

***TÍTULO: REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM***

***AUTORA: ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN***

***COMISIÓN DE TRABAJO: FAMILIAS, INFANCIAS Y ADOLESCENCIAS: LAS  
RESPUESTAS DEL CAMPO JURÍDICO***

***DATOS DEL AUTOR:***

***ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN***

***PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL***

***UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)***

***alma.guitian@uam.es***

## 1. NOTAS INTRODUCTORIAS: LA ADMISIÓN CONDICIONADA DE LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL *POST MORTEM* EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

En el ordenamiento jurídico español se regula la reproducción artificial *post mortem*, primero, en el artículo 9 de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y con posterioridad en el vigente artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida bajo el enunciado «*Premoriencia del marido*»<sup>1</sup>. De una forma sintética cabe afirmar que la regla general es la prohibición de tal hipótesis, ya que el párrafo primero sólo admite el uso de las técnicas de reproducción asistida en vida de los cónyuges o de la pareja de hecho. Pero excepcionalmente se enerva tal prohibición en los párrafos 2º y 3º, de modo que puede utilizarse el material genético del varón fallecido si se dan dos requisitos: que exista consentimiento por parte del varón a la reproducción artificial tras el fallecimiento y que dicha reproducción se produzca dentro de un límite temporal (doce meses desde el fallecimiento). Pero en realidad aquí la excepción tiene tal amplitud que en la práctica adquiere rango de ley con el mismo contenido y efectos que la aludida regla general<sup>2</sup>. Ello nos pone delante de una de las mayores ampliaciones del ámbito de la autonomía personal surgida por el desarrollo científico-técnico<sup>3</sup>.

Desde luego puede decirse que la rúbrica del artículo 9 («*Premoriencia del marido*») no es del todo exacta, ya que la regulación no sólo comprende al varón casado (párrafo segundo) sino también al varón «no unido por vínculo matrimonial» (párrafo tercero). Sí que llama la atención que el tenor literal del precepto no exige la convivencia *more uxorio* entre varón y mujer, y mucho menos el requisito de que estemos ante una pareja estable. Lo más lógico es que se refiera a parejas no casadas que conviven *more uxorio*, aunque la vaguedad de la expresión empleada conduciría a que pudiera caber en ella el consentimiento de cualquier varón para la reproducción *post mortem* con cualquier

---

<sup>1</sup> Artículo 9 de la Ley 14/2006. *Premoriencia del marido*.

«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 doce 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 supérstite 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 la paternidad».

<sup>2</sup> ALONSO PÉREZ, M.: «De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIII, Vol. 2º, Albaladejo y Díaz Alabart (directores), 2ª edición, Edersa, 1988, p. 19.

<sup>3</sup> En este sentido CAPILLA RONCERO, F.: «Autonomía de la voluntad y Derecho de la Persona; o la autonomía personal en el Derecho privado», *La Ley*, 13920/2011, 18 de julio 2011, p. 6 (<http://www.diariolaley.es>)

mujer. A pesar de la imperfección técnica de la citada rúbrica, dicha expresión parece preferible a la usada de modo común por la doctrina para denominar esta hipótesis, que suele ser la de fecundación *post mortem*, en cuanto el vigente artículo 9 regula otros supuestos distintos a la fecundación artificial *post mortem* en sentido estricto. Por esta última se entiende de modo exclusivo la introducción en los órganos genitales femeninos del semen del varón por medio distinto al contacto sexual. En el precepto se hace referencia también a la transferencia a la mujer, tras el fallecimiento del varón, de preembriones de la pareja constituidos mediante fecundación *in vitro* con anterioridad a la muerte del marido o del compañero; supuesto en el que la fecundación no ha sido, por tanto, *post mortem*. La diferencia entre ambas hipótesis es clara: En el caso de la inseminación artificial se fecunda a la viuda o compañera con semen del varón fallecido, de modo que estaríamos ante un hijo, no póstumo, sino postumísimo, esto es, procreado después de la muerte del padre. Por el contrario, en la transferencia de preembriones el hijo es concebido en vida de ambos padres (*in vitro*), aunque su implantación, gestación y alumbramiento ocurran una vez ya fallecido el padre. De ahí el título con el que he querido denominar este trabajo, reproducción artificial *post mortem*, que me parece más adecuado en cuanto abarca ambas hipótesis.

Si se observa el tenor literal del vigente artículo 9 se puede extraer también como conclusión que en su ámbito de aplicación no entran otras hipótesis que en ocasiones son contempladas por la doctrina como posibles supuestos de reproducción artificial *post mortem*. En primer lugar, al hacerse alusión expresa a que el varón consienta la utilización de «su material reproductor», queda fuera la prestación del consentimiento por parte del difunto para que su mujer o pareja de hecho se insemine con gametos pertenecientes a un tercero para que le dé un hijo después de muerto. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, debe descartarse también la transferencia de preembriones al útero de la madre con posterioridad a la muerte del marido o compañero, aunque concebido en vida de éstos, cuando el preembrión haya sido obtenido por gametos donados por un tercero. Aunque realmente en la letra de la ley cabría la admisión de tal supuesto, no parece lógico que deba incluirse si esta posibilidad de donación de gametos ha quedado fuera en el caso de la fecundación artificial *post mortem* en sentido estricto. En tercer lugar, como el artículo 9 habla de «fallecimiento del marido» (o del varón unido por vínculo matrimonial), hemos de descartar que la ley española contemple el caso de que quien sobreviva sea el varón y no la mujer, y sea aquel el que solicite que se implante el preembrión constituido en vida de ambos en el útero de otra mujer. Esta solución no sería coherente con el resto del articulado del texto legal, entre otras cosas, porque el artículo 10.1 de la ley subraya la nulidad de la gestación por sustitución<sup>4</sup>. En cuarto lugar, al utilizarse el término «cónyuge supérstite»

---

<sup>4</sup> «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero».

queda fuera la posibilidad de que ambos cónyuges o compañeros de hecho fallezcan y que el preembrión sea transferido o implantado en el útero de otra mujer<sup>5</sup>.

