



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2017-2018

LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM

AUTORA: Lucía Martín Izquierdo

DIRECTORA: Silvia Tamayo Haya

RESUMEN:

Este trabajo que lleva por título la reproducción asistida post mortem versa principalmente sobre la regulación de esta figura en el derecho común español, haciendo una breve referencia a las técnicas de reproducción asistida y el profundo estudio del artículo 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006). El objetivo perseguido con la elaboración de este trabajo va más allá del estudio de la figura en cuestión, abarcando además una visión comparada de la figura de la reproducción asistida post mortem en los países vecinos, haciendo así una comparativa del avance de la sociedad en diferentes países y regiones, reflejada en la elaboración de sus leyes, ya que la ley es el reflejo de la sociedad en todos sus aspectos. Asimismo, ofrece un seguimiento de las opiniones doctrinales que engloban a la figura desde su nacimiento, a través de la alusión a multitud de autores, cuya lectura me ha ayudado a elaborar una opinión fundada y adecuada a la época en la que nos encontramos y a mi criterio personal, que es expresado en las conclusiones del presente.

ABSTRACT:

This work is titled “post-mortem assisted reproduction”. It mainly deals with the regulation of this figure in the Spanish common law, making a brief reference to assisted reproduction techniques, and the Law of assisted Human Reproduction techniques’ article nine’s deep study. The objective pursued with the elaboration of this work goes beyond the study of the post-mortem reproduction figure, and covering a comparative vision of the figure in the neighboring countries, making a comparison of the advancement of the society in different countries and regions, reflected in the elaboration of their laws, because the law is the reflection of the society. It also offers doctrinal opinions that encompass the figure from its birth, through the allusion to many authors, whose reading has helped to develop an opinion founded and appropriate to the time when we live.

ABREVIATURAS

Art/art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
LTRA	Ley de Técnicas de Reproducción Asistida
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
Núm/núm.	Número
ObCit.	Obra citada
pp.	Páginas
p.	Página
ss.	Siguientes
Vol.	Volumen
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

ÍNDICE

1.	Introducción	5
1.1	Conceptos.....	6
1.2.	Antecedentes históricos. La Comisión “Palacios” y las leyes sobre Técnicas de Reproducción Asistida.	8
1.3.	La “reproducción asistida post mortem” en la ley.	11
1.4.	Análisis jurídico de la reproducción asistida post mortem.....	14
2.	Interpretación y problemas de aplicación del artículo 9 de la Ley 14/2006.....	17
2.1.	Ámbito subjetivo.....	18
2.2	Ámbito objetivo. Reproducción y fecundación post mortem.....	21
2.3	El reconocimiento de la filiación	23
3.	Requisitos de aplicación del artículo 9 LTRHA	26
3.1.	La muerte o declaración de fallecimiento	26
3.2	El consentimiento.....	26
3.3	La revocación del consentimiento.....	30
3.4	El requisito temporal.....	31
4.	La reproducción asistida <i>post mortem</i> en Derecho comparado.....	35
4.1	Francia.....	35
4.2	Canadá.....	37
4.3	Portugal	37
4.4	Especial referencia a la Ley Catalana.....	38
5.	Casos importantes en la historia de la reproducción post mortem.	41
5.1	Parpalaix vs. CECOS	41
5.2	Fabienne Justel.....	43
5.3	AAP La Coruña 3 de noviembre del 2000.	44
5.4	Constantino y Bárbara. STSJ Madrid 658/2003.....	45
5.5	Juzgado de Primera Instancia de Sevilla.	45
6.	Conclusiones	46
7.	Bibliografía	51

1. Introducción

El mundo de la tecnología avanza a pasos agigantados, incidiendo de manera directa en muchos aspectos de nuestra vida, para mejorarla desde un punto de vista objetivo en multitud de ocasiones. Conviene afirmar, que estos avances provocan conflictos con el derecho, el cual avanza siempre un poco por detrás, y que también debido a esto, está en constante evolución.

El constituyente deja un gran abanico abierto en la Constitución de 1978 para poder introducir los avances tecnológicos fácilmente en el derecho a través de su artículo 44, párrafo 2^o, en el cual se establece expresamente la iniciativa que han de tener los poderes públicos para avanzar y promover el avance de la investigación científica por el bien del interés general.

Gracias a la inclusión de este artículo por parte del Constituyente, podemos, dentro del marco que nos establece la Constitución con respeto al resto de principios generales que establece nuestra Carta Magna, dar cabida a nuevas figuras dentro del derecho², cada vez menos espaciadas en el tiempo, y hacer la vida de la población mucho más fácil.

Consecuentemente, tras la redacción de la Constitución de 1978, sucesivas leyes innovadoras fueron surgiendo, escandalizando en muchas ocasiones a la sociedad de la época, estancada en la Dictadura del General Francisco Franco, donde el avance y los derechos individuales y colectivos más importantes en la sociedad actual brillaban por su ausencia. En pocos años se han fomentado y formalizado valores como la igualdad, la equidad, libertad, avance de la tecnología, y otros muchos derechos fundamentales.

¹Artículo 44.2 Constitución española 1978.: “Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.”

² Como establece el preámbulo de la Constitución española del 1978, “Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”. En este sentido, entiendo que cuando habla del progreso de la cultura, se refiere igualmente al progreso de la sociedad española, que, interpretado desde un punto de vista amplio, puede referirse al avance tecnológico que dignifique la vida de las personas.

1.1 Conceptos

En cuanto a la temática que voy a abordar con este trabajo, en concreto, es la reproducción asistida post mortem, pero para poder comprender lo que abarca esta técnica he de hacer alusión a una serie de conceptos que debemos atajar y comprender previo estudio de la figura de la reproducción post mortem en concreto, como son las técnicas de reproducción asistida, la fecundación in vitro y la inseminación artificial.

En cuanto al concepto de técnicas de reproducción asistida, podemos definirlo como el conjunto de técnicas o procesos que sustituyen al proceso natural de la reproducción³. Podemos también definir estas técnicas de forma más coloquial o menos tecnológica, como realiza MARÍA CASADO al definirlo como “*técnicas que otorgan la posibilidad de ser padres, biológicamente, a algunas personas que sin la ayuda de estos adelantos biotecnológicos no habrían tenido descendencia.*”⁴. Este concepto es el principal, puesto que de él se extraen otros tantos correspondientes con la cantidad de técnicas que se regulan y se practican hoy en día.

Para seguir adentrándonos en la materia, debemos profundizar en dos técnicas importantes que se manifiestan continuamente en el proceso que conlleva mi concreto estudio, que es la reproducción post mortem. Estas dos técnicas son la fecundación in vitro (FIV) y la inseminación artificial.

La fecundación *in vitro*, la podemos definir como una técnica de reproducción asistida consistente en realizar la fecundación de los gametos femeninos con los gametos masculinos de forma exógena, esto es, fuera del cuerpo de la mujer.

El concepto que utiliza para su definición la revista “*Reproducción Asistida ORG*” consiste en “*un tratamiento de fertilidad que consiste en extraer los óvulos de los ovarios de la mujer mediante punción folicular y, a continuación, fecundarlos en un laboratorio con los espermatozoides del varón. Seguidamente, se observa la evolución*

³ Organización de reproducción asistida (“reproduccionasistida.org”).

⁴ Casado, M.: “*Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho*” publicado en Revista de Sociología. 1997, nº. 53, p.1.

de los embriones en cultivo hasta que se transfieren al útero de la futura madre a fin de lograr el embarazo”⁵.

Esta técnica de fecundación in vitro debemos diferenciarla de otra aún más común, la inseminación artificial, la cual consiste, según la Organización de Reproducción Asistida en *“una técnica mediante la cual se introducen espermatozoides de forma no natural en el útero de la mujer. El objetivo es que se produzca la fecundación y conseguir el embarazo”*.

Hemos de saber que tanto la FIV como la inseminación artificial pueden tratarse de técnicas homólogas⁶ o heterólogas⁷.

Para centrar un poco más el tema objeto de mi estudio, debo concretar el concepto de reproducción *post mortem*. Este concepto no está previsto en la ley de ninguna de las formas, puesto que la ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su artículo 9 se refiere al reconocimiento de la filiación en caso de premoriencia del marido, por lo tanto, voy a tratar de definir este concepto a raíz de lo que he podido extraer de las diversas fuentes a las que me he enfrentado.

En cuanto a la reproducción post mortem en sentido amplio, podemos decir que es la concepción y/o gestación y alumbramiento de un hijo por parte de la madre, con el material genético de un varón que en el momento del alumbramiento ha fallecido. Dentro de este concepto, podemos extraer varias situaciones: el hecho de que la fecundación se haya producido una vez muerto el varón (que se trata de a fecundación post mortem), o el hecho de que la fecundación se haya producido en vida, y bien la implantación de embriones, o la gestación y alumbramiento se haya producido tras el fallecimiento del varón, lo que puede dar lugar a una transferencia post mortem de embriones, técnica regulada por la LTRHA, o a un simple alumbramiento post mortem, lo cual no plantea problemas en cuanto a la determinación de la filiación.

⁵ Organización de reproducción asistida (“reproduccionasistida.org”)

⁶ Técnica que se realiza con ambos gametos provenientes de la pareja que se somete a las técnicas, y que, como consecuencia, van a ser los padres legales del hijo concebido.

⁷ Técnica que se realiza con uno o ambos gametos provenientes de la donación. Bien se trate de una donación de óvulos, como de espermatozoides. El sujeto que aporta el material reproductor por donación no va a ser padre legal del hijo concebido.

1.2. Antecedentes históricos. La Comisión “Palacios” y las leyes sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Simultáneamente a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, tuvo lugar un gran avance tecnológico, sobre todo en temas reproductivos, y se comenzó a obtener resultados con técnicas reproductivas fuera de la técnica biológica, la reproducción derivada de una relación sexual. Así comenzaron a obtenerse resultados positivos de las investigaciones sobre la fecundación fuera del cuerpo de la mujer, llegando a tal punto, que, en el año 1984, nació Victoria Anna Perea, la primera “niña probeta”, quien vino al mundo tras la práctica de una fecundación in vitro. Es el caso del primer niño español que nace con esta técnica reproductiva⁸.

Tras este suceso, las Cortes iniciaron sus primeras reflexiones al respecto, puesto que veían que la ciencia estaba avanzando con mayor velocidad que el derecho, y el hecho de no existir una regulación acorde con las nuevas tecnologías en materia reproductiva que estaban surgiendo, se trataba de un peligro que acechaba a la humanidad, puesto que existía un vacío legal que podría llegar a colocar a los ciudadanos españoles que acudieran a estas técnicas en auge en una situación de indefensión⁹, al no estar previsto en una norma con rango de ley ciertas soluciones a problemas que surgieran de su utilización, al menos, de forma previsible. Había que establecer unos límites y otorgar unas garantías para la utilización de estas técnicas, y se constituyó por parte del Congreso una Comisión especial en la que participaron treinta y seis profesionales de varias ramas de conocimiento, juristas, filósofos, médicos, ginecólogos, los cuales debatieron desde su perspectiva la opinión y la regulación que creían conveniente para este fenómeno científico en crecimiento¹⁰.

Lo que les llevó a regular estos asuntos fue la máxima que defendían en el prólogo del informe emitido tras las sesiones de la Comisión: “*sean los científicos quienes señalen lo que se puede hacer, para que los poderes públicos y las normas señalen los*

⁸Alonso Serrano, E.: “*Aspectos Jurídicos de la Fecundación Artificial. Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*”. Año 1990. Ed. Editum. p.829.

⁹Ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida, (Ref. BOE-A-1988-27108). Exposición de motivos (Par.II)

¹⁰Souto Paz, J.A.: “*El informe Palacios y las técnicas de reproducción asistida*” en “*Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*” ed. Dykinson S.L., p. 188.

camino a seguir, con el fin de que aquellos no caigan en una avidez o competitividad científicas y tecnológicas irreflexivas y perniciosas”¹¹.

La comisión mencionada recibió el nombre de “Comisión Palacios”, de la cual surgió el conocido “Informe Palacios”. El nombre “Palacios” se le otorgó tanto a la Comisión como al informe en homenaje al impulsor y presidente de esta Comisión, el político Marcelo Palacios, del Partido Socialista español.

A raíz de ese informe se comenzó a llevar a cabo la redacción de las primeras normas de aplicación de las técnicas de reproducción asistida¹². Así, la más importante y temprana en el tiempo, fue la ley 35/1988, de 22 de noviembre, la primera ley de Técnicas de Reproducción Asistida¹³ en España, siendo pionera a nuestro alrededor geográfico por su carácter moderno, progresista y novedoso¹⁴. España se convierte en ese momento, un lugar de turismo reproductivo.

Esta tendencia a legislar y dar cabida a temas tan novedosos y alejados de la cultura tradicional de la reproducción unida a la relación sexual, e innegablemente relacionada con la fe religiosa, fue simultáneo a la creciente opinión y pensamiento progresista de fomentar el desarrollo tecnológico también en el tema de la reproducción. Esta ley hizo que surgieran muchos detractores de la misma, siendo a la vez defensores de la España tradicional y de la institución de la familia como ente de importante protección constitucional: una familia biparental, heterosexual y estructurada, donde los roles estaban perfectamente establecidos y diferenciados¹⁵.

Debido a esta otra corriente conservadora, paralela a la corriente progresista, ambas convivientes en la sociedad, fue como se puso en tela de juicio la existencia de un

¹¹Palacios Alonso, M.: *"Prólogo al Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "In vitro" y la Inseminación Artificial Humana"* del Congreso de los Diputados.

¹²GámizSanfeliu, M. *"Reflexiones sobre la fecundación post mortem. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 6 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida"*. Universitat Internacional de Catalunya. p.2.

