nacido.

Con tal autorización, se permite a la mujer que integra esa unión de hecho, la posibilidad de inseminarse, y se otorga, por tanto, por anticipado, el reconocimiento de la filiación.

11.1.3. REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.

Uno de los temas que debemos abordar en relación con lo anteriormente expuesto, sería la revocación del consentimiento.

La anterior Ley 35/1988 no establecía ningún momento concreto para poder llevar a cabo la revocación. Debido a esta incertidumbre, se interpuso un recurso de inconstitucionalidad y el TC declaró en la STC 116/1999¹⁰⁸ la negativa a admitir la imposibilidad de esa revocación ante la eventualidad de que, en otro caso, se admitiría un aborto no punible penalmente.

¹⁰⁶ España, Juzgado AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª). Auto de 30 de septiembre de 2009. AC \2010\1755 (Fundamento jurídico segundo).

¹⁰⁷ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

¹⁰⁸ RTC/1999/116. (Fundamento de Derecho décimo).

Con la actual legislación, la Ley 14/2006 se intentó evitar posibles reinterpretaciones del silencio del antiguo legislador, por lo que el art. 3.5 LTRHA hace referencia al momento para llevar a cabo la revocación del consentimiento. Afirma que ‘*la mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse*’. El art. 9.2 LTRHA recoge de forma expresa la posibilidad de que se revoque el consentimiento antes de realizarse el tratamiento por parte de la usuaria.

La propia paciente podrá revocar su consentimiento en el momento que estime oportuno, por escrito y de forma voluntaria.¹⁰⁹ La Ley no establece una forma concreta de revocación. Sin embargo, la doctrina discute sobre si debe realizarse del mismo modo en el que se emitió, o si por el contrario cabe la revocación tácita¹¹⁰. La mayoría de los autores considera que debe realizarse de forma escrita si se tiene el tiempo suficiente para ello, salvo que ello no fuese posible, en cuyo caso se permitirá la forma tácita¹¹¹.

El medio en el que se realiza la revocación también resulta muy discutido doctrinalmente. La mayoría de la doctrina entiende que podrá realizarse en documento privado. En caso de que la mujer quiera desistir del método, debe formalizar su manifestación de voluntad conforme a los requisitos del art. 6 de la Ley 41/2002. En dicho precepto se hacen referencia las personas ante las que debe poner de manifiesto su voluntad (notario, funcionario encarado del registro o tres testigos).

Aunque el art. 3.5 LTRHA sólo hace referencia a la revocación que realizaría la mujer, la doctrina admite que este precepto puede hacerse extensivo al marido, o al hombre sin vinculación matrimonial con la mujer que será fecundada *post mortem* con su material genético¹¹².

La finalidad de la revocación, será evitar la transmisión de material genético y con ello la filiación *post mortem*. Sin embargo, si aun así, se continúa con el tratamiento, sigue

¹⁰⁹ AC \2010\1755.

¹¹⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: ‘La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida’, *Derecho Privado y Constitución*, nº21, Enero-Diciembre, Págs.64 y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á., ‘Art. 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas’, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

¹¹¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: ‘Comentario al art. 9 LRTHA’, Págs. 333 y 334 e INIESTA DELGADO, J.J.: ‘La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida’, 2011, Pág.848.

¹¹² INIESTA DELGADO, F.J.: ‘La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida’, *Tratado de Derecho a la familia*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2011, Pág.822.

operando por medio de una presunción *iuris tantum*, su paternidad en caso de que existiera entre hombre y mujer un vínculo matrimonial.

11.2 FORMA DE LA AUTORIZACIÓN.

Anteriormente, con la Ley 35/1988 se exigía como requisito imprescindible para el perfeccionamiento del consentimiento, que su realización se realizara por medio de escritura pública o testamento. Como señala RODRÍGUEZ GUITIÁN, ‘*la forma de escritura pública ha sido bastante defendida por parte de la doctrina pues otorga mayor seguridad al aportar la presencia de un notario, identifica claramente a los sujetos, así como la capacidad del otorgante, y se presume su autenticidad, veracidad, legitimidad y legalidad*’¹¹³.

La actual legislación añade, a las formas anteriormente previstas, el documento de instrucciones previas (art. 11 de la Ley 41/2012) y el documento que se emite ante el centro sanitario¹¹⁴ (art. 6.3 LTRHA 2006).

El consentimiento, según el art. 9 de la Ley 24/2006, debe formularse por escrito, sea cual sea su forma.¹¹⁵ Sin embargo, esta previsión se considera insuficiente para parte de un sector doctrinal que considera, que, para recubrir de certeza, validez y seguridad al consentimiento, éste deberá formularse en escritura pública (art. 10 Ley 24/2006)¹¹⁶.

De acuerdo con el art. 9.2 de la Ley 24/2006, ‘*el marido podrá prestar su consentimiento en el documento referido en el art. 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar*.

La doctrina defiende que puede canalizarse el consentimiento a través de cualquier tipo de testamento que se regule en el CC, puesto que la Ley no realiza ninguna

¹¹³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Reproducción Artificial Post Mortem. Análisis del art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, Pág. 65.

¹¹⁴ Se añade en un anexo del consentimiento. PÉREZ MONGE, M.: ‘Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida’, en LLEDÓ YAGÜE, F; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, a.: *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Vol. I, Dykinson, Madrid, 2001, Pág. 601.

¹¹⁵ .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, Pág. 262.

¹¹⁶ PÉREZ MONGUE M., ‘Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida’, *Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 2002, Pág. 145.

diferenciación al respecto. Además, el art. 120 del CC permite que, a través de cualquier testamento, se pueda efectuar el reconocimiento de un hijo¹¹⁷.

Según PÉREZ GALLARDO “el contenido del testamento es atípico puesto que la persona que habilita el material genético constituye un acto *inter vivos* para que genere efectos *post mortem*”¹¹⁸.

Debe advertirse que, aunque el art. 663.1º del CC permite otorgar testamento con una edad de 14 años, no resultaría posible que un menor de edad, mayor de 14 años, pudiera prestar por esta vía el consentimiento que estamos analizando, pues a este respecto, no debe obviarse que el art. 6.1 LTRHA exige a los usuarios de estas técnicas, la mayoría de edad. De otra parte, un menor de edad no puede reconocer un hijo por sí solo, pues, en ese caso, nuestro Ordenamiento establece cierta cautelar (art. 121 CC), como es la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

Debo mencionar el testamento ológrafo, que se emite por personas mayores de edad (688 CC), escrito y firmado por ellos mismos. Para hacer efectivo su contenido éste deberá protocolizarse, “*presentándolo, en los cinco años siguientes al fallecimiento del testador, ante el Notario*” (689 CC). Por lo tanto también podrá emitirse el consentimiento por esta vía siempre y cuando se cumplan los requisitos de los arts. 688 y siguientes del CC.

La Ley 41/2002 de 14 de noviembre regula la autonomía del paciente y sus derechos y obligaciones en materia de información y documentación sanitaria y en particular, disciplina el denominado documento de “instrucciones previas”. En este escrito el paciente que tenga capacidad suficiente, podrá aceptar o rechazar tratamientos médicos que se llevarán a cabo en situaciones extremas, o aquellas en las que, por cualquier motivo, no pueda emitir su voluntad sobre alguna actuación médica.

En su art. 11 se establece que una persona mayor de edad, capaz y libre podrá emitir su voluntad de forma anticipada, con la finalidad de que en el momento de llevar a cabo la intervención y no poder expresarla, pueda ésta realizarse conforme a sus indicaciones o

¹¹⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Reproducción Artificial Post Mortem. Análisis del art. 9 de la Ley 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, Pág. 66.

¹¹⁸ PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Inseminación artificial y transferencia de embriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2007, nº 4, Pág. 615.

no efectuarse. Asimismo, también podrá expresar su voluntad en todo lo pertinente sobre el destino de sus órganos o de su cuerpo.

Pueden ser utilizadas para determinar cuál habrá de ser el uso del espermatozoide criopreservado o para que, posteriormente al fallecimiento del varón, pueda éste extraerse para practicar el tratamiento de inseminación artificial.

La doctrina considera que, para mayor seguridad jurídica, debe realizarse la emisión de la voluntad en presencia, bien de un Notario o bien de testigos que sean mayores de edad y con plena capacidad jurídica¹¹⁹.

Igualmente, se permite que se otorgue consentimiento tras una información adecuada previa, relativa a los efectos jurídicos y sanitarios de la decisión, en el documento que emite el centro clínico antes de realizar cualquier tratamiento de reproducción asistida.