Por último, tal y como se desprende del artículo 9, éste sólo regula la reproducción artificial *post mortem* en el caso de una pareja heterosexual. La literalidad del precepto, entre otras razones, impide que se extienda tal hipótesis a un matrimonio o pareja de hecho homosexual, de hombres o mujeres. Si se trata de dos hombres, la admisión de esta hipótesis chocaría contra la aludida prohibición legal de la maternidad subrogada, ya que aquellos siempre necesitarían el útero de una mujer. Si son dos mujeres esta misma objeción no existiría, ya que, o bien podrían fecundarse los óvulos de la fallecida con semen del donante y ser el preembrión implantado en el útero de la superviviente; o bien la fallecida podría consentir que, cuando nazca el hijo de su cónyuge (en caso de que hayan contraído matrimonio), se determine a su favor la filiación *post mortem* respecto del nacido<sup>6</sup>. Pero ello supondría dar entrada a la fecundación por donación de semen de un tercero, y el artículo 9 no parece permitir la fecundación artificial *post mortem* en la que intervenga el semen de un donante<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> En este sentido SERRANO ALONSO, E.: «El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem», *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco, Trivium, 1988, p. 378.

<sup>6</sup> De hecho en el artículo 7.3 de la Ley de 2006 se prevé que «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido»

<sup>7</sup> La Ley española de 2006 (y antes también la de 1988) constituye una rara excepción dentro del Derecho Comparado en cuanto considera válida la reproducción artificial *post mortem*. Junto a ella se encuentra el ordenamiento jurídico inglés, que admite esta hipótesis en un número más amplio de casos que la ley española, de modo que en la actualidad, no sólo se permite la inseminación artificial con el semen del marido o compañero de la mujer (y la transferencia de preembriones), sino que también se extiende a la inseminación con esperma procedente de un tercero distinto al marido o compañero e incluso, de modo reciente, a la pareja homosexual femenina de la madre. Ya en 1990 la *Human Fertilisation and Embryology Act* permite tanto la inseminación artificial *post mortem* como la fecundación *in vitro* y la implantación del embrión con posterioridad a la muerte del padre. Ahora bien, en estos dos casos no se atribuye el *status filii* al hijo nacido como consecuencia de dichas prácticas, fundamentalmente por los problemas sucesorios que ello podría traer. Esta ley ha sido objeto de varias reformas para ampliar el ámbito de esta hipótesis y, en concreto, en 2003 se modifica la ley de 1990 para que un hombre (en caso de que así lo elija la madre) quede registrado como padre del niño a título póstumo, siempre y cuando aquel hubiera dado su consentimiento tanto al uso de su esperma tras el fallecimiento como a ser tratado como el padre del niño [*Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003* (HFEA 1990 s28 (5A) and (5B))]. Igualmente también permite, aunque menos claramente, que el marido o pareja de hecho de la mujer que no ha proporcionado el esperma, sea registrado a título póstumo como padre del niño, siempre y cuando hubiera dado su consentimiento. Con posterioridad, en 2006, el Departamento de Salud británico hace una serie de propuestas para la revisión de la legislación en esta materia y finalmente se promulga la ley vigente, *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 (c.22), que sustituye a la ley de 1990. Entra en vigor en abril de 2009. Esta normativa incluye disposiciones similares a las inmediatamente señaladas de 2003 [HFEA 2008 s39: uso de esperma, o transferencia de embrión, después de la muerte del hombre que ha aportado el esperma; s 40: embrión transferido después de la muerte del marido o compañero que no ha aportado el esperma] y además, como novedad, extiende tal posibilidad a la *civil partner* femenina de la mujer a la que se le va a transferir el embrión constituido con donación de semen de un tercero. De modo que aquella puede tener el *status* de progenitora legal de un hijo que no ha conocido por haber fallecido antes del nacimiento del niño (HFEA s 46). La *partner* ha de consentir, por escrito, la transferencia del embrión a la madre después de su fallecimiento y además ha de consentir ser considerada como progenitora del niño. Un último requisito que se añade a los

A mi juicio un correcto método de estudio requiere distinguir las dos grandes hipótesis que en el vigente artículo 9 se regulan, por una parte, la inseminación *post mortem* de la mujer con material reproductor del marido o del conviviente fallecido (los requisitos en uno y otro caso son idénticos, ya que el párrafo tercero del artículo 9, dedicado a la fecundación con semen del varón no unido por matrimonio, se remite a lo dispuesto en el apartado anterior dedicado al marido fallecido; luego hay cierta variación en cuanto a los problemas de determinación legal de la filiación); por otra parte, la transferencia *post mortem* de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del varón.

## **2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL *POST MORTEM*.**

### **2.1. REQUISITOS DE VALIDEZ: CONSENTIMIENTO DEL VARÓN Y PLAZO TEMPORAL PARA LA INSEMINACIÓN**

#### **2.1.1. *Consentimiento del marido o conviviente fallecido.***

Tal y como está regulado el artículo 9 de la ley de 2006 el consentimiento del marido o compañero sólo tiene por objeto autorizar el uso de su material reproductor con el fin de que con él se insemine a la mujer *post mortem*. Del tenor literal del precepto se infiere que el consentimiento ha de tener una serie de características: ha de ser específico para la inseminación después de la muerte, en beneficio de una mujer concreta, expreso, formal, de carácter personalísimo y revocable. Analizo, brevemente, cada uno de estos rasgos.

En primer lugar, cabe plantearse si basta con que se haya dado el consentimiento por el marido o compañero para la utilización del esperma, sin más, o es preciso que consienta de modo específico que su material reproductor pueda ser utilizado después de su muerte. Debido a la trascendencia que tiene dicho consentimiento en esta hipótesis concreta, por una parte, el nacimiento de un ser humano que no va a poder contar con la asistencia de un padre desde el inicio de su vida, por otra parte, la incidencia sobre los derechos de otras personas (por ejemplo, parientes del fallecido); pienso que es necesario que el varón consienta de modo específico la inseminación de la mujer para después de la muerte<sup>8</sup>. La segunda exigencia, esto es, que ha de consentirse la inseminación de una mujer en concreto, se desprende de la propia literalidad del artículo 9 de la Ley, que establece en el párrafo segundo la

---

anteriores es que la propia madre ha de manifestar su opinión favorable, en el plazo de 42 días desde el nacimiento del niño, a que su *partner* sea tratada como progenitora femenina del niño. Por el contrario, en Alemania (parágrafo 4 de la *Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990*), en Francia (L. 2141-2 del *Code la Santé Publique* y apartado 3 del artículo 311-20 del Código Civil francés) y en Italia (artículo 5 de la Ley de 19 febbraio 2004 núm 40 sobre *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) se prohíbe la reproducción artificial *post mortem*. Por su parte en Portugal la *Lei n° 32/2006 de 26 de Julho Procriação medicamente assistida* prohíbe en su artículo 22.º la inseminación *post mortem* (párrafos primero y segundo), pero admite la transferencia *post mortem* de embriones (párrafo tercero).

