

## Determinación de la filiación y derechos sucesorios en la reproducción humana asistida *post mortem* en España (\*)

---

POR IRENE SANTOLARIA BAIG(\*\*) Y FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ(\*\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.- II. Normativa aplicable a la fecundación *post mortem* en España en la actualidad.- III. Análisis de la permisión de la fecundación *post mortem* en la ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.- IV. Requisitos para la realización de la fecundación *post mortem*.- V. Problemas y conflictos.- VI. Conclusiones.- VII. Bibliografía.

**Resumen:** la fecundación *post mortem* es una técnica de reproducción asistida que permite a la mujer poder dar a luz a un hijo después del fallecimiento del

---

(\*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i “Retos investigación”. Programa estatal de I+D+i, orientado a los Retos de la Sociedad, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: RTI2018-097354-B-100 (2019-2022), Proyecto de I+D+i Retos de Investigación, MICINN, del Programa Estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad (PID2019-108710RB-100, 2020-2022), Microcluster VCL/CAMPUS “Estudios de Derecho y empresa sobre Tecnologías de la Información y la Comunicación (Law business studies on ICT)”.

(\*\*) Graduada en Biotecnología por la Universitat Politècnica de València, España. Investigadora durante el periodo del curso 2018-2019 bajo la dirección de la Dra. D<sup>a</sup>. Francisca Ramón Fernández, Profesora Titular de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València, responsable del Grupo de Investigación en protección jurídica de la Genética y biomedicina en la Universitat Politècnica de València dentro del Microcluster VCL/CAMPUS “Derecho Sanitario, Genética y Protección Social”, en la Escuela Técnica Superior de Ingeniería Agronómica y del Medio Natural (ETSIAMN), de la Universitat Politècnica de València, España.

(\*\*\*) Prof. titular de Derecho civil en la Escuela Técnica Superior de Ingeniería del Diseño (ETSID), Universitat Politècnica de València, donde coordina desde el 5 de mayo de 2011 el Microcluster VCL/CAMPUS “Derecho Sanitario, Genética y Protección Social” (bajo la dirección de la Dra. Martínez Velencoso, UV) y es responsable del Grupo de Investigación en protección jurídica de la Genética y biomedicina dentro del mismo.

varón. Su regulación se establece en la ley del año 1988, pero son numerosos los vacíos legales, ya que no se especifica ni concretan algunos aspectos, como ser la prestación del consentimiento del varón, la determinación de la filiación y los conflictos en relación con los derechos sucesorios. La finalidad del presente estudio es ofrecer una visión general sobre la regulación legal de la técnica, incidiendo en la determinación de la filiación y los derechos sucesorios para este supuesto, al tiempo que se mencionarán posibles soluciones a los conflictos.

**Palabras claves:** *post mortem* - reproducción asistida - fecundación - filiación - sucesión

### ***Determination of filiation and inheritance rights of posthumous assisted human reproduction in Spain***

**Abstract:** *post-mortem fertilization is an assisted reproduction technique that allows a woman to give birth to a child after the death of the male. Its regulation is set out in the law of 1988, but there are numerous legal gaps, since it does not specify or specify certain aspects such as the provision of male consent, the determination of filiation and conflicts in relation to inheritance rights. The purpose of this study is to provide an overview of the legal regulation of the technique, with an impact on the determination of filiation and inheritance rights for this case, while possible solutions to conflicts will be mentioned.*

**Keywords:** *post-mortem* - assisted reproduction - fertilization - affiliation - inheritance

## **I. Introducción**

Los problemas de infertilidad de la población que surgieron durante la década del 70 plantearon la necesidad de adoptar técnicas de reproducción humana asistida que posibilitaran la concepción en las personas que por medios naturales no les resultaba posible.

Los avances científicos han ido evolucionando de una forma considerable y se han perfeccionado las técnicas originales, dando lugar a otras más sofisticadas, como el diagnóstico genético preimplantacional (Moya y Ramón, 2018), con la finalidad de selección de embriones (Ramón, 2019). La implantación de las técnicas se ha realizado a nivel mundial y un gran número de personas se ha podido beneficiar de las mismas; pero también han ido surgiendo conflictos y problemas derivados de la aplicación de las mismas, centrados en el material reproductor femenino y masculino, la donación de óvulos y espermatozoides y la forma de realizarlo (Avilés y Ramón, 2019; Rosell y Ramón, 2020), así como la selección genética para curar a un hermano enfermo, conocido como bebé medicamento (Ridao y Ramón, 2020).

España es uno de los países en el que las técnicas han tenido gran aceptación dentro de la comunidad científica, y es un país puntero por los numerosos tratamientos realizados (Sociedad Española de Fertilidad, 2012).

La regulación de las técnicas era un deseo social y médico, y no solo desde el punto de vista jurídico-social, sino también desde el ámbito bioético, donde influyen factores como la ideología, religión o conflictos morales.

La sociedad actual, con los numerosos cambios sociales y políticos, ha determinado la reformulación de los conceptos de maternidad, paternidad y embarazo, y ello se ha reflejado en la legislación que se ha ido adoptando. No todos los países han llevado a cabo la misma adaptación legal, ya que algunas técnicas han sido prohibidas en ciertos países. Todo ello conlleva que la comunidad científica esté en permanente actividad para poder desarrollar su labor informativa y de asesoramiento con el objeto de no infringir la norma.

En el año 1978 se produjo en el mundo el primer nacimiento mediante la técnica de fecundación *in vitro*, y en España se realizó en el año 1984. A partir de ese momento se ha ido avanzando hasta conseguir paliar la infertilidad tanto masculina como femenina, con nuevas técnicas, como la congelación de embriones, que supuso también una solución para mujeres que habían sufrido abortos continuados o tenían problemas de gestación.

También la congelación de material de reproducción supuso la solución para preservar la fertilidad de las personas que están en tratamiento por neoplasias malignas, ya que la quimioterapia y la radioterapia son tratamientos gonadotóxicos, y así se puede garantizar que puedan tener una gestación futura (Kato, 2016).

Es una realidad que en la sociedad actual se han producido profundos cambios en el concepto de familia, y el acceso de la mujer al mundo laboral también ha conllevado un retraso en la edad para la maternidad (Escribano, 2016).

Sin embargo, uno de los problemas que plantea las técnicas de reproducción asistida es el caso del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja que está interesada en las mismas. Sería el caso, entre otra casuística, de una pareja que tiene material de reproducción congelado y preservado, y uno de los miembros fallece. Es la denominada fecundación *post mortem*. Los límites que puede haber entre la ética y la ciencia pueden ser algo difusos y es por ello que se necesita una reglamentación entorno a esta técnica.

La regulación española sigue teniendo carencias y vacíos legales y, además, adolece de falta de precisión, lo que da lugar a interpretaciones diversas de los

preceptos. Esta situación produce conflictos y problemas que queremos plantear en el presente trabajo, centrándonos en la determinación de la filiación y la sucesión.

## **II. Normativa aplicable a la fecundación *post mortem* en España en la actualidad**

En España se permitió por primera vez la fecundación *post mortem* de forma legal en 1988, mediante la ley 35/1988, del 22 de noviembre, sobre las técnicas de reproducción asistida, suscitando con ello diversos debates y polémicas. En concreto, se opinó que la técnica de fecundación *post mortem* iba en contra del artículo 39.3 de la Constitución española, defendiendo que no se proporcionaba una asistencia y atención por parte del progenitor paterno. Sin embargo, con la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) Nº 116/1999, del 17 de junio, se zanjó el problema dando a entender que en ningún momento se estaba atentando contra la Constitución, ya que es “(...) perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal (...)” (Cabi-do, 2014, p. 75).