La jurisprudencia se pronunció ante esta emisión de consentimiento a una posible técnica de reproducción asistida post mortem. El Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, en Auto del 12 de diciembre de 2007¹²⁰, estableció que *“la simple autorización por parte del marido para llevar a cabo el tratamiento, no puede constituir una autorización para la fecundación post mortem. Pues esto llevaría a la absurda conclusión de que, dado que todas las mujeres casadas que inician el tratamiento han de ser autorizadas por su marido, éste siempre consentiría el uso de su material genético después de su muerte”*.

Como apunta el mismo Auto de Valladolid *“lo mismo ocurrió en la sentencia de la Corte de Apelación Civil británica el 27 de febrero de 1997 en caso Diane Blood, suponiendo un referente a nivel mundial al basarse en la Declaración Europea de Derechos Humanos”*. Sobre esta cuestión, y con base a la norma británica, razonaba que: *“parece, por tanto, que, en el futuro, los responsables de los tratamientos conjuntos para hombres y mujeres, deberían prevenir que no se obtenga únicamente el consentimiento necesario para la conservación, sino también para permitir que el tratamiento continúe si el varón tiene la desgracia de fallecer antes de que el espermatozoide sea usado”*.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Reproducción Artificial Post Mortem. Análisis del art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, Pág.71.

¹²⁰ AC/2011/553. (Fundamento Jurídico Segundo).

Por tanto, el documento al que se refiere el art. 6.3 LTRHA, únicamente es un instrumento para emitir la autorización expresa de la que hace referencia el art. 9 que no da lugar a consentimiento expreso. Por lo tanto, la autorización para conservar el esperma no implica que pueda usarse *post mortem*, considerando de esta forma insuficiente este medio para formular el consentimiento.

11.3 PLAZO DE REALIZACIÓN.

La LTHRA en el art. 9.2, impone un plazo máximo de 12 meses para que la mujer pueda ser inseminada por el material genético del marido o pareja de hecho ya fallecido.

Anteriormente, la Ley 35/1988 fijaba ese plazo máximo en 6 meses, es decir, la mitad del plazo que ahora se permite. Se reformó el precepto debido a dos argumentos de peso:

1º. Que la viuda pueda disponer de un tiempo de “duelo” ante el fallecimiento, y que posteriormente pueda reflexionar sobre las posibilidades y derivaciones éticas o jurídicas de este método.

2º. Que no se dilate indefinidamente el proceso de reparto de la herencia con terceros o familiares ajenos a esta decisión.

Pese a que se amplió este periodo temporal, parte de la doctrina todavía lo encuentra escaso, debido a la valoración del tiempo en el que la viuda se recupera y toma las decisiones oportunas para llevar a cabo el tratamiento. Por ello, entiende que se habría de admitir “una ampliación en casos de justa causa”¹²¹. Incluso algunos autores proponen que el plazo para que la mujer solicite el tratamiento sea de 6 meses, y que a partir de ese momento se compute el plazo de 12 meses para hacer uso de la técnica. De este modo, el plazo máximo sería de 18 meses¹²².

La finalidad de esta limitación temporal reside sobre todo en la protección de los derechos sucesorios de terceros, hijos o familiares del causante fallecido; y por consiguiente en la necesidad de evitarles perjuicios por la aparición de un nuevo

¹²¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Comentario al art. 9 LTRHA”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, Págs. 78 y 79. FERNÁNDEZ CAMPOS propone una prórroga de tres meses en caso de que mediara tal justa causa.

¹²² FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Comentario al art. 9 LTRHA”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, Pág. 338.

miembro interesado en la herencia¹²³. La doctrina pretende proteger también el ‘salto generacional’, es decir, el nacimiento de un menor con material genético de una persona que vivió generaciones atrás, así como asegurarse que la decisión tomada por la viuda fue meditada con todas estas indicaciones¹²⁴.

El régimen temporal regulado en el art. 9.2 LTRHA choca en cierta medida con lo establecido en preceptos posteriores de la misma Ley. En concreto, con el art. 11.3, que establece que se podrá crioconservar los ovocitos sobrantes todo el tiempo que consideren oportuno los médicos. Se puede deducir que, por lo tanto, sí podría existir una brecha en este plazo de caducidad de la acción de ejercer tal método de reproducción. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia han sido tajantes a la hora de determinar la filiación de acuerdo al cumplimiento del requisito temporal, precisamente para garantizar la protección y seguridad jurídica a los derechos sucesorios.

Una vez que he estudiado lo referente al plazo, debo hacer referencia a las dos grandes problemáticas del factor temporal de esta Ley. Por una parte, la ley no establece de forma concreta el número de inseminaciones que pueden realizarse en ese plazo de doce meses. Y en segundo lugar, el posible caso de doble paternidad si la mujer sometida al tratamiento se casa en el plazo del año en el que se está efectuando de forma simultánea la inseminación del material genético del varón fallecido.

Respecto al primero de los problemas, cierta doctrina¹²⁵ opina que puede existir más de un embarazo, pero únicamente un nacimiento. Es decir, permite la existencia de un parto múltiple, pero deniega la posibilidad de continuar con el uso del material genético una vez que se ha producido el parto.

¹²³ ¹²³ INIESTA DELGADO, J.J.: ‘La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida’. *Tratado de Derecho de la familia*. Civur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2011, Pág.849; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: *Reproducción Artificial Post Mortem. Análisis del art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, Págs.76-79 y PÉREZ MONGUE M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, Pág. 603.

¹²⁴ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: *Reproducción Artificial Post Mortem. Análisis del art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, Págs.76-79.

¹²⁵ FERNÁNDEZ CAMOS, J.A.: ‘Comentario al art. 9 LTRHA’, COBACHO GÓMEZ, J.A.(dir); INIESTA DELGADO, J.J.(coord.): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, Págs. 339-340.

En cuanto al segundo debate, en el Derecho Común no encontramos solución, pero acudiendo a cierta normativa autonómica¹²⁶ de nuestro Ordenamiento, sí podemos hallar un referente para solventarlo. La respuesta que se da es otorgar la paternidad al segundo marido, manteniendo la acción de impugnación a favor del primer marido difunto¹²⁷.

12. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS.

Tras mi estudio a fondo sobre la fecundación asistida *post mortem*, desarrollaré en este apartado los supuestos problemáticos que se han producido a lo largo de la historia de esta técnica. Incluiré casos internacionales y me centraré en algunas sentencias españolas y también en casos recientes de interés público.

12.1 PAPPALÀ vs. CECOS¹²⁸.

Es el primer caso problemático en esta materia y sucedió en 1984 en Francia. En 1981, Alain Pappalà, tras ser diagnosticado de cáncer, decidió almacenar su esperma en el Centro de Investigación y Banco de Esperma francés, CECOS, pero sin establecer nada sobre su destino tras su muerte en el documento de instrucciones previas.

En 1983, se casaron Alain y Corinne, pero este murió poco tiempo después. Una vez que murió Alain, Corinne solicitó la reintegración del esperma de su marido para posteriormente someterse al tratamiento de reproducción asistida. Ante esta solicitud, CECOS denegó la devolución al considerar ilegal esa restitución según la legislación francesa.

Corinne acudió al Ministerio de Sanidad para solicitar su autorización para recuperar el material genético de su marido. Sin embargo, las autoridades sostuvieron que la Ley requería el consentimiento expreso de ambos cónyuges y que se realizara el tratamiento *inter vivos*.

Tras haber sido denegada su solicitud, Corinne acudió a los tribunales. Los argumentos a favor emitidos por su abogado, Paul Lombard, fueron los siguientes: en primer lugar, el esperma es una parte separada del cuerpo, entendiéndose como un objeto mueble con

¹²⁶ Art. 235.5 Código Civil Catalán

¹²⁷ INIESTA DELFADO, J.J: "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", con CUENCA CASAS, M. (dir): *Tratado de Derecho de la familia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2011, Pág. 849.

¹²⁸ FELICIANO FIDALGO, "El país", 2 de agosto de 1984, París.

el cuál se puede realizar un contrato de depósito¹²⁹. Si se entiende, por tanto, que es un objeto mueble, en caso de fallecimiento se devolverá a sus herederos. Por lo que, en este caso, debería devolverse el esperma por parte de CECOS a su mujer, al ser esta su heredera. En segundo lugar, se acreditó que Alian quería tener descendencia derivada del propio depósito de esperma.