<sup>8</sup> Por todos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida», *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2004, p. 298.

necesidad de que el marido preste su consentimiento para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a “*su mujer*”. En caso de matrimonio, la determinación de la viuda no presenta dificultades. Sin embargo en el caso de la pareja de hecho hay que mencionarla de tal manera que su identificación no deje lugar a dudas.

En tercer lugar, el consentimiento ha de ser expreso. La Ley requiere que el consentimiento se otorgue por escrito; por tanto, ha de ser expreso. Se ha señalado que no bastaría un consentimiento tácito, ya que esta clase de consentimiento puede crear problemas de interpretación<sup>9</sup>. Por consiguiente, del simple hecho de que una persona haya crioconservado sus gametos no puede inferirse que haya autorizado la fecundación *post mortem*. Este problema no tendrá demasiada relevancia práctica, en la medida en que suele ser una costumbre habitual de las clínicas dedicadas a la realización de estas técnicas que requieran que el depositante declare su intención sobre la disposición del esperma en caso de fallecimiento. La dificultad surge cuando el depositante no ha hecho ninguna aclaración y posteriormente, tras su muerte, la viuda, la compañera de hecho y/o los familiares del difunto desean el uso *post mortem* de su esperma para la procreación. Hay que preguntarse por el significado concreto de que una persona deposite sus gametos en un centro autorizado. Sin duda este hecho revela su intención clara de procrear en un futuro próximo y, además, de hacerlo mediante las técnicas de reproducción asistida, pero desde luego ello no supone ninguna prueba de la voluntad de procrear bajo cualquier circunstancia, incluso después de la muerte<sup>10</sup>.

En cuarto lugar, el consentimiento ha de ser formal. El vigente artículo 9 de la Ley de 2006 amplía los cauces a través de los cuales el fallecido puede manifestar su consentimiento para la fecundación *post mortem*. Además de los ya previstos en el antiguo artículo 9 de la Ley de 1988, esto es, la escritura pública y el testamento, añade dos documentos privados, el de instrucciones previas y aquel al que se refiere el artículo 6.3 de la ley. Empezando por éste último, en el artículo 6.3 se señala que si la mujer está casada se precisa, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y conste así de manera fehaciente. Por su parte el artículo 3.4. subraya que la aceptación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas se llevará a cabo en un formulario de consentimiento informado. Por consiguiente, interpretando de modo conjunto los anteriores artículos, parece que el marido podrá consentir en dicho formulario el

---

<sup>9</sup> En este sentido RIVERO HERÁNDEZ, F.: «La fecundación artificial “post mortem”», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1987, p. 885.

<sup>10</sup> En este sentido se pronuncia REICHMAN SCHIFF, A.: «Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation», *75 North Carolina Law Review* 948-951 (1996-1997). Según esta autora cuando un individuo no ha dado ninguna instrucción sobre el uso de gametos crioconservados para la procreación tras su fallecimiento, su silencio nunca debería ser construido como consentimiento. Como las consecuencias de la procreación *post mortem* son tan serias, ello afectaría a valores esenciales de los que el individuo era titular en vida, así el derecho a la integridad física y a la propia autodeterminación. Sin embargo lo contrario sostiene la famosa sentencia del Tribunal de *Grande Instance de Créteil* de 1 de agosto de 1984, en que por primera vez se presenta este problema concreto en el ordenamiento francés. Consúltese el comentario a la misma en RUBELLIN-DEVICHI, J.: «Insémination artificielle “post mortem”», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1984, II, pp. 703 ss.

uso de su material reproductor para la inseminación *post mortem* de su mujer. Como he señalado, cabe la posibilidad de que el varón pueda prestar su consentimiento para dicha inseminación a través del documento de instrucciones previas, que se regula 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. La pregunta clave es si, de acuerdo con el contenido que prevé en su artículo 11.1 la citada Ley 41/2002, el documento de instrucciones previas se presenta como el instrumento idóneo para la autorización de la fecundación artificial *post mortem*. Dicho documento, según el citado precepto, es aquel por el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta de forma anticipada su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla 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. Desde luego el consentimiento para la inseminación artificial *post mortem* de la viuda y compañera no tiene nada que ver con una decisión relativa a la salud del cónyuge o compañero varón, además de que tales disposiciones van a surtir efectos sólo en vida de éste último. Sin embargo se ha señalado<sup>11</sup> que este documento de instrucciones previas puede ir dirigido a diferentes finalidades, y que nada impide que formen parte de su contenido otras previsiones *post mortem*, como las relativas a la donación de órganos, disposición del propio cadáver para fines médicos o biológicos, entierro, incineración, autopsia clínica.... Ahora bien, no creo que pueda equipararse la previsión de la donación de un órgano del cuerpo con la disposición del esperma, ya que la naturaleza de un órgano humano y del esperma es radicalmente diferente, en cuanto el esperma contiene células que pueden dar lugar a una vida humana.

¿Podría prestarse el consentimiento en otro tipo de documento privado distinto al previsto en el citado artículo 6.3 y en el documento de instrucciones previas? Parece que no, ya que el artículo 9 constituye un *numerus clausus* y sólo alude a estas dos clases de documento privado. Ello resulta patente en el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2010<sup>12</sup>.

Ya en la Ley de 1988 se hacía referencia al testamento como instrumento válido para autorizar la inseminación *post mortem*, pero sigue sin resolverse con la actual Ley de 2006 la misma duda que existía entonces con aquel texto normativo: el tipo de testamento en que puede consentirse la fecundación. Es decir, si puede hacerse también en testamento ológrafo, o sólo en testamento notarial. Aunque no es una cuestión pacífica en la doctrina, a mi juicio no es indudable que el nuevo artículo 9 de la Ley de 2006 permita que el consentimiento se lleve a cabo en un testamento no notarial. Es cierto que en la Ley de 1988 se planteaban como únicas alternativas o el testamento o la escritura pública, y

---

<sup>11</sup> PÉREZ GALLARDO, L.B.: «Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana», *RGLJ*, núm. 4, 2007, pp. 614-615.

