



# La Reproducción humana asistida post mortem

AUTOR: ELORA OLIVER FONSECA

TUTOR: Dra. BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO

## ÍNDIX

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>2. REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....</b>	<b>4</b>
2.1. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de reproducción asistida humana.....	4
2.2. La Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos.....	4-5
2.3. La Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida.....	5
A. Regulación de la filiación.....	5-6
<b>3. LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM.....</b>	<b>6-7</b>
3.1. Concepto.....	7-8
3.2. Supuestos en los que puede darse dicha reproducción y consideraciones generales respecto de los gametos masculinos.....	8-9
3.3. Los problemas que se planteaban antes de la legislación vigente en referencia a la fecundación post mortem.....	9-10
A. Tipos de inseminación artificial: inseminación homóloga e inseminación heteróloga.....	10-11
B. Razonamientos a favor y en contra de la fecundación post mortem.....	11-15
3.4. Análisis detallado del artículo 9 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida.....	15-19
3.5. La filiación paterna y otras consideraciones planteables.....	19-24
<b>4. CONCLUSIONES.....</b>	<b>24-25</b>
<b>- BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>26-27</b>

## 1. Introducción

En primer lugar debo de referirme a la regulación de dicho tema, regulado en la Ley 35/1988, la cual regula las *técnicas de reproducción asistida humana*; y la Ley 42/1988 reguladora de *la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*. Aunque con posterioridad cabe alegar la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que introdujo algunas modificaciones en la primera Ley señalada. También debemos tener en cuenta la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que se considera como la guía legislativa fundamental para poder tratar esta materia.

Cabe decir, que dicha normativa no afecta al Código Civil, en tanto en cuando, ésta no introduce modificación alguna en su articulado. Pasaré a destacar, posteriormente, algunos de sus aspectos fundamentales de dichas leyes.

En segundo lugar, ya me centraré en el tema de la reproducción asistida *post mortem*, en cuyos aspectos me centraré en su concepto, en los supuestos en los que se suele dar dicha reproducción y a su vez también hablaré de las condiciones generales de los gametos masculinos dónde indagaré sobre las características y calidad de éstos dependiendo de la forma en que se hayan obtenido, y las diferencias suponen un problema de cara al procedimiento de la inseminación; también hablaré del factor del tiempo, en tanto que éste puede ser un factor que dificulte o no dicha reproducción.

En tercer lugar, me detendré en el problema de la filiación, que se produce a causa de la admisión de dicha técnica de reproducción asistida; para ello explicaré los dos tipos de inseminación (homóloga y heteróloga) a grandes rasgos, e indagaré sobre la licitud de la fecundación *post mortem*, remitiéndome a las opiniones de grandes autores que trataron de este tema antes de que hubiera una legislación, en relación a la reproducción asistida *post mortem*, en España.

En cuarto y quinto lugar, procederé a analizar detalladamente el artículo 9 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, el cual regula la fecundación *post mortem* y da solución a los problemas planteados anteriormente como es la filiación. A su vez, también plantearé otras consideraciones relacionadas con dicha normativa.

Y por último estableceré unas conclusiones finales a modo de síntesis de todo lo expuesto.

## **2. Regulación de la reproducción humana asistida:**

### **2.1. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de reproducción asistida humana.**

El objeto que regula esta Ley lo expone en su exposición de motivos, del que podemos extraer que consiste en admitir las técnicas de reproducción humana para poder superar la fortuita esterilidad de la pareja, que fue dado gracias a la evolución y descubrimientos científicos y tecnológicos referentes de los campos de la Biomedicina y la Biotecnología, los cuales, han hecho posible que las parejas que ocasionalmente no podían concebir mediante la reproducción humana, haciéndose valer de ésta técnica, conocida como Técnica de reproducción asistida o artificial, puede dar la solución a la esterilidad de la pareja que desee concebir y no pueda.

Una matización sobre la Ley presente, es que hay diversos autores que manifiestan la necesidad de reformar la ley, reformándose tanto puntos concretos, como también en general en cuanto a toda la regulación de la materia, ya que, se considera que la regulación afecta a derechos fundamentales, por lo que debería haber sido objeto de ley orgánica y no de ley ordinaria como se establece.

### **2.2. La Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos.**

Esta Ley se le establece la función de complementar la Ley anterior, puesto que en su exposición de motivos se expone que regula una materia no establecida por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Trasplante de órganos, como sería por ejemplo el caso de utilizar los fetos humanos o embriones con finalidad terapéutica, de investigación o de diagnosticar algún supuesto de hecho, protegiendo su manipulación y que puedan ser objeto de tráfico; y a su vez dar lugar a poder investigar de forma científica, en relación con la dignidad de la persona.

Esta Ley apareció por ser la consecuencia de presentar un recurso de inconstitucionalidad por parte del grupo parlamentario Popular, el cual alegó que la Ley posibilitaba que la donación de embriones y fetos humanos puedan verse implicados en un contrato implicando una

patrimonialización de éstos, cuya acción es contraria al respeto de la persona humana consagrado en el artículo 10 de la constitución. Dicho recurso fue desestimado, alegando el Tribunal Constitucional que no implica patrimonialización de la persona basándose que en la donación se excluye cualquier causa remuneratoria, y cabe precisar que solo se puede donar respecto de los embriones o fetos muertos, por lo que no son viables.

### **2.3. La Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida.**

Dicha Ley es muy importante, en tanto que, supone el acabamiento de la evolución normativa en la materia y parece tener como objetivo la derogación del límite de producir un máximo de tres ovocitos por ciclo reproductivo que venía siendo establecido por la Ley 45/2003; por lo que el objetivo principal de esta Ley es delimitar el concepto de preembrión: «*embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde*»<sup>1</sup> regulado en el art.1.2 de la ley. También cabe hacer mención, en cuanto a otros aspectos de índole importante, al diagnóstico genético preimplantacional, regulado en el artículo 12, y las técnicas de crioconservación de gametos y preembriones, regulado en el art.11 del mismo cuerpo legal, que ahora son considerados conjuntamente como material genético objeto de donación para las finalidades reproductivas y terapéuticas permitidas por el ordenamiento jurídico.

#### **A. Regulación de la filiación:**

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, modifica el artículo 7.1 de la Ley 42/2006 y establece que «*la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos*»<sup>2</sup>.