Por el contrario, CECOS argumentó que la obligación de devolver el esperma sólo resultaría posible en caso de que Alian lo hubiera solicitado. Además, si en vez de considerarse su carácter divisible, se determinara que es un elemento indivisible del cuerpo, no estaría sujeto a los efectos hereditarios. Y por último defendió que la reproducción no es el único objetivo que tiene el Banco de esperma, puesto que también tiene un carácter terapéutico, como remedio a la esterilidad derivada de ciertas enfermedades como el cáncer.

El Tribunal Grande Instance de Créteil en su Sentencia de 1 de agosto de 1984 dictaminó que el esperma no era ni un objeto divisible, ni indivisible, y que, por consiguiente, tampoco tenían efectos hereditarios, ni podía ser objeto de un contrato de depósito. La única característica que otorgó al esperma es que era objeto de conservación y que debía ser restituido al donante o herederos por parte de CECOS.

En consecuencia, falló a favor de la solicitud de Corinne, obligando a CECOS a restituir el esperma depositado por Alain ante la ausencia de una norma legal que prohibiera realizar la fecundación *in vitro post mortem*.

Ante este vacío legal, en 1994 se promulgó la Ley de Bioética, que fue modificada en 2004¹³⁰, que prohibió ya forma expresa la fecundación asistida *post mortem*.

12.2 HECHT vs SUPERIOR COURT OF LOS ANGELES COUNTY¹³¹.

William Kane realizó un depósito de 15 probetas de esperma en el Banco de esperma, California Cryoban, en 1991. En diversos escritos manifestó su voluntad de querer ser padre con su novia Deborah Hecht, en el caso de fallecer.

Los hijos mayores que tenía Kane, anteriores a su relación con Deborah, impugnaron esos documentos alegando que eran inválidos, y que ellos eran los únicos herederos de

¹²⁹ Art. 1939 del Código Civil Francés

¹³⁰ Lois de 5 août 2004 relative à la bioéthique.

¹³¹ LILLIE, P.J, ‘Justice us Law’, 17 de Junio de 1993.

ese esperma depositado. Y por su parte, Deborah defendió su propio derecho a tener una familia.

En primera instancia, la Corte de California ordenó la destrucción del material depositado. Posteriormente Deborah apeló ante el Tribunal Superior de California, y en Sentencia de 17 de junio de 1993, alegó que ‘ninguna persona o entidad tiene el suficiente interés que le permita interferir en la voluntad del fallecido’, y se le entregó el esperma de Karen para que se pudiera someter al tratamiento.

Este caso tuvo una gran importancia en EEUU, debido a que fijó la doctrina que se seguiría a partir de entonces en temas de utilización de esperma *post mortem*.

12.3 HART vs CHARTER.

En 1990, en Louisiana se planteó la posibilidad de acceder a una prestación de orfandad a los posibles hijos engendrados por medio de la reproducción asistida *post mortem*. Edward Hart, tras ser diagnosticado de un linfoma, depositó su esperma en un Banco *ad hoc* para que su mujer Nancy pudiera someterse al tratamiento de reproducción asistida *post mortem*.

En junio de 1994 falleció y, en septiembre, se sometió Nancy al tratamiento y tras los nueve meses de embarazo, nació Judith. Una vez que nació la niña, Nancy solicitó la prestación de orfandad ante la Seguridad Social americana, pero el Consejo de Apelaciones de la Seguridad Social revocó la posibilidad del acceso a esa prestación pues la niña no se podía catalogar entre los sujetos beneficiarios de las mismas.

En 1996, Nancy acudió a los tribunales y durante el proceso, un experto de la Comisión de Seguridad Social del Estado confirmó el derecho que tenía Judith a acceder a esa prestación, puesto que la concepción *post mortem* no se había regulado en el momento en el que hubiera entrado en vigor el Decreto de la Seguridad Social.

Gracias a esta actuación, se reconoció a los hijos nacidos de una fecundación *post mortem* el derecho de acceso a prestaciones de la seguridad social, siendo reconocidos como beneficiarios de prestaciones sociales.

Tras este litigio, aparecieron otros en Estados Unidos de análoga materia, como son los de Kolacy y Woodward, por los cuales se reconoció a esos hijos póstumos el derecho a heredar y a ser beneficiarios de las prestaciones de la Seguridad Social.

12.4 MARIA PIRÈS vs LA GRAVE HÔPITAL.

De nuevo el Banco de esperma francés, CECOS, se hace cargo de la creación de seis embriones del matrimonio de Albino y María, usados para iniciar un tratamiento de fecundación asistida. En 1990 muere el marido en un accidente y es entonces cuando María solicita que se le implanten los dos últimos embriones que quedaban en CECOS.

El equipo médico de CECOS y su Comité de Ética no permitieron esa implantación argumentando que no crearían niños con una orfandad directa, y que la transferencia de embriones solo se realizaría si los dos participantes se encontraban vivos.

María acudió por tanto a los tribunales defendiendo sus derechos y libertades y los del embrión que deseaba que se la implantara, en vez de ser destruido.

El Tribunal Superior de Toulouse, en junio de 1993, dictaminó que, ante la falta de legislación sobre la protección del embrión, se requería la participación de dos personas, tanto el hombre como la mujer para llevar a cabo la técnica.

En diciembre de ese mismo año, el Comité Nacional de Ética francés afirmaba que se tenía que tomar en cuenta la solicitud emitida por María. Finalmente, el Tribunal de Casación emitió sentencia el 9 de Enero de 1996, confirmando el fallo del Tribunal Superior, y, denegándose el uso del material genético, ordenó la destrucción del mismo.

12.5 DIANE BLOOD¹³².

En Reino Unido su caso más característico tuvo lugar en 1995 cuando Stephen, tras estar diagnosticado de meningitis, entró en coma. Posteriormente, su mujer Diane solicitó la extracción del material genético de su marido para poder someterse a un tratamiento de fecundación asistida. El equipo médico del hospital no consideró que hubiese ningún problema en cumplir la petición y utilizó la técnica de electro-eyaculación.

Pasados tres meses, Diane pidió ante la Autoridad de Fecundación Humana y Embriología de Reino Unido, la restitución del material genético de su marido. Sin embargo, su solicitud fue denegada ante la falta de consentimiento expreso por parte de Stephen de tener hijos, y ante la exigencia de la Ley inglesa de realizar el tratamiento con el consentimiento expreso del donante.

¹³² COSTA J.M. (Corresponsal): "ABC", 1 de Marzo de 2003.

Ante esta respuesta, Diane solicitó la exportación del esperma a Bélgica, puesto que allí sí era legal la utilización de dicho material genético. Una vez más se le denegó y Diane reiteró que se le debía permitir esa exportación de esperma amparándose en el Tratado de la Unión Europea¹³³.

Tras interponer el caso ante todas las instancias posibles, la Corte de Apelación Civil británica, el 27 de febrero de 1997, sentenció que, amparándose en la Ley europea, Diane Blood sí tenía derecho a utilizar el esperma extraído de su marido. En 2002 después del fallecimiento de Stephen, se sometió al tratamiento en Bélgica, pues éste era un país que sí permitía el tratamiento (arts. 44 y 45 de la ley belga); y en la actualidad tiene dos hijos fruto del procedimiento de extracción de esperma de su marido.

12.6 INES SIEWERT¹³⁴.

Un matrimonio alemán, Sandro e Inés Siewert, llevaban tiempo sometidos a un tratamiento de fecundación asistida en un centro especializado. Crearon diez embriones, pero solo uno de ellos fue utilizado en vida de ambos. Posteriormente, el 5 de Julio de 2008, Sandro sufrió un accidente en el que falleció.

Ante lo sucedido, el centro médico que llevaba a cabo el tratamiento, se negó a continuar con el mismo, pues la legislación alemana prohíbe la fecundación *post mortem*.

Inés, ante la negativa, acudió a los tribunales alemanes solicitando la fecundación con dos argumentos: el primero era que el marido en vida depositó el esperma precisamente para tener un hijo otorgando su consentimiento de forma expresa, y el segundo hacía referencia a que los embriones ya estaban constituidos y que por lo tanto merecían protección jurídica.

Ante la negativa, se elevó el caso ante la AP de Neubrandenburgo, que desestimó de nuevo la petición solicitada por Inés. Sin embargo, finalmente conoció el asunto la Audiencia Territorial de Rostock que falló a favor de Inés debido a que la fecundación del óvulo se había realizado en vida de ambos cónyuges.