<sup>12</sup> AC 2010/1755, que deniega la solicitud por parte de la viuda de autorización para la inseminación con el esperma de su esposo fallecido, porque el consentimiento del difunto se encontraba recogido en una carta mecanografiada y firmada por él, por su madre y por su hermana.

que sin embargo con el nuevo artículo 9 se amplían las posibilidades de prestar el consentimiento, y se amplían incluso a un documento privado. Pero no es cualquier documento privado, se circunscribe al formulario para dar el consentimiento informado que hay en las clínicas que llevan a cabo tales técnicas de reproducción asistida y al documento de instrucciones previas. A ello ha de añadirse que, al ser excepcional la admisión de la fecundación *post mortem* por las circunstancias en que va a llevarse a cabo el nacimiento de un futuro ser (esto es, sólo se permite cuando concurren determinados requisitos), pienso que han de exigirse las mayores garantías a la hora de emitir el consentimiento.

La quinta nota característica del consentimiento es que ha de ser de carácter personalísimo, esto es, ha de otorgarlo el propio fallecido y no puede ser suplido ni por la autoridad judicial ni por tercera persona (aunque la inseminación la apoyen los parientes del difunto)<sup>13</sup>. Por último, la Ley de 2006 prevé la posibilidad de que el consentimiento para la aplicación de las técnicas pueda ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas. El artículo 9.2 de la Ley no regula la forma de la revocación, lo que hace suponer la posibilidad de revocación a través de un medio distinto a aquel en que se expresó la voluntad de disponer del esperma.

### **2.1.2. Plazo temporal para la inseminación**

La ley vigente establece que la mujer ha de ser inseminada en el plazo de doce meses siguientes al fallecimiento del varón. Cuál es la función de la fijación de dicho plazo temporal. De forma unánime se señala que la finalidad es la protección de los derechos hereditarios de terceros. No se precisa, en cambio, los terceros que pueden verse perjudicados por el nacimiento del niño: por ello, sean parientes más próximos o más lejanos del causante, se aplicará el mismo plazo temporal. Se ha apuntado también que la fijación de tal plazo puede establecerse en beneficio del propio niño que va a nacer; para evitar, por ejemplo, el denominado «salto generacional», esto es, la gestación de un niño cuyos gametos originales provienen de una persona fallecida varias generaciones antes<sup>14</sup>.

La Ley de 2006 ha ampliado el plazo en relación con la Ley de 1988. De un plazo de 6 meses se ha pasado al actual plazo de 1 año. En general la doctrina ve dicha ampliación de forma favorable, tanto respecto a la tutela de la viuda como en relación a la protección de los derechos hereditarios de terceros. Por un lado, el plazo de 6 meses era un tiempo muy breve para que la viuda tomara la decisión de inseminarse; todavía subsistía el dolor y la alteración por el fallecimiento cercano de la persona querida y no estaba en condiciones adecuadas de adoptar una decisión suficientemente reflexionada<sup>15</sup>. Se ha señalado, además, la brevedad del plazo de 6 meses para un proceso tan

---

<sup>13</sup>Auto JPI Valencia de 13 de mayo de 2003 (AC 2003, 1887), Auto AP A Coruña de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001/183) y SAP Barcelona de 16 de junio de 2004 (JUR 2004/292813).

<sup>14</sup> En este sentido CORRAL TALCIANI, H.: «Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial», *Revista de Derecho Chileno*, volumen 19, núm. 3, 1992, p. 458.

<sup>15</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Reproducción asistida “post mortem”», (BIB 2001/741) (<http://www.westlaw.aranzadi>), p. 2.



complejo como es la inseminación artificial, no sólo porque el éxito del mismo no depende exclusivamente de la pericia profesional, sino también del estado físico y psíquico en que se encuentre la mujer. Muchas veces esta hipótesis de fecundación artificial *post mortem* está asociada a largas y penosas enfermedades oncológicas, donde no sólo se deteriora el enfermo, sino también los familiares más cercanos<sup>16</sup>. También desde la salvaguarda de los derechos de los terceros el plazo del año parece sensato. No queda excesivamente abierta en el tiempo la sucesión hereditaria, de modo que no se menoscaban los derechos de los terceros, sean o no hijos del causante, y a la vez el futuro niño, una vez que nazca, puede disfrutar de derechos sucesorios.

## **2.2. VALORACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA OPCIÓN DEL LEGISLADOR**

Es fácil determinar que en la hipótesis de la inseminación artificial *post mortem* existe un conflicto entre el derecho a procrear de la viuda o compañera de hecho y el interés del hijo a nacer con dos progenitores que le presten asistencia de todo orden durante la minoría de edad. El legislador, cuando ha regulado la materia de las técnicas de reproducción asistida ha aplicado, aunque sea de modo implícito, el método jurídico de la ponderación para solucionar cuál de los principios (bienes, valores o intereses) contrapuestos en el caso planteado debe prevalecer. Como resultado de cada ponderación es posible formular una regla de prevalencia que exprese las condiciones bajo las cuales un principio tiene preferencia sobre el contrario<sup>17</sup>. Así, por consiguiente, en el artículo 9 se ha concluido que ha de prevalecer el derecho a procrear de la viuda o compañera del fallecido, siempre que exista consentimiento por parte del fallecido a la utilización *post mortem* de su esperma—otorgado por diversos cauces— y que la inseminación de la mujer se produzca en un determinado plazo de tiempo desde el fallecimiento<sup>18</sup>. No obstante no estoy de acuerdo con el resultado al que ha llegado el legislador tras la ponderación.

Con el fin de evitar o mitigar los peligros que el método jurídico de la ponderación lleva consigo, es preciso seguir tres pasos ordenados en su aplicación para que dicho método sea riguroso y disciplinado<sup>19</sup>: Así, en primer lugar, ha de procederse a la identificación de los principios en conflicto. Por una parte, el derecho de procrear de la mujer. Lo que resulta claro es que un derecho como tal no aparece recogido de modo explícito en la Constitución española de 1978 (en adelante CE), de modo que la doctrina ha propuesto su reconocimiento implícito en alguno de los preceptos constitucionales: o bien en el derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 CE, o bien en el principio del

---

<sup>16</sup> PEREZ GALLARDO, L.B.: «Inseminación artificial...», cit.p. 615

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 150.

<sup>18</sup> Tal decisión de admitir la fecundación *post mortem* parece coherente con el fundamento en que el legislador español ha sustentado las técnicas de procreación artificial, esto es, en un hipotético derecho a la procreación y no en el derecho a la salud. Así, el artículo 1 de la Ley de 2006 no hace referencia ya, frente a la anterior ley de 1988, a que la finalidad de las técnicas de reproducción humana asistida es la eliminación de la esterilidad.