¹³ Ref. BOE-A-1988-27108

¹⁴Berrocá Lanzarot, A.I., *"De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 26 de mayo"*, en *"Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario"*, ed. Dykinson, S.L., p. 4

¹⁵Memorias de la Historia. Blog sobre testimonios orales de la posguerra española y la época franquista: *"Durante el período franquista, el régimen pretendió proteger y resaltar los valores familiares, tradicionales y religiosos. El Estado y la Iglesia católica compartían un fin: controlar la estructura familiar y social, para ello se ejecutaron una serie de medidas: el divorcio fue derogado, se penalizaron los anticonceptivos, se obstaculizó el trabajo de la mujer y se fomentaron las familias numerosas."*

derecho a procrear, que justificaba la necesidad de la utilización del avance tecnológico en estos temas.

Esta técnica está enfocada a satisfacer el eventual deseo de la mujer de procrear cuando su cónyuge/pareja ha fallecido poco tiempo antes. Se fundamenta su razón de ser en el derecho a procrear¹⁶, derecho cuyos límites hay que discernir.

Doctrinalmente existe la duda de si se trata un derecho o una libertad, puesto que, para parte de la doctrina (Bustos Pueche, Lledó Yagüe, Ruiz Larrea), el considerarlo como un derecho subjetivo, implicaría que, si una persona lo ostentara, su pareja estaría obligada a prestar sus gametos para poder dar cumplimiento a ese derecho. En este caso, se inclina la doctrina por considerarlo una libertad, relacionada con el derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁷, derecho fundamental consagrado en el artículo 10 de la Constitución, puesto que no puede tratarse en ningún caso de una obligación, inherente en cierto modo al concepto de “derecho”.¹⁸

Otra fundamentación para no considerar el derecho a procrear como un derecho propiamente dicho, es que no se encuentra recogido en ningún texto internacional, ni siquiera en el catálogo de derechos de la Constitución española. Lo que sí se encuentra recogido en textos internacionales es el derecho a formar una familia¹⁹. Así se recoge en el artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948²⁰, en el artículo 12 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las

¹⁶www.universalsurrogacy.com: “El derecho a procrear forma parte del grupo de los llamados derechos humanos de segunda generación, fundados en el principio de autodeterminación. Agrupa los derechos sexuales y reproductivos reconocidos por primera vez en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de 1994 y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer en 1995. Incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. Este tipo de derechos, considerados como los más humanos de los derechos, tiene consecuencias prácticas en diversas cuestiones relativas a las técnicas de reproducción asistida”.

¹⁷ Artículo 10 CE: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

¹⁸ Rodríguez Guitián, A.M.: “*Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem*”, Rev. boliv. de derecho nº 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, p.2.

¹⁹ Rodríguez Guitián, A.M.: “*Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem*”, ob. cit., p.3.

²⁰ Artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*”

Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950²¹ o en el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966²².

Independientemente del debate doctrinal y social planteado, por seguidores de la corriente legislativa en temas reproductivos y los detractores, siendo estas personas sumidas en una mentalidad conservadora, esta ley 35/1988, daba cabida por primera vez a la reproducción no sexual a mujeres solas, mujeres homosexuales, y otros, lo que da lugar a la instauración en la sociedad actual de nuevos modelos de familia, que comienzan a ser más variopintos a raíz de esta ley.

1.3. La “reproducción asistida post mortem” en la ley.

En cuanto a la regulación de las técnicas de reproducción asistida, la ley 35/1988 introdujo por primera vez, entre otras figuras dentro de la reproducción distinta a la sexual, como la fecundación in vitro, inseminación artificial, técnica ropa, diagnóstico genético preimplantacional, etc., la reproducción asistida post mortem²³, que como ya hemos dicho, se trata de la reproducción de una mujer con el material genético de su pareja, ya fallecida.

En esta primera redacción, la de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, se consagra la técnica de la reproducción post mortem en el artículo 9, al igual que en la regulación vigente.

²¹Artículo 12 del Convenio de Roma para la protección de Derechos y Libertades Fundamentales: “*A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho*”.

²² Artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello*”.

²³Artículo 9. LTRA (Ley 35/1988)”1. *No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.*

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

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

4. *El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.*”

En este artículo 9 de la ley 35/1988, se establece en el primer apartado la regla general, que consiste en la imposibilidad de declarar la filiación, es decir, la imposibilidad de reconocerse una relación jurídica entre el hijo nacido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y el progenitor que aporta el material genético, habiendo este fallecido antes del alumbramiento, siempre y cuando el material genético del varón no se encuentre en el útero de la mujer en fecha de su muerte.

En el segundo apartado se observa que, existe una excepción a la regla general, y es el otorgamiento de consentimiento por parte del varón que fallece para la utilización de su material reproductor para fecundar a su mujer, siempre y cuando este consentimiento se haga en escritura pública o testamento, y se utilice en los seis meses posteriores a su fallecimiento. En este apartado se observan ya los requisitos más importantes a los que nos enfrentamos para poder acudir a esta técnica, los cuales son el consentimiento, y el requisito temporal (seis meses).

En el tercer apartado del artículo 9 de la LTRA, se aprecia la posibilidad de que se utilice este material reproductor masculino aunque no se haya contraído matrimonio, con el fin de que se determine la filiación del menor con arreglo al artículo 49 de la ley del Registro Civil²⁴ vigente en aquel momento, la ley de 8 de junio de 1957²⁵.

En el cuarto apartado se regula la revocación del consentimiento en cualquier momento anterior al fallecimiento.

Tras 18 años en vigor, esta ley 35/1988, es derogada y sustituida en el año 2006 por la ley 14/2006, de 26 de mayo²⁶, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la cual modifica algunos aspectos que habían de ser mejorados sobre los regulados en la norma anterior. Entre las modificaciones del artículo 9, sobre la técnica de la fecundación post mortem, podemos observar:

La misma redacción del apartado primero, donde se contiene la regla general.

²⁴ Art. 49 LRC (redacción 1957): *“Podrá inscribirse la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: Primera. Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación”*

²⁵ Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, (Ref. BOE-A-1957-7537).

²⁶ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, (Ref. BOE-A-2006-9292).

En el apartado segundo, se amplía el requisito formal del consentimiento. Además de poder constar en testamento o escritura pública, se incluye el documento al que se refiere el artículo 6.3 de la LTRHA²⁷, y el documento de instrucciones previas.

Igualmente, se amplía a 12 meses el requisito temporal. En esta nueva redacción se incluye también la posibilidad de no exigencia de consentimiento si ya existen preembriones constituidos con arreglo a un procedimiento de reproducción asistida iniciado en vida del progenitor. Permite revocación del consentimiento igual que en la redacción anterior.

En el tercer y último apartado, se incluye, prácticamente en la misma línea que en la ley derogada, la posibilidad de la utilización del material reproductor del varón no unido por vínculo matrimonial con arreglo a los mismos términos que el apartado anterior, para poder determinar la filiación del menor esta vez según el artículo 44 de la nueva ley del Registro Civil, ley 20/2011, de 21 de julio²⁸

La modificación más importante tiene lugar con el aumento de requisito temporal, de 6 a 12 meses. Esto se debe a que estando en vigor la ley 35/1988, la realidad práctica hacía que la doctrina viera que existía un problema importante en cuanto a este establecimiento del tiempo para poder solicitar la inseminación post mortem. Esto tenía lugar porque las mujeres que perdían a sus parejas o cónyuges, no eran capaces en un tiempo tan reducido como seis meses, de decidir si querían o no utilizar su semen para tener un hijo con su material biológico. Era una decisión importante y en tan poco tiempo no se sentían psicológicamente preparadas para ello.²⁹ Además, las técnicas de reproducción asistida, son complejas y puede que no se llegue al éxito inmediatamente, por lo que estábamos, en el caso anterior, presionando a la viuda por razones prácticas, puesto que pocas parejas en seis meses consiguen quedarse embarazadas³⁰.

²⁷ Artículo 6.3 LTRHA: “*Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.*”

²⁸ Artículo 44.8 LRC (ley vigente, 20/2011): “*En los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine, para hacer constar la filiación paterna se requerirá previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal.*”

²⁹ Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: “*Reproducción asistida Post Mortem*”, Ed. Aranzadi Civil (2001), núm. 2º, pp. 2165-2167.

³⁰ Talavera, P. “*El derecho europeo ante el matrimonio y las uniones de hecho de personas del mismo sexo*”, publicado en Revista del Instituto de ciencias jurídicas, p. 150.

1.4. Análisis jurídico de la reproducción asistida post mortem.

Antes de tratar la figura de la reproducción asistida post mortem en sí, sus ámbitos objetivo y subjetivo y requisitos, debemos hacer una revisión doctrinal sobre el acogimiento de esta figura durante su vida jurídica.

Las primeras voces detractoras surgieron en el momento en que nació esta técnica de reproducción asistida, coincidiendo con un momento histórico de transición y gran avance cultural y tecnológico en escasos años.

Tras la redacción, aprobación y promulgación de esta ley 35/1988, surgieron diversas opiniones doctrinales al respecto de la misma, tanto por temas éticos como temas jurídicos, valorándose la licitud de esta figura desde diversos puntos de vista.

Las opiniones que merecía esta figura en la época, y tras la nueva redacción de la norma que la autoriza, son de todos los extremos, aunque los más notorios son los argumentos en contra de la misma.

Sí es cierto que muchos autores alegaban la prohibición absoluta de la figura, frente a la escasa minoría, que consideraba que no había lugar a una prohibición taxativa de la utilización de gametos masculinos con fines reproductivos por parte del cónyuge supérstite (o persona ligada por análoga relación de afectividad)³¹.

En cuanto a los argumentos esgrimidos en contra de la utilización de esta técnica, en primer lugar, nos encontramos con que el motivo principal de rechazo viene determinado por la protección del menor. Son varios autores los que consideran que, autorizando esta figura, se está desprotegiendo al menor, en el sentido de que se le priva desde el momento en que nace de ostentar una figura paterna. Esto es cierto, pero no comporta ciertamente una desprotección ni se está vulnerando el interés superior del menor, puesto que, según autores como RIVERO HERNÁNDEZ, consideran que este tipo de situaciones también se dan de forma natural, como es el caso de una mujer encinta que deviene viuda durante sus meses de gestación.

³¹ Alkorta Idiakez, I., “*Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva*”, ed. THOMSON ARANZADI. Año 2003, p. 360.

Este mismo autor defiende que el concebido utilizando una técnica de reproducción asistida post mortem, ostenta la misma condición que un sujeto nacido de una madre soltera que ha acudido a estas técnicas para ser fecundada por un donante. En este caso se justifica aún más el interés superior del menor puesto que, sabrá quién es su padre y gozará de los derechos que se ostentan tras el reconocimiento de la filiación, como son el derecho de apellidos y los derechos sucesorios³².

También argumenta su postura positiva desde la perspectiva de la mujer que solicita esta técnica, alegando que la misma tiene la facultad de decidir si acceder a la maternidad sola, sin necesidad de que exista la figura paterna al poder acudir a las técnicas de reproducción asistida y ser fecundada con el material reproductor de un varón que ha donado su semen. Se alega que si una mujer sola puede procrear a través de estas técnicas, habiendo sido inseminada con material reproductor de un varón desconocido, también puede una mujer viuda³³ hacerlo con el material genético reproductor de su marido o pareja fallecido, sin tener que acudir a gametos donados de un desconocido.

Asimismo defiende esta postura ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN, quien alude a la seguridad que otorga el legislador en protección del menor al reconocer la filiación paterna en este caso³⁴.

No obstante, otra parte de la doctrina se manifiesta en sentido opuesto. Se alude en esta línea al fundamento principal de las técnicas de reproducción asistida, el cual es principalmente salvar la esterilidad tanto de mujeres como de varones y poder hacer efectivo su derecho de formar una familia a través de la tecnología. Se alega al respecto, que esta figura no salva la esterilidad, sino que atiende al deseo caprichoso de la mujer de procrear con determinados gametos, no al deseo de procrear en sí. El contraargumento de esta idea viene dado por parte de la doctrina por la vía de la toma en consideración de la voluntad del varón fallecido, puesto que no hay que olvidarse que para hacer efectiva esta técnica hace falta un consentimiento, y en el caso de ser otorgado, hay que valorar el deseo del varón.

³²RiveroHernández, F., «La fecundación artificial post mortem», publicado en Revista Jurídica de Cataluña, p. 888.

³³RiveroHernández, F., «La fecundación artificial post mortem», ObCit., p.361.

³⁴Rodríguez Guitián, A.M., «La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico», ObCit., p.2.

Además, se hace referencia al poder dispositivo del varón sobre su material reproductivo, al que considera una “cosa”, como si se tratase de un bien mueble que poder donar, lo que está permitido por la ley y nadie lo cuestiona. Sin embargo, hay otro sector que considera que los gametos no pueden ser objeto de propiedad, y por lo tanto no se trata de una “res” ni hay poder de disposición sobre ellos³⁵. Este último argumento, desde mi punto de vista, implica que tampoco podrían existir donantes anónimos de gametos, lo que parece, aun así, que está más normalizado en la sociedad.

Una posición intermedia al respecto viene de la mano de PEDRO JOSÉ FEMENIA LOPEZ, quien considera que no pueden encontrarse en el tráfico jurídico mientras se encuentren en el interior del cuerpo humano, pero sí podrían considerarse “cosas” susceptibles de encontrarse en el tráfico jurídico una vez separadas de él³⁶.

Por lo tanto, si se permite la donación, se debe poder decidir cómo se utiliza ese material reproductor, y si es voluntad del varón que su material reproductor se utilice con fines reproductivos de forma póstuma, no hay razón para negárselo³⁷.