Pues antes la ley 35/1988 señalaba en su artículo 7 cómo filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo sin que en la inscripción en el Registro Civil se refleje

---

<sup>1</sup>LASARTE, Carlos, *Derecho de familia*. Marcial Pons, novena edición. Madrid 2010, p. 315.

<sup>2</sup>Ley 3/2007, de 15 de marzo, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas* BOE Nº 65, 16/03/2007.

dato alguno del que pueda inferirse el carácter de la generación. Cuando el marido o la mujer hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, no podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.

Pues la filiación conllevaba a que resultara escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas siempre dejando a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad.

Además, se establece que en los casos en los que se revele la identidad del donante, siempre y cuando sea un supuesto que proceda dicha revelación, no implicará en ningún caso, determinación legal de la filiación.

En relación a las especialidades que surgen a causa del empleo de técnicas reproductivas si el marido hubiere fallecido, la filiación no se determinará, como bien explicaré luego, siempre y cuando no se cumplan una serie de requisitos. De igual modo, cabe atribuir estos requisitos necesarios, para que se dé la filiación si se trata de un varón no unido por vínculo matrimonial.

A mayor abundamiento, el artículo 10 de la presente Ley 14/2006, establece la nulidad de pleno derecho 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, así la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución sería la determinada por el parto dejando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

En los demás aspectos la Ley 42/2006 no introduce novedades a grandes escalas, por lo que se limita reproducir los textos normativos anunciados anteriormente, es decir, a la Ley 35/1988, pero sin embargo, sin hacer referencia expresa a la Ley 42/1988.

### **3. LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM.**

Una vez hecha la breve introducción sobre la legislación reguladora de la reproducción asistida y vigente a día de hoy; me centraré en la fecundación *post mortem*.

Está más que claro que debido a los avances biogenéticos, aparece una gran insuficiencia legislativa de adaptar dichos avances a los esquemas legales ya establecidos. Pues como bien se plasmaba en la proposición francesa de 1984-1985, los progresos de la biología daban lugar a un amplio campo legislativo sobre dicha materia. Puesto que, el derecho en esta materia no abarca todos los posibles supuestos de hecho, ya que la ciencia y más concretamente los avances biogenéticos, dan lugar a nuevas situaciones, las cuales carecen de regulación, debido a su constante evolución y cambio<sup>3</sup>.

### 3.1. Concepto:

Nos encontraremos ante una fecundación *post mortem*, como bien dice el autor LASARTE ÁLVAREZ<sup>4</sup>, cuando venga referida al hecho de que la mujer, siempre y cuando ésta esté viva, sea objeto de inseminación artificial con el semen de algún varón que ya hubiera fallecido en el momento de que se hubiera realizado la fecundación. Otra definición semejante y que podemos establecer en relación al concepto, es que sería aquella fecundación que tiene lugar después de que el productor del esperma haya fallecido.

Por tanto, desde el punto de vista médico, la fecundación *post mortem* es la concepción de un hijo mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, normalmente por inseminación artificial o por fecundación in vitro, pero con la característica, de cómo bien he dicho antes, de que uno de los progenitores (normalmente el varón) se hallare fallecido en el momento en que se produce dicha fecundación.

Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, y teniendo en cuenta el marco de la legislación vigente, el supuesto de la fecundación *post mortem*, como bien expresa GÁMIZ SANFELIU<sup>5</sup>, no se hace referencia solamente a la realización de la técnica concreta, sino a los efectos jurídicos que genera la concepción de un hijo en esas condiciones en cuanto a su determinación jurídica

---

<sup>3</sup>LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*. Tecnos,, Madrid 1988, citando a *Proposition de loi relative aux consequences juridiques de l'insemination «post mortem» n.º257, Sénat, Seconde session ordinaire de 1984-1985*, Exposé des motifs, pág. 2 y ss; p. 191.

<sup>4</sup>LASARTE ALVÁREZ, Carlos, op. cit., p. 321.

<sup>5</sup>GÁMIZ SANFELIU, Marta, «Reflexiones sobre la fecundación post mortem: cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida», *Actualidad Civil*, mayo 2009, nº10, p. 1164.

de su filiación, la capacidad sucesoria y los derechos hereditarios, así como un amplio campo de derechos y obligaciones que comporta ser hijo de una persona concreta y determinada.

### **3.2. Supuestos en los que puede darse dicha reproducción y consideraciones generales respecto de los gametos masculinos:**

Se pueden dar varios supuestos en los que los espermatozoides del marido muerto se encuentren en la unidad de reproducción asistida. Por un lado, uno de dichos supuestos y el más frecuente es la situación en la que el hombre decide conservar en un banco de semen espermatozoides eyaculados. Todo ello, antes de ser sometido a un tratamiento quimioterápico o radioterápico, debido a que sufre una enfermedad oncológica o a que está sometido a un tratamiento quirúrgico o voluntades reproductivas del momento. Por otro lado, otro supuesto que puede darse es cuando una vez muerto el marido, la mujer de éste solicita la obtención y conservación del material reproductor con el fin de usarlo en un tratamiento de reproducción asistida *post mortem*. En este supuesto, a diferencia del anterior se obtendrán de los testículos o epididimarios los espermatozoides del marido fallecido, con lo que estos no han sido eyaculados, sino que se le sustrae de sus propios testículos o epididimarios.

Eximiendo las diferencias propias y patológicas de cada varón que pudieran poseer respecto de otros, cabe decir que las características y calidad de los espermatozoides eyaculados y los testiculares son diferentes. Y en base a su utilización para la reproducción asistida de ambos provoca un resultado reproductivo idéntico. En consecuencia de ello, se da la tranquilidad de poder guardar en los bancos de semen diferentes materiales reproductivos con el mismo potencial reproductor, ya que, los espermatozoides que han sido eyaculados y congelados posteriormente, se mantienen en perfectas condiciones durante un largo periodo de tiempo, para poder ser utilizados en una reproducción futura sin temer a la calidad de éstos. En cuanto al periodo de tiempo máximo que pueden estar congelados y la variación de su potencial fecundante, no existe una limitación siempre y cuando exista una solución con los tratamientos reproductivos actualmente existentes.