<sup>19</sup> En este sentido RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, cit. pp. 48, 121 y 130-136.

libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE o bien en el derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE<sup>20</sup>. Por otra parte, no podemos afirmar que haya un derecho del niño a nacer con un padre y una madre que derive del artículo 39.3 CE («*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*»). Dicho precepto es uno de los «Principios rectores de la política social y económica» (ubicados en el Capítulo III del Título I CE). Estos son mandatos dirigidos al legislador y no poseen como finalidad el reconocimiento directo de derechos subjetivos de los ciudadanos. El artículo 39.3 implica un mandato al legislador para que garantice a los menores, en concreto, la asistencia adecuada por parte de sus padres (es decir, del precepto no deriva un derecho del niño, pero sí un interés cierto que ha de ser tutelado). Y es claro que el legislador no está posibilitando el cumplimiento por los progenitores de tal deber cuando admite la fecundación artificial *post mortem*, hipótesis en la que el nacimiento de un niño privado de uno de los progenitores *ab initio* es un hecho previsible y, por tanto, evitable.

Una vez identificados los principios que han de estimarse merecedores de ser incluidos dentro de la ponderación, ha de procederse a asignar a cada uno de ellos el peso que, en función de las circunstancias concurrentes, deba corresponderles. Se trata en esta segunda fase de dar argumentos sobre el grado de incumplimiento del principio que luego en una tercera fase se hará retroceder y sobre la importancia del cumplimiento del principio al que se otorgará prevalencia. Para ello hay que hallar datos fácticos y jurídicos relevantes que fundamenten la corrección argumentativa. A mi juicio ha de prevalecer el interés del hijo a nacer con el máximo número de progenitores (esto es, dos), de modo que quede lo más garantizado posible en su favor el deber de asistencia de todo orden. Cabe dar tres argumentos, al menos, a favor de tal decisión; dos de carácter fáctico y uno jurídico. El primer dato fáctico es que la mujer no ve impedida su posibilidad de tener hijos si se limita su derecho a ser inseminada artificialmente con el esperma de su marido o compañero fallecido; nada impedirá que pueda casarse o mantener relaciones con otras personas con las que pueda tener descendencia. Habrá, pues, otra manera de satisfacer el interés, por supuesto digno de atención, de la madre de tener descendencia. El segundo dato, también de carácter fáctico, es el concreto sujeto que se encuentra como protagonista en uno de los polos del conflicto; se trata de un menor de edad, que por su posición de debilidad necesita una especial protección por parte del ordenamiento jurídico. Por último, el dato jurídico relevante es la existencia de normas que apoyan una prevalencia *prima facie* a favor de uno de los principios en conflicto, esto es, normas donde se establece que el principio del interés superior del

---

<sup>20</sup> Frente a un sector doctrinal importante en EEUU que entiende que existe un derecho fundamental a procrear por medios artificiales ubicado en el *right of privacy* [ROBERTSON, J.A.: «Embryos, Families and Procreative Liberty: The legal Structure of The New Reproduction», 59 *Southern California Law Review* 958 ss (1986)], PANTALEÓN PRIETO, F.: «Procreación artificial y responsabilidad civil», *La filiación a finales del siglo XX*, II Congreso Mundial Vasco, Trivium, 1998, p. 275 sostiene que en el ordenamiento español, en virtud del derecho a la intimidad familiar, no hay un derecho a exigir del Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona y en cualquier circunstancia.

menor ha de ser objeto de una consideración primordial por parte del legislador<sup>21</sup>. En este sentido es fundamental en el ordenamiento español la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 2 establece que en la aplicación de esta ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Ello significa que cuando medie un conflicto jurídico entre los derechos o intereses de un menor y los derechos de las personas de su entorno habrá que decidir cuál es la solución idónea a la finalidad que pretende el legislador cuando hace prevalecer el interés superior del niño, esto es, cuál es la solución más adecuada para la consecución del desarrollo pleno, sano y digno del niño<sup>22</sup>.

Por último, en una tercera fase de la ponderación se llega a la decisión de hacer prevalecer un principio frente al otro, que retrocede. La solución del conflicto ha de cumplir el criterio, al que se ha llamado «ley de la ponderación», de que cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que retrocede mayor debe ser la importancia del que prevalece en un supuesto determinado<sup>23</sup>. Así, puede afirmarse, a mi juicio, que en el caso de la fecundación artificial *post mortem*, el perjuicio causado al derecho de procrear de la viuda o compañera de hecho del fallecido, que indudablemente existe, está justificado por la importancia que en esta hipótesis hay que atribuir al interés superior del niño de contar, desde su nacimiento, con unos progenitores que le presten asistencia de todo orden. El daño que sufre el derecho a procrear de la viuda o compañera no es tan grande si se cae en la cuenta, como antes he indicado, de que en el futuro siempre tiene abierta la posibilidad de tener descendencia con otras personas.

### **3. TRANSFERENCIA *POST MORTEM* DE PREEMBRIONES**

#### **3.1. REQUISITOS DE VALIDEZ: CONSENTIMIENTO Y PLAZO TEMPORAL**

Como novedades de la Ley de 2006, frente a la de 1988, se encuentran tanto la definición legal de preembrión incluida en el artículo 1.2º (embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde), como la regulación expresa que se hace de la hipótesis de la transferencia de preembriones, como un supuesto separado de la inseminación artificial *post mortem*.

El legislador admite la validez de ambas hipótesis, pero así como en el caso de la inseminación artificial *post mortem* la permite siempre que concurra el consentimiento expreso y

---

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses...* cit.p. 165, señala la utilidad que puede tener la formulación por el legislador de “prevalencias *prima facie*”, cuya función pudiera ser evitar que en un problema de ponderación los bienes o principios en conflicto entren con una igualdad abstracta de rango, de modo que tal prevalencia *prima facie* establecida por el legislador hace entrar a uno de los principios con ventaja sobre el otro. Es decir, no es que permanezca cerrada la puerta a la ponderación, en la medida en que no establece una prevalencia absoluta sino que simplemente se dirige el resultado de la misma.

<sup>22</sup> En este sentido DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, 1ª edición, 2009, p. 22.