En tercer lugar, otro argumento en contra utilizado por parte de la doctrina detractora de la figura es considerar que alguna mujer podría utilizar esta técnica como fraude de ley, no por su deseo de ser madre, sino por tener la facultad de administrar la herencia de su marido o pareja³⁸.

El problema en este caso, es real, puesto que sí se hace efectivo un perjuicio de derechos sucesorios a terceros si se dan los requisitos necesarios para poder utilizar el material genético del varón, pero esto no implica que no haya sido previsto por el legislador, quien, acertadamente, ha limitado esta posibilidad a los casos en los que hay consentimiento y siempre dentro del plazo de 12 meses en la actual redacción (en la ley 14/2006). Además, la protección a terceros se hace efectiva en los propios artículos del

³⁵Alkorta Idiakez, I., “*Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*”, Ob.Cit., p. 360.

³⁶Femenia López, P.J., “*Status jurídico del embrión humano, con especial consideración del concebido in vitro*”, pp.98-101.

³⁷RiveroHernández, F., «*La fecundación artificial post mortem*», Ob.Cit, p.361.

³⁸RiveroHernández, F., “*La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial*” en AA. VV., “*La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*”, ed. Trivium, año1988, p. 258.

Código Civil encargados de la protección de la herencia y las medidas dirigidas a su preservación y conservación cuando la mujer se encuentra encinta (arts. 959-967)³⁹.

2. Interpretación y problemas de aplicación del artículo 9 de la Ley 14/2006.

Esta figura, aunque parece poco frecuente, se define en varias ocasiones y por muchos autores como una realidad social⁴⁰, tanto en nuestro país, como en otros países del mundo. El material genético del varón puede encontrarse en la unidad de reproducción asistida, o puede interesarse su extracción post mortem. Los casos más frecuentes se dan cuando un varón interesa la conservación de su esperma eyaculado antes de un tratamiento radioterapéutico o quimioterapéutico, por enfermedad oncológica, o por un tratamiento quirúrgico por algún motivo relacionado con la voluntad reproductiva del momento⁴¹.

Otra situación posible es la solicitud por parte de la mujer de la extracción de los espermatozoides del marido, ya fallecido, para realizar el procedimiento de fecundación post mortem⁴².

El procedimiento de fecundación es el mismo, puesto que, en ambos casos, excepto que ya haya preembriones criopreservados⁴³, se trata de una fecundación post mortem, lo que dará lugar a hijos ya no póstumos, sino postumísimos⁴⁴.

Según Carmen Ochoa, Embriólogo Clínico de la Unidad de Reproducción asistida de la Clínica Euskalduna de Bilbao, la calidad del esperma eyaculado y testicular es diferente, aunque se llega al mismo resultado una vez se va realizando el procedimiento reproductivo.

³⁹ Sánchez Hernández, C.: “Comentario al art. 959 del Código Civil”, Thomson Civitas, p.1392.

⁴⁰ Cabido Iglesias, J.: “Fecundación post mortem. Análisis jurídico de la Regulación en España”, pág.73.

⁴¹ Ochoa, C: “Comentario científico sobre la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida”, Dykinson S.L, 2007, p.124.

⁴² Ochoa, C: “Comentario científico sobre la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida”, p.125

⁴³ La criopreservación es una técnica de preservación tanto de gametos como de preembriones en nitrógeno líquido a -196 °C. Anteriormente el método utilizado para la conservación de gametos era la congelación lenta (método convencional). En los últimos años, ha aparecido esta nueva técnica de criopreservación ultrarrápida (vitrificación), que está adquiriendo gran protagonismo ya que se trata de un procedimiento más sencillo y se ha demostrado que en algunos casos los resultados son similares o incluso superiores. (www.dexeus.com)

⁴⁴ Rodríguez Guitián, A.M: “La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico”, ObCit., p.296.

Estas dos situaciones planteadas, la de la fecundación post mortem y la extracción de espermatozoides post mortem con fines reproductivos tienen un componente común, y por lo tanto, tienen un tratamiento similar para el derecho, pero éticamente se consideran radicalmente diferentes. Todo lo que abarca a esta técnica se encuentra contenido en el artículo 9 de la ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tanto en la ley vigente como en la redacción anterior, y siendo por ello, fruto de una interpretación jurisprudencial exhaustiva para dar cabida o no a la amplia casuística que puede llegar a plantearse.

Para hacer referencia a los posibles problemas que podemos encontrarnos a la hora de interpretar este artículo 9 de la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, tenemos que acudir al artículo y analizarlo de manera detenida, puesto que da lugar a una serie de dudas, que son resueltas jurisprudencialmente, aunque constantemente debatidas e interpretadas doctrinalmente por multitud de autores.

2.1. Ámbito subjetivo

En primer lugar, he de hacer referencia a la propia designación del artículo 9, “Premoriencia del marido”, denominación discutible⁴⁵. Si acotamos este título y nos ceñimos literalmente a lo que observa, vemos que, en cuanto al ámbito subjetivo, quedarían fuera de toda consideración y derecho las parejas unidas por relación análoga a la del matrimonio. En este sentido, podríamos incluso decir que se discrimina a los hijos extramatrimoniales, puesto que únicamente se les daría oportunidad de vivir a los hijos nacidos en el seno del matrimonio, lo que es contrario al artículo 39.2⁴⁶ de la Constitución, donde se da igual protección a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Contravendría igualmente al artículo 14 CE, de igualdad y no discriminación.

No cabe ninguna duda que hay que realizar una interpretación extensiva de esto, puesto que así se hace constar en el apartado 3 del propio artículo, lo que supone una gran contradicción con el título del mismo.

⁴⁵Cabido Iglesias, J.: “Fecundación post mortem. Análisis jurídico de la regulación en España” Rev. Cuadernos de Derecho Actual Nº 2., p.76.

⁴⁶Artículo 39.2 CE “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

Esta interpretación extensiva del título, y consecuentemente, la fundamentación del apartado 3 del artículo 9, donde se establece que el varón no unido por vínculo matrimonial también podrá hacer uso de esta posibilidad, reside en nuestro texto legal más importante, la Constitución española de 1978⁴⁷.

En la Constitución de 1978, concretamente en su artículo 32.1⁴⁸, se establece el derecho a contraer matrimonio. Este artículo, contempla el derecho a contraer matrimonio, y como tal, es posible ejercitarlo o no. Es decir, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, o a no contraerlo, y, en consecuencia, no puede disminuir sus derechos el hecho de haber optado por no contraerlo, puesto que estaría igualmente contraviniendo el artículo 14 CE⁴⁹, que consagra el derecho fundamental de igualdad y no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal.

Una vez determinado que no sólo atañe al vínculo matrimonial, podría surgirnos la duda de si la relación análoga al matrimonio a la que se refiere el apartado 3 del artículo 9, ha de constar inscrita como pareja de hecho, o si se exige algún requisito temporal de convivencia, pero, debido a la naturaleza misma de la figura en cuestión, y lo mencionado anteriormente sobre la filiación y la indiferencia que supone su procedencia en cuanto a los derechos del niño concebido, en este caso parece que lo realmente importante no es el vínculo que exista entre los progenitores, sino que lo importante es si el varón otorga o no el consentimiento.

Para este artículo 9 de la ley 14/2006, es irrelevante la prueba de relación conyugal o análoga, lo importante es el consentimiento expreso o presunto del varón, que, en consecuencia, podría ser cualquier varón⁵⁰.

Hay otra cuestión necesaria de analizar, y es el material genético susceptible de utilización. Está claro que de la redacción del artículo 9 podemos extraer que la mujer puede utilizar el material genético reproductor de su marido (o varón que haya prestado su consentimiento), cuando este haya otorgado su consentimiento con arreglo a los

⁴⁷ Constitución Española de 1978 (Ref. BOE-A-1978-31229).

⁴⁸ Artículo 32.1 CE.: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”

⁴⁹ Artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

⁵⁰ Rodríguez Guitián, A.M. “La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico”, ObCit., p. 296.

requisitos del artículo 9.2 LTRHA, para poder ser fecundada con este. Pero, ¿y si la que fallece es la mujer? O, en el caso de una pareja homosexual de varones, ¿pueden acogerse a este artículo para utilizar el material genético del cónyuge o pareja fallecida?

Parece lógico determinar que estos casos no se incluyen en los permitidos por el artículo 9 LTRHA, puesto que, en ambos supuestos, los gametos del miembro de la pareja superviviente son masculinos, bien por relación homosexual de varones, o bien por la relación heterosexual en la que es una mujer la que fallece. En ambos casos necesitaríamos una mujer que gestara el embrión y dé a luz al bebé. Por lo tanto, nos encontramos en el ámbito de la gestación por sustitución con utilización del material reproductor del miembro de la pareja fallecido.

Esto no dejaría de ser una gestación por sustitución⁵¹, técnica que adolece de nulidad por la LTRHA en su artículo 10⁵², por lo que dentro del territorio nacional, no podría obtenerse el resultado pretendido por el artículo 9 LTRHA, que es la determinación de la filiación una vez fallecido el sujeto progenitor.

Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que este precepto sólo permite la utilización del material reproductor del varón (puesto que siempre y en todo caso se da este supuesto en situación de fallecimiento del varón), por parte de la pareja, que ha de ser mujer para poder ser fecundada (bien de forma intracorpórea o bien extracorpórea⁵³) y determinar la filiación por parte del miembro de la pareja fallecido, con todos los derechos que esto conlleva, siempre y cuando se cumpla el requisito ineludible del consentimiento.

⁵¹ La gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida, no permitida en nuestro ordenamiento jurídico, y consiste en que una mujer que tiene la capacidad física de gestar, gesta el hijo biológico de una pareja que tiene la posibilidad de fecundar (porque no son estériles), pero no tienen la posibilidad de gestar por un problema físico que se lo impide a la mujer. La mujer gestante una vez dado a luz el bebé, lo entrega a sus padres y la filiación se determina con respecto a los padres biológicos.

⁵² Artículo 10 LTRHA: "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales."

⁵³ Santamaría Solís, L.: "Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos" publicado en Cuadernos de Bioética 2000/1B, pp. 38 y 42. Intracorpórea, supone que "el proceso de fecundación o fertilización del óvulo u ovocito por el espermatozoide se efectúa en el interior del aparato reproductor femenino", extracorpórea, "Se entiende por TRA extracorpóreas a todas aquellas modalidades de reproducción asistida en las que la fecundación se produce en el exterior del tracto reproductor femenino, es decir, todas aquellas en las que se efectúa la fertilización In-Vitro"

2.2 Ámbito objetivo. Reproducción y fecundación post mortem

En tercer lugar, debemos valorar la expresión “fecundación post mortem” en relación con la “reproducción post mortem” y el término “material genético del marido”.

Según como se consideren estos conceptos, estaríamos ante una interpretación radicalmente diferente del artículo 9 de la ley 14/2006, y la misma, afectaría a uno de los requisitos más importantes para que pueda surtir efectos legales la reproducción después de la muerte del varón, como es el consentimiento.

Esto parece resuelto progresivamente en el artículo 9 de la LTRHA, siendo un artículo que va sembrando la duda en cuanto a la casuística que podría generar desde su apartado 1 hasta el último, donde, aparentemente, se van resolviendo las primeras dudas existentes alrededor de esta situación.

Con relación a la “reproducción post mortem”, nos estamos refiriendo a dos situaciones diferentes.

La primera, a la fecundación post mortem en sentido estricto⁵⁴, atendiendo a la literalidad del término “fecundación post mortem”, debemos referirnos concretamente a la extracción de espermatozoides del varón tras su fallecimiento, y proceder a la fecundación del óvulo femenino (bien por inseminación artificial⁵⁵ o por fecundación in vitro). Estamos ante el caso concreto de una fecundación en sentido estricto tras el fallecimiento del varón, recogido en el primer párrafo del apartado 2 del artículo 9 LTRHA⁵⁶.

⁵⁴Muñoz de la Fuente, Y. “*La fecundación post mortem*”, Memoria del Máster en Familia, Infancia y adopción. Universitat de Barcelona, septiembre 2010, p.5.

⁵⁵ La inseminación artificial es una técnica intracorpórea de reproducción asistida, y que consiste en la ayuda de la tecnología reproductiva para realizar la fecundación de la mujer dentro del cuerpo, pero sin haber mediado una relación sexual.

⁵⁶Artículo 9.2, párrafo 1º, LTRHA: “*No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas*”.

La segunda, a una fecundación previa del fallecimiento⁵⁷, derivada del inicio de un proceso de reproducción asistida, habiendo consentimiento para el destino de los preembriones que, al encontrarse en el procedimiento de reproducción asistida, ya existen, siendo el resultado de la fecundación del material reproductor de la mujer con el material reproductor del varón, y que culmina en una implantación del embrión en el útero de la mujer una vez fallecido el marido⁵⁸. Este segundo supuesto, está contemplado por la ley en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 9 LTRHA⁵⁹, lo cual flexibiliza el consentimiento, puesto que ya ha sido otorgado con anterioridad. Como vamos a ver en el análisis de los requisitos, muchos autores consideran que esta flexibilización del consentimiento no debería existir, considerando la necesidad de que se haya otorgado un consentimiento específico en atención al enorme cambio de circunstancias en la vida de esa familia deseosa de procrear, pudiendo haber variado la voluntad reproductiva del varón de haberse planteado esa situación.