Desde el año 1988 hasta 2006, la regulación de las técnicas de reproducción asistida ha ido evolucionando y se han promulgado distintas leyes, pudiéndose observar entre ellas varias diferencias y modificaciones.

En la actualidad, las técnicas de reproducción están reguladas por la ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En ella se incluyen todas las técnicas ya presentes en la ley de 1988 y en la ley de 2003, al mismo tiempo que se añadió una nueva normativa para poder abarcar todos los avances médicos producidos en ese periodo.

Destaca la formulación del concepto de preembrión, que es definido en el artículo 1.2 como “conjunto de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde la fecundación hasta 14 días posteriores”. Asimismo, en el artículo 1 se suprime el error de delimitar la regulación a las técnicas de reproducción asistida mencionadas en la ley de 1988, ofreciendo una lista abierta para el surgimiento de posibles futuras nuevas técnicas.

Por otro lado, en la ley presente se regula de manera muy detallada el asesoramiento de la Comisión Asesora de reproducción humana, al mismo tiempo que se crea un registro de actividades de los centros que se encargan de realizar las técnicas de reproducción asistida.

### **III. Análisis de la permisibilidad de la fecundación *post mortem* en la ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida**

Al igual que en las anteriores leyes, la fecundación *post mortem* viene regulada por el artículo 9 de la ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida al hacer referencia a la “premoriencia del marido”, el cual se encuentra dentro del capítulo II, relativo a los “participantes en las técnicas de reproducción asistida”.

En el primer punto del artículo, se niega reconocer la filiación ni relación jurídica entre el hijo nacido por método de las técnicas de reproducción asistida y el varón fallecido, si estas técnicas han sido empleadas de forma posterior a la fecha de fallecimiento del varón.

Sin embargo, en el segundo apartado, se señala la posibilidad de establecer una excepción del primer punto, siempre y cuando el varón haya prestado su consentimiento previamente a su fallecimiento, mediante un documento que después veremos con más detalle.

En el último y tercer punto se establece la posibilidad de llevar a cabo la fecundación *post mortem* en ausencia de vínculo matrimonial. En este caso se está haciendo referencia a la inscripción de la filiación natural a través de un documento gubernativo, donde el documento indubitado del padre servirá como título para su realización

#### **III.1. Ámbito objetivo**

En la fecundación *post mortem* podemos diferenciar dos supuestos: uno sería la fecundación artificial *post mortem* que correspondería al método de inseminación artificial y, por otro lado, la transferencia *post mortem* de preembriones. En el primer caso nos estaríamos refiriendo a la introducción de semen del varón fallecido en los órganos genitales femeninos, de forma distinta al contacto sexual. Sin embargo, en el segundo caso se hace referencia a la transferencia a la mujer de embriones que han sido obtenidos previamente mediante fecundación *in vitro*, siendo esta fecundación previa al fallecimiento del varón, por lo que técnicamente la fecundación no habría sido *post mortem*.

Tal y como puede observarse, hay diferencias en cuanto a los términos mencionados. Al tratarse de una inseminación artificial, nos encontramos solamente manejando el material reproductor del varón fallecido. En este caso, la fecundación se realizaría *post mortem*. En cuanto a la transferencia de embriones *post mortem*, la fecundación se ha llevado a cabo en momentos previos al fallecimiento del varón,

del mismo modo que ya no solo estamos manejando el material reproductor de este, sino que también el de la mujer (Rodríguez, 2015, p. 295).

Por lo mencionado anteriormente, el término de fecundación *post mortem* no sería el más adecuado para abarcar ambos casos, sino que un término más apropiado podría ser el de reproducción artificial *post mortem* (Rodríguez, 2015, p. 296).

### III.2. Ámbito subjetivo

En el propio artículo 9 de la ley 14/2006 se indica que tanto el varón no unido por vínculo matrimonial como el propio marido pueden dar consentimiento para el uso de su material reproductor una vez hayan fallecido. En ningún momento se exige que el varón y la mujer a la que se refiere el precepto respecto a la prestación de su consentimiento deban tener vínculo matrimonial; también recoge la posibilidad de que nos encontremos ante una pareja estable. Puede parecer lógico que se esté refiriendo a lo mencionado anteriormente, es decir, que se sobreentienda que se haga referencia a parejas que conviven juntos. Pero, ante la ausencia de aclaraciones, se puede entender que cualquier varón podrá prestar consentimiento para la reproducción *post mortem* con cualquier mujer, incluso en ausencia de vínculo entre ellos, como bien declara Rodríguez (2015, p. 296).

Asimismo, en el artículo se indica que el varón puede dar su consentimiento para la utilización de su material reproductor por parte de la mujer, dejando fuera el consentimiento de que la mujer o pareja de hecho haga uso de material reproductivo de un tercero (donante) para inseminarse. Del mismo modo, se puede dar el caso de que se haya hecho uso de la técnica de FIV para obtención de embriones, pero con uso de espermatozoides de un donante, suscitando así ciertas dudas en cuanto al consentimiento del varón (Rodríguez, 2015). Sin embargo, en la ley actual se hace mención constantemente a la mujer y el varón, es decir que implícitamente se está excluyendo a las parejas homosexuales.

Vamos a referirnos a la utilización de esta técnica por parte de una pareja homosexual. Por un lado, en el caso de una pareja homosexual de dos hombres, sería necesario un “vientre de alquiler” y según la legislación española (artículo 10 ley 14/2006) nos estaríamos encontrando ante la prohibición legal de la maternidad subrogada. En el caso de una pareja homosexual formada por dos mujeres no tendríamos el mismo conflicto mencionado anteriormente, ya que se deja el consentimiento de la mujer antes de fallecer —siguiendo el artículo 6.3 de la ley 14/2006— para poder determinar la filiación del hijo nacido de su pareja (Rodríguez, 2015). Sin embargo, en el artículo 9 no hace referencia ninguna a cuando interviene semen de un tercero (hecho necesario ante una pareja de dos mujeres).

Respecto a la maternidad subrogada, que se precisaría en el caso de la pareja homosexual de dos hombres y también en el caso de la pareja homosexual de dos mujeres, en el caso de que ninguna de ellas pudiera gestar, se plantean diversos problemas en cuanto a la determinación de la filiación y la inscripción del nacido en el registro civil —que la doctrina ha puesto de manifiesto—, además de distintas cuestiones bioéticas relacionadas con la utilización de la subrogación (Castellanos, 2019; Duplá, 2019).

El concepto de “material reproductor” que se menciona en la ley de técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) no es muy específico. Es decir, a la hora de tratar la fecundación *post mortem* en la legislación, no se aclara si se está permitiendo la inseminación artificial solamente o también se está incluyendo la transferencia *post mortem* de embriones. Como bien indican Casas *et al.* (2012), existen diversas posturas doctrinales en torno a la aceptación de la transferencia de los embriones dentro del concepto de “material reproductor”, ya que este embrión habría sido concebido mediante la fecundación del espermatozoide del varón y el óvulo de la mujer, es decir, que contiene el material reproductor del hombre. Así, las más restrictivas conciben solo que el material reproductor no se extiende a los embriones (Lledó, 2006). Sin embargo, la postura más amplia, por la que se inclina Casas (2012), sí que lo incluiría. Esta postura doctrinal amplia encuentra apoyo en el aforismo *Qui potest plus, potest minus*, con lo que comprendería tanto la transferencia de embriones como la inseminación artificial (Santolaria y Ramón, 2020).