Por lo tanto, el tiempo en que permanecen vivos los espermatozoides en los testículos del varón ya muerto, no lo podemos determinar con una plena exactitud. Pues se han dado supuestos de hecho en los que los espermatozoides seguían vivos 19 horas después de la



muerte del varón y que fueron capaces de fecundar. Así también, se dio la existencia de espermatozoides vivos tres días después del fallecimiento del varón. A pesar de lo dicho, debemos de tener en cuenta la calidad del esperma «*que variará en función de la causa de la muerte y de las condiciones ambientales en las que fue mantenido el cadáver desde el momento de la muerte hasta la obtención de los espermatozoides*»<sup>6</sup>.

Dicho lo anterior, podemos decir que la recogida de gametos, almacenamiento y su posterior uso en las técnicas de reproducción asistida no supone ninguna dificultad o problemática respecto de su aspecto técnico; no teniendo en cuenta los factores que ya he mencionado anteriormente, los cuales sí que pueden dar pie a un problema técnico (como la causa de la muerte, las condiciones ambientales, la calidad del esperma, etc.).

En definitiva podemos aducir que, la reproducción asistida *post mortem* y consecuentemente la utilización de los espermatozoides obtenidos una vez ya fallecido el varón ha supuesto una novedad documental, así pues, el primer documento que se escribió en la literatura científica fue publicado por Rothman en 1980, consiguientemente el primer embarazo se publicó en 1998 por Allen, JE y el primer nacimiento en 1999 por Lota, L<sup>7</sup>. Apreciamos pues, que se trata de fechas recientes y consecuentemente de un tema novedoso, ya que no es hasta los años 80 que se le empieza a dar cabida y como veremos más adelante, hasta el año 88 no existía una regulación, en España, referente a este tipo de reproducción asistida.

### **3.3. Los problemas que se planteaban antes de la legislación vigente en referencia a la fecundación post mortem:**

Otra cuestión, es la filiación del recién nacido a consecuencia de la reproducción asistida *post mortem*. Y de ello que se diera la problemática de dicha inseminación, puesto que, ésta radica en la inseminación identificada (también llamada inseminación homóloga). Es decir, aquella que se produce con el semen de un varón concreto, específico y determinado. Y otra clase distinta es la inseminación que tiene lugar con esperma indeterminado procedente de un

---

<sup>6</sup>OCHOA MARIETA, Carmen, *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 124.

<sup>7</sup>OCHOA MARIETA, CARMEN, op. cit., citando a Rothman, CM. (1980). *Fértil Steril*. 34:512, a su vez cita a Allen, JE (1988). Associated Press. 15 Ap. Online REF 5323 y a Lota, L. (1999). Associated Press. 26, AP Online REF5876; p. 124.

banco<sup>8</sup>, esto es, de cualquier varón que done su semen a un banco (denominada a su vez como inseminación artificial heteróloga).

### **A. Tipos de inseminación artificial: inseminación homóloga e inseminación heteróloga.**

Me detendré a explicar a grandes rasgos estos dos tipos de inseminación artificial. Así pues, en primer lugar, encontramos la inseminación homóloga, también llamada a su vez inseminación intracorpórea matrimonial o inseminación identificada. Y su característica principal parte de que ambos gametos, es decir, el óvulo y el espermatozoide, son obtenidos de una pareja, la cual serán los padres del niño. Suelen ser matrimonios o parejas estables que tienen problemas para concebir de forma natural, por lo que no llegan a ser estéril ninguno de los dos miembros que componen la pareja; sino más bien se trata de un problema de infertilidad. De este modo, los medios técnicos utilizados no suelen sustituir el acto conyugal, sino que lo facilita, aunque por otro lado, se disgrega voluntariamente el significado unitivo y procreativo del acto conyugal.

Además desde la perspectiva del hijo, éste ya nace con el derecho de tener una familia y es concebido mediante el acto procreador en una relación de pareja estable o matrimonial, y no como consecuencia de una manipulación artificial. Y desde el punto de vista de la madre, en cuanto a su salud, no se dan contradicciones éticas por el uso de estas técnicas. A pesar de que, biológicamente una vez se hayan obtenido los gametos masculinos, la selección natural deviene alterada y de igual forma, en algunos supuestos, esta técnica precisa de una estimulación ovárica de la mujer. Sin tener en cuenta estos casos, si la mujer lo solicita, es un tratamiento terapéutico, por lo que no será sustitutivo, y a su vez, lícito. Pero también se da en la práctica, procedimientos inadecuados que incurren tanto en problemas de salud para la paciente como intolerables deontológicamente<sup>9</sup>.

En segundo lugar, está la inseminación heteróloga, cuyas pautas técnicas utilizadas son parecidas a la inseminación artificial homóloga, aunque la diferencia radica en que el semen procede de un donante y no del varón de la pareja. Al ser de un tercero, rigen las reglas del

---

<sup>8</sup>ZARRALUQUI, Luís, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid 1988, p.155.

<sup>9</sup>MARCÓ, Javier y TARASCO, Martha, *Diez temas de reproducción asistida*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid 2001, p.21.

anonimato y vigilancia de las posibles enfermedades que pudiera tener el donante. El problema que se suscita en dicha inseminación, es la inserción de una tercera persona distinta de los futuros padres, dando cabida a una multitud de problemas. Entre estos, destaco el derecho del hijo a conocer la identidad de su padre en contraposición con el anonimato, la problemática jurídica de la paternidad y filiación, la degradación del donante y del varón que actúa como pareja, etc.

Cuestión interesante es la que plantea GÁMIZ SANFELIU<sup>10</sup>, en relación a las parejas homosexuales, cuando se pregunta: ¿es posible que en el supuesto del art.7.3 LTRHA la cónyuge superviviente utilizase los ovocitos de la compañera fallecida y tras la fecundación con donación de esperma le sea transferido el embrión formado con ese ovocito? ¿No se trataría de igual modo, un supuesto de fecundación *post mortem*?

Desde el punto de vista de la realización de la técnica, podría decirse que se trata de fecundación *post mortem*. Pero desde el punto de vista legal en base al art.9 LTRHA, a día de hoy no se ve factible ese planteamiento. Cabe decir que quedaría establecida la maternidad legal del hijo concebido de esta forma, pues en virtud del art. 10 del mismo cuerpo legal, la madre legal es la que gesta y alumbró la criatura con independencia de quién sea biológicamente la madre. En cuanto a la paternidad, está claro que el hijo concebido de este modo carecería de padre legal al tratarse de un técnica heteróloga con donación de esperma y el art.5 del mismo cuerpo legal, niega la relación de filiación con el donante que es anónimo.