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses...*cit.pp. 135-136.

formal del varón para dicha inseminación junto con el plazo de tiempo para llevarla a cabo, en la regulación de la transferencia de preembriones sólo alude al consentimiento del fallecido, sin mencionar el requisito del plazo temporal. Pero además flexibiliza el requisito del consentimiento del fallecido, presumiéndolo otorgado por éste («*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 embriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido*»). Cuál es la razón de esta relajación del requisito de la prestación del consentimiento por el fallecido. Es preciso detenerse en el tipo de supuestos en los que está pensando el legislador cuando regula la transferencia. Así, en un matrimonio o en una pareja de hecho que en vida de ambos han iniciado ya un proceso de procreación asistida y, en concreto, como resultado de la fecundación *in vitro*, se han constituido ya preembriones que están pendientes de transferencia, o, incluso, crioconservados desde hace tiempo. Por consiguiente, ya se ha otorgado por ambos el consentimiento necesario para la utilización de estas técnicas. Junto a dicho consentimiento general, han debido autorizar también, con anterioridad a la generación de los preembriones, el concreto destino de éstos, es decir, en esta hipótesis su uso por la propia mujer y por su cónyuge para la procreación. De repente, el marido o compañero fallece antes de que haya podido llevarse a cabo la transferencia de los preembriones al útero de la mujer. Evidentemente él no ha podido prever su fallecimiento y, por tanto, no ha podido dar su consentimiento específico para la transferencia *post mortem* de los preembriones, y mucho menos lo ha dado a través de uno de los cauces formales establecidos en el artículo 9. Dicho precepto no prescinde del requisito del consentimiento del varón para la admisión de la transferencia *post mortem* de preembriones; el consentimiento existe, ya se dio en el momento de consentir las técnicas de reproducción asistida y en el momento de decidir el destino de los preembriones antes de la generación de éstos. Es decir, el legislador parte de la idea de que la implantación *post mortem* del preembrión no es sino la culminación del proceso de procreación asistida, aunque aquí evidentemente no hay un consentimiento específico, *ad hoc*, para la transferencia de preembriones posterior al fallecimiento del varón<sup>24</sup>. El legislador de 2006, sin duda, ha intentado solucionar los problemas que se daban con el anterior artículo 9 de la Ley de 1988: con dicha normativa, o bien no se admitía la transferencia *post mortem* de los preembriones ya constituidos en vida del varón, o bien se admitía, pero no podía inscribirse como hijo del varón fallecido el nacido en virtud de la fecundación *in vitro*. Desde luego algunas objeciones podrían apuntarse a la actual presunción legal del consentimiento del difunto. La más grave, a mi juicio, es que el hecho de que una persona haya dado su consentimiento para la realización de la fecundación *in vitro* e incluso para la

---

<sup>24</sup> Se plantea también REICHMANN SCHIFF, A.: «Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation»...cit. pp. 963-964, la dificultad que supone que el difunto no haya manifestado su voluntad a favor específicamente de la transferencia de preembriones tras el fallecimiento. Pero a su juicio hay un sólido argumento a favor de que pueda producirse la procreación del hijo póstumo: la existencia cierta de la probabilidad de que el difunto hubiera consentido la transferencia del preembrión, unido al hecho de la certeza del consentimiento del cónyuge o compañera superviviente para la procreación.

transferencia de embriones a su mujer, no implica necesariamente que, de haber sabido que iba a fallecer, hubiera deseado que un hijo suyo naciera en tales circunstancias especiales (es decir, sin tener asistencia de un padre desde el principio). Aún así, creo que la opción que ha tomado el legislador es perfectamente compatible, en cuanto cabe afirmar que en esta hipótesis nos encontramos con un preembrión ya constituido en vida del padre, es decir, con un concebido y no nacido (aunque fuera del útero materno).

Por último, es preciso señalar que, aunque el artículo 9 de la Ley de 2006 hace referencia de forma exclusiva al requisito del consentimiento del varón para la admisión de la transferencia *post mortem* de preembriones, a mi juicio tal transferencia ha de someterse también al requisito del plazo temporal. Por consiguiente, la transferencia de preembriones ha de producirse en un año desde el fallecimiento del varón. Ello parece lógico porque aquí también está presente el mismo interés que trata de protegerse cuando se exige el plazo temporal limitado en la inseminación artificial *post mortem*, esto es, está en juego la tutela de los derechos sucesorios de otras personas que podrían ser llamadas a la herencia del difunto.

### **3.2. VALORACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VALIDEZ LEGAL DE LA TRANSFERENCIA *POST MORTEM* DE PREEMBRIONES.**

El legislador optar por facilitar la transferencia de preembriones *post mortem* al presumir el consentimiento del fallecido. En esta hipótesis se está ante un preembrión ya constituido en vida del padre, un concebido y no nacido, aunque sea *in vitro* y no en el útero. Hay, pues, un interés digno de proteger, que consiste en el posibilitar el desarrollo de la vida del embrión aún no implantado. La transferencia al útero de la madre no marca el comienzo de su vida; no supone un tránsito del no ser al ser, sino una nueva etapa en el desarrollo de una vida ya iniciada<sup>25</sup>.

Pienso que el legislador de 2006, al facilitar que el preembrión pueda ser implantado en el útero de la madre, es coherente con la doctrina que puede extraerse hasta el momento, al menos, del Tribunal Constitucional español, en el sentido de que éste otorga una protección, aunque de menor intensidad, a la vida en las fases previas al nacimiento. Se deduce de las sentencias en las que ha tenido oportunidad, por un motivo u otro, de enfrentarse al polémico tema de la protección de la vida prenatal [ SSTC 75/1984 de 27 de junio (FJ 6), 53/1985 de 11 de abril (FJ 5), 212/1996 de 19 de diciembre (FJ 5º) y 116/1999 de 17 de junio (FJ 9º)<sup>26</sup>], que el embrión y el feto no son titulares del derecho fundamental a la vida del artículo 15 CE. Esta primera afirmación del TC es compartida por buena parte de la doctrina, en la medida en que la adquisición de la personalidad y la consolidación de la genérica y abstracta capacidad jurídica tiene lugar en el ordenamiento jurídico español con el

---

<sup>25</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)», *La Ley*, núm. 6161, 4 de enero de 2005, pp. 12 y 20 (<http://www.diariolaley.es>)

<sup>26</sup> RTC 1984/75, RTC 1985/53, RTC 1996/212 y RTC 1999/116

nacimiento (artículo 29 del Código Civil), de modo que el reconocimiento de un derecho subjetivo al *nasciturus* (concebido y no nacido implantado en el útero materno) se encuentra supeditado a su nacimiento regular (esto es, nacer con las condiciones del artículo 30 del Código Civil: nacer con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno)<sup>27</sup>. Lo mismo puede predicarse, con mayor razón, del embrión *in vitro* (aún no implantado en el útero materno). Ahora bien, también es una afirmación compartida por la doctrina que el ordenamiento jurídico puede amparar a la persona por vías distintas a las del reconocimiento de la titularidad de derechos subjetivos<sup>28</sup>.