En cuanto al tratamiento favorecedor por parte del legislador en esta técnica al hablar de transferencia de preembriones post mortem, como menciona FERNANDEZ CAMPOS, *“cabén 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 iniciado con su marido. Teniendo en cuenta en este último caso que el material reproductor de la mujer se halla también en el preembrion”*⁶⁰

Este concepto de “reproducción post mortem”, en la modalidad de la reproducción póstuma, con fecundación inter vivos, ha de ponerse en relación con la expresión “material genético del marido”. Este material genético del varón, en sentido estricto, serían los gametos del varón, los espermatozoides, los órganos reproductores

⁵⁷ Muñoz de la Fuente, Y. “La fecundación post mortem”, Memoria del Máster en Familia, Infancia y adopción. Universitat de Barcelona, septiembre 2010, p.5. Ella hace referencia al concepto de “procreación post mortem”, donde incluye la transferencia post mortem de embriones.

⁵⁸ Rodríguez Guitián, A.M., “La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico”, ObCit., p.295.

⁵⁹ Artículo 9.2, párrafo 2º, LTRHA: “Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”.

⁶⁰ Fernández Campos, J.A.: “Comentario al art. 9 LTRHA”, en AAVV.: “Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, p.331

masculinos sin haber fecundado al óvulo; pero, sin embargo, en sentido amplio podríamos estar hablando del preembrión, es decir, el óvulo ya fecundado, que, necesariamente, contiene el material genético del marido. Esta reflexión podría tener consecuencias en cuanto a la interpretación del requisito temporal, como veremos más adelante.

2.3 El reconocimiento de la filiación

Otro problema de aplicación que podemos encontrarnos, viene dado ya no por conceptos concretos de la redacción que han de interpretarse, sino atendiendo al fin para el cual se ha creado esta figura, el cual es la determinación de la filiación paterna.

El fin principal de la fecundación post mortem, o como dice expresamente el artículo, es el reconocimiento de la filiación, lo que es dotar de efecto o relación jurídica la del progenitor y el hijo.

En la otra cara de la moneda, cuando no se dan los requisitos expresados en el artículo, se negaría el reconocimiento de la filiación con el fin de proteger, entre otras cosas, los derechos sucesorios de terceros, o se beneficia al propio menor concebido, o por concebir, puesto que de esta forma se evita, como bien explica CORRAL TALCIANI el llamado “salto generacional”⁶¹.

En consecuencia, es lógico pensar que, si se cumplen los requisitos que se exponen en este artículo, y que más adelante analizaremos detenidamente, se reconocerán plenos efectos jurídicos a la relación paterno-filial, y el hijo póstumo gozará de todos los derechos sucesorios y patrimoniales como si se hubiera tratado de un hijo concebido en vida.

A sensu contrario, si no se cumplen los requisitos, podemos afirmar que la consecuencia será que la filiación no será reconocida, y, por lo tanto, no surtirá efectos ni una relación jurídica entre el concebido y el progenitor fallecido. Sin embargo, ¿nos impide esto su utilización? Se habla de no reconocimiento de la filiación, pero no se habla de una prohibición de utilización, por lo tanto, la consecuencia de la utilización del material reproductor del varón sin haber mediado el cumplimiento de los requisitos,

⁶¹El salto generacional, según H. Corral Talciani, consiste en la fecundación de un niño cuyos gametos provienen de varias generaciones anteriores.

sería el automático reconocimiento de filiación materna, sin que se hiciera posible el reconocimiento de filiación paterna, que es exactamente lo que ocurre cuando una mujer se somete a un procedimiento de reproductor asistida ocurriría en caso de reproducción asistida con material genético anónimo⁶².

He de poner de manifiesto que los fieles defensores de esta figura en la ley actual como en su redacción anterior, la ley 35/1988, son a la vez muy críticos con la prohibición de reconocimiento de la filiación en los casos en que no se han dado los requisitos exigidos por la ley para poder obtenerlo. Algunos consideran que se trata de un trato discriminatorio y que atenta contra la “protección integral del recién nacido”⁶³, y con el interés superior del menor, el cual debe primar en cualquier caso.

En este punto, debemos considerar que la posibilidad de utilizar el material genético del varón eludiendo la filiación, abre un debate ético y moral difícil de solventar, puesto que, si no son los fines de reconocimiento de filiación, ¿qué fines puede perseguir la voluntad de reproducción asistida con el material genético del marido?

Podemos hablar en primer lugar, de fines clínicos. Estamos hablando en este caso de una posible gestación con el fin de salvar a un hermano, a través del llamado “Diagnóstico Genético Preimplantacional”⁶⁴, procedimiento autorizado por la Ley de técnicas de Reproducción Humana Asistida, concretamente en su artículo 12⁶⁵, lo que supone una facilidad añadida si se utiliza un embrión con el mismo material genético que el hermano que espera curación, considerando que, el hermano mayor es hijo biológico de la viuda y el progenitor fallecido⁶⁶. Este caso, la utilización del material reproductor del varón fallecido, no responde a un fin de reconocimiento de la filiación, sino que responde a otro fin igual de legítimo, como es el derecho a la protección de la salud, del artículo 43 CE.

⁶² Lledó Yagüe, F. “*Comentarios Científico-jurídicos a la ley sobre Técnicas de reproducción Humana Asistida*”, ObCit., p. 128.

⁶³ Vid. R. Bercovitz, “*Reproducción asistida post mortem*”, en AC 2/2001, 2165-2167, p.83.

⁶⁴ Pudiendo así concebir un hermano sano para salvar a otro hijo del matrimonio que sufra una enfermedad genética que de otro modo sería de difícil curación, aumentando así las posibilidades de éxito en la viabilidad de la vida del hijo enfermo, priorizando así el derecho a la vida y la salud, no impidiendo la posible cura del hijo enfermo.

⁶⁵ Ley 14/2006, sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida, (Ref. BOE-A-2006-9292).

⁶⁶ Lledó Yagüe, F., “*Comentarios Científico-jurídicos a la ley sobre Técnicas de reproducción Humana Asistida*”, ObCit., p. *

Por lo tanto, nos cuestionamos a qué debemos atenernos cuando nos encontramos ante un caso de conflicto entre lo que exige el artículo que introduce la figura de la reproducción post mortem y un fin legítimo que no es el que contiene el propio artículo.

La tónica seguida por los tribunales españoles en este caso es bastante uniforme, dirigida a la no autorización para la utilización del material genético reproductor del varón en caso de no darse los requisitos, sobre todo, el requisito del consentimiento.

Parte de la doctrina, como es el caso de ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN, considera que no debe utilizarse fuera de los casos previstos, aunque la norma se refiera únicamente al reconocimiento de la filiación, puesto que, interpretando la norma de esta manera, podría llegarse a consecuencias paradójicas en el caso de la utilización del material reproductor del varón para fines distintos a los de la determinación de la filiación⁶⁷. Estas consecuencias serían, entre otras, la posibilidad de matrimonio entre hermanos biológicos, solamente por el hecho de que no son hermanos legales y su vínculo matrimonial no está viciado impedimentos. O el conocimiento y publicidad de tratarse de un hijo biológico, aunque póstumo (o postumísimo) del fallecido, y no ostentar los derechos del contenido básico de la filiación, los cuales son el derecho de apellidos, contenido en el artículo 190 CC, el derecho de alimentos (arts. 142 y ss. CC), y los derechos sucesorios de los artículos 807 y 931 CC.

Para otra parte de la doctrina, la solución sería realizar una interpretación literal del artículo, como describe parte de la doctrina, coincidiendo con una interpretación amplia, un punto de equilibrio entre los valores, derechos y bienes constitucionales implicados⁶⁸ que consistiría en considerar, ateniéndonos a la literalidad del artículo, como prohibido el reconocimiento de la filiación, pero no la utilización del material genético, puesto que se eliminarían muchas barreras para la solución de situaciones con fines legítimos como es el que hemos mencionado anteriormente, al permitir utilizar el material genético del varón sin cumplirse los requisitos del artículo 9.

⁶⁷ Rodríguez Guitián, A.M.: “*Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem*”, ed. Oñati socio-legal series, ISSN-e 2079-5971, Vol. 7, Nº. 1, año 2017 (Ejemplar dedicado a: Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida. Género, Diversidad Sexual y Familias en Plural), p.5.

⁶⁸ *Ibidem*. ObCit., p. 129.

3. Requisitos de aplicación del artículo 9 LTRHA

De lo que podemos extraer del propio artículo 9 de la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, son los requisitos principales: la muerte del varón, la prestación de consentimiento por su parte para la utilización de su material genético y el requisito temporal de 12 meses.

3.1. La muerte o declaración de fallecimiento

En cuanto al primer requisito, la muerte del varón (o del marido, según la redacción, como hemos mencionado anteriormente, término inexacto), incluye tanto la muerte propiamente dicha, como la declaración de fallecimiento del mismo. En este aspecto, se advierte que si prestó el consentimiento para la utilización de su material genético, y posteriormente aparece con vida, no podrá impugnar la filiación⁶⁹.

3.2 El consentimiento

En el apartado 2 de este artículo se advierte el consentimiento como requisito necesario para poder proceder al reconocimiento de la filiación tras la extracción de su material genético y posterior fecundación de la mujer, y que, en consecuencia, despliegue efectos civiles, sucesorios, patrimoniales, etc.

En cuanto a las características que ha de tener el consentimiento para que sea válido para proceder a la utilización del material reproductor del varón ya fallecido, podemos extraer las siguientes:

El consentimiento ha de ser **específico**, puesto que entran en juego muchos intereses que ya no son el propio de la mujer que desea ser madre con el material genético de su marido o pareja ya fallecida, sino además, los intereses del propio menor que va a nacer sin la figura de "padre", como los de parientes cercanos del fallecido que pueden ver afectados sus derechos sucesorios⁷⁰. Asimismo, se estaría asumiendo a falta de este consentimiento específico para ello, la voluntad del finado de procrear con su pareja, que podría existir a conocimiento de sus parientes y amistades más próximas,

⁶⁹Escribano Tortajada, P.: “*Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad*”, ADC, tomo LXIX, 2016, p. 1287.

⁷⁰ Rodríguez Guitián, A.M. “*La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico*”, ObCit., p.17.

pero podría haber cambiado su voluntad de haber sabido que ese niño iba a nacer cuando él hubiera fallecido.

Por otro lado, el consentimiento ha de ser **expreso**. Esto se desprende del propio artículo 9.2 LTRHA, en el cual se establecen las formas en las que ha de expresarse el consentimiento, por lo tanto, si se ha de expresar en una forma concreta, quiere decir que ha de ser expreso⁷¹. Como vamos a ver en párrafos posteriores, esta exigencia de consentimiento expreso se ve diluida por una serie de circunstancias, dando lugar a un gran debate doctrinal al respecto.

La tercera característica del consentimiento, es que ha de designar a una mujer en concreto. Esto es así en las situaciones de inseminación post mortem de una pareja de hecho, puesto que es difícil de probar una relación que no ha sido formalizada. Al contrario, si existe un matrimonio, la prueba de referencia a una mujer en concreto se hace fácil por la formalidad de esa relación, puesto que se asume que habiendo matrimonio, la viuda es la que tiene el consentimiento para fecundarse con el material reproductor de su marido⁷².

Como cuarta característica, se establece la **formalidad** de este consentimiento, que viene dado también por el propio artículo 9.2 LTRHA, donde se contienen las siguientes formas de consentimiento: escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas⁷³. En cuanto a la posibilidad de prestar consentimiento por otras

⁷¹Ibidem. ObCit., p.17.

⁷²Rodríguez Guitián, A.M., “La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico”, ObCit., p.17.

⁷³Artículo 11. Ley 41/2002, de 14 de noviembre: “ 1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

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

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

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

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro

vías, se ha de poner de manifiesto que únicamente se admiten las posibilidades que en ese artículo se mencionan⁷⁴. Así se establece en un Auto de la sección tercera de la AP de Santa Cruz de Tenerife, del año 2010, en el cual se resuelve un expediente de Jurisdicción Voluntaria mediante a través del cual, la viuda insta se le dé autorización para poder utilizar el material genético de su esposo fallecido, depositado en la Unidad de Reproducción Humana Asistida del Hospital Universitario de Canarias el 2 de enero de 2005, alegando que posee una "*carta de fecha 15 de mayo de 2008 mecanografiada y firmada por el fallecido esposo de la promotora, su madre y su hermana(...)*"⁷⁵.

A esta petición, falla el tribunal en su Razonamiento Jurídico tercero, que no se trata ni de un consentimiento que conste en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas regulado en el artículo 11 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En el párrafo segundo del apartado 2 del mismo, se alude a una situación distinta, y en la cual se flexibiliza más el consentimiento, y este es el caso de existencia de "pre embriones". Esta situación se da cuando ya hay óvulos fecundados en el exterior del cuerpo de la mujer tras un tratamiento de fecundación asistida. La redacción literal del artículo es la siguiente:

"Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido."

Hace referencia a que el consentimiento se encontrará prestado siempre y cuando el cónyuge superviviente (la mujer) esté sometido o hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado.

Pero, en este caso se plantea un nuevo debate. ¿Hay que limitar los supuestos en los que se permite un consentimiento tácito en caso de existencia de preembriones, contando con que pueden existir situaciones distintas? Esto se plantea a raíz de que, al no constar un consentimiento expreso para el caso concreto, la implantación de un

nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

⁷⁴ Cabido Iglesias, J., *Fecundación post mortem. Análisis jurídico de la Regulación en España*, ObCit., p.78.

⁷⁵ AAP TF 801/2010. RJ 3º

preembrión tras el fallecimiento del marido, no quiere decir que el marido deseara tener un hijo póstumo, y que su consentimiento para la procreación mediante las técnicas de reproducción asistida se limitara a lo que esperaba, que es la reproducción en vida.