El hecho de que la ley permita la fecundación *post mortem* haciendo uso del material reproductor del varón fallecido estaría haciendo referencia a la inseminación artificial, ya que con este método se está usando el semen del hombre. Sin embargo, parece ser que si la ley está permitiendo esta técnica también se está permitiendo la transferencia de embriones *post mortem*, ya que no solo se está haciendo uso del material genético del hombre sino también del de la mujer. Es decir, si la inseminación artificial está permitida, aún más tiene que estarlo la transferencia de embriones y con más razones.

#### **IV. Requisitos para la realización de la fecundación *post mortem***

Cuando se va a realizar la fecundación *post mortem* se deben cumplir una serie de requisitos que están contemplados dentro de la ley 14/2006. Estos requisitos nos permiten delimitar la realización de la técnica. Entre ellos, nos podemos encontrar con: autorización del varón, la forma de actuación e incluso los plazos de ejecución del método.



## **IV.1. Consentimiento del varón donante y mujer usuaria**

Vamos a analizar los distintos aspectos relacionados con la prestación del consentimiento por parte del varón donante, incidiendo en la información y asesoramiento, formas y plazos de autorización.

### **IV.1.1. Requisitos previos a la prestación del consentimiento**

Antes de someterse a cualquier tratamiento, la pareja interesada puede recibir información sanitaria, como bien está indicado en el artículo 3.3 de la ley 14/2006:

La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica.

El contenido obligacional del precepto para la prestación del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida tiene consecuencias de carácter civil o penal si se incumple, como bien indica el Tribunal Supremo. En caso de incumplir lo estipulado, el centro sanitario o responsable sanitario podría verse ante una condena de carácter civil o penal (Romero, 2000).

En la ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se indica ya la obligación de que la clínica proporcione información y que, además, el consentimiento sea voluntario y libre. Esto quiere decir que, a la hora de someterse a un tratamiento, se tiene que informar de todos los factores que puede influir, de riesgos que puede tener la manipulación de gametos e intervenciones necesarias para que la decisión final sea única, voluntaria y autónomamente del paciente (Alkorta, 2003).

En cuanto al tema de la mujer receptora, como bien se indica en el artículo 3.4 de la ley 14/2006, también debe ser informada para elegir si quiere o no prestar su consentimiento para llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida. Este consentimiento viene determinado por un formulario de consentimiento informado donde se indicarán todas las condiciones necesarias para que se lleve a cabo. El artículo 3.5 de la ley 14/2006 señala que: “La mujer receptora de estas técnicas



podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse”, por lo que, a pesar de haber prestado el consentimiento, la mujer tiene la decisión final de continuar o paralizar el proceso. Además de que todo lo mencionado anteriormente debe ser incluido en las historias clínicas de las mujeres (artículo 3.6 de la ley 14/2006).

#### **IV.1.2. Requisitos del consentimiento en la ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida**

Cuando el varón está prestando su consentimiento para el uso de su material reproductor, considera la doctrina que está aceptado la filiación del hijo (Iniesta, 2011). No solo es necesario el consentimiento del varón, sino que, del mismo modo, se necesita el de la mujer fecundada. Es por ello que se exige el consentimiento de ambos para llevar a cabo la técnica.

Al encontramos con una fecundación *post mortem*, lo primero que asumimos es que hay algún tipo de relación entre el donante y la mujer fecundada, ya sea una relación matrimonial o no. Asumiendo este hecho, el artículo 5.6 de la ley 14/2006 establece como requisitos los siguientes:

Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia (...).

Es decir, se realizará un examen exhaustivo para ver que se cumplen todas las condiciones y que no se encuentra ningún inconveniente.

La capacidad de una persona tiene que ser tenida en cuenta, así como si tiene alguna limitación a la misma. Es por ello que en la Disposición Adicional Quinta de la ley 14/2006 se hace mención a la ley 51/2003, del 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Esto significa que estos individuos deben tener mismos derechos, obligaciones y facultades.

Los requisitos para las mujeres usuarias de las técnicas de reproducción asistida vienen determinados por el artículo 6.1 LTRHA: “toda mujer mayor de 18 años

y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa”. Esto indica que una mujer que se encuentre dentro de sus posibilidades para obrar y que sea mayor de edad puede hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, además de que es un hecho totalmente independiente de la orientación sexual o el estado civil de la mujer. Del mismo modo, la edad mínima para poder proceder a estas técnicas está regulada, al contrario que la edad máxima, la cual no aparece. Sin embargo, son los propios centros de reproducción asistida los que deben establecer esta edad máxima para poder preservar tanto la salud de la mujer como la de la futura descendencia (Sánchez, 2007).

Asimismo, tanto en el artículo mencionado anteriormente —6.1— como en el artículo 3.1 LTRHA se hace mención al consentimiento, siendo necesario que este sea emitido de forma libre, consciente y de forma expresa, al mismo tiempo que tiene que presentarse por un formulario de forma escrita y de forma previa. En este formulario debe incluirse la constancia de que se ha llevado a cabo la acción informativa correspondiente de la técnica a utilizar, incluyendo en este proceso informativo tanto los riesgos como las posibles complicaciones que esta misma acarrea.

Por tanto, como observamos de la lectura del mencionado artículo 3.1, no se admite el consentimiento presunto o tácito y ello ha provocado que en ocasiones se haya interpuesto un procedimiento judicial para poder realizar la fecundación basándose en un consentimiento presunto, no solamente en el ordenamiento jurídico español (Núñez, 2019; Núñez Núñez, 2019), sino también en el argentino, como ha tenido ocasión de exponer la doctrina (Geri, 2019).

También se plantea, en torno a la emisión del consentimiento, si el mismo debe ser *ad solemnitatem* o *ad probationem*. En el caso de este fuese *ad solemnitatem*, sería entonces un requisito imprescindible para poder considerarse como válido el propio hecho de la fecundación *post mortem*. En el otro caso, solo sería expresado para poder probar o demostrar el acto. Sin embargo, a las conclusiones que se llegan finalmente es que este consentimiento es un hecho imprescindible para poder llevarse a cabo y validar la fecundación *post mortem* (Serna, 2007).

Hay que añadir también que en el caso de que la pareja no esté unida por vía matrimonial, también se puede hacer uso del material genético del varón por parte de la mujer para llevar a cabo la fecundación *post mortem*, siempre y cuando exista el previo consentimiento (artículo 9.9, ley 14/2006). Este consentimiento permite iniciar el expediente del artículo 44 de la ley 20/2011, del 21 de julio, del Registro Civil, ya que, si no hay un certificado de matrimonio, no se puede hacer

ninguna presunción de paternidad. El consentimiento permite al legislador mandar a determinar la filiación del hijo.

Ante todas estas situaciones puede surgir el aspecto de la revocación del consentimiento. En el artículo 3.5 de la ley 14/2006 se trata el tema: “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”, al igual que lo hace el artículo 9.2: “el consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas”. Esto quiere decir que la usuaria tiene la posibilidad de revocar su consentimiento cuando lo desee, de forma escrita y voluntaria. En la ley no se concreta el modo por el cual se puede llevar a cabo la revocación del consentimiento, sin embargo, la doctrina, entre la que citamos a Fernández (2007), considera que debe realizarse de forma escrita.