## **B. Razonamientos a favor y en contra de la fecundación post mortem:**

Hecho esta breve distinción y volviendo al tema que nos interesa, debemos indagar sobre la licitud de dicha fecundación *post mortem* con su correspondiente determinación de filiación, siempre que el donante de esperma se hallare fallecido.

Así pues, un amplio grupo de autores considera que la fecundación *post mortem* es inconstitucional, puesto que, la práctica de dicha fecundación da lugar a que el hijo nacido de ésta nazca y viva sin padre. En consecuencia, se tendría que considerar el derecho del hijo a tener una familia estable, formada por el padre y la madre, para el fin de que proceda un

---

<sup>10</sup>GÁMIZ SANFELIU, Marta, «Reflexiones sobre la fecundación post mortem: cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida», *Actualidad Civil*, mayo 2009, nº10, p. 1175.

correcto desarrollo tanto físico como espiritual. Por consiguiente, hay muchos autores que parten de su criterio a partir de la aceptación de la inseminación artificial con la finalidad de corregir la esterilidad irreversible que pueda sufrir algún o los dos miembros de la pareja. Así como para evitar transmitir al *concepturus* alguna enfermedad congénita o hereditaria. De este modo, RUBIO CARDEL argumentaba que la legitimación para poder hacer uso de la inseminación homóloga, estaba en dar solución a la infertilidad del paciente; en cambio cuando el marido se hallare fallecido ya no tiene sentido hablar de asistencia médica a un paciente, y a consecuencia ya no existe dicha legitimación. A su vez, HORTAL, en oposición a lo dicho, decía que está justificada cuando se articula la diferencia con el hijo nacido por fecundación natural, que radica en que «*en un caso se programa deliberadamente una situación que, en el otro caso, sólo se asume como irremediable*»<sup>11</sup>.

Desde el punto de vista de LLEDÓ YAGÜE<sup>12</sup>, exponía que la utilización de la fecundación *post mortem* da lugar a una desviación de lo que es la finalidad terapéutica de las técnicas reproductoras, ya que, no sólo se trata de solucionar la esterilidad de la pareja, sino de satisfacer un deseo cumplido póstumamente de paternidad o maternidad, utilizando al futuro hijo como un simple medio subordinado a sus intereses personales. Y no como la finalidad con el legítimo derecho de crear una familia, compuesta tanto por el padre como por la madre, y no constituida de forma parcial. Esto se opone a su vez, al mandato constitucional, que funda como criterio rector para los padres prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Y que éstos nazcan en el seno de una familia con las dos instituciones parentales, y que por tanto, no sea monoparental. Por consiguiente, plantea que se debería de pensar que tendría que ser el destino que irremediamente y sin ninguna meditación humana, quien determinara la orfandad al *concepturus* o al *nasciturus*, y no que sea el hombre o la mujer que por su propia voluntad decida premeditada y deliberadamente la orfandad del futuro hijo. En consecuencia de ello, y en base a la opinión de dicho autor, iría en contra de lo establecido en la propia Constitución española sobre los principios ordenadores de la convivencia y situación familiar.

---

<sup>11</sup>LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*. Tecnos, Madrid 1988, citando a RUBIO CARDIEL, *Informe*, Contestación a las cuestiones formuladas por el Ilmo. Sr Presidente de la Comisión parlamentaria en la Sesión del 23 de octubre de 1985, Congreso de Diputados. De igual modo cita a HORTAL ALONSO, *Aspectos éticos de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, cit., Informe al Congreso; p. 192.

<sup>12</sup>LLEDÓ YAGÜE, Francisco, op. cit., P.192.

De otra parte, como bien menciona el autor LUIS ZARRALUQUI<sup>13</sup>, también se aducen razones de seguridad sucesoria, ya que, dada la posibilidad de continuar fecundando con el mismo semen después del fallecimiento de su productor, los hijos nacidos de dicha fecundación tendrán los mismos derechos sucesorios que los hijos engendrados cuando el padre estaba vivo. Pues esto generaría una inseguridad sucesoria y una indeterminación de la herencia que solo acabaría con el agotamiento del esperma conservado.

Ya en el informe Warnock, se venía recomendando que cuando se introdujera la legislación *«en el sentido de que cualquier niño nacido fruto de la inseminación artificial post mortem, que no estuviera in útero en el momento del fallecimiento de su padre, no sea tenido en cuenta a objetos de sucesión y herencia de éste»*.

Dicho lo anterior, vemos que la admisibilidad de la fecundación *post mortem* ha sido objeto de amplia discusión (todas estas argumentaciones fueron dadas antes de que se dictara la ley reguladora de la reproducción humana asistida). Aunque en el sentido opuesto, a favor de su práctica, se venía alegando el derecho a la reproducción o a procrear. Por lo que, este presunto derecho a la reproducción se ve amparado por derechos fundamentales como lo son: el derecho a la libertad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y en el derecho a la intimidad personal y familiar. Y en base a estos derechos mencionados, en referencia a la intervención del Estado, éste no puede limitar la libre autodeterminación de los progenitores, en este supuesto de la madre, y es por eso que hay que admitir que el deseo del hijo se convierta en el derecho al hijo, aunque el hijo nazca después de un gran intervalo de tiempo.

Debemos tener en cuenta que, dicho derecho se podría hacer valer siempre y cuando concurriera respetando una serie de límites para que la práctica de dicha manipulación pudiera darse. Pues ya se venía estableciendo que era necesario que se diera el consentimiento del varón productor del semen, y este consentimiento debía de ser expreso, formal y específico, en consonancia con el límite del tiempo después del fallecimiento en que se podía utilizar el semen depositado. Y para solucionar los problemas de carácter sucesorio que da dicha reproducción se recomendaba, también la pérdida de los derechos sucesorios de los nacidos en esta forma pero dicha pérdida resulta ilegítima. Pues a la hora de darle libertad a la mujer sobre

---

<sup>13</sup>ZARRALUQUI, Luís, op. cit., p.156.

la utilización del semen de su marido o pareja ya difunta, se equipararía así la igualdad del hijo nacido por este método el cual carecería de derechos patrimoniales personales como es el de la herencia.