El artículo 9.2 LTRHA en su último párrafo, establece que el consentimiento se entenderá prestado en el caso de que el varón haya estado sometido a un tratamiento de reproducción asistida, pero deja a criterio jurisprudencial la interpretación de este supuesto. Que haya estado sometido, no quiere decir que el mismo haya comenzado y terminado por voluntad del marido en vida, y por lo tanto, no debería, por el hecho de haber existido un tratamiento, afirmarse como prestado el consentimiento.

Y en el caso de que en el momento del fallecimiento estuviera iniciado un procedimiento, podría influir el estado de evolución del proceso, esto es, si hay preembriones, o aún no ha sido utilizado el material genético del varón, aunque sí se encuentre extraído, o ni siquiera se han extraído espermatozoides del varón por estar en los momentos iniciales del proceso, correspondiendo con momentos informativos, por ejemplo.

En este sentido, hay autores que consideran que se necesitaría igualmente en este caso, un consentimiento ad hoc⁷⁶, debido a la trascendencia que va a tener su utilización para la vida de ciertas personas, tanto para el futuro hijo, como para otras personas (parientes del fallecido), que pueden ver desvirtuados muchos derechos con el nacimiento de un nuevo ser en estas condiciones.⁷⁷

Este requisito del consentimiento, y el temporal, existe para la protección de derechos de los que pueden ser privados otras personas por el nacimiento de un nuevo ser, como son los derechos sucesorios. En este sentido, ha habido casos en los que se ha suplantado el consentimiento por parte de familiares del varón fallecido, como forma de “autorizar” esa privación de derechos sucesorios a su favor del nuevo hijo. Sin embargo, la tónica seguida por los tribunales, es la absoluta negación de la suplantación del consentimiento, que ha de ser personalísimo.

⁷⁶ Martínez de Aguirre, C.: “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida”, Cuadernos de derecho judicial, N° 10-2004, p. 298.

⁷⁷ Rodríguez Guitián, A.M., “La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico”, ObCit, p.17.

Así, se pronuncian los tribunales como la AP de La Coruña en su sentencia de 3 de noviembre del año 2000, la cual revoca el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ferrol de 22 de noviembre de 1999, a través del cual se autorizó a una mujer a utilizar el material genético de su marido sin haber mediado consentimiento, que fue suplido incorrectamente por los familiares más allegados del varón fallecido.

Fundamento de derecho 4º del Auto que dicho consentimiento es un acto personalísimo, que no puede ser suplido por los herederos del cónyuge o por la pareja superviviente.

Contra el referido auto el Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Tal auto es finalmente revocado por la Audiencia Provincial A Coruña de 3 de noviembre de 2006.

En el mismo sentido se pronuncian, el Auto de la Audiencia Provincial de Tenerife de 2 de junio de 2010 y del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 29 de octubre de 2004 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de junio de 2004.

3.3 La revocación del consentimiento.

En cuanto a la revocación del consentimiento, en el artículo 9.2 LTRHA, permite que la usuaria, la mujer que va a ser inseminada con el material genético de su pareja o marido premuerto, y que podrá tener lugar siempre y cuando aún no haya iniciado el tratamiento, en cualquier momento.

Esto se establece así en la ley 14/2006, en el artículo mencionado anteriormente, como en el artículo 3.5 LTRHA⁷⁸, donde se regula la revocación del consentimiento de la mujer para cualquier tipo de técnica de reproducción asistida. Sin embargo, en la ley anterior, la 35/1988, no se estableció un límite para revocar el consentimiento, en virtud del artículo 2.4 de la ley, donde se establecía la posibilidad de la mujer de solicitar la

⁷⁸ Artículo 3.5 LTRHA: “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”.

suspensión del proceso en cualquier momento, tanto en la técnica de fecundación post mortem, como en cualquier técnica de reproducción asistida.

Este vacío legal dio lugar a una cuestión de inconstitucionalidad planteada ante el TC, cuya resolución STC 116/1999, resolvió esta incertidumbre de la siguiente forma en el fundamento 10º:

“También es objeto de impugnación específica el art. 2.4 de la Ley, en el que se permite a la mujer receptora de las técnicas de reproducción asistida decidir en cualquier momento la suspensión de su realización. Los Diputados recurrentes consideran que dicho precepto es inconstitucional en la medida en que dicha suspensión "implica la muerte del fruto de la concepción realizada in vitro, bien háyase producido ya la transferencia al cuerpo de la mujer o no se haya producido ésta. Asimismo es inconstitucional en cuanto que se está tácitamente admitiendo una nueva causa para el aborto, en caso de haberse producido la transferencia al cuerpo de la mujer". Frente a la interpretación actora opone el Abogado del Estado otra que estima más ajustada a la Constitución: la decisión, a solicitud de la mujer receptora, de suspender las técnicas de reproducción asistida sólo podrá tener lugar mientras dichas técnicas se estén llevando a efecto, esto es, hasta el momento de la transferencia de los embriones al útero materno o, en todo caso, hasta que se considere iniciado el proceso de gestación”.

Uno de los motivos que estableció la sentencia del Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional ese artículo que permitía la revocación en cualquier momento, es que podría dar lugar a un aborto que fuera de estos casos, sería punible.

Con la novedad en este aspecto de la ley 14/2006, se extiende interpretativa por parte de la doctrina la posibilidad de revocar el consentimiento del artículo 3.5 LTRHA, al marido. Es evidente que esa revocación ha de hacerla en vida, por lo tanto siempre tendrá cabida puesto que siempre será anterior a la técnica de reproducción post mortem⁷⁹. La revocación en este caso tendrá como finalidad evitar la filiación post mortem.

3.4 El requisito temporal

⁷⁹ Iniesta Delgado, F.J.: ‘La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida’, Tratado de Derecho a la familia, ed. Thomson-Aranzadi, año 2011, p.822.

En cuanto al requisito temporal, lo encontramos determinado en el artículo 9.2 LTRHA, donde se establece que, para poder determinar la filiación por parte del varón, ha de utilizarse el material genético del mismo, existiendo consentimiento, en el plazo de 12 meses desde el fallecimiento.

Concretamente, el *dies a quo* es el día siguiente al fallecimiento del varón, o el día siguiente en que se produce la declaración de fallecimiento, como establece el artículo 195 CC⁸⁰.

El fundamento de la existencia de este requisito temporal, como he mencionado anteriormente, viene dado por una doble vertiente:

En primer lugar, la protección de los derechos sucesorios de terceras personas⁸¹. En virtud de lo establecido en el Código Civil sobre derechos sucesorios, cuando una persona fallece sin descendencia, son herederos legítimos sus ascendientes⁸² (además, el cónyuge también tiene derechos sucesorios, aunque no como heredero, sino como usufructuario⁸³).

El hecho de que la persona que ha fallecido lo haya hecho sin descendencia, automáticamente hace herederos a sus ascendientes. Esto implica que si una vez fallecido, la esposa o pareja utiliza con fines de determinar la filiación a favor del finado, el material reproductor del mismo, esto cambia el panorama sucesorio, puesto que el heredero forzoso directo sería el hijo póstumo, nacido tras el fallecimiento del progenitor biológico, en virtud del artículo 807 CC.

Si la viuda queda encinta y se produce el fallecimiento del progenitor, automáticamente comienzan a ser de aplicación las disposiciones del Código Civil desde el artículo 956 hasta el 967, artículos bajo la rúbrica “*De las precauciones que*

⁸⁰ Artículo 195 Código Civil: “*Por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigaciones en contrario.*”

Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario.”

⁸¹ Rodríguez Guitián, A.M.: “*Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem*”, ObCit., p.313.

⁸² Artículo 807 CC: “Son herederos forzosos:

- 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
- 2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
- 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.”

⁸³ Artículo 809 CC: “*Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.*”

deben adoptarse cuando la viuda queda encinta”. Estos artículos estaban pensados para el caso de que hubiese un fallecimiento sobrevenido cuando el hijo había sido concebido, lo que da lugar a un hijo póstumo, ya que era difícil de imaginar en el momento de su redacción que pudiera existir hijos superpóstumos. Lo cierto es que, estos artículos son de aplicación por analogía en este último caso⁸⁴, que sería el caso en el que tuviera lugar una reproducción post mortem, bien por fecundación, o por transferencia post mortem de embriones. En el caso de que se trate de una pareja de hecho, he de señalar que se hace posible la aplicación de estos artículos debido a las nuevas opiniones doctrinales y jurisprudenciales más progresistas, las cuales equiparan esta situación de viudedad (que viene dada por el matrimonio), a la pérdida de un miembro de la pareja de hecho⁸⁵, por motivo de que estamos hablando de la concepción de un hijo, siendo igual para la ley la filiación matrimonial y la extramatrimonial.

Si la concepción de este hijo superpóstumo se alarga en exceso en el tiempo, los herederos “provisionales” del varón fallecido, pueden ver absolutamente perjudicados sus derechos en cuanto a la herencia, creándose una enorme inseguridad jurídica debido a lo dispuesto en el artículo 966 CC⁸⁶. Además, mientras la herencia permanece yacente, la comunidad hereditaria tiene que hacerse cargo de la administración de los bienes, en virtud del artículo 965 CC⁸⁷, y no es tarea que no es cómodo ni fácil de mantener durante mucho tiempo.

Para evitar esto, el legislador considera que el plazo de 12 meses es adecuado, puesto que no se presiona psicológicamente a la mujer que ha de decidir si utiliza el material genético del varón o no, y además no alarga la situación de comunidad hereditaria durante mucho tiempo.

⁸⁴Fernández Canales, C., “*La fecundación post mortem en la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la problemática jurídica en torno al superpóstumo*”, publicado en “*La Maternidad y la Paternidad en el siglo XXI*”, Ed. Comares, año 2015, p. 49.

⁸⁵Fernández Canales, C., “*La fecundación post mortem en la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la problemática jurídica en torno al superpóstumo*”, ObCit., p.50.

⁸⁶ Artículo 966 CC: “*La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta.*”

⁸⁷ Artículo 965 CC: “*En el tiempo que medie hasta que se verifique el parto, o se adquiera la certidumbre de que éste no tendrá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber pasado con exceso el término máximo para la gestación, se proveerá a la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaría.*”

En segundo lugar, el requisito temporal de 12 meses, se constituye a favor del concebido, puesto que evita el “salto generacional”⁸⁸.

Se plantea si rige el requisito temporal en el caso de que haya preembriones crioconservados. Es importante de matizar, puesto que, como hemos adelantado en el apartado de los problemas de interpretación, el hecho de que existan antes del fallecimiento del varón preembriones crioconservados con fines reproductivos, el requisito del consentimiento se flexibiliza en virtud del último párrafo del apartado 2 del artículo 9 LTRHA.

En este supuesto, si consideramos que este artículo se refiere únicamente al “material genético del varón”, y el material genético del marido no se ha utilizado post mortem puesto que ya había sido utilizado en vida para la constitución y crioconservación de preembriones (óvulos fecundados con el material genético del varón), podríamos deducir que el requisito temporal también se flexibilizaría, y quizás, ya no se encuentre sujeto al requisito del tiempo, y la decisión de utilizarlos, antes o después de los 12 meses, o de no utilizarlos, sea exclusivamente de la mujer, puesto que también está en juego su propio material genético. La ley no hace referencias al respecto, por lo que hay que estarse a la interpretación judicial.

Parte de la doctrina, se muestra defensora del plazo temporal también para la implantación de preembriones post mortem, apoyándose en el fundamento de la propia imposición de criterio temporal, el cual es la defensa de los derechos sucesorios de terceros⁸⁹.

En el caso de que no existan pre embriones, pero se esté iniciando un proceso de reproducción asistida antes del fallecimiento, incluso habiendo sido extraído el material genético del varón, puede ser que no sea necesario un consentimiento expreso emitido con los requisitos del artículo 9.2 de la ley, y que se acoja a la excepción de consentimiento presunto, pero aun así, parece lógico, y aun considerando que existiendo preembriones opera el requisito temporal de los doce meses, que atendiendo a la literalidad de la ley, se estaría atado al requisito temporal de los 12 meses desde el fallecimiento hasta la utilización del material genético.

⁸⁸ Corral Talciani, H., “*Admisibilidad Jurídica de las técnicas de procreación artificial*” Publicado en “Revista chilena de derecho, n° 19”, año 1992, p.458.

⁸⁹Rodríguez Guitián, A.M., “*Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem*”, ObCit., p. 311.

4. La reproducción asistida *post mortem* en Derecho comparado

Realizando una visión de derecho comparado de esta técnica de reproducción *post mortem*, voy a realizar un recorrido por una serie de territorios analizando si es una técnica permitida o no permitida.

En cuanto a la permisibilidad, nos encontramos con que son muy pocos países donde se permite esta técnica, entre los que se encuentran España y Estados Unidos. Por otra parte, nos encontramos otro grupo de estados que no la permiten pero que no la prohíben taxativamente, como son Canadá, Francia o Portugal.

Para la regulación de las técnicas de reproducción asistida, entre las que se encuentra la reproducción *post mortem*, es cierto que la mayoría de estados tuvieron muy en cuenta la Recomendación sobre Técnicas de Reproducción Asistida del Consejo de Europa del año 1979⁹⁰, en la cual se contenía que las regulaciones estatales no debían permitir que se utilizara el material genético del varón para poder inseminar a la viuda. Es por ello, que nos encontramos con que hay numerosos estados en los que no se permite o se prohíbe, siendo el caso contrario, la excepción, como es el caso de España.

Voy a hacer un breve resumen sobre la consideración de las técnicas de reproducción asistida, y en concreto, de la reproducción *post mortem* en estados donde su regulación es restrictiva, como son Francia, Portugal, y Canadá.