¹³³ Art. 49 del Tratado de la Unión Europea, en ese momento vigente y hasta el 1 de Diciembre de 2009.

¹³⁴ KUMMETZ P.: ‘D.W.: una mujer lucha en Alemania por un embarazo de su marido muerto’. DW, 7 de julio de 2010.

12.7 FABIENNE JUSTEL.

En 2006, en Francia, Dominique congeló su esperma en CECOS tras ser diagnosticado de cáncer, y dos años más tarde contrajo matrimonio con Fabienne. Desde junio en que se casó hasta septiembre en que falleció, renovó su consentimiento para que CECOS siguiera conservando ese esperma.

En 2009, Fabienne decidió solicitar la restitución a CECOS del esperma de su marido; sin embargo, el Banco de esperma se negó alegando la propia legislación francesa¹³⁵ y además con el argumento de que *“es un trámite personal donde el contrato es individual y se estipula claramente que el esperma sólo será restituido si el paciente está presente y presta su consentimiento”*¹³⁶.

Ella alegó que *“si hubiera sabido que no era parte de ese contrato, habrían realizado el depósito en otro lugar que no fuera Francia, y que sí permitiera el tratamiento”*, y ante la negativa decidió llevar a juicio el asunto.

El tribunal Supérieur de Rennes emitió sentencia el 15 de octubre de 2009 denegando la posibilidad de que CECOS restituyera el esperma de Dominique a su esposa Fabienne.

Ante esta sentencia, la mujer apeló ante el Tribunal de Apelación de Rennes que ratificó totalmente la sentencia anterior en fecha de 22 de junio de 2010, y obligó a destruir las muestras depositadas.

12.8 MARK SPERANZA¹³⁷.

En Estados Unidos, en 1997, Mark fue diagnosticado de cáncer y depositó su material genético en el Banco de esperma de Repro Lab. En el contrato que se firmó entre el centro clínico y éste, se estableció que en caso de fallecer se destruirían las muestras depositadas. Pero, tras su muerte, sus padres solicitaron la reintegración de esas muestras para poder inseminar artificialmente a una madre de alquiler.

La Corte de Apelación de Nueva York desestimó la solicitud al alegar que vulneraba la legislación sanitaria del estado al requerirse que se analizara el esperma extraído; requisito que el material genético de Mark no cumplía.

¹³⁵ Ley de Bioética del 6 de agosto de 2004.

¹³⁶ Cláusula impuesta en todos los contratos de CECOS tras el vacío legal de Parpaleix.

¹³⁷ WALDNER, N.: ‘New York Law Journal’, 4 de Marzo de 2009.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Manhattan, tutelando el derecho a la salud de la madre de alquiler, rechazó la inseminación y ordenó la destrucción de esas muestras, alegando que los padres carecían de interés legítimo para el uso de esas muestras (Sentencia del 30 de junio de 2007).

12.9 CASOS ESPAÑOLES:

12.9.1 JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE SEVILLA¹³⁸.

En 2015, una mujer solicitó al Juzgado de Primera Instancia de Sevilla que se admitiera que fuese inseminada con el semen de su pareja de hecho fallecida.

En un principio, un especialista en urología extrajo el semen, quedando pendiente que el Juez de Primera Instancia autorizara su utilización. El Juzgado de guardia autorizó su conservación hasta que recayera la decisión del juzgado competente.

El juez competente denegó esa petición realizada por la mujer al Juzgado de guardia de Sevilla, puesto que, en su criterio, la extracción debía realizarse en las 24 horas siguientes al fallecimiento del hombre y una vez extraído, se podría realizar el tratamiento en un año.

El Juzgado de Primera Instancia de Sevilla número 25 denegó la posibilidad a una mujer de inseminarse con espermatozoides de su marido muerto puesto que dicha inseminación no se ajustaba a los requisitos legales del art. 9 LTRHA.

Según el juzgado, de acuerdo con este precepto, el hombre debería haber emitido un consentimiento expreso para que, en caso de fallecimiento, su mujer pudiera utilizar su material genético.

Lo curioso de este caso es que, en un primer momento, el juzgado de guardia permite su extracción, y posteriormente el Juzgado de Primera Instancia deniega su utilización. Esto es así debido a la funcionalidad del Juzgado de guardia, es decir que hasta que no se determine la competencia del Juzgado debe realizar todas las medidas cautelares necesarias para poder llevar a cabo el procedimiento.

¹³⁸ PEREIRA, M.J.: ‘‘ABC’’, Sevilla, 1 de septiembre de 2015

12.9.2 CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS CONOCE SOBRE UN CASO EN EL QUE INTERVIENE UNA ESPAÑOLA¹³⁹.

Una mujer española, Mariana González Gómez, solicitó al Consejo de Estado francés que se le dejara inseminar con el esperma de su marido fallecido.

El caso comenzó en 2015 cuando su esposo, Nicola Turri falleció por leucemia en París, una hora antes de que su mujer iniciara el tratamiento de fecundación asistida.

El proceso administrativo debía concluir con la emisión del consentimiento del marido ante Notario, cosa imposible al fallecer. Sin embargo, Turri dejó por escrito, dos meses antes, cuáles eran sus instrucciones y deseos en caso de fallecimiento.

Según los escritos previos del marido: *“antes de no poder escribir más, quiero dar indicaciones sobre la única cosa que me importa en mi vida y desde la inestabilidad de mi futuro, las muestras de esperma. Querría que Mariana pueda hacer el uso que quiera de ellas si esta leucemia es letal para mí”*.

Tras una primera denegación de su solicitud por un Tribunal administrativo francés, Mariana acudió al Consejo de Estado. En Sentencia de 31 de Mayo de 2016, el Consejo autorizó el envío del semen de Nicola para que Mariana pudiera someterse al tratamiento de inseminación en España.

12.9.3 AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA CORUÑA. AUTO DEL 3 DE NOVIEMBRE DE 2000¹⁴⁰.

En 1988 José Antonio solicitó que se congelara su esperma para que en un futuro pudiera ser padre, pero falleció sin otorgar consentimiento expreso en testamento, escritura pública, documento de instrucciones previas o en documento otorgado por el centro clínico.

Al solicitar su mujer, Paloma, ante el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Ferrol, la autorización para poder someterse al tratamiento de fecundación *post mortem*, se permitió su realización por medio del Auto de 22 de noviembre de 1999. Se aceptó la práctica de la técnica, al considerar que el requisito del consentimiento era requerido únicamente para los efectos de determinar la filiación de quienes nacieran del mismo, pero no un requisito sin el cual no pudiera autorizarse su realización.

¹³⁹MUCHA, M.: ‘‘El Mundo’’, España, 15 de Junio de 2016.

¹⁴⁰ AP de A Coruña (Sección 4ª). Auto nº. 82/2000 de 3 noviembre. AC 2001\183

El Ministerio Fiscal, ante el fallo, interpuso recurso de apelación ante la AP de La Coruña solicitando que se revocara el Auto de 22 de noviembre de 1999.

Tras el análisis del art. 9 de LTRHA, la AP de la Coruña revocó en su Auto de 3 de noviembre de 2000, el dictado en Primera Instancia por el Juzgado de Ferrol. Consideró que, según ese precepto, el consentimiento es un requisito imprescindible para que se pueda utilizar el material genético de una persona. Además, en su Fundamento sexto, considera que el consentimiento es un requisito de carácter personalísimo, por lo que no puede ser suplido por otro, ni puede reputarse otorgado implícitamente por la voluntad presunta del fallecido.

12.9.4 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. SENTENCIA 16 DE JUNIO DE 2003¹⁴¹.

En 1996, Constantino donó esperma para su congelación con la finalidad de poder inseminar a su esposa por medio de las técnicas de reproducción asistida. A finales de ese mismo año, Constantino fallece y en febrero de 1997, el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) deniega a su esposa la posibilidad de someterse a una fecundación *post mortem*.

En ese momento, Bárbara interpone un recurso contencioso-administrativo 624/1998 ante el TSJ de Madrid. En él alegó que, ni a ella, ni a su marido se les informó acerca del requisito del consentimiento para poder utilizar el material genético en caso de fallecimiento del varón. Por su parte, el INSALUD se basó en la Ley 35/1988, ya derogada, y en el Real Decreto 413/1996, que prohíbe la práctica de estas técnicas en caso de no haber consentimiento expreso.