Así lo dispone el art.9.1 de la Ley 14/2006 derogatoria de la ley 35/1988: «No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón»<sup>14</sup>. Es decir, el punto 1 del citado artículo, deja claramente especificado que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida siempre que la mujer no hubiera sido inseminada antes de la muerte del marido. Por lo tanto, la voluntad del legislador es que a falta de consentimiento expreso del varón fallecido y aún así se utiliza su material reproductor y de éste surgiera un hijo *ex post mortem*, este hijo sobrevenido no tendría la filiación paterna correspondiente al varón fallecido, el cual no dio su consentimiento.

Este artículo tiene su origen en el Informe Warnock, en el que se inspiró el informe de la comisión especial constituida en el Congreso de los Diputados para poder elaborar la ley derogada 35/1988.

Alegadas todas las opiniones controvertidas en relación a la admisibilidad o no de dicho tema y teniendo en consideración el artículo anterior, la concepción que debemos de tener a día de hoy, como bien expresa PÉREZ GALLARDO<sup>15</sup>, es que el varón que da su consentimiento, no lo hace en el sentido de que el semen congelado sea aplicado a su esposa o compañera *more uxorio*, sólo después de su muerte, con ese único fin. Por lo que, no se trata de un acto *mortis causa*, en todo caso de un acto *post mortem*, en el que alguno de sus efectos se difieren al momento de su muerte, pero en el acto de autorización para la inseminación, aún después de muerto, el hecho deplorable no es el elemento causal-funcional. En tanto que, la muerte no es la razón del acto. No se trata de un simple capricho de la pareja, tampoco de buscar un

---

<sup>14</sup>El art. 9.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida* BOE Nº 126, 24/05/2006.

<sup>15</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Inseminación artificial y transferencia de preembriones « post mortem » : procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana (algunas glosas al artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de España), *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº4, Madrid 2007, págs. 609-610.

heredero o de perjudicar los derechos hereditarios de terceros. Por ello, se debe de presumir la buena fe y hay que actuar conforme a esta presunción, cabiendo su destrucción con prueba en contrario. En definidas cuentas, su aplicación no vulnera principios éticos *per se*, no es el momento de la aplicación lo que pudiera quebrantar los valores axiológicos que informan cualquier ordenamiento jurídico, sino las razones inescrupulosas que pudiera esconderse detrás de ellas.

### **3.4. Análisis detallado del artículo 9 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida:**

El punto primero del artículo mencionado, es coincidente con el establecido por la ley anterior. Así pues, el amparo legal de dicha fecundación *post mortem* la encontramos en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de reproducción humana asistida, en la que regula expresamente dicha materia en su artículo 9. Este articula un conjunto de reglas que se podrían sintetizar afirmando como principio general que se excluye su utilización generalizada pero puede dar lugar a dicha fecundación en la práctica si está sometida a unas determinadas condiciones.

El apartado primero del artículo 9, como bien hemos dicho anteriormente, en relación con el marido de la mujer inseminada, prohíbe rotundamente la fecundación *post mortem*, ya que sólo se admite su uso en vida de los cónyuges. Pero cabe una excepción, regulada en el apartado segundo del mismo artículo indicado. De este modo, durante el plazo de seis meses y mediando el consentimiento formal del marido, sí que se admite la fecundación *post mortem*. Aunque, debemos acudir a la Ley 14/2006, pues esta difiere las salvedades que se especifican en el punto 2, dando cabida a una ampliación del plazo a doce meses. Así, la determinación de la filiación matrimonial en este caso está fuera de duda, ya que se han ampliado los plazos relativos a la presunción de paternidad, que se computarán a partir de los seis o doce meses, dependiendo de la ley aplicable al caso, del fallecimiento del marido.

Por lo tanto, la ley 14/2006, permite la utilización del semen del marido fallecido siempre y cuando haya existido un consentimiento previo de éste, durante un periodo de tiempo superior al que venía permitiendo la ley anterior 35/1988, fijándolo a doce meses.

Esta ampliación es razonable y favorable, ya que la experiencia clínica y jurídica revelaba que la viuda o consorte no se encontraba en condiciones psico-anímicas para decidir un acto de esta índole. Aunque por el contrario, se podría acreditar que provocaría en muchas ocasiones la suspensión de la herencia, si bien entonces, sería de aplicación por analogía lo dispuesto en el Código Civil, en base a la partición con un heredero condicional.

A su vez, se amplía la forma que tiene el varón en dar su consentimiento, amplificándolo mediante escritura pública y al testamento, el consentimiento informado que firma la pareja previo a un tratamiento de reproducción asistida, refiriéndose así el citado punto 2, en relación al artículo 6.3 de la ley 14/2006. Y como ya había sido aceptado por una jueza, cuando el grupo Ochoa, C. et al 2001, pidió permiso judicial para dar una solución a la postulación que les había formulado una mujer después del accidente de su marido. Éste tras llevar 19 horas muerto, sus espermatozoides fueron capaces de fecundar los óvulos de su mujer mediante microinyección espermática, después de haber sido congelados y descongelados, los cuales dieron lugar a un embarazo que terminó por pérdida gestacional a las 12 semanas. En cuyo momento de los hechos estaba vigor la presente ley derogada 35/1988.

En consecuencia de ello, y como bien establece OCHOA MARIETA<sup>16</sup>, en su comentario científico, la jueza presumió otorgado el consentimiento cuando *«el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido»*.

Y respecto de lo dicho anteriormente, establece que esto supone un problema ético, lo cual obligará a los expertos y profesionales que trabajan en el campo de la reproducción asistida a informar a las parejas y en concreto a los varones componentes de esas parejas, sobre esta posibilidad que establece la ley, dado que, a pesar de que el varón deseara ser padre en vida no tiene por qué implicar dicho deseo tras su muerte.

También debemos de tener en consideración que, dicho apartado prevé la posibilidad de revocación del consentimiento. A pesar de que, no se regula la forma de exteriorizar dicha voluntad, lo cual hace suponer la posibilidad de revocación a través de una manera distinta a aquella en que se expresó la voluntad de disponer el esperma, incluso hay quienes mantienen que la revocación cabría por hechos concluyentes.

---

<sup>16</sup>OCHOA MARIETA, Carmen, op. cit., p. 124, 125 y 126.



En definitiva, la novedad más significativa de este párrafo segundo en relación al tenor del texto previgente, radica en primer lugar en la admisión del «documento de instrucciones previas» como documento válido para la emisión del consentimiento. Pues no solo cabe dar el consentimiento mediante un acto mortis causa, como es el testamento, o un acto inter vivos, como es la escritura pública, sino también mediante documento privado que sea fehaciente o auténtico.