4.1 Francia

Francia es un país de los más restrictivos en cuanto a la utilización del material genético reproductor del varón para una fecundación *post mortem*. Resulta curioso, que, sin embargo, sea el primer país donde hay constancia de un caso de inseminación *post mortem*⁹¹, siendo este previo a la regulación, como es el caso del “*Affaire Parpalaix*”, el cual voy a explicar en el siguiente apartado de mi trabajo.

⁹⁰ Proyecto de Recomendación sobre inseminación artificial del Consejo de Europa, de 5 de marzo de 1979

⁹¹ Muñoz de la Fuente, Y. “*La fecundación post mortem*”, Memoria del Máster en Familia, Infancia y adopción. Universitat de Barcelona, septiembre 2010, p.42.

En cuanto a la legislación Francesa, se hace una diferenciación en cuanto a la fecundación post mortem, y la implantación de preembriones post mortem⁹². En un principio, no se permitía ninguna de las dos técnicas mencionadas, en concordancia con el artículo 152-2, apartado tercero del Código de Salud Pública del año 1994⁹³. En este artículo se establecía que tanto en uno como en otro caso, ambos miembros de la pareja debían estar vivos⁹⁴. Esto fue modificado cinco años después.

Con la nueva regulación, se sigue sin permitir la extracción de gametos masculinos con fines reproductivos después de la muerte, pero, sin embargo, se da cabida a la implantación de embriones cuando han sido fecundados in vitro antes del fallecimiento del marido. En cuanto a las razones que llevaron al Alto órgano consultivo a considerar lícita, y por lo tanto, proceder a la inclusión de esta técnica en su regulación, fue la consideración de que si el legislador pretende “primar un marco familiar tradicional para el empleo de las técnicas de asistencia a la procreación humana”, considera que sería contradictorio no permitir la implantación de un embrión fecundado en vida del marido, coincidiendo esta fecundación con un “proyecto parental”⁹⁵.

A partir de ese momento, la nueva redacción se establece en el artículo L. 2141-2, párrafo tercero del Código de la salud pública⁹⁶, el cual dispone lo siguiente:

“La asistencia médica a la procreación tiene por objeto remediar la infertilidad de una pareja o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja de una enfermedad de cierta gravedad. El carácter patológico de la infertilidad debe estar médicamente diagnosticado. El hombre y la mujer que conformen la pareja deben estar vivos, en edad de procrear y consentir previamente la transferencia de embriones o la inseminación.”

⁹² Herrera, M., “La técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada” publicado en Revista IUS vol.11, n° 39. junio 2017, p. 12.

⁹³ Art. 152-2 Code de la Santé Publique, 1994 “L’homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d’apporter la preuve d’une vie commune d’au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l’insémination”: El hombre y la mujer que forman la pareja deben estar vivos, en edad de tener hijos, estar casados o estar en condiciones de proporcionar una prueba de una vida de al menos dos años de consentimiento a la transferencia de embriones o a la inseminación.

⁹⁴ Alkorta Idiakez, I., “Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva”, ObCit., p. 366.

⁹⁵ Ibidem. ObCit. p. 367.

⁹⁶ www.legifrance.gouv.fr. L. 2141-2. Code de la santé publique.

Esta redacción reitera la no permisibilidad de la extracción, y consiguiente utilización del material reproductor del varón, al establecer que ambos progenitores que acudan a las técnicas de reproducción asistida han de estar vivos.

Sin embargo, sí se permite la implantación de un embrión post mortem, cuando estos se encontrarancrioconservados en un centro de técnicas de reproducción asistida, en virtud del artículo L2141-4⁹⁷.

Este artículo no establece exactamente que se permita esta técnica, pero considero que, se entiende consentida en virtud del apartado II, donde se establece que, si se sigue teniendo un proyecto parental, se seguirán manteniendo conservados. Al establecer la disyuntiva de si ha muerto uno de ellos, o no, creo que es legal que se siga manteniendo el proyecto parental cuando ha fallecido el marido.

4.2 Canadá

La legislación canadiense se sumó tarde a la regulación de las técnicas de reproducción asistida en comparación con España, puesto que la primera ley en la que consta se remonta al año 2004, siendo esta la Ley de Reproducción Asistida Humana.

En este estado se prohíbe la investigación con gametos tanto femeninos como masculinos, únicamente permite su utilización con fines reproductivos, y no de investigación. En cuanto al tema que nos atañe, la técnica de reproducción asistida post mortem, al igual que en el ordenamiento español, se está sujeto al consentimiento, por lo que en ausencia de él no puede utilizarse esta técnica. Sin embargo, se muestra más flexible a la hora de la utilización de gametos fecundados inter vivos, aunque también su utilización está vinculada al consentimiento.

4.3 Portugal

⁹⁷www.legifrance/gouv.fr L. 2141-4 Code de la santé publique: ““I.-Los dos miembros de la pareja cuyos embriones se conservan son consultados cada año por escrito sobre si mantienen su proyecto parental. II. Si ya no tienen un proyecto parental o en el caso de la muerte de uno de ellos, los dos miembros de una pareja o el miembro sobreviviente pueden consentir que:
1. Sus embriones son recibidos por otra pareja en las condiciones establecidas en los artículos L. 2141-5 y L. 2141-6;
2. Sus embriones son objeto de un registro en las condiciones previstas en el artículo L. 2151-5 o, en las condiciones establecidas por este artículo y los artículos L. 1121-4 y L. 1125-1, para las células derivadas de los mismos entran en una preparación de terapia celular para fines exclusivamente terapéuticos;
3. La conservación de sus embriones finaliza.”

Las técnicas de reproducción asistida en Portugal están reguladas en la Ley 32/2006, de Procreación Médicamente Asistida⁹⁸. Se trata de una regulación restrictiva en este aspecto. Esto se observa debido a que son unas técnicas de acceso subsidiario al método natural de reproducción sexual.

También se prohíbe a través del artículo 9 de la misma ley la utilización con fines de investigación de embriones, exceptuando la investigación con fines clínicos, como el Diagnóstico Genético Preimplantacional.⁹⁹

Sin embargo, se incluye la posibilidad de que accedan a ellas mujeres homosexuales a través de la donación de gametos masculinos. Esto se hace patente en el artículo 19.1 de la ley mencionada¹⁰⁰.

En cuanto a la reproducción asistida post mortem, está regulada de forma restrictiva en el artículo 22 de la misma¹⁰¹. Lo más llamativo de este estado es que en el momento que fallece una persona cuyos gametos se encuentren en una unidad de reproducción asistida, aunque haya consentimiento por parte del marido a ser utilizados tras su muerte, no será lícito hacerlo. De hecho, se procede a su destrucción una vez declarado el fallecimiento. Sin embargo, si es lícita en virtud de ese mismo artículo la transferencia de preembriones post mortem.

4.4 Especial referencia a la Ley Catalana

⁹⁸ Lei n.º 32/2006. Diário da República Electronico.

⁹⁹ Artículo 9º. Lei n.º 32/2006: "Investigación con el uso de embriones:

1-La creación de embriones a través de PMA está prohibida con el objetivo deliberado de su uso en la investigación científica.

2-Es, sin embargo, lícito para la investigación científica en embriones con el objetivo de prevención, diagnóstico o terapia de embriones, de la mejora de las técnicas de PMA, de la formación de bancos de células madre para programas de trasplante o con Cualquier otro propósito terapéutico."

¹⁰⁰ Artículo 19. 1º. Lei n.º 32/2006: "Inseminación con semen de donante

1-la inseminación con semen de un tercer donante sólo podrá ser verificada cuando, ante el conocimiento objetivamente disponible del médico-científicos, el embarazo no pueda obtenerse por inseminación con semen del marido o de la persona que vive en una unión de facto con una Mujer".

¹⁰¹ Artículo 22º Ley nº32/2006: "Inseminación post mortem

1-después de la muerte del marido o del hombre con el que vivió en la Unión, de hecho, no es lícito que la mujer sea inseminada con semen del difunto, aunque haya un consentimiento en el acto de inseminación.

2-semen que, con el fundamento del miedo a la esterilidad futura, se recoge con fines de inseminación del cónyuge o de la mujer con quien el hombre que vive en una Unión es destruido si muere durante el periodo establecido para la preservación del semen.

3-es, sin embargo, lícito transferir post mortem de embrión para permitir la realización de un proyecto parental claramente establecido por escrito antes de la muerte del padre, después del periodo considerado ajustado a la ponderación apropiada de la decisión."

Como ya sabemos, en virtud del artículo 149 de la Constitución Española, se establecen las competencias legislativas entre el Estado y las CCAA. En el apartado 1.8 de este artículo 149, observamos como el Estado español tiene competencia exclusiva para regular la materia civil, pero pudiendo las CCAA modificarlas o desarrollarlas cuando exista derecho foral en ellas¹⁰². Cataluña, es una de esas Comunidades Autónomas, por lo que, aunque su legislación no pueda contravenir el derecho común, puede modificar o desarrollar estas materias civiles.

Al estarnos refiriendo a materia civil, la ley de referencia que nos interesa para el caso que nos atañe, es la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que fue aprobado el libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia¹⁰³. Lo cierto es que la redacción actual es prácticamente idéntica a la anterior, la contenida en el Código de Familia de Cataluña, el cual fue aprobado mediante la ley 92/1998, de 15 de julio¹⁰⁴.

En esta ley, debemos hacer referencia a dos artículos, en primer lugar, el artículo 235-13¹⁰⁵, donde se regula la fecundación asistida de la mujer. Este artículo, en su apartado segundo se refiere a la determinación de la filiación por parte del progenitor masculino cuando la mujer se haya sometido a una técnica de inseminación artificial post mortem, en el caso de no mediar matrimonio entre ellos, y se establece que será reconocida la misma cuando se cumplan los requisitos contenidos en el artículo 235-8¹⁰⁶, cuya denominación es “La fecundación asistida de la mujer casada”.

¹⁰² Artículo 149.1.8 CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.”

¹⁰³ Ley 25/2010, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, (Ref. BOE-A-2010-13312).

¹⁰⁴ Fernández Canales, C., “La fecundación post mortem en la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la problemática jurídica en torno al superpóstumo”, ObCit., p. 43.

¹⁰⁵ Artículo 235.13, apartado segundo, de la ley 25/2010, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia: “En la fecundación asistida después del fallecimiento del hombre que convivía con la madre, el nacido se considera hijo de este si se cumplen las condiciones establecidas por el artículo 235-8.2, en lo que le sea de aplicación”.

¹⁰⁶ Artículo 235.8, apartado segundo, de la ley 25/2010, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia: “En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones:

Se vuelve a hacer referencia a la condición de relación matrimonial como en derecho común, y diferencia de la relación *more uxorio*, aunque se establece un caso y otro en artículos diferentes. En mi opinión esta distinción en artículos es innecesaria, ya que son los mismos requisitos exigidos en un caso y en otro.

El artículo 235-8 de la ley 25/2010, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, establece los requisitos para que pueda determinarse la filiación en favor del marido en caso de fallecimiento anterior a la fecundación. Como ya he dicho, son los mismos requisitos que se exigen para la determinación de la filiación por parte del conviviente *more uxorio*.

Estos requisitos son, la voluntad expresa del marido, la limitación de que se utilice su material genético una única vez, y el requisito temporal, que, en este caso, no son 12 meses, sino 270 días (9 meses), prolongables 90 días (3 meses) más a discreción del órgano judicial.

En cuanto a diferencias con lo contenido en la ley 14/2006, se determina la utilización a una única vez, precisión que no se hace en la ley estatal, y que plantea diferentes opiniones doctrinales. Hay autores, como CARMEN FERNÁNDEZ CANALES, que opinan que no se especifica en la ley a qué se refiere con la expresión “límite de la utilización a un solo caso”, cuestión que plantea serias dificultades a la hora de determinar si se refiere a una sola fecundación, o a una fecundación exitosa, siendo una importante diferencia puesto que bien es sabido que, como opina la autora mencionada, “no todos los intentos de fecundación prosperan”¹⁰⁷. Otra parte de la doctrina se inclina por la opinión de que el legislador con esa expresión se refiere a un único embarazo¹⁰⁸; esto es, que no se ha de considerar un único intento de fecundación asistida, sino un intento que llegue a buen puerto, y, en consecuencia, de lugar a un

a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento.

b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple.

c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días.”

¹⁰⁷Fernández Canales, C., “La fecundación post mortem en la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la problemática jurídica en torno al superpóstumo”, ObCit., p.43.

¹⁰⁸Gete-Alonso y Calera, M.C., “Derecho de familia vigente en Cataluña”, Tirant lo Blanch, 2013, p.58.

embarazo¹⁰⁹. Quedaría abierta en el caso de la legislación estatal una segunda utilización siempre y cuando nos encontremos dentro del plazo de los 12 meses. Difícil de conseguir materialmente, pero no imposible.

En esta regulación autonómica no se establece concreción alguna sobre el tipo de consentimiento. Como expresa PATRICIA ESCRIBANO TORTAJADA, la única exigencia de consentimiento es que sea expreso, por lo que se permite el documento privado, al contrario que en la ley estatal. Hace referencia a la posibilidad de un consentimiento verbal, pero es difícil por motivos probatorios¹¹⁰.

Tampoco se hace ningún tipo de alusión a la transferencia de embriones, pero multitud de autores, como LLUIS PUIG Y FERROL, indican que aunque se omita esta modalidad de reproducción post mortem, si se permite fecundación, también se permite la transferencia de embriones¹¹¹.