Este segundo paso puede deducirse también de la doctrina constitucional. Los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los ciudadanos frente al Estado sino que además son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en cuanto son la expresión jurídica de un sistema de valores, que por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. El Estado no sólo debe no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino que tiene también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Cabe, por consiguiente, una protección objetiva de la vida humana en desarrollo, con base en el artículo 15 de la Constitución. Sin duda una correcta interpretación de la doctrina constitucional conduce a afirmar que ésta extiende, en sus SSTC 212/1996 de 19 de diciembre y 116/1999 de 17 de junio, al embrión *in vitro* la consideración de bien constitucionalmente protegido en cuanto incorpora un germen de vida humana<sup>29</sup>. Ahora bien, también sostiene dicho tribunal que los embriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno<sup>30</sup>. Esta última afirmación se justifica en la medida en que el Tribunal parte de un concepto de la vida humana como un proceso («*sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica, que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital*»), con el nacimiento como un momento sustancial de cambio<sup>31</sup>. Se ha subrayado, no obstante, que la intensificación de la protección jurídica de la vida del ser humano a medida que se va acercando el nacimiento en ningún caso implica la exclusión del preembrión del ámbito de protección otorgado por el artículo 15 CE en su dimensión objetiva. Así, la fase previa a la anidación no sólo es necesaria para que se den las demás, sino que va a condicionar todo el proceso

---

<sup>27</sup> Señala LASARTE ALVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona, Principios de Derecho Civil*, Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, 2010, p. 155, que desde el punto de vista moral, filosófico o ético, incluso desde el punto de vista médico, puede discutirse acerca del momento genético de la vida humana, pero desde el punto de vista jurídico, por el contrario, la cuestión no admite grandes dudas.

<sup>28</sup> En este sentido BUSTOS PUECHE, J.E.: *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 43-44.

<sup>29</sup> En este sentido TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C.: «Comentario al artículo 15 CE», *Comentarios a la Constitución Española*, XXX Aniversario, Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero (dir), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 315.

<sup>30</sup> STC 116/1999 de 17 de junio (FJ. 12).

<sup>31</sup> STC 53/1985 de 11 de abril (FJ 5º)

posterior de formación de la persona respecto a las posibles manipulaciones que pueda sufrir el embrión concebido *in vitro*<sup>32</sup>.

#### **4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA REALIZACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL *POST MORTEM***

Una vez que se cumplen los dos requisitos exigidos por el legislador para la validez de la reproducción artificial *post mortem*, esto es, el consentimiento del varón fallecido y el plazo temporal, se plantean dos tipos de problemas en relación, sobre todo, con el hijo que va a nacer. Primero, de orden filiatorio, es decir, es necesario decidir quién es el progenitor del niño y la clase de filiación. Segundo, de orden sucesorio, tanto respecto a la atribución de derechos al niño en la herencia del fallecido como respecto a la protección de los derechos sucesorios de determinados parientes del difunto. La Ley de 2006 sólo se refiere de forma expresa al primero de esta clase de problemas. En relación con las cuestiones concernientes a la filiación, del artículo 9 se deduce que, una vez cumplido el doble requisito del consentimiento del varón fallecido y el plazo temporal para la fecundación, es válida la reproducción artificial *post mortem* y de ahí deriva el reconocimiento *ope legis* de la existencia de una relación jurídica entre el hijo nacido por la aplicación de estas técnicas y el varón fallecido en caso de que éste sea el marido de la madre. El principal problema aquí no radica en determinar quién es el progenitor del niño, sino en decidir la clase de filiación (matrimonial o no matrimonial). Si la madre es inseminada tras el fallecimiento de su marido con esperma de éste, con la normativa del Código Civil en la mano relativa a la filiación sería muy complicado estimar que la filiación del hijo es matrimonial (en concreto, sería de difícil aplicación a esta hipótesis la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil, según el cual se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución). Pero el legislador de 2006 ha optado por introducir en el artículo 9 una regla especial de filiación, estimando que la filiación es de carácter matrimonial. A mi juicio es una decisión acertada: El marido aporta el semen y además la decisión de la fecundación procede de dos personas casadas.

Si la madre es inseminada con esperma de su compañero *more uxorio* fallecido es sencillo determinar la clase de filiación, se trata de una filiación extramatrimonial, en cuanto el hijo es procreado *post mortem* con gametos procedentes de individuos que no estaban unidos en matrimonio. Esta es la opción que toma el legislador de 2006. Ahora bien, el consentimiento del varón no implica de forma automática la determinación de la filiación, sino que se establece que dicho consentimiento, otorgado en forma y plazo, sirva como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley de Registro Civil, y así poder declarar la filiación paterna del varón conviviente.

---

<sup>32</sup> FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 263.

El artículo 9 de la Ley de 2006, pues, le atribuye al nacido, o le da la posibilidad de obtener, el *status* de hijo respecto al varón fallecido. Ello lleva consigo que se le otorguen todos los derechos derivados de tal condición y, por consiguiente, también los derechos sucesorios. Si se privase por el legislador de derechos sucesorios a los hijos nacidos de la reproducción *post mortem*, podría hablarse de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE, porque se trataría a hijos genéticos del mismo padre y de la misma madre de forma distinta en lo que se refiere a los derechos sucesorios<sup>33</sup>. Ahora bien, es cierto que la atribución de derechos sucesorios no está exenta de dificultades. La primera es la inadecuación de las normas tradicionales del Derecho de Sucesiones del Código civil, que en absoluto están pensando en los niños que nacen por técnicas de reproducción artificial. De ahí que se planteen objeciones en cuanto a la ausencia de capacidad para suceder por parte de éstos. El problema no se plantea realmente respecto a la capacidad para suceder de los preembriones. El Código establece una regla general aclaratoria en el artículo 745, que dispone en su número 1º que son incapaces para suceder las criaturas abortivas, de donde se deduce, en conexión con el artículo 29 del Código civil<sup>34</sup>, que el concebido pero no nacido tiene capacidad sucesoria, aunque la efectividad de sus derechos depende de que el llamado llegue a nacer cumpliendo el requisito de que nazca con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno (artículo 30 del Código Civil). Hay, sin embargo, una objeción para entender aplicable el artículo 29 a los preembriones ya constituidos en el momento de la muerte del causante: el legislador, cuando promulga el Código Civil en el siglo XIX, sólo estaba pensando en el concebido por medios naturales y, por consiguiente, sólo estaba pensando en un futuro nacido que a la muerte del padre está en el útero materno. Ahora bien, el concepto “*concebido*” de dicho precepto tiene amplitud suficiente para incluir en el mismo al embrión concebido *in vitro*, en virtud del artículo 3.1 del Código Civil, según el cual las normas han de interpretarse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas<sup>35</sup>.