No se hace mención sobre la posibilidad de revocar el consentimiento por parte del varón, pero en este caso se puede sobreentender que el artículo 3.5 LTRHA se extiende al varón usuario del mismo modo (Iniesta, 2011). Esta decisión conllevaría la imposibilidad de la transferencia del material reproductivo y, por lo tanto, también la determinación de la filiación.

Volviendo atrás en la legislación, la ley 35/1988 no incluía estos puntos, por lo que existía una especie de vacío sobre el tema de la revocación. Se interpuso un recurso de inconstitucionalidad y, finalmente, por medio del TC se declaró la STC 116/1999, el 17 de junio de 1999, en Madrid, con el ponente don Pablo García Manzano. En ella se establecía que no se podía imposibilitar la revocación, ya que en otro caso se admitiría un aborto no punible penalmente. Gracias a la ley 14/2006 se solucionó este vacío legal y evitaron posibles reinterpretaciones de la legislación.

## **IV.2. Formas de autorización**

En el artículo 9.2 de la anterior ley 35/1988 se menciona:

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.

Esto es lo que menciona la ley 35/1988 en cuanto al consentimiento, exigiendo que se debe realizar a través de una escritura pública o testamento. Autores como Rodríguez (2013) señalan que la forma de escritura pública es muy segura, ya que se lleva a cabo ante un notario, se especifican los sujetos, capacidad de ellos

mismos para llevar a cabo el acto y se considera auténtico, verídico, legítimo al mismo tiempo que legal.

La legislación actual, ley 14/2006, a estas dos vías de prestar consentimiento que contemplaba la ley 35/1988, añade el documento de instrucciones previas mencionado en el artículo 11 de la ley 41/2002, junto al documento que puede generar el centro sanitario en el cual se llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida.

El artículo 9.2 LTRHA establece:

(...) 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 (...).

El precepto se remite al artículo 6.3, y en el caso de encontrarnos en esta situación, el material reproductor podría ser utilizado por la mujer en un periodo posterior a 12 meses desde el fallecimiento, a diferencia de los 6 meses propuesto en las leyes anteriores.

Queriendo decir que el consentimiento se puede realizar vía testamento regulado en el Código Civil (CCiv.), ya que la ley no dice lo contrario, al mismo tiempo que, según el artículo 120 del CCiv., se puede reconocer un hijo mediante el uso de cualquier testamento (Rodríguez, 2013).

En cuanto al testamento, es regulado en los artículos 662 y siguientes del Código Civil. A pesar de las nuevas tecnologías y avances que hay actualmente, el testamento no puede realizarse de forma *online*.

Además, encontramos que en el artículo 120 del CCiv. no se indica qué tipo de testamento debe realizarse para el caso de una determinación legal de la filiación no matrimonial (Ramón, 2018).

La ley 41/2002 hace referencia al documento de instrucciones previas, exactamente en el artículo 11. Este documento también puede conocerse como documento de voluntades anticipadas o, de forma equívoca, testamento vital (Villarasa *et al.*, 2015). Con este documento lo que se establece es que una persona que sea mayor de edad, capaz y libre, puede expresar su voluntad de forma anticipada, por si se da la situación en la que no puede expresar por sí mismo sus deseos. Concretamente, expresa su voluntad sobre los cuidados de su cuerpo o incluso de los órganos del mismo. Asimismo, se indica que el individuo mayor de edad podrá revocar estas voluntades en cualquier momento de su vida, siempre que

deje constancia por escrito. También hay creado un Registro nacional de instrucciones previas dentro del Ministerio de Sanidad y Consumo (artículo 11.5 de la ley 41/2002) para poder así asegurar el correcto uso de las instrucciones previas manifestadas y reguladas conforme a la legislación de los pacientes.

El documento de instrucciones previas puede ser revocado en cualquier momento, siempre y cuando se deje constancia por escrito (Castro, 2013). Se formaliza a través de un notario, tres testigos o el funcionario encargado del Registro de Instrucciones Previas (Ayala y Fernández, 2016). Este documento es un elemento importante en lo que es el proceso de planificación de forma anticipada de lo que son las decisiones, tras un diálogo explicativo e informativo entre el paciente y un profesional. Este documento se hace en vistas a un supuesto momento de incapacidad (Ameneiros *et al.*, 2011) o por fallecimiento (Rouco *et al.*, 2015) y en el mismo puede incluirse el consentimiento para que la mujer lleva a cabo una fecundación *post mortem* con el material sobrante de las técnicas de reproducción asistida. Estas voluntades pueden ser consideradas con mayor seguridad jurídica si se llevan a cabo ante notario o personas mayores de edad y con plena capacidad jurídica (Rodríguez, 2013).

El documento emitido por el centro clínico antes de ejecutar cualquier tratamiento de reproducción asistida permite usarse como consentimiento, habiendo proporcionado de forma previa la información necesaria, tanto desde el punto de vista sanitario como el jurídico. Sin embargo, podemos encontrar inconvenientes con esta vía de consentimiento, porque, en ese caso, cualquier hombre que estuviese casado y se prestase al tratamiento mediante técnicas de reproducción asistida estaría dando siempre consentimiento a su mujer para que haga uso de su material genético para su uso *post mortem* por el simple hecho de criopreservarlo.

Es por ello que, por el simple hecho de que un hombre se pronuncie a favor de criopreservar su material genético, no quiere decir que pueda usarse de forma *post mortem*. Para poder poner solución a esta situación, las clínicas y personal encargados de llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida, deberían no solamente ofrecer el consentimiento para criopreservar el material reproductor, sino que también ofrezcan la posibilidad de prestar consentimiento para su uso *post mortem* si es así como el hombre lo desea.

### **IV.3. Plazo de autorización**

La ley 14/2006 establece, según el artículo 9.2, que existe un plazo máximo de 12 meses para que la mujer haga uso del material genético del marido o pareja, desde el momento que este mismo fallece.

En esta ley se alarga el periodo en el que la mujer puede fecundarse, en contraposición a los 6 meses que proponía la ley 35/1988, es decir, se ha duplicado el tiempo. Este periodo fue alargado por dos principales razones. Por un lado, había que permitir a la mujer viuda un período de adaptación y asimilación del fallecimiento de su pareja, y que tuviese tiempo de reflexionar y barajar todas las posibilidades que tiene, tanto desde el punto de vista ético, como sanitario o como jurídico. Así mismo, al fallecer una persona, hay un reparto de herencia, por lo que, para no alargar ni el proceso ni el periodo del reparto de esta herencia, se extendió a 12 meses.

Algunos autores siguen considerando este periodo insuficiente y por ello proponen que haya un plazo de unos 6 meses para que la mujer pueda o no solicitar el tratamiento, y que a partir de entonces se tenga un plazo de hasta 12 meses para que esta haga uso o no de la técnica de reproducción asistida, sumando un total de un plazo de 18 meses (Fernández, 2007).

El hecho de que se debata sobre el periodo temporal para llevar a cabo la técnica es meramente para la protección de los derechos sucesorios y evitar así los problemas que puede conllevar la aparición de un nuevo heredero (Inieta, 2011; Rodríguez, 2013; Pérez, 2002). También, debe proporcionarse a la mujer el tiempo necesario para que pueda tomar las decisiones no de forma impulsiva, sino de forma meditada y concienciada (Rodríguez, 2013).