5. Casos importantes en la historia de la reproducción post mortem.

En este momento voy a hacer referencia a una serie de casos que han resultado ser hitos importantes en la historia alrededor de la fecundación post mortem. He de poner de manifiesto que los casos más sonados en la historia, no ocurren en territorio español, de hecho, existe escasa jurisprudencia española alrededor de la figura.

5.1 Parpalaix vs. CECOS

Este primer caso se remonta al año 1984. Nos encontramos en Francia, donde en aquel momento no existía prácticamente regulación sobre las técnicas de reproducción humana asistida, sino que se estaba comenzando a investigar con los gametos en muchos países del mundo, aunque ya había varios casos de niños nacidos a través de estas técnicas.

¹⁰⁹Íbidem. ObCit., p.83.

¹¹⁰Escribano Tortajada, P. “*Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad*”, ObCit., p. 1314.

¹¹¹Puig i Ferriol, LL.: “*La filiació. Institucions del Dret Civil de Catalunya, Dret de Família, II-2*”, Tirant lo Blanch, 2014, p.475.

Este es el caso de Alain Parpalaix, quien inició un romance con la que 3 años después sería su mujer, Corinne. Alain es diagnosticado de una enfermedad oncológica, para cuyo tratamiento se le recomienda que deposite su semen en el CECOS¹¹² para asegurarse fertilidad en un futuro. Sin embargo, no dejó instrucciones sobre el destino de sus gametos.

Tres años después de depositar su espermatozoos en el CECOS, empeoró su enfermedad, y le diagnosticaron un estadio terminal. Corinne y él, decidieron casarse dos días antes del fallecimiento.

Poco tiempo después Corinne solicitó al CECOS una autorización para ser inseminada con el espermatozoos de su marido Alain, puesto que con ese fin había decidido conservar su material reproductor. Sin embargo, el CECOS, denegó la solicitud alegando que únicamente podía disponer de su espermatozoos el depositante, y al no haber previsión legal al respecto, el material genético reproductor de Alain pasaba a ser propiedad del centro¹¹³.

Ante la negativa, Corinne acudió al Ministerio de Salud, donde se le volvió a denegar la solicitud por el hecho de que la ley preveía la autorización por consentimiento expreso de ambas partes, y estando los dos vivos¹¹⁴.

Finalmente, Corinne acudió a los tribunales, donde ganó el caso contra el CECOS, alegando argumentos a través del abogado que le asistía, como fueron la consideración del semen depositado como un bien mueble, pudiendo ser objeto de un contrato de depósito¹¹⁵, y como consecuencia sería para sus herederos. Esta idea de considerar el material reproductor depositado como una “res” era defendida por ALKORTA IDIAKEZ¹¹⁶. La ley francesa¹¹⁷ regulaba de esa forma el depósito. Otro argumento que

¹¹² CECOS: “Centre d’Etudes et de Conservation des Oeufs et du Sperme”. Centro de Estudio y Conservación del espermatozoos.

¹¹³ Muñoz de la Fuente, Y. “La fecundación post mortem”, Memoria del Máster en Familia, Infancia y adopción. Universitat de Barcelona, septiembre 2010, p.24.

¹¹⁴ Getino Alonso, M.: “Técnicas de reproducción asistida post mortem”. Trabajo fin de Grado. Universidad de León, año 2015-2016, p. 59.

¹¹⁵ Getino Alonso, M., “Técnicas de reproducción asistida post mortem”, ObCit., p.59.

¹¹⁶ Alkorta Idiakez, I., “Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva”, ObCit., p. 360.

¹¹⁷ Art. 1939 del Código Civil Francés del año 1804: “En cas de mort naturelle ou civile de la personne qui a fait le dépôt, la chose déposée ne peut être rendue qu’à son héritier. S’il y a plusieurs héritiers, elle doit être rendue à chacun d’eux pour leur part et portion. Si la chose déposée est indivisible, les héritiers doivent s’accorder entre eux pour la recevoir”. En caso de muerte natural o civil de la persona que realizó

esgrimió el abogado de Corinne fue que Alain deseaba ser padre con Corinne, y que por ello contrajeron matrimonio días antes de su fallecimiento.

Porsu parte, el CECOS, alegó que no podía considerarse como unacosa, sinocomouna parte indivisible del cuerpo, y, por lo tanto, no podíaestarsujeto a herencia. Que, además, Alain en el momento del depósitoestabasoltero.

El Tribunal finalmente, aceptó el argumento esgrimido por el CECOS del esperma como parte indivisible del cuerpo, pero, falló en favor de Corinne puesto que de las pruebas practicadas se llegó a la conclusión de que Alain quería ser padre y quería serlo con Corinne.

A partir de ese caso, se comenzaron a plantear infinidad de dudas alrededor del uso de esta figura, como ¿quién podrá hacer uso del espermade un hombre muerto?, ¿cuánto tiempo deberá pasar después de la muerte para poder hacer la inseminación?¹¹⁸.

Posteriormente, llegaría la regulación en muchos países del mundo.

5.2 Fabienne Justel

Este es otro caso surgido en Francia, aunque más reciente, pero tiene relación con el caso anteriormente descrito (Parpalaix vs CECOS). Este supuesto se da también contra el CECOS, en el año 2006. Es el caso de Dominique, quien, tras habersido diagnosticado de cáncer, decide crioconservar su espermade CECOS.

Dos años más tarde, contrajo matrimonio con Fabienne, y poco tiempo después falleció, habiendo mantenido su consentimiento para continuar con la conservación del espermade hasta su fallecimiento.

Fabienne, solicitó la restitución del material reproductor a CECOS para poder ser inseminada con el mismo, cuya solicitud fue denegada por el centro alegando que *“es un trámite personal donde el contrato es individual y se estipula que el espermade solo será restituido si el paciente está presente y presta su consentimiento”*.

el depósito, la cosa depositada solo puede devolverse a su heredero. Si hay varios herederos, debe devolverse a cada uno de ellos por su parte y porción. Si la cosa depositada es indivisible, los herederos deben pactar entre ellos para recibirla.

¹¹⁸ El País, edición impresa del jueves, 2 de agosto de 1984.

Esta cláusula está siempre presente en los contratos de CECOS tras el caso Alain y Corinne Parpalaix, donde existía un gran vacío legal alrededor de esta figura¹¹⁹.

En este caso, los tribunales franceses, en concreto el tribunal Superior de Rennes, falló desestimando la petición de Fabienne, puesto que, el Código de la Salud pública no permite la inseminación con material genético del varón cuando éste ha fallecido¹²⁰. Ésta interpuso recurso, y el tribunal de apelación ratificó la anterior decisión, determinando que el material genético de Dominique debía ser destruido, puesto que para cualquier disposición sobre el mismo se requería consentimiento.

En este caso, Fabienne trató de solicitar que se restituyera el material genético de su marido para poder practicar la inseminación post mortem en un país donde estuviera permitida esta técnica. Tampoco le fue concedido¹²¹.

5.3 AAP La Coruña 3 de noviembre del 2000¹²².

Si nos sumergimos en la jurisprudencia española, aun siendo escasa, nos remontamos al año 1988 para estudiar el primer caso que he encontrado, año que coincide con la primera redacción de la Ley de Reproducción Asistida. En el año 1988, un varón depositó su material reproductor en un Banco de Esperma para que su mujer pudiera utilizarlo una vez fallecido, puesto que estaba gravemente enfermo. Una vez fallecido, en el año 1999, su mujer solicitó su utilización, siendo concedida por el Juzgado de Primera Instancia de Ferrol a través del Auto de 22 de noviembre de 1999. El motivo fue que el consentimiento era imprescindible para la determinación de la filiación, pero no para la utilización del material genético del varón.

El Ministerio público, a sabiendas de que el consentimiento del varón no constaba en escritura pública ni en testamento, ni en un documento de los que exigía la ley, elevó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de La Coruña, donde se recurrió la decisión tomada en primera instancia, puesto que se consideró que era imprescindible el consentimiento para poder utilizarse el material genético de una persona.

¹¹⁹ Muñoz de la Fuente, Y. " *La fecundación post mortem* ", Memoria del Máster en Familia, Infancia y adopción. Universitat de Barcelona, septiembre 2010, p.33.

¹²⁰ Artículo 2141-2 Code de la Santé publique: " *El hombre y la mujer que conformen la pareja deben estar vivos, en edad de procrear y consentir previamente la transferencia de embriones o la inseminación* "

¹²¹ El Periódico, 22 de junio de 2010 " *Un tribunal francés niega a una viuda el semen congelado de su marido* "

¹²² AP de A Coruña (Sección 4ª). Auto nº. 82/2000 de 3 noviembre. AC 2001\183

5.4 Constantino y Bárbara. STSJ Madrid 658/2003¹²³.

Constantino fue diagnosticado de leucemia en el año 1996, y se le recomendó criopreservar su esperma con el fin de poder ser padre con su esposa Bárbara a través de las técnicas de reproducción asistida.

Durante la enfermedad de Constantino, a través de las técnicas de reproducción asistida su mujer realizó varios intentos de quedarse embarazada, pero ninguno fue efectivo. En 1997, Constantino falleció, y el INSALUD deniega a Bárbara la posibilidad de someterse a una fecundación post mortem, debido a que no constaba el consentimiento expreso para ello en la unidad de reproducción asistida donde Constantino había depositado su esperma con el fin de tener descendencia con su mujer.

Bárbara, interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Madrid, alegando que no habían recibido información de ningún tipo sobre este consentimiento expreso y sus formas.

INSALUD, por su parte, alegó la inexistencia del requisito ineludible del consentimiento que constaba como requisito para poder practicarse la técnica de la fecundación post mortem en la vigente ley sobre técnicas de reproducción asistida, la ley 35/1988, concretamente en el artículo 9.

El Tribunal, mediante la sentencia de fecha 16 de junio de 2003, falló desestimando la pretensión de Bárbara, alegando que la falta de información no suplía el consentimiento exigido por la ley 35/1988, y que, por lo tanto, la pretensión de la actora no podía prosperar.

En este caso, el hecho de que hubiera habido reiterados intentos de concepción de un hijo a través de técnicas de reproducción asistida, no hizo presunto el consentimiento por parte de Constantino.

5.5 Juzgado de Primera Instancia de Sevilla.¹²⁴

¹²³ Getino Alonso, M., “Técnicas de reproducción asistida post mortem”, ObCit., p. 65.

¹²⁴ Pereira, M.J.: “Un juzgado sevillano desestima usar esperma de un muerto para la inseminación artificial de su viuda”, publicado en “Diario ABC Sevilla”, 13 de noviembre de 2015.

En cuanto al caso más reciente que me he encontrado, esta vez en la prensa, se trata del año 2015, en Sevilla. Un varón fallece, y su esposa solicita al Juzgado de Guardia la extracción de su material reproductor para su posterior utilización con fines reproductivos. El juzgado de guardia autoriza la extracción, pero ha de esperar a que el juzgado competente se pronuncie con respecto a su utilización. El Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Sevilla, deniega la solicitud de la mujer debido a que no se cumplen los requisitos del artículo 9 LTRHA para poder determinar la filiación por parte del varón fallecido, y consecuentemente, la utilización del esperma.

El Juzgado de Guardia actuó diligentemente, puesto que hay que tomar todas las medidas necesarias para poder llevar a cabo la oportuna decisión del órgano competente. De no haber realizado la extracción en ese momento, en caso de decisión afirmativa por parte del Juzgado de Primera Instancia, no se hubiera podido practicar la extracción, ni por lo tanto la fecundación, por lo que la mujer hubiera quedado en una situación de absoluta desprotección.

6. Conclusiones

Una vez concluido mi estudio en profundidad alrededor de la figura de la reproducción asistida post mortem, considero que puedo realizar un análisis desde el punto de vista personal, y haciendo constar mi opinión al respecto de multitud de extremos alrededor de esta figura novedosa del derecho.

En primer lugar, he de explicar el título de mi trabajo. Desde el principio he leído artículos y trabajos de investigación que llaman a la figura objeto de mi estudio “la fecundación post mortem”. Sin embargo, a mí me gusta llamarla reproducción post mortem, o más concretamente, reproducción asistida post mortem, puesto que engloba los dos supuestos que conlleva, que son: la propia extracción o utilización del material genético del varón, con el fin de llevar a cabo una inseminación en sentido estricto, y, por otro lado, la transferencia de embriones post mortem, que como ya he explicado, comporta una inseminación inter vivos, y una implantación post mortem.

Al tratarse de una figura bastante novedosa en el mundo del derecho de forma internacional, coincidiendo con la gran proliferación de la tecnología en materia reproductiva, considero normal la reticencia en sus inicios de muchos autores a los que

he leído, los cuales consideran que vulnera plenamente el interés superior del menor, o que responde a una voluntad caprichosa de la viuda que, deseosa de quedarse con “una parte de su marido”, decide condenarle a una vida sin figura parental. Estos argumentos no han hecho más que sorprenderme según iba leyendo diferentes artículos, puesto que, soy consciente de que en el nacimiento de la figura pueda haber sido absolutamente rompedora de todos los esquemas de la familia tradicional, pero, hoy en día, se tenían que haber superado todas estas consideraciones arcaicas de “familia tradicional”.

Creo que debería ser así, puesto que, constantemente, observamos como el panorama familiar que protege la Constitución se va diluyendo según va avanzando la sociedad, existiendo multitud de modelos de familia: familias sin descendencia, formadas por una pareja heterosexual, homosexual, o incluso relaciones amorosas de más de dos personas que conviven, familias reconstituidas, familias monoparentales... A tenor de esta idea, debo mostrar nuevamente mi disconformidad con respecto al título del propio artículo 9 LTRHA, puesto que, además de crear dudas en cuanto al ámbito subjetivo que engloba a la figura, vuelve a representar la idea tradicional de familia.