Cuestión distinta son los derechos sucesorios del niño que nace como consecuencia de una inseminación artificial de la viuda o compañera de hecho con espermatozoides del varón difunto. En este caso es claro que estamos ante un *concepturus* y habría que otorgarle, pues, los mismos derechos sucesorios que posee éste en el ordenamiento español. Buena parte de la doctrina que ha estudiado la cuestión se muestra partidaria de admitir la posibilidad de que el causante pueda llamar a suceder al niño fruto de estas nuevas técnicas, como legatario o como heredero, o bien mediante el procedimiento clásico de la sustitución fideicomisaria, o bien, directamente, considerándose que la institución queda sometida a condición suspensiva de que llegue a nacer<sup>36</sup>. Pero siempre suele reconocerse el llamamiento dentro

---

<sup>33</sup> ROCA TRÍAS, E.: «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco, Trivium, 1998, p. 51.

<sup>34</sup> «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»

<sup>35</sup> Sobre el tema véase FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico del embrión humano...* cit. pp. 272 y 283.

<sup>36</sup> *Idem*, cit. p. 283.



del ámbito de la sucesión testada, pero no de la intestada<sup>37</sup>. Lo más adecuado, a mi juicio, sería realizar una reforma del articulado del Código Civil señalando, o bien directamente que el niño que va nacer fruto de la fecundación artificial *post mortem* posee capacidad para suceder (tal como hace la Ley 10/2008 de 10 de julio del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones<sup>38</sup>), o bien presumiendo que los hijos nacidos de esta forma se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión (tal como dispone el Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas<sup>39</sup>).

El segundo de los problemas sucesorios que se plantean con la admisión de la reproducción artificial *post mortem* es el perjuicio que pueden sufrir terceros que tendrían derechos sucesorios en la herencia del varón difunto, o bien porque quedarían disminuidos con el nacimiento de un nuevo hijo (como en el caso de otros hijos del varón fallecido) o bien porque quedarían privados de ellos. Ahora bien, a la vez cabe afirmar que tal peligro quedaría atenuado de forma considerable a través de dos medidas. La primera es la fijación de un plazo temporal, dentro del cual ha de inseminarse a la mujer, o dentro del cual ha de producirse la transferencia de preembriones. La segunda medida es la aplicación de la normativa del Código Civil relativa a las precauciones que han de adoptarse cuando la viuda queda encinta (artículos 959 a 967). La doctrina desde luego no ve demasiado problema en entender aplicable dicha normativa en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida *post mortem*<sup>40</sup>, con las matizaciones oportunas. Por ejemplo, en relación con el aviso que la viuda ha de dar a las personas que posean derechos sucesorios en la herencia del fallecido que deban desaparecer o disminuir con el nacimiento del hijo, el Código Civil señala que ha de ser doble: la viuda ha de poner en conocimiento de las citadas personas el hecho del embarazo y la fecha probable del parto, cuando éste se aproxime. En el supuesto específico que vengo analizando, la obligación de aviso por parte de la viuda o compañera ha de extenderse también, además de a los dos aspectos citados, a su intención de proceder a la fecundación *post mortem* o a la transferencia del preembrión previamente constituido, dentro del plazo que señala la ley, ya que los interesados tienen derecho a conocer, no sólo el embarazo en sí, sino también la posibilidad del mismo. Tal obligación de notificación lo será respecto

---

<sup>37</sup> Una excepción en este sentido la constituye RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «La fecundación artificial “post mortem”», cit.p. 901.

<sup>38</sup> Artículo 412-1: «1. Tienen capacidad para suceder todas las personas que en el momento de la apertura de la sucesión ya hayan nacido o hayan sido concebidas y que sobrevivan al causante. 2. Los hijos que nazcan en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto».

<sup>39</sup> Artículo 325. 3: «Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida *post mortem* con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación».

<sup>40</sup> En este sentido ALONSO PÉREZ, M.: «De las precauciones que deben adoptarse...», cit.p. 26.

del momento preciso y del lugar en que se procederá a la fecundación *post mortem* o a la transferencia

41.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- ALONSO PÉREZ, M.: «De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIII, Vol. 2º, Albaladejo y Díaz Alabart (directores), 2ª edición, Edersa, 1988, pp. 1 ss
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Reproducción asistida “Post Mortem”» (BIB 2001/741) (<http://www.westlaw.aranzadi>)
- BUSTOS PUECHE, J.E.: *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996.
- CAPILLA RONCERO, F.: «Autonomía de la voluntad y Derecho de la Persona; o la autonomía personal en el Derecho privado», *La Ley*, 13920/2011, 18 de julio 2001, pp. 5 ss (<http://www.diariolaley.es>)
- CORRAL TALCIANI, H.: «Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, núm. 3, 1992, pp. 439 ss
- DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, 1ª edición, 2009
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)», *La Ley*, núm. 6161, 4 de enero de 2005, p. 1 ss (<http://www.diariolaley.es>)
- FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, McGraw-Hill, Madrid, 1999
- LASARTE ALVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona, Principios de Derecho Civil*, Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, 2010
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida», *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2004, pp. 249 ss
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Procreación artificial y responsabilidad civil», *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco, Trivium, 1998, pp. 245 ss
- PÉREZ GALLARDO, L.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*, núm. 4, 2007, pp. 605 ss
- REICHMAN SCHIFF, A.: «Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation», *75 North Carolina Law Review* 902-965 (1996-1997).
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «La procreación artificial post mortem», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1987, pp. 871 ss
- ROBERTSON, J.A.: «Embryos, Families and Procreative Liberty: The legal Structure of The New Reproduction», *59 Southern California Law Review* 939-1041 (1986)
- ROCA TRÍAS, E.: «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco, Trivium, 1998, pp. 17 ss
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000
- RUBELLIN-DEVICHI, J.: «Insémination artificielle “post mortem”», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1984, II, pp. 703 ss.
- SERRANO ALONSO, E.: «El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem», *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco, Trivium, 1988, pp. 365 ss
- TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C.: «Comentario al artículo 15 CE», *Comentarios a la Constitución Española*, XXX Aniversario, Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (director), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 311 ss.

---

<sup>41</sup> FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico del embrión humano...cit.pp. 286-287.*