En relación a este documento de instrucciones previas, el cual está inspirado en la ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de Derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>17</sup>. Y su artículo 11 dispone lo siguiente:

*«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.*

---

<sup>17</sup>LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p.130.

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

Y el apartado tercero del mismo artículo, permite la fecundación *post mortem* a las parejas no casadas, siempre y cuando, medie consentimiento formal establecido en escritura pública o testamento expresado por marido en condición de pareja de hecho, por lo que esto equivaldría al reconocimiento de la paternidad extramatrimonial<sup>18</sup>. Es decir, otorga los mismos derechos al varón no unido por vínculo matrimonial que al unido por este vínculo, esto es lógico debido a que se trata de una ley que es respetuosa con los derechos democráticos individuales.

En relación al análisis hecho sobre el artículo 9, siendo establecido por la ley 35/1998 y modificado en muy pocos aspectos en la ley ahora vigente, 14/2006. Debemos apreciar que el legislador sigue incurriendo en un error, pues bien, el título que establece de premoriencia del marido no es acertado, porque como bien hemos anunciado anteriormente en el apartado tercero del mencionado artículo prevé la posibilidad de que la pareja no esté casada. Por lo que según LLEDÓ YAGÜE<sup>19</sup>, «*hubiera sido más acertado referirse al ex-cónyuge viudo o bien al ex-consorte*». Y por consiguiente, a su vez incide que el término premoriencia debería de

---

<sup>18</sup> El art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida* BOE Nº 126, 24/05/2006, regula cuándo y cómo se puede dar la fecundación *post mortem*, así se expresa en los siguientes términos:

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

2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.*

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

<sup>19</sup> LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 126.

reservarse su uso solamente como concepto jurídico sucesorio, aunque se haya trasladado su utilización a la concepción *post mortem*, aunque como ya he dicho no supone ninguna problemática jurídica.

### **3.5. La filiación paterna y otras consideraciones planteables.**

Hecho el análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006, aparecen serias dudas, sabemos con las menciones hechas anteriormente que sería casi imposible que el juez consienta a la viuda o al conviviente supérstite la utilización del material reproductor y consecuentemente inscribirse la filiación matrimonial, en el caso de que fuera utilizado sin el consentimiento del varón fallecido.

Es posible imaginar como bien plantea LLEDÓ YAGÜE<sup>20</sup>, que en el caso de que el juez no consintiese la determinación de la filiación matrimonial, pero en cambio *¿Admitiese la utilización del material reproductor en la viuda o conviviente supérstite, imputándole a ella la filiación del hijo?* Si así ocurriera, la filiación del hijo sería una filiación materna no matrimonial, y no figuraría ninguna filiación paterna en el Registro Civil.

Parece complicado que se dé dicho supuesto de hecho, en tanto que infringiría el artículo 5 de la Ley 14/2006, ya que insta que la donación será anónima. De tal modo, que deberá de garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como también por los registros de donantes y de actividad de centros que se constituya.

También puede tener cabida el supuesto en que la viuda o conviviente tuvieran a su vez otro hijo biológico, dónde el utilizar el material reproductor permite a la viuda o conviviente que el nuevo hijo colaborase de un código genético común con su hermano, con la posible consecuencia de que se pudieran beneficiar de los colosales avances de la medicina regenerativa.

En definitiva, en esta hipótesis, no se establecería ningún vínculo jurídico con el progenitor del fallecido, pues la responsabilidad en el orden de la filiación, quedaría restringida a la madre,

---

<sup>20</sup>LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 127.

con el resultado de que no constataría la filiación paterna. Determinando e instituyendo que el hijo nacido mediante las técnicas de reproducción asistida *post mortem*, no gozaría de los derechos propios que le corresponderían en relación al varón fallecido, aunque por otro lado, biológicamente fuera hijo suyo. Es decir, desde el ámbito jurídico sería sencillamente una filiación determinada legalmente con respecto a la madre. Y también podemos pensar que, a falta del consentimiento del varón y al fallecer éste, la fecundación *post mortem* no sería ya plenamente homóloga, si no que la podríamos calificar de heteróloga, puesto que el matrimonio se habría disuelto.

HERNÁNDEZ IBAÑEZ, en relación a este punto, considera que el artículo 9.1 se refiere a que la fecundación *post mortem* que se lleve a cabo sin consentimiento del marido y en el plazo indeterminado, no produce consecuencias jurídicas. Por el contrario LLEDÓ YAGÜE<sup>21</sup>, entiende que dicha expresión final hay que restringirla al causante y la consiguiente determinación de la filiación súper póstuma que no deberá atribuírsele.

Además debemos de tener en cuenta que si se transgrede la regla del anonimato dará lugar a la desautorización de la filiación respecto del padre, ya que, se conocería la identidad del progenitor. Pero también pueden darse otras razones, en tanto que, por un lado el artículo 5 de la Ley de reproducción humana asistida determina el anonimato, tanto para no imputar responsabilidades del donante dádioso, como también por otro lado, para que no se altere el orden familiar. Pues el conocimiento del donante podría generar problemas de convivencia y así como un problema en la *afectio maritalis*, que debe regir en la relación de pareja. Aunque en el tema que tratamos el donante sería el mismo progenitor que el de los hijos tenidos de forma biológica por la pareja.

En definitiva, interpretando a *contrario sensu* de lo dicho en el párrafo primero del artículo 9 si se podría determinar la filiación materna, puesto que como bien he dicho varias veces anteriormente que prohíbe establecer ningún vínculo de filiación con el progenitor en el caso de que el material reproductor no esté implantado en el útero de la viuda o conviviente supérstite. O por el contrario, cuando el consentimiento del varón no se haya concretado el consentimiento en escritura pública, en testamento y/o documento fehaciente como bien

---

<sup>21</sup>LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 132.

dispone el párrafo segundo del mismo artículo. Pero en ambos casos la prohibición radica únicamente a la determinación de la filiación paterna, y en cuanto a los efectos jurídicos personales, patrimoniales o sucesorios se atribuyen solamente con relación al progenitor fallecido.