Otros de los problemas que podemos encontrar en cuanto al tema de tiempo es que no se mencionada nada en cuanto a intentos de inseminación que puede realizar la mujer en ese periodo de 12 meses. Esto podría llevar a la interpretación de que la usuaria puede inseminarse de forma efectiva hasta dos veces. Es decir, la mujer puede hacer uso del material reproductor del varón, inseminarse y quedarse embarazada. Teniendo en cuenta el período de embarazo, podría hacer uso de este material reproductor otra vez dentro de esos 12 meses. Sin embargo, hay autores que consideran que esto no puede llevarse a cabo, que sí que puede haber un parto múltiple (1, 2 o más nacidos) pero que el material genético no puede ser usado tras el parto (Fernández, 2007).

Del mismo modo puede existir debate en cuanto a una doble o no paternidad, si se diese la situación de que la mujer que se somete al tratamiento se casa en el período de 12 meses que establece la legislación actual. Una de las posibles soluciones ante este conflicto podría ser otorgar la paternidad al segundo marido, siempre que se mantenga la acción de impugnación a favor del primero (Inieta, 2011).

## **V. Problemas y conflictos**

La fecundación *post mortem* es un medio de reproducción al que es legal recurrir, es decir, existe la opción de que mujeres puedan fecundarse de forma *post mortem* siempre que todo se encuentre dentro de la legalidad, naciendo así hijos súper póstumos.

Aunque la ley 14/2006 regule el método, podemos encontrar varios problemas y conflictos en cuanto al método propuesto.

### **V.1. Determinación de la filiación**

Uno de los principales problemas, del cual derivan muchos, es la determinación de filiación del hijo, es decir, poder determinar si el nacido es hijo o no del varón fallecido.

El problema de la determinación de la filiación es uno de los temas más debatidos y comentados dentro de la doctrina, sosteniéndose diferentes opiniones. En el periodo en el que la fecundación *post mortem* estaba regulada por la ley 35/1988, algunos autores se posicionaron en contra (Pantaleón, 1989). Sin embargo, otros, por el contrario, se posicionaron a favor, como fue el caso de Montés (1989).

En el artículo 7.1 de la ley 14/2006 se indica cómo debe regularse el tema de la filiación de los hijos nacidos por medio de las técnicas de reproducción asistida, siendo llevado a cabo este proceso por medio de las leyes civiles (Rodríguez, 2015).

Sin embargo, el nacido mediante el uso de la fecundación *post mortem* tiene que ser tratado de forma idéntica, o en caso de un supuesto en el que esto no podría hacerse, que sea tratado de la manera más parecida y próxima al hijo que se ha obtenido por medio de una procreación natural. Esto viene determinado por una exigencia definida dentro del principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento dentro del artículo 14, el cual señala: “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”.

Así mismo, en la Constitución Española, dentro del artículo 10, como por imperativos de la justicia y equidad, defienden esto mismo, es decir que una vez ha nacido el hijo y se ha determinado la filiación con el varón, debe ser tratado de forma igual en cuanto a derechos y obligaciones en lo que concierne a la filiación. En el artículo 108.2 del Código Civil se establece que “La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”, en otras palabras, que ha tener igual derechos



y obligaciones el nacido de forma independiente si la filiación se considera matrimonial o no (Lledó, 1988).

Con la determinación de la filiación se ha creado un vínculo parentesco entre el hijo obtenido por fecundación *post mortem*, el varón fallecido, y los familiares de él mismo. Esto conlleva una serie de relaciones civiles.

Una de las relaciones derivadas es el derecho a los apellidos, mediante el cual se pueden identificar a las personas. Será la mujer la que imponga el nombre en el registro civil, pero serán los apellidos los que vienen determinados por la filiación como es indicado en el artículo 109.1 del CCiv., lo que permite establecer una vinculación entre familiares. Por defecto se impone, en primer lugar, el apellido del padre, seguido de forma posterior al de la madre, aunque esta elección podrá ser modificada si el hijo al cumplir la mayoría de edad lo desea.

Del mismo modo, al haber fallecido el varón de forma previa, es la mujer la que va a tener que ejercer la patria potestad sin inconveniente alguno de que una tercera persona puede intervenir como podrían ser los hijos, otros parientes, organismos tutelares de menores y el Juez y el Ministerio Fiscal para poder así vigilar los intereses del nacido (artículos 154.3, 156, 158, 163, 166, 167 y 170 del Código Civil). La mujer debe velar por el nacido y encargarse, por lo tanto, de su educación, alimentación, administrar sus bienes y todo lo que conlleva ejercer la patria potestad como se indica en los artículos 154, 155 y 160.2. del CCiv. (López, 1994).

La nacionalidad que se le asignará al nacido es la española, ya sea porque lo sea la madre o porque solamente lo sea el padre. Dentro del CCiv., exactamente en el artículo 17, se hace mención al padre y madre como españoles, pero no especifica si estos poseen la nacionalidad en el momento de concepción o si la poseen en el nacimiento del hijo. Podemos encontrar el caso de una madre que tenga nacionalidad extranjera, o que el niño naciese fuera de España, o directamente el padre es el que es extranjero. En estos casos, el hijo podría recibir, además de la española, otra nacionalidad, regulándose de acuerdo con la legislación (López, 1994).

## V.2. Problemas sucesorios

El tema de los derechos sucesorios creó un gran debate también en su momento, habiendo dos posibles opiniones. Por un lado, estaban los defensores, que afirmaban que el hijo que ha nacido mediante fecundación *post mortem* no debe tener los derechos sucesorios referentes al padre fallecido (Rivero, 1987) y, por el contrario, los que afirmaban que debían ser otorgados estos derechos al hijo superpóstumo (Hernández, 1989).

Puede surgir el problema de admitir al hijo obtenido por medio de la fecundación *post mortem* los derechos sucesorios respecto a su progenitor fallecido. Se puede plantear la necesidad y circunstancia de que el hijo no se encuentre presente antes o en el momento del fallecimiento del padre, siendo este un requisito para poder obtener los derechos sucesorios.

Según el Código Civil es necesaria —y se exige en los artículos 745.1, 750 y 758.1— la sobrevivencia del llamado al testador para poder tener la oportunidad de suceder, por lo que esto puede parecer no incluir a la persona que todavía no ha nacido ni concebido.

Sin embargo, dentro de la jurisprudencia se pueden llevar a cabo diferentes interpretaciones algo más flexibles. Como indica el artículo 29 del CCiv., “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”, solo por el hecho de haber sido concebido (no nacido) en el momento previo del fallecimiento, puede ser capaz de tener los derechos sucesorios, encontrándonos en este contexto ante una transferencia de embriones *post mortem* (Escribano, 2016).

Todos aquellos que son llamados a la sucesión pueden verse afectados ante esta situación de incertidumbre. En el artículo 191 del CCiv. se hace un llamamiento hereditario del ausente. En él se indica que para que una herencia pueda repartirse y dividirse es necesario que conste la existencia real del heredero. Sin embargo, existe una excepción y es cuando existen personas que tienen derecho propio a reclamar la porción hereditaria a la que el ausente este llamado, refiriéndose a sus coherederos (López, 1994). En este caso, el ausente podría entenderse como el hijo todavía no concebido o nacido por fecundación *post mortem*.