El Tribunal, en su Sentencia de 16 de junio de 2003, falló en contra de Bárbara al entender que *“la eventual ausencia de información al marido y a la esposa de las exigencias legales de la ley no puede suplir ni subsanar el incumplimiento de las prevenciones normativas por parte del interesado”*. Dictaminó que *“la falta de consentimiento escrito del marido fallecido, exigencia legal que no puede ignorarse, conlleva la improsperabilidad de la prestación de la actora y, por ende, la adecuación a Derecho de la resolución administrativa recurrida”*. En definitiva, no prosperó la

¹⁴¹España. TSJ de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) de 16 de junio; STSJ 658/2003, JUR \2004\156862

solicitud y voluntad de Bárbara (viuda) ante la falta de consentimiento expreso por parte de Constantino (fallecido).

13. EFECTOS.

Los efectos fundamentales derivados de las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem* son dos: los efectos sucesorios relativos al posible hijo póstumo y la filiación del mismo.

13.1 DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.

Antes de determinar los efectos de la filiación, debemos analizar en qué consiste este concepto. Podemos definirlo como aquel derecho jurídico que existe entre dos personas donde una de ellas es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico, y por la cual se derivan una serie de derechos y obligaciones, tales como, la patria potestad, los derechos sucesorios, guarda y custodia o la nacionalidad. Según RIVERO HERNÁNDEZ, la filiación es *“la relación jurídica que se da entre padres e hijos”*¹⁴², entendiéndolo que se trata de una relación *“existente entre generantes y generadores, padres e hijos, con el conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones, que los vincula en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla”*¹⁴³.

De la propia LTRHA cabe deducir que la filiación es más un concepto cultural que biológico, puesto que lo más importante es la posesión de estado más que la realidad genética. Por tanto, *“aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo”*¹⁴⁴.

En un principio se asociaba la filiación con aquella realidad que compartían individuos debido a una genética común o una filiación por consanguinidad. Una vez se reguló por primera vez una legislación que abarcó las técnicas de reproducción asistida, la Ley 35/1988, se pasó a definir la filiación como una filiación jurídica. El legislador construyó esta filiación a partir de una filiación natural, ya que, *“trató de permitir y*

¹⁴² RIVERO HERNÁNDEZ, F. En LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.) *Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV Familia, Ed. Dykinson, 2008, Pás. 25.

¹⁴³ RIVERO HERNÁNDEZ, F. En LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.) *Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV Familia, Ed. Dykinson, 2008, Pág. 25.

¹⁴⁴ España. AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), SAP 450/2011 de 24 de octubre, JUR 2012\14522

procurar lo más posible que el padre biológico apareciera y ostentara la paternidad jurídica’¹⁴⁵.

La CE, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, recoge el derecho a la igualdad y a la no discriminación en su art. 14. En concreto debemos atender a la protección en cuanto a la no discriminación por nacimiento, puesto que el tema que vamos a desarrollar será el trato normativo ante hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida, bien con vinculación matrimonial, o bien sin ella.

Asimismo, cabe entender, conforme al art. 39.2 de nuestra Constitución, que *“los poderes públicos serán aquellos que se encarguen de la protección de los hijos, siendo estos iguales ante la ley con total independencia de si su origen es biológico o por la utilización de técnicas de reproducción asistida”*¹⁴⁶, indicando que será potestad del Estado procurar en un primer momento la correcta determinación de la filiación y posteriormente, la protección del menor para que ostente los mismos derechos que un menor con filiación natural.

La propia regulación sobre reproducción asistida, en su art. 7, enuncia que *“ la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, salvo de las especificaciones establecidas en los arts. siguientes”*. Pero el efecto fundamental que se desprende de esta Ley reside en su art. 9, el cual establece la determinación de la filiación tras haber utilizado los métodos de reproducción asistida.

Este art. se trata de una regla especial en la determinación de la filiación. Es decir, en caso de que haya una concurrencia de los requisitos que se exigen por la LTRHA (consentimiento y plazo) se derivará el consentimiento de la relación jurídica existente entre el varón que ha fallecido y el hijo nacido de ese tratamiento.

Existe una laguna legal en el caso de que se produjera un matrimonio entre la viuda sometida al tratamiento *post mortem* y un tercero, dentro del plazo de 12 meses que considera la ley como plazo para recurrir a la fecundación post mortem. Esta problemática reside en la filiación matrimonial que correspondería al varón fallecido, según el art. 9.2 LTRHA, que se enfrentaría a la presunción del art. 116 del CC, el cual establece una presunción *iuris tantum* *“sobre la paternidad a favor del marido sobre*

¹⁴⁵ ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*. 11ª ed, Ed. Edisofer, Madrid, 2007, Pág. 269.

¹⁴⁶ Art. 39.2 Constitución Española.

los hijos que tenga durante el matrimonio y hasta los trescientos días después de su separación’,¹⁴⁷.

Que nazca un hijo póstumo, sobrelleva cuestiones jurídicas relativas a la filiación originada de la utilización de los gametos, una vez fallecido el varón. Esto nos plantea los siguientes puntos:

1º. Lo referido a la identidad del menor y a sus intereses¹⁴⁸.

2º. Intereses de terceros en cuanto a cuestiones hereditarias.

3º. Demás cargas derivadas o relacionadas con la condición de un hijo posterior al fallecimiento del hombre.

Además debemos diferenciar si nos encontramos ante una filiación matrimonial, regulada en el art. 9.2 de la ley, o si por el contrario, estamos ante una no matrimonial, como así establece el art. 9. 1 y 9.3 de la misma.

En el supuesto de estar ante una filiación matrimonial, la propia ley sobre reproducción asistida señala en su art. 9.2, con distinta redacción, lo mismo que es fijado por el art. 116 del CC, *“el marido ha prestado su consentimiento para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial”*.

Por el contrario, si estamos ante un filiación no matrimonial, debemos acudir al art. 9.3 de la ley de reproducción asistida, el cual nos señala que *“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 art. 44 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”*. Es decir, hace alusión a que, en el caso de estar ante una filiación no matrimonial, quedará ésta determinada por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, bien por medio de testamento o por otro documento, como así se señala en el CC en el art. 120. Puesto que no encontramos ante un procedimiento registral, es posible que tanto la parte

¹⁴⁷ Art. 116 y 117 del Código Civil.

¹⁴⁸ El art. 39.2 de la Constitución Española reconoce el derecho a la investigación de la paternidad.

interesada como el Ministerio Fiscal puedan interponer una acción de reclamación de paternidad como así se regula en el art. 9.3 LTRHA¹⁴⁹.

Cierto sector doctrinal opina que, en caso de una negativa en cuanto al cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente, el menor no obtendrá el reconocimiento de su filiación paterna. Sin embargo, un sector mucho más amplio aboga por el amparo del interés del menor y del principio del *favor filii*¹⁵⁰, es decir decantarse por la solución más favorable para el menor. Como el problema radica en determinar la filiación, su no determinación será el perjuicio del menor que la ley debe evitar y defender.

En muchos ordenamientos jurídicos se permite la utilización del material genético, aun sin cumplir con los requisitos que anteriormente hemos expuestos sobre plazos y forma. De esta manera el hijo póstumo tendrá únicamente la filiación materna, sin tener ningún tipo de vínculo con el progenitor paternal¹⁵¹. Sin embargo, por las razones apuntadas, esta solución no parece viable en el ordenamiento español.

13.2 EFECTOS HEREDITARIOS.

Otro de los efectos fruto de estas técnicas, son los derechos sucesorios. Aunque la LTRHA no los otorga de forma explícita, sí se otorgan de forma implícita en el art. 9. Considerar que de tal precepto no nace un derecho sucesorio hacia el menor haría que sostuviéramos la inconstitucionalidad del precepto pues vulneraría el art. 14 de la CE en lo relativo al principio de igualdad; hablamos de hijos que genéticamente son de los mismos padres a los que se refiere los derechos sucesorios¹⁵².

13.2.1. POSIBLE PERJUICIO DE TERCEROS Y PROTECCIÓN DE LA VIUDA ENCINTA.

Se trata de uno de los problemas troncales en materia sucesoria sobre el objeto que estoy estudiando. Se pueden plantear los casos en los que terceros sufran una disminución de la herencia o incluso una privación total de la misma.

¹⁴⁹ DE VERA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida”, *Derecho Civil IV*, (coordinador J.R DE VERA), Valencia, 2013, Pág.299.

¹⁵⁰ PÉREZ MONGE, M.: “Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción”, *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Madrid, Ed. Dykinson, 2011, Págs. 310-312.