El artículo 120 del Código Civil se remite a la propia ley y Reglamento de Registro Civil para determinar la filiación no matrimonial. Y una de las maneras para establecer la filiación no matrimonial, que está contenido en el artículo 49 de la LR Civil, es el «escrito indubitado», pues se entiende que tiene valor del «escrito indubitado», *«el documento extendido ante el Centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad»*<sup>22</sup>.

Por lo tanto, esta resolución en el pertinente expediente de jurisdicción voluntaria, servirá como título de legitimación para inscribirse la filiación no matrimonial.

El legislador cuando dice *«salvo la reclamación judicial de paternidad»* debe de ser entendida en un contexto diferente del que estamos tratando, así pues, debemos entenderla en el contexto de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en el cual no hay oposición ninguna en el caso de que se reclame la paternidad, el proceso devendrá contencioso. Por lo que, respecto del contexto que estamos tratando, esta reclamación no procede, en tanto que, cuando la fecundación tiene lugar con los mismos gametos del varón fecundante porque no podría ir contra sus propios actos y si falleciera sus herederos tampoco, en base a lo dispuesto en el artículo 140 del Código Civil.

Aunque no existe una prohibición sobre la utilización del material reproductor del varón fallecido por parte de la viuda, a la oportunidad consorte de la misma cuando no se busque imputarle responsabilidades de filiación, y que además no exista ningún inconveniente de intereses que devenga irremediable.

Así mismo, de forma análoga con la ley de trasplante de órganos, para finalizar que cuando los interesados legítimos, es decir, los herederos forzosos del fallecido, no discrepan sobre la posible utilización del material reproductor del fallecido, se podría utilizar éste derivando únicamente intereses de filiación con respecto a la viuda o consorte. Aunque cabe plantearse

---

<sup>22</sup>El art.8.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida* BOE Nº 126, 24/05/2006.

que, en el caso de que se autorice a utilizar dicho material reproductor en la viuda o consorte superviviente con los efectos de la filiación mencionados. Pues sólo serían exclusivamente a este progenitor, y teniendo en cuenta el criterio de la nueva Ley de reproducción humana asistida que permite la selección genética de los hijos para salvar a un hermano, permitiría si se diera el caso a la viuda, solucionar en un futuro un posible supuesto de tratamiento de enfermedad tradicionalmente otorgada como incurable. Con lo expuesto, se nos presenta un complejo supuesto y consecuentemente una ardua solución si el donante fuera anónimo, pues esto daría cabida a iniciar un delicado protocolo de identificación y tratamiento genético.

A la hora de regular estas situaciones es conveniente que se parta de cualquier posibilidad de utilización del material reproductor. Y por consiguiente, determinar una regulación que no sea siempre negativa como vendría siendo el artículo 9 en su tenor literal. Pues no sólo cabe enfocar su uso con la finalidad de que se intente dar inicio a un procedimiento reproductor, ya que podría utilizarse dicho material para progresar en las posibles terapias génicas. De este modo, sería posible permitir a la viuda o consorte, en un incierto supuesto, aprovecharse de los beneficios que pudieran ocasionar un tratamiento eficaz para así curar enfermedades graves. Como bien sería el caso, por ejemplo, de que con el nacimiento de este hijo sobrevenido, mediante la selección genética de embriones, pudiera ayudar a un hermano que tuviera una enfermedad patológica o incurable, o bien que pudiera menguar tratamientos terapéuticos de carácter agresivo. Otro supuesto hipotético, que podría suceder en un futuro, debido a los grandes avances de la tecnología genética, sería el caso de la posibilidad de utilizar el material reproductor del varón fallecido para producir células que puedan utilizarse para curar la enfermedad como es el párkinson, enfermedades en las que un tipo de células no funcionan correctamente como es el caso de la diabetes, o por casos de infarto o miocardio, etc. Así, la utilización del material reproducción no solo tendría un uso exclusivo sino que también podría ser beneficioso para otros aspectos, siempre y cuando fuera de acuerdo con el derecho a la protección de la salud.

En consecuencia de lo dicho, es necesario que el derecho, la bioética y sus necesarias trasposiciones legales deban de ser flexibles y rápidas para que los avances científicos puedan ponerse lo antes posible al servicio de la salud y el bienestar de los ciudadanos que los

financian. Es por ello, bajo la consideración de LLEDÓ YAGÜE<sup>23</sup>, que nos encontramos ante un arraigo conflicto entre la técnica jurídica, la ética, y entre la ciencia y la conciencia.

A pesar de todo, desde la perspectiva judicial debo decir que el artículo 9 establece un criterio negativo a la hora de regular la fecundación *post mortem*, pues como he mencionado ya, cuando el varón no haya dado su consentimiento no se podrá proceder a efectuar dicha inseminación.

Además de que el legislador con esta regulación, no ha sido muy cauto, ya que nos podríamos plantear la hipótesis, a *contrario sensu* del artículo 9.1, en donde el varón que estuviera unido por vínculo matrimonial separado de hecho o judicialmente de su cónyuge, y que en dicho momento estuviera conviviendo con otra mujer. Si se dieran estos hecho no podría refugiarse en la disposición que establece el precepto mencionado, en tanto que, su viuda de facto no podrá acudir a la fecundación *post mortem* de su conviviente.

Otro aspecto de dicho artículo, es que no se permite la fecundación *post mortem* con gametos que provengan de terceros. Por lo tanto, requisito esencial de dicha fecundación es que el gameto fecundante, tiene que ser del cónyuge o consorte varón, y por tanto, en ningún caso de un donante. Esto tiene su razón lógica, pues no tendría ningún sentido si se reclamase la paternidad por un progenitor biológico distinto. Solamente podría darse en el hipotético caso de que hubiera habido un error en el Centro médico y que como consecuencia de ello, los gametos no fueran del cónyuge o consorte varón si no de un donante, y que a su vez los herederos del titular de ese gameto reclamasen la paternidad, aunque es un supuesto de hecho complejo, ya que, no estarían legitimados para iniciar la acción de reclamación (en base a lo dispuesto en los artículos 132 y 133 del Código Civil).

Otras consideraciones a tener en cuenta es que, al no ser embriones los obtenidos del material reproductor, referidos en el artículo 9, no se le pueden, bajo ningún concepto, aplicar una asimilación con el concepto jurídico y biológico del nasciturus. Pues sería ilógico pensar que si el varón casado o consorte, por entonces testador omite mencionar estas circunstancias biológicas non natas en el testamento, se podría llegar a entender que existiría una preterición (en base a lo dispuesto en el artículo 814 del Código Civil). Pero que realmente no es así, ya que

---

<sup>23</sup> LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 129.

no es considerado como nasciturus, y como es así, al morir el varón, *no será necesaria solicitar de todos los establecimientos sanitarios «certificación de material reproductor porque jurídicamente no son nasciturus»*<sup>24</sup>.