Del mismo modo se pueden aplicar los artículos 959 en adelante del CCiv., en referencia a la sucesión en la que la viuda se encuentra encinta, para poder así proteger los derechos de los interesados en la herencia. Cuando la mujer crea que se encuentra encinta debe hacerlo saber a los posibles herederos (artículo 959 CCiv.), del mismo modo que debe informar sobre el momento cercano de dar luz (artículo 961 CCiv.). A lo mencionado anteriormente se le puede sumar el hecho de que la mujer debe informar sobre el deseo o la posibilidad de llevar a cabo una inseminación *post mortem* para así poder detener y posponer el reparto de la herencia (Escribano, 2016).

Se podría llegar a la conclusión de que el descendiente obtenido por la técnica de fecundación *post mortem*, siguiendo lo dictado por la ley, debe tener iguales derechos sucesorios que el resto de hijos del varón fallecido. Esta declaración viene tanto por el hecho de que la propia ley no excluye a estos descendientes, como

por el hecho de que una negativa de derechos sucesorios al hijo obtenido mediante fecundación *post mortem* estaría atentando el principio de igualdad indicado en el artículo 14 de la Constitución (López, 1994).

Hasta el momento nos hemos estado refiriendo de forma constante a una sucesión que ha sido testada de forma previa al fallecimiento del varón, lo que quiere decir que existe un documento de última voluntad llevado a cabo a favor del posible hijo que puede tener una vez fallecido.

Algunos autores, como Iniesta (2008), plantean la situación en la que el hombre presta su consentimiento para que se lleve a cabo la fecundación *post mortem*, pero en ningún momento hace mención alguna sobre el testamento. En estos casos se puede suponer que se debe a dos razones. Por un lado, puede deberse a un descuido por parte del varón a la hora de realizar el testamento. Por otro lado, puede darse el caso de que el testamento fuese llevado a cabo de forma anterior a dar su consentimiento para la realización de esta técnica, por lo tanto, no contemplase esta posibilidad en su testamento.

Pero puede darse la situación en la que el varón fallece sin haber hecho un testamento previo. Se entiende que, ante este suceso, siempre va a prevalecer la determinación de la filiación. Es decir que, si no se admite el parentesco, entonces no tiene el hijo derecho sucesorio ninguno; pero una vez ha sido reconocida esta filiación y el nacimiento ha tenido lugar dentro de los plazos legales, el hijo debe gozar de los derechos sucesorios, aun habiendo nacido por medio de la técnica de fecundación *post mortem*.

En el artículo 741 del CCiv. se menciona lo siguiente: “El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo o este no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere”. Lo que este texto quiere decir es que se reconoce de forma legal la filiación tanto matrimonial como no matrimonial, ya que, en comparación con la antigua ley, se ha excluido el adjetivo de legítimo, indicando el concepto de hijo a secas. Sin embargo, esto no es una prueba legal de que existe esa filiación, pero puede facilitar el inicio de la determinación de esta, dando un primer paso en el proceso (López, 1994).

En resumen, se podría decir que, aunque el testamento sea revocado no se pierde fuerza legal, por lo que el hijo si podría gozar de los derechos sucesorios por ser hijo del varón fallecido (López, 1994).

El hecho de que nazca un hijo con el uso de las técnicas de reproducción asistida *post mortem* significa la presencia de un heredero nuevo a la hora de obtener y repartir la herencia del varón fallecido. Esto nos lleva a ciertas posibles situaciones.

Una de ellas es que el varón fallecido se hubiese planteado esta posibilidad antes de su muerte y por ello mismo hubiese dejado constancia en su testamento, reconociendo así los derechos legitimarios de ese futuro hijo.

En este caso, el procedimiento empezaría por suspender de forma temporal la repartición de la herencia y es entonces cuando se pasarían estos bienes a la administración. Como he indicado con anterioridad, esto sería de forma temporal, hasta que se demuestre que la mujer no estuviese embarazada dentro de los plazos legales o, en caso contrario, hasta que se produjera el nacimiento.

En el caso de que los plazos legales para que la mujer se encontrase encinta no hubieran sido cumplidos, se procedería al reparto de la herencia entre el resto de herederos, siguiendo lo declarado en el testamento. Si se diese el caso de que, si fuese dentro de los plazos, el hijo nacido recibiría entonces su parte de la herencia (artículos 808-813 del CCiv.).

Por último, nos encontraríamos la situación de que el varón fallecido hubiese prestado su consentimiento para la utilización de su material reproductor en las técnicas de fecundación *post mortem* mediante un documento público, pero que este hecho no fuese indicado en ningún momento ni dejado constancia en el testamento o, incluso, que falleciese de manera intestada.

Lo más probable que podría suceder ante esta situación es que el resto de herederos no tuvieran conocimiento alguno sobre la posibilidad de la existencia de otro hijo, y por tanto otro heredero, y por ello se daría paso al reparto de la herencia y de bienes. Si posteriormente se produce el nacimiento del hijo, se encontraría ante una situación problemática para recuperar su parte (López, 1994).

Es por ello por lo que se debería insistir en que la mujer comunicara su intención de embarazo para no afectar luego a la sucesión y reparto de herencia. Otra posible solución ante esta situación es que se exigiera a los centros públicos sanitarios que hacen uso de estas técnicas que dieran constancia o, del mismo modo, el notario diese a conocer la posibilidad de comunicar la voluntad para detener el reparto de la herencia. Todo ello con el fin de evitar estos problemas y facilitar así el proceso.

En conclusión, cuando la mujer no está dejando constancia de esta voluntad, los derechos del hijo nacido con el uso de la fecundación *post mortem* podrían encontrarse desprotegidos, vulnerables y, por lo tanto, se podría ver ante la situación de no recibir sus derechos.

Ante cualquiera de las situaciones mencionadas con anterioridad, la mujer tiene derecho a ser alimentada y a recibir los bienes de la herencia, de acuerdo con

la parte que se le confiere al hijo, si el nacimiento tuviese lugar (artículo 964 del CCiv.).

En caso de que la mujer contrajera matrimonio con un tercero, esta debe reservar los bienes que le correspondían del varón fallecido para el posible futuro hijo del primer matrimonio, hasta que este alcanzara la mayoría de edad, como bien se indica en el artículo 970 del CCiv.: “Cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio, mayores de edad, que tengan derecho a los bienes, renuncien expresamente a él, o cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre, sabiendo que estaban por segunda vez casados”. Esta posibilidad ha sido admitida por la doctrina (López, 1994), apoyándose su argumento en el citado precepto mencionado del CCiv.

Cuando tratamos la fecundación *post mortem* podemos entrar en un conflicto entre el derecho de procrear que tiene la mujer o compañera del varón fallecido y el interés del nacido a poseer dos progenitores que le presten la asistencia y atención hasta que cumpla la mayoría de edad.

Cabe resaltar que, en la Convención de los Derechos del Niño, exactamente en el artículo 3.1, se garantiza que todo aquel mejor debe gozar del derecho de que su interés vaya siempre con preferencia. Del mismo modo, la ley orgánica 1/1996, del 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la ley de Enjuiciamiento Civil nos indica lo siguiente:

Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (artículo 2).

Es decir que el interés del menor tiene prioridad frente a cualquier otro interés legítimo. La conclusión a la que se puede llegar a través de estas dos normativas es que en cualquier situación de conflicto siempre va a ser el interés del menor el que prevalezca.