¹⁵¹ LLEDÓ YAGÜE, F., “Comentario jurídico art. 9”, *Comentarios científico- jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/ 2006, de 26 de mayo)*, Madrid, Ed.Dykinson, 2013, Págs. 126-134.

¹⁵² LLEDÓ YAGÜE, F., “Comentario jurídico art. 9”, *Comentarios científico- jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/ 2006, de 26 de mayo)*, Madrid, Ed.Dykinson, 2013, Págs. 126-134.

Ante esta incertidumbre, se fijan dos medidas atenuantes. La primera hace referencia a un plazo temporal para poder realizar la técnica de fecundación artificial, o para realizar la transferencia de embriones al cuerpo femenino. La segunda medida es adoptar las precauciones fijadas en el CC cuando la viuda está encinta (arts. 959 a 967).

Como señala SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, no hay problema alguno para aplicar esta normativa en el ámbito de la LTRHA, matizando algunos preceptos¹⁵³.

El art. 959 del CC señala que *“cuando la viuda queda encinta debe ponerlo en conocimiento de los que tengan a la herencia derecho”*. El precepto obliga a una comunicación genérica sin especificar a qué personas concretas, aunque lo que resulta lógico y conveniente será la comunicación a ascendentes y descendentes del causante. No hace referencia tampoco al tiempo dentro del cual debe efectuarse este aviso por parte de la viuda, pero resulta coherente que deba realizarse en cuanto se tenga noticias suficientes para verificar el embarazo. Debo decir que la aplicación de este art. no sólo se hace en el caso de una viuda en sentido estricto, sino que se extiende a todas aquellas mujeres que se hubieran quedado embarazadas de un hombre que luego ha fallecido. Además, en relación con el tema que estoy estudiando, tengo que advertir que el aviso de la viuda debe extenderse también a la intención de procrear por medio de la fecundación *post mortem* o en caso de transferencia de embrión en el plazo que nos dice la ley¹⁵⁴. Por último, nada se dice sobre una posible sanción en caso de incumplirse con el aviso, pero si se demuestra una actuación voluntaria maliciosa, la viuda puede ser responsable de satisfacer la indemnización prevista en los arts. 1103 y 1107 del mismo cuerpo normativo¹⁵⁵.

En relación con el anterior art., el precepto 961 nos dice que, aun dándose el aviso del art. 959, al aproximarse el parto se debe poner este hecho en conocimiento de los interesados. Analizando el contenido del mismo, debo concretar que no se establece un plazo concreto en cuanto a la proximidad; y que en caso de un parto prematuro será difícil hacer efectivo el contenido del mismo. La finalidad de este precepto es el control

¹⁵³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Comentario al art. 959 del Código Civil”, en AA.VV: *Código Civil Comentado*, Vol. II, (dir. A CAÑIZARES LASO), Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2011, Pág. 1393.

¹⁵⁴ FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico civil del embrión humano con especial consideración al concebido in vitro*, Mac Graw Hill, Madrid, 1999, Págs. 286-287.

¹⁵⁵ VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Comentarios del Código Civil*. (Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.), Comentario del art. 959, Vol. V, Bosch, Ed. 2º, 2013, Pág. 395.

efectivo del momento del parto, respetando en todo momento los derechos y libertades de la maternidad¹⁵⁶.

El art. 960 establece una facultad para los interesados en esa herencia al decir que *‘podrán pedir al Juez municipal, o al de primera instancia, donde lo hubiere, que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición de parto, o que la criatura que nazca pase por viable’*. De este art. se derivan las facultades de vigilancia ante situaciones como un supuesto embarazo falso, sustitución de un niño nacido por otro o pasar por viable una criatura que no cumpla los requisitos del art. 30 del CC. Tenemos que decir que más que un derecho es una facultad que se solicita ante el Juez de Primera Instancia del domicilio de la viuda. Por último, debo señalar que los límites para el desarrollo de esas facultades son el pudor y la libertad de la mujer, cuya intimidad está tutelada por el art. 18 CE y que se regula en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo¹⁵⁷.

En caso de omitir cualquiera de estas diligencias, el art. 962 del CC nos dice que *‘no basta la omisión para acreditar una suposición del parto o falta de inviabilidad del nacido’*. Por lo tanto, estas diligencias no perjudicarán a la legitimidad del parto pues no establece ninguna presunción *iuris tantum* en contra del mismo¹⁵⁸.

Los mandatos establecidos en el art. 959 no son de carácter obligatorio en el caso de que, *‘el marido hubiera recogido en documento público o privado la certeza de la preñez de su esposa, estará ésta dispensa’*, sin embargo, *‘quedará sujeta a cumplir lo dispuesto en el art. 961’*. Para que este art. sea efectivo deberá emitir el marido su voluntad en testamento o cualquier otro documento privado pero de carácter indubitado. No precisa nada sobre la facultad de los interesados de controlar el embarazo como así se refleja en el 960¹⁵⁹.

En cuanto a la protección de la viuda, debo mencionar también el art. 964, pues nos dice que *‘la viuda que quede encinta deberá ser alimentada de los bienes hereditarios’*; con cargo al propio caudal hereditario. Aunque no se considera un derecho propio, sino

¹⁵⁶ VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Comentarios del Código Civil*. (Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.), Comentario del art. 961, Vol. V, Bosch, Ed. 2º, 2013, Págs. 399-400.

¹⁵⁷ VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Comentarios del Código Civil*. (Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.), Comentario del art. 960, Vol. V, Bosch, Ed. 2º, 2013, Pág. 398.

¹⁵⁸ VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Comentarios del Código Civil*. (Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.), Comentario del art. 962, Vol. V, Bosch, Ed. 2º, 2013, Págs.400-401.

¹⁵⁹ VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Comentarios del Código Civil*. (Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.), Comentario del art. 963, Vol. V, Bosch, Ed. 2º, 2013, Pág.420.

para el *nasciturus*, lo disfrutará la viuda a cargo de la herencia y sin tener en cuenta la situación económica de la misma. La cuantía será la que se determine según el art. 142, es decir, la referida al sustento, el vestido, la alimentación y la asistencia sanitaria; y su duración será hasta el momento en el que se produzca un aborto o se verifique el nacimiento.

La doctrina se plantea si lo que se le otorga como derecho de alimentos sería el que le correspondería al concebido una vez que nazca y si cabría una restitución de los mismos en los supuestos en los que no haya nacimiento efectivo¹⁶⁰. Actualmente es un debate que continúa activo en nuestros Tribunales.

En cuanto al tiempo entre la noticia y la verificación del parto se deben prever ciertas medidas de seguridad y administración de la herencia. Así, el art. 965 nos dice que se pueden adoptar medidas genéricas de seguridad en materia de evitar un deterioro en el patrimonio de la herencia y que de esta forma no sufra pérdidas. Este art. hace una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil al decir que se debe nombrar un administrador que será el encargado de gestionar y ejecutar estas medidas preventivas¹⁶¹.

También durante este periodo, la división de la herencia quedará suspendida (art. 966 CC), *‘sin embargo, el administrador podrá pagar a los acreedores’*. Este art. establece el efecto principal del supuesto en el que la viuda quede encinta y es precisamente esa suspensión de la participación de la herencia, la que impide que los herederos puedan hacer efectiva su división¹⁶².

13.2.1. DERECHOS SUCESORIOS EN CASO DE NACIMIENTO DEL MENOR.

Los problemas en cuanto a los efectos sucesorios residen principalmente en la falta de adecuación del Derecho de Sucesiones del CC y la incertidumbre que sufren aquellas personas que resultarían perjudicadas en el caso de que naciera el menor.

¹⁶⁰ ALONSO PÉREZ, M.: *Los alimentos debidos a la viuda encinta (Análisis y revisión del art. 964 del Código Civil)*, Zaragoza, Ed. Reus, 1969, Pág. 373.

¹⁶¹ GITRAMA GONZÁLEZ, M.: ‘La Administración de la herencia en el Derecho español’, Ed. *Revista Dº Privado*, Madrid, 1950, Pág. 33.

¹⁶² ALBALADEJO GARCÍA, M.: La responsabilidad de los herederos por deudas del causante antes de la partición, en *ADC*, 1976, Pág. 481.

El art. 758 del CC expresa literalmente que *“para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.”* Con ello entendemos que para que pueda existir la condición de heredero, previamente debe existir el fallecimiento del causahabiente del mismo. Se reinterpreta que se inicia tal capacidad para heredar en el momento del nacimiento, como así se regula en el art. 29 del CC, puesto que, con el alumbramiento nace la personalidad. Por lo tanto, si aplicamos de forma expresa este precepto, el no concebido al no haber nacido no ostentaría personalidad jurídica y por lo tanto no tendría la condición de heredero.