Parece extraño que, aunque sea una evidencia que el derecho avanza de forma más paulatina que la propia sociedad, nos lleguemos a plantear que un niño que al nacer vaya a hacerlo en el seno de una familia monoparental porque su padre haya fallecido antes incluso que su propia concepción, vaya a ser un niño con carencias afectivas, porque carezca de la figura paterna.

Esta opinión, la cual comparto con autores como RIVERO HERNÁNDEZ, está dirigida a propósito de la contradicción que me inspira la opinión de estos autores que reniegan de la figura de la reproducción post mortem, puesto que, en las mismas condiciones nace un niño cuya madre ha sido inseminada por un donante de gametos, en el caso que nos refiramos a las técnicas de reproducción asistida, o un niño que no ostenta una figura paterna porque tiene dos mamás. Y voy más allá: todos los niños que nacen a raíz de un proceso de técnicas de reproducción asistida, son niños absolutamente deseados y buscados. Si nos movemos en el ámbito de la reproducción tradicional, la reproducción sexual, nos asustaría la cantidad de niños que nacen sin ser buscados, o sin poder ser mantenidos, fruto de una relación sexual esporádica, o incluso de una agresión o abuso sexual. Niños que no tienen padre porque su padre no quiere hacerse cargo de ellos, o incluso sin padre y madre porque la propia madre gestante lo

da en adopción en el mismo momento en que vienen al mundo, y por supuesto, niños que conviven en una familia tradicional durante unos años, y pierden a uno o ambos progenitores por cualquier razón. Soy consciente que la reproducción sexual no puede regularse puesto que es un acto biológico, pero creo que no deberíamos ser tan críticos con el “interés superior del menor” en estos casos conociendo el panorama social en el que nacen muchos niños, cuyas circunstancias familiares sí que vulneran este principio.

Concretamente con respecto a la reproducción post mortem, y a propósito del mismo argumento en contra, el interés superior del menor, considero al igual que la autora ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN, cuyo contraargumento expongo en uno de los primeros apartados del trabajo, que esta figura respeta más fielmente el interés superior del menor, ya que, en supuestos de inseminación con gametos provenientes de la donación de esperma, la ley española secunda el anonimato. Nunca constará en ningún lugar a quien pertenece el material genético con el que se ha inseminado a una mujer, ni siquiera ella lo sabrá. Sin embargo, en el caso de la fecundación post mortem o la transferencia post mortem de embriones, el hijo fruto de la misma, va a conocer sus orígenes, va a tener familia paterna, e incluso hermanos de padre y madre, y qué hay más reconfortante que eso.

Hasta aquí mi opinión con respecto a la figura en general. Por lo que se refiere al estudio de la figura en la ley, su fin y los requisitos legales para su aplicación, es posible concluir lo siguiente:

En primer lugar, en cuanto al **fin** de la propia figura, la determinación de la filiación con respecto al varón fallecido. Más que un fin, considero que debería establecerse como una consecuencia, puesto que, aunque desconozco todos los casos que han dado lugar a una fecundación post mortem o una transferencia de embriones, puedo llegar a imaginarme que en pocas ocasiones el fin perseguido sea en sí mismo “la determinación de la filiación”, con lo que esto conlleva: apellidos, los deberes y derechos de la patria potestad (que desgraciadamente, no se van a llevar a cabo), y los derechos sucesorios. Me inclino más porque el fin en la mayoría de los casos sea un fin emocional, sentimental, de formar una familia con una persona que ha fallecido por cualquier motivo, o incluso otro tipo de fines relacionados con la salud, como hago alusión también en otro apartado de mi trabajo, por la necesidad de encontrar un donante compatible, un hermano sano que pueda ser la cura de otro hermano enfermo

por una enfermedad genética, y otros fines. El hecho de que el único fin regulado sea el de determinación de la filiación, y no se pueda rehuir de ese fin-consecuencia porque daría lugar a consecuencias paradójicas, nos hace alejarnos del fin deseado y perseguido por los solicitantes en la mayor parte de los casos (los que he mencionado anteriormente, siendo claro ejemplo el caso de La Coruña del 3 de noviembre del año 2000, donde el tribunal de Primera Instancia se dejó llevar por una interpretación lógica de la norma). Aun así, no reniego de la regulación, puesto que, como estudiante de derecho, considero que hay que establecer unas pautas para el buen funcionamiento de la sociedad, y que haya una seguridad jurídica en todos los aspectos de nuestra vida.

En segundo lugar, y teniendo relación con lo expuesto sobre el fin de la reproducción post mortem, centramos la atención en los requisitos para el efectivo uso de esta figura:

En cuanto al **consentimiento**, por supuesto que considero que es necesario que exista, pero el consentimiento regulado para este caso en la legislación estatal me transmite una enorme sensación de rigidez, opinión que expresan autores en sus obras, como CARMEN FERNÁNDEZ CANALES, quien considera deficiente la ley estatal al ser muy restrictiva en este aspecto y en otros, teniendo en cuenta el avance científico al que nos enfrentamos. Esta rigidez se hace patente en casos como el de la Sentencia del TSJ de Madrid 658/2003, por ejemplo. Considero en este aspecto que una vez más la legislación autonómica catalana vuelve a ir más deprisa que la legislación estatal, como en muchas otras materias, aceptando para el consentimiento también un documento privado. Al ser fácilmente falsificable, creo que podría admitirse no como prueba única y directa, sino que pueda declararse válido junto con otra serie de indicios encaminados en la misma voluntad. Cada vez se está dando más importancia a la autonomía de la voluntad de las partes en muchas materias del derecho, y lo observamos en muchas reformas y nuevas inclusiones de figuras y posibilidades en la ley estatal. En este sentido, considero que quizás se debería de hacer en estos casos un ejercicio de interpretación de circunstancias que tengan como consecuencia el fin pretendido por las partes, y reitero una vez más el último caso concreto que he explicado en el apartado 5 de mi trabajo. En este sentido, la lógica y la interpretación nos dice que efectivamente la voluntad del varón fallecido era concebir un hijo con su mujer, puesto que hubo muchos intentos inter vivos de embarazo (y pudiendo ser probados, porque fueron vía técnicas de reproducción asistida) cuando la enfermedad estaba presente en la vida de la pareja,

y sin embargo, la rigidez en este sentido del consentimiento que ha de constar por parte del varón, hace que el fin que ambos perseguían no pueda conseguirse nunca. Esto me hace plantearme muchas cosas con respecto a las decisiones que podemos tomar en nuestra vida, puesto que podemos decidir cómo y cuándo tenemos un hijo de manera natural, pero si el método biológico falla, hay muchos hándicaps para cumplir nuestro deseo. El espermatozoides que depositamos en un banco de semen para una posterior utilización a nuestro criterio, deja incluso de ser “nuestro” una vez que allí acaba, puesto que nadie puede prever su muerte, o sí, y nunca pensar que va a ser difícil acceder a él cuando se tenga deseo de ello por la rigidez del consentimiento.

En cuanto al **requisito temporal**, mi opinión se divide en los dos supuestos que nos encontramos en la reproducción post mortem, en caso de fecundación post mortem, y en caso de transferencia de embriones. En el primer supuesto, creo que, aunque ha habido un avance con respecto a la anterior legislación, sigue siendo un tiempo bastante escaso como para que una mujer se encuentre psicológicamente preparada para tomar una decisión de tal calibre. Sí creo que hay que ha de ser controlado con motivo de la seguridad jurídica de los herederos, entre otras cosas, pero, a mi parecer, sigue siendo un tiempo escaso.

En cuanto a la transferencia post mortem de embriones, considero que el fin es el mismo, la protección de derechos sucesorios de terceros, por lo que debería ser más amplio, porque se trata de la misma decisión complicada, pero debería ser el mismo que en el caso de la fecundación post mortem.

7. Bibliografía

Alkorta Idiakez, I., “*Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva*”, ed. THOMSON ARANZADI. Año 2003, p. 360.

Alonso Serrano, E.: “*Aspectos Jurídicos de la Fecundación Artificial. Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*”. Año 1990. Ed. Editum.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: “*Reproducción asistida Post Mortem*”, ed. Aranzadi Civil (2001), núm. 2º.

Bercovitz, R., “*Reproducción asistida post mortem*” AC 2/2001, 2165-2167.

Berrocal Lanzarot, A.I., “*De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 26 de mayo*”, en “*Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*”, ed. Dykinson, S.L.

Cabido Iglesias, J.: “*Fecundación post mortem. Análisis jurídico de la Regulación en España*” *Cadernos de Derecho Actual* N° 2 (2014), pp. 71-83 · ISSN 2340-860X.

Casado, M.: “*Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho*”, publicado en *Revista de Sociología*. 1997, no. 53
Clínica Dexeus (www.dexeus.com)

Code de la santé publique (www.legifrance/gouv.fr)

Constitución Española de 1978 (Ref. BOE-A-1978-31229).

Corral Talciani, H., “*Admisibilidad Jurídica de las técnicas de procreación artificial*” Publicado en “*Revista chilena de derecho*, n° 19”, año 1992 (pág.458).

El País, edición impresa del jueves, 2 de agosto de 1984.

El Periódico, 22 de junio de 2010 “*Un tribunal francés niega a una viuda el semen congelado de su marido*”

Escribano Tortajada, P.: “*Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad*”, *ADC*, tomo LXIX, año 2016.

Femenía López, P.J., “*Status jurídico del embrión humano, con especial consideración del concebido in vitro*” publicado en “*Noticias jurídicas*”.

Fernández Campos, J.A.: “*Comentario al art. 9 LTRHA*”, en AAVV.: “*Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*”. Ed. Dykinson, S.L.

Fernández Canales, C., “*La fecundación post mortem en la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la problemática jurídica en torno al superpóstumo*”, publicado en “*La Maternidad y la Paternidad en el siglo XXI*”. Ed. Comares, año 2015.

GámizSanfeliu, M. “*Reflexiones sobre la fecundación post mortem. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 6 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*”. Universitat Internacional de Catalunya, ed. Cadernos de DereitoActualNº 2 (2014), pp. 71-83 · ISSN 2340-860X.

Gete-Alonso y Calera, M.C., “*Derecho de familia vigente en Cataluña*”, ed. Tirant lo Blanch, año 2013.

Gete-Alonso y Calera, M.C., “*La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*” ed. Tirant lo Blanch, año 1992.

Getino Alonso, M.:” *Técnicas de reproducción asistida post mortem*” Trabajo de fin de Grado. Universidad de León, año 2015-2016.

Herrera, M.,” *La técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada*” publicado en Revista IUS vol.11, nº 39, junio 2017.

Inesta Delgado, F.J.: ‘*La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida*’, Tratado de Derecho a la familia, ed. Thomson-Aranzadi, año 2011

Lei n.º 32/2006. Diario da República Electronico. Portugal.

Ley 14/2006, sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida, (Ref. BOE-A-2006-9292).

Ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida, (Ref. BOE-A-1988-27108).

Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, (Ref. BOE-A-1957-7537).

Lledó Yagüe, F. “*Comentarios Científico-jurídicos a la ley sobre Técnicas de reproducción Humana Asistida*”, ed. Dykinson S.L., año 2003.

Martínez de Aguirre, C.: “*Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida*”, Cuadernos de derecho judicial Nº 10-2004.

Memorias de la Historia. Blog sobre testimonios orales de la posguerra española y la época franquista (<https://blogs.ua.es/historiaoral51>)

Muñoz de la Fuente, Y.” *La fecundación post mortem*”, Memoria del Máster en Familia, Infancia y adopción. Universitat de Barcelona, septiembre 2010.

Ochoa, C: “*Comentario científico sobre la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*”, ed. Dykinson S.L, 2007.

Organización de reproducción asistida (“reproduccionasistida.org”).

Palacios Alonso, M.: “*Prólogo al Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "In vitro" y la Inseminación Artificial Humanas*” del Congreso de los Diputados.

Pereira, M.J., “*Un juzgado sevillano desestima usar esperma de un muerto para la inseminación artificial de su viuda*”, publicado en “Diario ABC Sevilla”, 13 de noviembre de 2015.

Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, ed. Trivium, año 1988.

Proyecto de Recomendación sobre inseminación artificial del Consejo de Europa, de 5 de marzo de 1979.

Puig i Ferriol, LL.: “*La filiació. Institucions del Dret Civil de Catalunya, Dret de Família, II-2*”, Tirant lo Blanch, 2014

RiveroHernández, F., «*La fecundación artificial post mortem*», Revista Jurídica de Cataluña, p. 888.

RiveroHernández, F., “*La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial*” en AA. VV., “La filiación a finales del siglo XX.

RiveroHernández, F., «*La fecundación artificial post mortem*», publicado en Revista Jurídica de Cataluña.

Rodríguez Guitián, A.M.:” *Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem*”, ed. Oñati socio-legal series, ISSN-e 2079-5971, Vol. 7, Nº. 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida. Género, Diversidad Sexual y Familias en Plural).

Rodríguez Guitián, A.M: “*La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico*” Publicado en “Revista boliv. De derecho nº20” Julio 2015.

Santamaría Solís, L.: “*Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos*” publicado en Cuadernos de Bioética 2000/1B.

Souto Paz, J.A.: “*El informe Palacios y las técnicas de reproducción asistida*”, en “Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas” ed. Dykinson S.L.

Talavera, P. “*El derecho europeo ante el matrimonio y las uniones de hecho de personas del mismo sexo*”, publicado en “Revista del Instituto de ciencias jurídicas”.

Universal Surrogacy: Centro de Reproducción asistida (www.universalsurrogacy.com).