Una de las principales razones por las que mucha doctrina rechaza la fecundación *post mortem* es el hecho de que no se está garantizando en su totalidad que el menor que nazca por medio de esta técnica pueda ser atendido y se le preste la asistencia necesaria por parte de los dos progenitores. Sino que, al contrario, se está permitiendo que el niño nazca sin uno de los dos progenitores (en este caso

el paterno) y, por consiguiente, no reciba su atención y asistencia (Corral, 1988). Es, por lo tanto, también, una de las razones por las que en ciertos países —como Francia— no esté permitida esta técnica de reproducción asistida.

En contraposición, algunos autores se encuentran a favor de la fecundación post mortem, alegando que cuando se concibe un hijo de forma natural también puede producirse el mismo caso. Un hijo puede acabar naciendo huérfano de uno de los dos progenitores, o puede desconocer su progenitor (Rivero, 1987). Asimismo, al obtener un hijo por medio de la fecundación post mortem, se le está otorgando una protección jurídica de la familia monoparental, es decir, el niño no va a nacer de forma indefensa, sino que contará con su madre para su protección y asistencia (Pérez, 2012).

El principal factor por el que se puede negar el derecho a la mujer de procrear es por el hecho de dar más importancia al interés del menor. Existe una regulación y exigencia tanto a nivel nacional como internacional que establece que el interés superior del menor tiene que ser algo primordial a la hora de la toma de decisiones por parte del legislador (Rodríguez, 2017).

## VI. Conclusiones

Todos los avances en el ámbito de la medicina reproductiva han conllevado la aparición de nuevas técnicas y nuevas posibilidades. La fecundación *post mortem* se encuentra entre una de ellas.

Esta técnica no está exenta de conflictos, ya que influyen aspectos éticos, morales, personales, sociales y legales, por lo que es preciso una adaptación jurídica y legislativa adecuada.

Es preciso perfilar con mayor detalle, y ello sería una propuesta *de lege ferenda*, que se atendiera a determinar los instrumentos necesarios para la prestación del consentimiento, así como los documentos indubitados respecto al mismo, con la finalidad de evitar conflictos de filiación y sucesión.

La situación de premoriencia del marido al que se refiere la ley 14/2006 presenta ciertas carencias y suscita cuestiones interpretativas respecto a la nomenclatura que utiliza. Nótese que se refiere, con distintas denominaciones, a la persona de sexo masculino (varón, marido, cónyuge) y atendiendo al estado civil. Esta falta de uniformidad conlleva una inseguridad jurídica notable, ya que determina que no quede claro cuál es la interpretación correcta.

Tampoco se alude a la edad que debe tener el hombre ni al número de fecundaciones *post mortem* que se pueden llevar a cabo con su material de reproducción

conservado, lo que suscita que se puedan realizar varias, siempre que se realicen dentro del marco temporal que fija la norma.

La interpretación del artículo 11.3 de la ley 14/2006 genera confusión respecto a la decisión sobre la realización de la fecundación *post mortem* por parte del centro, dado que el precepto hace referencia a los dictámenes favorables de especialistas independientes y ajenos al centro.

Se produce una ausencia de mención de la posibilidad de fecundación *post mortem* heteróloga, ya que solo se refiere a la homóloga. Ello supone una clara diferencia con el resto de técnicas de reproducción asistida que sí que contemplan la posibilidad de fecundación con material de reproducción de un donante. Aquí consideramos que la legislación no cumple el cometido de observar la decisión y voluntad del sujeto (la reproducción), por lo que la propuesta de *lege ferenda* sería incluir dentro de la fecundación *post mortem* no solo la homóloga sino también la heteróloga, mediante donación (Santolaria y Ramón, 2020).

La determinación de la filiación también suscita controversia doctrinal, y más aún cuando en el texto del CCiv. no se menciona la filiación derivada de las técnicas reproductivas. Su inclusión en un futuro texto legal ayudaría a evitar problemas interpretativos, permitiría el establecimiento de derechos sucesorios del nacido e iría en consonancia con el interés superior del menor que propugnan tanto la ley orgánica 1/1996 como la Convención de los Derechos del Niño. En este sentido, interesa referenciar la propuesta de CCiv. elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil de España, que incluyen en su texto la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, con indicación de la determinación de la maternidad, de la maternidad de la esposa de la madre, de la paternidad del marido de la madre, de la paternidad o falta de presunción legal, y de la determinación judicial de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, en los artículos 223-4 y 223-5 (AA.VV., 2018).

A mayor abundamiento, existe un desequilibrio entre el derecho a procrear de la mujer, el deseo de reproducción del hombre y el hijo póstumo, lo que la doctrina denomina “el hijo del fantasma” (Cobas, 2017), ya que nacerá sin uno de los progenitores.

Los cambios sociales producidos desde el año 2006 hasta la actualidad (Enguer y Ramón, 2018, p. 104) determinan que la ley deba ser revisada, ya que hemos manifestado los vacíos legales existentes y las diferentes interpretaciones que suscitan los preceptos, no siempre exentos de conflictos. La trayectoria de aplicación de la ley también ha mostrado los errores de los que adolece la norma y es por ello que debería reajustarse al momento actual.



## VII. Bibliografía

AA.VV. (2018). *Propuesta de Código civil*. Madrid: Tecnos.

Alkorta Idiákez, I. (2003). *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: Derecho español y comparado*. Cizur Menor: Editorial Thomson-Aranzadi.

Ameneiros Lago, E.; Carballada Rico, C. y Garrido Sanjuán, J. A. (2011). Los documentos de Instrucciones Previas y la planificación anticipada de las decisiones sanitarias. *Galicia Clínica*, 72 (3) (pp. 121-124). Recuperado de <https://galiciaclinica.info/PDF/14/256.pdf> [Fecha de consulta: 23/06/2020].

Ayala Vargas, M. A. J. y Fernández Campos, J. A. (2016). Inscripción de los documentos de inscripciones previas en el Registro. *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho*, (3) (pp. 1-17). Recuperado de [revistas.um.es/bioderecho/article/download/263101/196981](http://revistas.um.es/bioderecho/article/download/263101/196981) [Fecha de consulta: 24/03/2020].

Avilés Alepuz, B. y Ramón Fernández, F. (2019). La donación de óvulos en la reproducción asistida: riesgos y responsabilidad. *Revista Ius et Scientia*, 5(2) (pp. 11-54). Recuperado de <https://institucional.us.es/iusetscientia/index.php/ies/article/view/193/133> [Fecha de consulta: 27/08/2020].

Cabido Iglesias, J. (2014). Fecundación post mortem. Análisis jurídico de la regulación en España. *Cadernos de Dereito Actual*, (2) (pp. 71-83). Recuperado de <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/17/76> [Fecha de consulta: 01/03/2020].

Casas Jiménez, D. F.; Díaz Badillo, L. A., y Mantilla Parra, E. F. (2012). Análisis a partir del derecho comparado —normativa vigente de España, doctrina y proyectos de ley en Argentina— de la situación jurídica del estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en Colombia. *Temas Socio-Jurídicos*, 31(63) (pp. 167-204). Recuperado de <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/1790> [Fecha de consulta: 12/03/2020].

Castellanos Claramunt, J. (2019). Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico-filosófico: avance técnico, retroceso humano. *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia. REINAD*, 17 (pp. 62-80). Recuperado de <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/11933/11968> [Fecha de consulta: 27/08/2020].

Castro Vítors, G. (2013). Introducción al documento de instrucciones previas (voluntades anticipadas) en el Derecho español. Algunas claves para su estudio. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 740 (pp. 3703-3760).