Sin embargo, en mi opinión, esto no constituye un gran problema, ya que si hacemos referencia al art. 745.1º CC, se puede deducir e interpretar el derecho sucesorio del preembrión. Este art. establece que son incapaces de suceder las criaturas abortivas, es decir aquellas que no cumplan con el art. 30 CC: nacer con vida una vez que se ha desprendido del seno materno. De esto se deduce que el concebido, pero no nacido, tiene capacidad sucesoria siempre que nazca cumpliendo con los requisitos del art. 30 del CC.

Aunque el CC en el momento de ser promulgado no pensaba en una concepción *in vitro*, no hay objeción para aplicar el art. 29 de esa normativa. Este precepto nos dice que *“el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el art. siguiente”*. Por lo tanto, el concepto de *“concebido”* es suficientemente amplio como para poder incluir al embrión concebido *in vitro*, en virtud de lo que establece el art. 3.1 CC, según el cual las normas del código se interpretan de acuerdo con las normas sociales del momento en el que se deban aplicar¹⁶³.

A pesar de la aparente interpretación estricta de los preceptos, nuestro ordenamiento jurídico admitió la sucesión a favor del no concebido. De hecho, la Dirección General de los Registros y del Notario en una de sus resoluciones de 1982¹⁶⁴ consideró que *“no existe prohibición alguna respecto de la posibilidad de suceder mortis causa de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables e identificadas en su existencia real como tales personas.”*

¹⁶³ FEMENÍA LÓPEZ P.J.: *Status Jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Mac Graw Hill, Madrid, 1999, Pág. 40.

¹⁶⁴ Resolución de 16 de octubre 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Madrid n.º 38, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición de la herencia.

Una vez que he analizado la existencia de esa capacidad sucesoria del concebido *in vitro*, estudiaré los supuestos existentes dependiendo de la técnica aplicada para poder examinar los efectos jurídicos que derivan de los mismos:

1º. En el caso de que se genere la fecundación por la transferencia de un embrión formado por la fecundación *in vitro* de su óvulo y del esperma en el cuerpo de la mujer, sí existe el concepto de heredero en el no nacido, al protegerse así al hijo póstumo.

2º. Contrapuesto a lo anterior, en la hipótesis de que sea fecundación *post mortem* debido al uso de la técnica de inseminación artificial en el cuerpo de la viuda, en este caso, debe admitirse que el progenitor fallecido pueda llamar al concebido, pero no nacido, a que sea parte de su sucesión.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ señala que la propia LTRHA da la posibilidad de instituir como heredero al niño fruto de estas técnicas de reproducción¹⁶⁵. En el art. 9 LTRHA se prevé que se consienta en testamento la utilización del material genético por parte de la mujer tras su fallecimiento. Para que el segundo supuesto pueda tener el mismo trato que el primero, la ley de reproducción asistida, en su art. 9.2, otorga el plazo de 12 meses para proteger al no nacido en que va a participar en el caudal relicto de su padre, es decir que será heredero dentro del proceso sucesorio.

A mi juicio, una solución a la problemática sobre los efectos de herencia del concebido por fecundación artificial *post mortem*, reside en que se reforme el articulado, bien porque se presuma directamente que el niño fruto de este método tendrá capacidad para suceder, o bien que se consideren concebidos al momento que se abra la sucesión.

En la práctica este plazo temporal de doce meses es de gran utilidad, sobre todo en los supuestos en los que premuere un familiar paterno y se realizar la fecundación *post mortem*. En este caso se deberá esperar los meses previstos legalmente para declarar quién ostenta la condición de heredero.

Por último, debemos hacer una reseña a lo establecido por el derecho comparado en esta materia de sucesión. En Alemania en su art. 1923 del BGB ampara y tutela los derechos del menor de la siguiente manera: “*quien aún no viva al tiempo de la muerte del causante, pero estuviese ya concebido, vale como nacido antes de la muerte del causante.*”

¹⁶⁵ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Compendio de Derecho Sucesorio*. Madrid, 2011, Págs. 57-58

Por su parte el art. 725 del CC francés argumenta que, para heredar se debe tener como requisito, el estar vivo en el momento en el que se abra la sucesión. Por el contrario, en el italiano si se admite y se protege los derechos sucesorios del aun no concebido en el momento en que fallece el progenitor, tal y como se contempla en el art. 462.3.

14. CONCLUSIONES.

PRIMERA: Los avances de la medicina han posibilitado las técnicas de reproducción humana asistida, cuya regulación plantea una gran variedad de problemas ante posibles vacíos legales. El mayor de los debates reside en la manipulación y en el tratamiento de la protección del menor, una vez que se va a llevar a cabo estas técnicas.

SEGUNDA: Bajo la denominación de fecundación *in vitro post mortem*, se esconden tres modalidades distintas: la fecundación *in vitro post mortem* en sentido estricto; (implantar el gameto una vez ha muerto el varón); la fecundación artificial *post mortem* (que incluye, además, la inseminación artificial) y la procreación artificial *post mortem* (que comprende las dos anteriores). Solo la segunda de ellas, encuentra perfecta cabida en la regulación contenida en el art. 9 LTRHA.

TERCERA: Uno de los mayores problemas jurídicos se suscita en torno a la protección del *statuts* de embrión. Este debate deriva, su vez, de la problemática derivada acerca de la misma concreción del comienzo de la vida humana. De una parte, el Código Civil, en sus artículos 29 y 30, determina que solo con el nacimiento se adquiere personalidad jurídica. No obstante, existen otros preceptos en nuestro Ordenamiento Jurídico que, en desarrollo del art. 15 CE, han considerado que el embrión debía ser merecedor de tutela (162CP y art. 2 LO 1/1996). Asimismo, algunos Convenios Internacionales coadyuvan a esa misma protección, tales como, el Convenio Europeo de 1950 o el Convenio de Oviedo de 1997 (art. 2.1 Convenio Europeo, y art. 10 Convenio de Oviedo). Por tanto, aunque el embrión carezca en sí de personalidad jurídica, es un bien jurídico merecedor de reconocimiento y protección.

CUARTA: En materia de fecundación asistida *post mortem* se suscita un claro conflicto de intereses. De una parte, el interés de la mujer a procrear, así como el del varón a tener descendencia póstuma y, de otra, el interés del menor que nacerá a ser asistido por sus progenitores. Tampoco hay que despreciar el interés sucesorio que pudieran tener terceros en la herencia del progenitor fallecido. El conflicto de estos intereses debe

resolverse otorgando preferencia al interés del menor, tal y como enseña el art. 2 LO 1/1996. No obstante, aun cuando se parta de que su interés es el prioritario entre los que se encuentran en conflicto, éste no se verá vulnerado por la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*, en cuanto que su necesaria tutela se alcanza con la determinación de su filiación paterna desde el momento de su nacimiento.

QUINTA: El derecho comparado ofrece un panorama diverso en el tratamiento de la reproducción asistida *post mortem*. Países como Italia, Francia, Portugal o Alemania, tienen una legislación restrictiva, en cuanto a que no admiten legalmente la práctica de estas técnicas; mientras que, por el contrario, países como Bélgica, Reino Unido o Dinamarca, permiten de forma más flexible la posibilidad de acceder a las mismas.

SEXTA: La fecundación asistida *post mortem* se regula específicamente en el artículo 9 LTRHA 2006. Este precepto admite la introducción del semen del varón fallecido o de los preembriones previamente constituidos en el organismo de la mujer. Para poder realizar esta técnica, es necesario que se cumplan dos requisitos: la emisión del consentimiento de forma expresa por parte del varón, y que pasen como máximo 12 meses desde que fallece el varón hasta que se lleva a cabo el tratamiento.

SÉPTIMA: En lo referente al consentimiento, debemos acudir previamente a la Ley 41/2002, referida a la autonomía del paciente y de sus derechos, y en concreto, habrá de respetarse previamente el derecho a la información clínica. El consentimiento debe ser libre, voluntario, formal e informado. Los requisitos específicos que se necesitan, además de los generales que antes he nombrado, se diferencian dependiendo de la relación del varón con la mujer. En el caso de que haya vinculación matrimonial, se requiere el consentimiento de ambos miembros de la pareja. Sin embargo, en caso de parejas *more uxorio*, el consentimiento no es un requisito esencial en sí, sino presupuesto necesario para iniciar el expediente de filiación del Registro Civil. La forma de expresar este consentimiento es posible a través de todos los medios que se describen en el art. 6 LTRHA (escritura Pública, testamento, documento de instrucciones previas o documento clínico).