Otro punto que debemos de precisar y de cómo debemos de interpretar cuando el tan mencionado artículo 9 instituye la «revocación de donaciones», en el supuesto de que el varón fallecido, a su vez sea donante, y tuviese después de la donación hijos póstumos.

Para dar la interpretación adecuada, debemos de tener en cuenta lo regulado en el artículo 646 del Código Civil, en tanto que dispone *que la acción de revocación por superveniencia o supervivencia de hijos prescribe, por el transcurso de cinco años contados desde que se tuvo noticia del nacimiento del último hijo, o de la existencia del que se creía muerto*. En definitiva, lo que nos viene a determinar es que el hijo súper póstumo inducirá de forma sobrevenida la revocación de la donación.

A mayor abundamiento, no parece que provoque confusiones la aplicación del artículo 9, en la suspensión de la partición del varón fallecido con material reproductor crioconservado, y a su vez siendo causante, para justificar que la acción de la división de la herencia se paralice.

## **4. CONCLUSIONES:**

Como bien he mencionado, y a causa de la rápida y constante evolución de la ciencia, y en lo que se refiere al desarrollo de las técnicas de reproducción asistida en general y la crioconservación en particular, han superado con creces las limitaciones biológicas que se venían estableciendo en esta temática y que por consiguiente sigue en constante evolución.

En consecuencia de este desarrollo constante, se puede, a día de hoy, mantener congelados los espermatozoides, obtenidos de los testículos o bien que hayan sido eyaculados, durante periodos de tiempo bastante largos. También, se permite la congelación de embriones, ovocitos y tejido ovárico, los cuales hasta hace poco era impensable que se pudiera proceder a congelarlos y más todavía pensar que su uso en las técnicas reproductivas, daría un resultado positivo y efectivo.

---

<sup>24</sup>LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 133



Aunque la utilización de dichos materiales en los tratamientos de reproducción asistida, y más concretamente, en el caso de que no estén vivos sus progenitores (como es lo que sucede en la fecundación asistida *post mortem*), genera una problemática ética-legal, en la que, bajo mi parecer, se deben de tener en consideración y estimar los intereses los intereses de todas las partes. Me refiero a las partes que estén sometidas a dicho tratamiento de inseminación *post mortem*, en los que también deberíamos incluir los intereses del varón fallecido, así como los del futuro hijo, la mujer o pareja que solicita el tratamiento, el equipo médico, el varón que desea hacer valer sus deseos de paternidad y sobre todo los intereses que son creados por la sociedad, ya que es ésta la que al fin y al cabo va a regular esta práctica y la introducirá en el marco legal correspondiente.

En definitiva, se tendría que intentar buscar un punto de equilibrio entre el tan mencionado artículo 9 de la Ley 14/2006, y los valores, derechos y bienes constitucionales que devengan involucrados en relación a los intereses de la viuda o consorte supérstite, el varón fallecido, la sociedad y el grupo médico que esté realizando dicho tratamiento. Estableciéndolo de tal forma que las diversas concepciones en relación al derecho a la vida, derecho consagrado en el artículo 15 de la Constitución española, quedaran legitimadas para proceder a estas técnicas. Así como también el propio derecho a la protección de la salud, consagrado en el artículo 43 de la Constitución española. Además de la obligación que tienen los poderes públicos de promover la ciencia de la investigación científica y técnica en beneficio del interés general, regulado en el artículo 44 de la Constitución.

Como sabemos, el derecho se debe de ajustar a la realidad social y a las novedades y desarrollos científicos, pero al estar estos en constante cambio, da lugar a que el derecho no pueda abarcar todos los aspectos y cambios que aparecen en la sociedad. Por ello, y en relación al tema expuesto, deben ser los jueces y tribunales los que admitan y evalúen justa y adecuadamente la aplicación de los nuevos conocimientos biomédicos. Siempre se debe de tener en cuenta el principio de legalidad al que están sometidos. Así como también deben de tener en cuenta, el principio de equidad, en tanto que, este principio debe de regir para la correcta aplicación de las normas que deben de suscitar una aplicación comprensiva de los temas controvertidos y ponderar a su vez los distintos derechos y bienes jurídicos comprometidos.

## **Índice Bibliográfico:**

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Reproducción asistida post mortem», *Aranzadi civil: revista doctrinal*, nº2, Madrid 2007.
- CUESTA AGUADO, Paz M. de la., *La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales: (análisis del tipo objetivo del artículo 162 del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- FARNÓN AMORÓS, Esther, *Consentimiento a la reproducción asistida: crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Madrid 2011.
- GÁMIZ SANFELIU, Marta, «Reflexiones sobre la fecundación post mortem: cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida», *Actualidad Civil*, mayo 2009, nº10.
- LASARTE, Carlos, *Derecho de familia*. Marcial Pons, novena edición. Madrid 2010.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, OCHOA MARIETA, Carmen, MONJE BALMASEDA, Oscar, *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*. Tecnos, Madrid 1988.
- MARCÓ, Javier y TARASCO, Martha, *Diez temas de reproducción asistida*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid 2001.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Inseminación artificial y transferencia de preembriones « post mortem »: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana (algunas glosas al artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de España), *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº4, Madrid 2007.
- PÉREZ MONGE, Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio Registradores Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid 2002.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Legislación sobre reproducción asistida novedades*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid 2006.
- ZARRALUQUI, Luís, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid 1988.

## **Índice Legislativo:**

- *Código civil del Reino de España* de 6 de octubre de 1888, 30ª edición, Tecnos, Madrid 2011.
- Ley 14/2007, de 14 de julio, *de investigación biomédica* BOE núm. 159, 4/07/2007.
- Ley 3/2007, de 15 de marzo, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas* BOE núm. 65, 16/03/2007.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida* BOE núm. 126, 24/05/2006.

- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* BOE núm. 274, 15/11/2002.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, *sobre técnicas de reproducción asistida* BOE núm. 282, 24/11/1988.
- Ley 42/1988, de 28 de diciembre, *de donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos* BOE núm.0314, 31/12/1988.