Cobas Cobiella, M. E. (2017). La llamada reproducción asistida *post mortem*. Algunas reflexiones. *Actualidad civil*, 6 (pp. 68-83). España: Wolters Kluwer.

Corral Talciani, H. (1988). La procreación artificial “post mortem” ante el Derecho. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 46 (1) (pp. 5-36).

Duplá Marín, M. T. (2019). El presente del pasado: el principio *mater semper certa est* y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida. *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, 12 (pp. 289-325). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6907730> [Fecha de consulta: 27/08/2020].

Enguer Gosálbez, P. y Ramón Fernández, F. (2018). Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18 (1) (pp. 104-135). Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v18n1/1657-4702-rlb-18-01-00104.pdf> [Fecha de consulta: 14/03/2020].

Escribano Tortajada, P. (2016). Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad. *Anuario de Derecho civil*, 69 (5) (pp. 1260-1320). Recuperado de [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2016-40125901320](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2016-40125901320) [Fecha de consulta: 15/03/2020].

Fernández Campos, J. A. (2007). Artículo 9. Premoriencia del marido. En J. A. Cobacho Gómez y J. J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (pp. 305-352). Navarra: Editorial Thomson-Aranzadi.

Geri, L. (2019). Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina. *Revista de Bioética y Derecho*, 46 (pp. 149-165). Recuperado de <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/22987/29273> [Fecha de consulta: 27/08/2020].

Hernández Ibáñez, C. (1989). La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre las técnicas de reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada. *Actualidad Civil*, 48 (pp. 3027-3046).

Iniesta Delgado, J. J. (2008). Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación post mortem. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 29 (pp. 13-24).

Iniesta Delgado, J. J. (2011). La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de la Familia* (pp. 735-860). Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

Kato, K. (2016). Vitricación de embriones y ovocitos para la preservación de la fertilidad en pacientes con cáncer. *Medicina reproductiva y biología*, 15 (4) (pp. 227-233).

Lledó Yagüe, F. (1988). *Fecundación artificial y Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.

Lledó Yagüe, F. (2006). *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Bilbao: Universidad de Deusto.

López Peláez, P. (1994). Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 6 (pp. 109-141).

Montés Penadés, V. L. (1989). El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana. En *La Filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de producción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*. ISBN: 84-86440-83-1. Madrid: Trivium.

Moya González, M. y Ramón Fernández, F. (2018). El diagnóstico genético preimplantacional: aspectos jurídicos en el Derecho español. *Revista de Derecho Privado de Colombia*, 34 (pp. 81-121) Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5261/6380> [Fecha de consulta: 27/08/2020].

Núñez, R. (2019). Caso clínico, fecundación post mortem. *EIDON*, 52 (pp. 75-19). Recuperado de <https://revistaeidon.es/index.php/revistaeidon/article/view/107/83> [Fecha de consulta: 27/08/2020].

Núñez Núñez, M. (2019). La fecundación post mortem: influencia de las técnicas de reproducción humana asistida en el ámbito sucesorio. *La Ley*, 22 (pp. 147-158). España: Wolters Kluwer.

Pantaleón Prieto, A. F. (1989). Contra la ley sobre Reproducción Asistida. En *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan* (pp. 641-670). Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones.

Pérez, A. (2012). Fertilización post mortem: un supuesto especial entre las técnicas de reproducción humana asistida. En *Congreso de Derecho Privado para estudiantes y jóvenes graduados. Reflexiones sobre la reforma del Código Civil* (pp. 1-18). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derecho-civil-agustina-perez.pdf> [Fecha de consulta: 20/03/2020].

Pérez Monge, M. (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Ramón Fernández, F. (2018). Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación “post mortem”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (9) (pp. 454-471). Recuperado de <http://www.revista-aji.com/articulos/2018/9/454-471.pdf> [Fecha de consulta: 25/03/2020].

Ramón Fernández, F. (2019). Del hermano medicamento o salvador a la terapia génica: cuestiones legales respecto a la situación del menor ante los nuevos avances biomédicos. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 14 (pp. 69-100). Recuperado de <https://www.dykinson.com/revistas/revista-de-derecho-empresa-y-sociedad/1160/> [Fecha de consulta: 24/03/2020].

Ridao Laguna, V. y Ramón Fernández, F. (2020). El bebé medicamento en el ámbito de la reproducción asistida en España: cuestiones legales y éticas. *Derecho y Salud*, 30(1) (pp. 39-63).

Rivero Hernández, F. (1987). La fecundación artificial *post mortem*, *Revista Jurídica de Cataluña*, 4 (pp. 871-904).

Rodríguez Guitián, A. M. (2013). *Reproducción Artificial Post Mortem. Análisis del artículo 9 de la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Rodríguez Guitán, A. (2015). La reproducción artificial *post mortem* en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico. *Revista Boliviana de derecho*, 20 (pp. 292-323). Recuperado de <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/121.pdf> [Fecha de consulta: 14/03/2020].

Rouco Velasco, J.; Tuñas Maceiras, D.; Iglesias Gutiérrez, M.; López Pérez, A; Lago Valverde, D. C. y Lago Del Riego, N. M. (2015). Conocimientos y actitudes de los profesionales de enfermería de Atención Primaria sobre el documento de instrucciones previas (DIP). *Revista Iberoamericana de Enfermería Comunitaria: RIdEC*, 8 (2) (pp. 35-47).

Rosell Ferris, N. y Ramón Fernández, F. (2020). Preembriones y fetos sobrantes que no se usan para llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida: aspectos éticos y legales. *Revista sobre Infancia y Adolescencia, REINAD*, 18 (pp. 17-36). Recuperado de <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/12669/12520> [Fecha de consulta: 28/08/2020].

Santolaria Baig, I. y Ramón Fernández, F. (2020). La fecundación *post mortem* en España: problemas y límites jurídicos y bioéticos. *Revista Iberoamericana de Bioética*, 13 (pp. 1-15). Recuperado de <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/11799/12212> [Fecha de consulta: 28/08/2020].

Sánchez Hernández, A. (2007). Artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas. En J. A. Cobacho Gómez y J. J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (pp. 41-59). Navarra: Editorial Thomson-Aranzadi.

Serna Meroño, E. (2007). Artículo 6. Usuarios de las técnicas. En J. A. Cobacho Gómez y J. J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (pp. 305-35179-2102). Navarra: Editorial Thomson-Aranzadi.

Sociedad Española de Fertilidad (2012). *Registro de la Sociedad Española de Fertilidad: Técnicas de reproducción asistida (IA y FIV/ICSI)*. Recuperado de [https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr\\_sef\\_fertilidad.pdf](https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf) [Consultado 29/03/2020].

Villarrasa Clemente, F.; García Garmendia, J. L.; Barrero Almodóvar, A. E.; Maroto Montserrat, F.; Gallego Lara, S. L. y Rufo Tejeiro, O. (2015). Consentimiento informado por representación en unidades de cuidados intensivos. ¿Necesitan los familiares instrucciones previas? *Revista española de medicina legal*, 41 (3) (pp. 118-131).

## **Legislación**

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, 29/12/1978).

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988, páginas 33373 a 33378).

Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, 17/01/1996).

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, 15/11/2002).

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 289, 03/12/2003).

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre las técnicas de reproducción asistida (BOE núm. 126, 27/05/2006).

Real decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, 25/07/1889).

Fecha de recepción: 29-03-2020

Fecha de aceptación: 09-06-2020