OCTAVA: En cuanto al plazo en el que debe realizarse el tratamiento, el propio art. 9 LTRHA 2006 aclara que debe realizarse en un año tras el fallecimiento del varón. Sin embargo, este tiempo es muy debatido por parte de la doctrina al considerarse escaso, por lo que se propone desglosa el plazo en dos periodos: un periodo de seis meses, para

que la viuda pueda decidir sobre si se someterá al tratamiento, y otro de un año, para poder llevar a cabo de forma efectiva la técnica.

NOVENA: A lo largo de la historia de la utilización de estas técnicas, se han planteado diversos supuestos problemáticos cuya resolución ha servido de base en muchos ordenamientos para luego resolver casos análogos. En Francia, el caso más destacado es el de Parpalaix contra CECOS, o el de Maria Pirès contra la Grave Hôpital, relativo a la devolución del esperma a la mujer del fallecido. Estos casos franceses asentaron la doctrina legal sobre la permisibilidad de realizar estas técnicas, al rechazar de forma total la posibilidad de efectuarla *post mortem*. En EEUU, cabe hallar dos casos destacados, Hecht contra la Corte de California, o Hart contra Charter; caso éste en el que, por primera vez, se reconoció una pensión de orfandad a un menor que había nacido por medio de estos tratamientos. Sin embargo, el caso quizá más mediático sucedió en Reino Unido en 1995, cuando Diane Blood solicitó la devolución del esperma de su marido fallecido al hospital donde se hallaba depositado para así realizar su tratamiento en Bélgica, al ser el tratamiento ilegal en Reino Unido y los Tribunales ingleses fallaron a su favor con fundamento en el Tratado de la Unión Europea. Un supuesto muy similar y más reciente, es el de Mariana González que finalmente ha conseguido que el Consejo de Estado francés falle a su favor admitiendo la devolución del esperma de su marido fallecido, depositado en un hospital francés, a fin de realizar el tratamiento de fecundación *post mortem* en España, donde, a diferencia de Francia, sí es legal.

DÉCIMA: El nacido como fruto de la utilización de estas técnicas tendrá iguales derechos sucesorios que cualquier otro hijo póstumo que hubiera sido concebido en vida de su progenitor. No obstante, en su garantía y también para asegurar los derechos de terceros que pudieran ostentar interés o derecho en la herencia del causante, se han de adoptar ciertas cautelas en la apertura de la sucesión y a la hora de proceder al reparto de la herencia. Cautelas que el CC ya previó cuando a la herencia es llamado un hijo póstumo y que la doctrina considera perfectamente aplicables a los casos que se han analizado en el presente trabajo.

UNDÉCIMA: En cuanto al segundo efecto, la filiación, el artículo 9.2 LTRHA 2006, deja claro que si el marido presta su consentimiento expreso, se producirán los efectos legales derivados de una filiación matrimonial, y en caso de no tener vinculación matrimonial con la mujer, ese consentimiento servirá para iniciar el procedimiento

pertinente en el Registro Civil, por lo que aquél ha entenderse equivalente a una especie de reconocimiento póstumo del que resulta la determinación de la filiación. No obstante, existe una laguna legal, ya que no se ha previsto el supuesto de que la viuda se case con un tercero en el plazo de 12 meses que dicta la ley para someterse al tratamiento. Laguna legal que quizá pueda solventarse considerando aplicable plenamente el art. 116 CC y, por tanto, entendiendo que el nacido es hijo matrimonial del segundo varón, sin perjuicio del ejercicio de las correspondientes acciones de impugnación.

15. BIBLIOGRAFÍA.

ALBALADEJO GARCÍA, M.:

Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia. 11ª ed, Ed. Edisofer, Madrid, 2007.

“La responsabilidad de los herederos por deudas del causante antes de la partición”, *ADC*, 1976.

ALKORTA IDIAKEZ, I.:

“Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida. Derecho y Salud”, *Publicación oficial de la Asociación Juristas de la Salud.* Vol 11, nº 2, Julio-Diciembre 2003.

Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado. Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2003.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “*Reproducción asistida Post Mortem*”, *Aranzadi Civil*, 2001, nº 2.

BERROCAL LANZAROT, Isabel. “De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España; análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 24 de mayo (1ª parte) ”. *Revista de la Escuela de Medicina Legal.*, Nº 9 (Octubre), 2008.

CORRAL TALCIANI, H.: “La procreación artificial “post mortem” ante el Derecho”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, 1988, Pág. 22.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, nº21, Enero-Diciembre, 2007.

DE LA CAMARA ÁLVAREZ. M.: *Compendio de Derecho Sucesorio.* Madrid, 2010.

DE VERA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida”, *Derecho Civil IV*, (coordinador J.R DE VERA), Valencia, 2013.

FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de la pareja y disposición de embriones*. Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2011.

FEMENÍA LÓPEZ P.J.: *Status Jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Mac Graw Hill, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Comentario al art. 9 LTRHA”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (dir. J.A. COBACHO y coord. J.J. INIESTA). Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2007.

GITRAMA GONZÁLEZ, M.: “La Administración de la herencia en el Derecho español”, Ed. *Revista Dº Privado*, Madrid, 1950.

INIESTA DELGADO. J.J.:

“La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. Por M.YZQUIERDO TOLSADA y M.CUENTA CASAS). Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2011.

“Los derechos sucesorios del hijo nacido de la fecundación post mortem”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 29, 2008.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid, Reus, 2012.

JUNQUERA DE ESTÉFANI, R.: *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Ed. Tecnos, 1998.

LLEDÓ YAGÜE, F., “Comentario jurídico art. 9”, *Comentarios científico- jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/ 2006, de 26 de mayo)*, Madrid, Ed.Dykinson, 2013.

LÓPEZ PELÁEZ, P.: “Filiación y reproducción asistida”, en AA.VV. *Derecho de la persona* (coord. por I.RAVETLLAT). Barcelona, Bosch, 2011.

MARTÍN-CASALS, M. / SOLÉ FELIÚ, J.: “Comentario a la STS 29 de mayo de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº64, 2004.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, (3ª Edición), Ed. Colex, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida”, en AA.VV.: *El juez civil ante la investigación biomédica*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, 1993.

PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Inseminación artificial y transferencia de embriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2007, nº 4.

PÉREZ MONGE, M.: “Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida”, en LLEDÓ YAGÜE, F; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, a.: *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Vol. I, Dykinson, Madrid, 2001.

PÉREZ MONGUE M., “Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”, *Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 2002.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.) *Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV Familia, Ed. Dykinson, 2008.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.:

“Aspectos jurídico-privados más relevantes de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida”. Boletín núm. 1517.

“La fecundación artificial post mortem”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº3, 1987.

‘La procreación artificial post mortem’, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº3, 1987.

REICHMAN SCHIFF, A.: “Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation”, *North Carolina Law Review*, nº 75, 196-1997.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: “Comentario al art. 53.3 CE”, en AA.VV *Comentarios a la CE* (dir. M.E CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ PIÑERO) Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.

RODRÍGUEZ GUITIÁN A.M.:

‘Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem’, *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España*, nº2179, 2015.

Reproducción artificial post mortem. Análisis del art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á.: “Art. 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas ‘’, en COBACHO GÓMEZ, J.A (dir); INIESTA DELGADO, J.J (Coord.): *Comentarios a la Ley14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2007.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Comentario al art. 959 del CC”, en AA.VV: *CC Comentado*, Vol. II, (dir. A CAÑIZARES LASO), Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2011.

SANTAMARÍA SOLÍS, L.: *Técnicas de reproducción asistida. Manual de Bioética*. Ed. Ariel. 2001.

SERNA MEREÑO, E.: “Art. 6. Usuarios de las técnicas”, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

SERRANO ALONSO, E.:

“Aspectos de la fecundación artificial”, *Actualidad Civil* 107/1999.

“El depósito de espermatozoides o embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem”, en AA.VV.: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científico en materia de reproducción humana*, Madrid, Trivium, 1988

SOUTO PAZ, J.A.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C.: “Comentario al art. 15 CE”, en AA.VV. *Comentarios a la CE*, (dir. por M.E CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO), Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008

VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Comentarios del CC*. (Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.), Comentario del art. 959, Vol. V, Bosch, Ed. 2º, 2013

WARNOCK, M.: *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Blackwell, Oxford, 1985.