



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

**LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA  
*POSTMORTEM*: PROBLEMAS DESDE UNA  
PERSPECTIVA JURÍDICA Y SU  
APROXIMACIÓN EN ESPAÑA**

Carmen Cuadrado Sanz Diez de Ulzurrun

5º E-3 A

Área de Derecho Constitucional

Tutor: María Isabel Álvarez Vélez

Madrid

Abril de 2023

## **RESUMEN**

Las técnicas de reproducción humana asistida han revolucionado el ámbito de la reproducción humana. En particular, la reproducción asistida *post mortem* ha permitido que una persona conciba un hijo tras fallecer. En España, este procedimiento ha sido regulado por la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida. La reproducción asistida *post mortem* crea conflictos en materia de protección de derechos e intereses del fallecido, así como del menor que nazca como consecuencia de su aplicación. Dichos conflictos han sido analizados en este trabajo. Adicionalmente, se ha llevado a cabo un estudio detallado de todos los requisitos que exige la ley para proceder a la aplicación póstuma de las técnicas de reproducción asistida.

## **PALABRAS CLAVE**

Reproducción asistida *post mortem*; interés superior del menor; protección jurídica del fallecido; consentimiento; filiación.

## **ABSTRACT**

Assisted human reproduction techniques have revolutionized the field of human reproduction. In particular, posthumous assisted reproduction has made it possible for a person to conceive a child after death. In Spain, this procedure has been regulated by Law 14/2006, on assisted human reproduction techniques. *Postmortem* assisted reproduction creates conflicts regarding the protection of rights and interests of the deceased, as well as of the child born as a result of its application. These conflicts have been analyzed in this study. In addition to this, a detailed study has been carried out on all the requirements of the law to proceed with the posthumous application of assisted reproduction techniques.

## **KEY WORDS**

Posthumous assisted reproduction; child's best interest; legal protection of the deceased; consent; filiation.

## LISTADO DE ABREVIATURAS

**CC:** Código Civil

**CDN:** Convención sobre los Derechos del Niño

**CE:** Constitución Española

**FIV:** Fecundación *in vitro*

**IA:** Inseminación Artificial

**ICMART:** International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies

**ICSI:** Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides

**LTRA:** Ley Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

**MAR:** Medically Assisted Reproduction

**RAPM:** Reproducción Asistida *Post Mortem*

**ROPA:** Recepción de Ovocitos de la Pareja

**TC:** Tribunal Constitucional

**TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea

**TRHA:** Técnicas de reproducción humana asistida

**TS:** Tribunal Supremo

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	6
<b>CAPÍTULO I. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM.....</b>	<b>8</b>
1 ¿QUÉ ES UNA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA? .....	8
<b>1.1 Concepto científico .....</b>	<b>8</b>
<b>1.2 Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida.....</b>	<b>8</b>
1.2.1 <i>Técnicas de Reproducción Asistida Intracorpóreas .....</i>	<i>8</i>
1.2.2 <i>Técnicas de Reproducción Asistida Extracorpóreas .....</i>	<i>9</i>
<b>1.3 Las Técnicas de Reproducción Asistida en el ordenamiento jurídico español..</b>	<b>9</b>
2 LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA <i>POST MORTEM</i> .....	10
<b>2.1. Cuestiones preliminares.....</b>	<b>10</b>
<b>2.2. Concepto y supuestos de RAPM .....</b>	<b>11</b>
<b>2.3. Primeros pronunciamientos jurisprudenciales.....</b>	<b>11</b>
2.2.1 <i>Parpalaix c. Centre d'étude et de Conservation du Sperme.....</i>	<i>12</i>
<b>2.4. La RAPM como un conflicto de derechos .....</b>	<b>14</b>
<b>CAPÍTULO II. EL TRATAMIENTO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....</b>	<b>15</b>
1 LA LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	15
2 OBJETO Y FINALIDAD DE LA REGULACIÓN DE LA RAPM EN LA LEY....	16
<b>2.1 Alcance y objeto del artículo 9 LTRHA .....</b>	<b>16</b>
<b>2.2 Finalidad de la norma. Interpretación teleológica .....</b>	<b>18</b>
<b>2.3 Desarrollo reglamentario de la LTRHA.....</b>	<b>19</b>
3 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LTRHA .....	20
<b>3.1 Ámbito objetivo: la falta de referencia a la recuperación espermática <i>post mortem</i>.....</b>	<b>20</b>
<b>3.2 Ámbito subjetivo de aplicación .....</b>	<b>22</b>
3.2.1. <i>La limitación del uso a parejas y la exclusión de las parejas homosexuales .....</i>	<i>22</i>
3.2.2. <i>Referencia a los intereses de los padres del fallecido .....</i>	<i>24</i>
3.2.3. <i>Breves reflexiones finales.....</i>	<i>25</i>

4 REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA NORMA .....	26
<b>4.1 El consentimiento.....</b>	<b>26</b>
<i>4.1.1. Sobre la necesidad de prestar consentimiento expreso para la inseminación post mortem y la imposibilidad de admitir el consentimiento tácito .....</i>	<i>27</i>
<i>4.1.2. Sobre la forma en la que el consentimiento debe ser prestado.....</i>	<i>31</i>
<i>4.1.3. Sobre la revocabilidad del consentimiento .....</i>	<i>33</i>
<i>4.1.4. El momento de la fecundación como criterio diferenciador en la reproducción asistida post mortem y la naturaleza jurídica del preembrión.....</i>	<i>34</i>
<b>4.2 El plazo temporal.....</b>	<b>39</b>
<b>CAPÍTULO III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR CONCEBIDO MEDIANTE LA RAPM.....</b>	<b>40</b>
1 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO MAPA DE RUTA.....	40
2 SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA RAPM EN RELACIÓN CON LOS INTERESES DEL MENOR.....	41
<b>2.1 El interés del menor en ser asistido por sus padres.....</b>	<b>41</b>
<b>2.2 El reconocimiento de la filiación .....</b>	<b>43</b>
<b>2.3 Los derechos sucesorios derivados de la RAPM.....</b>	<b>44</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>46</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>50</b>
1 LEGISLACIÓN.....	50
2 JURISPRUDENCIA.....	51
3 ARTÍCULOS DOCTRINALES Y RECURSOS DE INTERNET.....	53

## INTRODUCCIÓN

“*Así es - suspiró el coronel -. La vida es la cosa mejor que se ha inventado*” (Gabriel García Márquez, 1969). Y, a través de las técnicas de reproducción asistida se ha hecho posible crear vida de una manera totalmente diferente.

Cuando hace cuarenta y cinco años tuvo lugar el primer nacimiento por fecundación *in vitro* (“FIV”), las técnicas de reproducción humana asistida (“TRHA”) revolucionaron de manera impactante el ámbito de la reproducción (Next Fertility, 2022). Gracias a ellas se han ampliado las posibilidades de procrear tanto en situaciones de infertilidad o enfermedad que dificultan el embarazo, así como en casos de parejas del mismo sexo que desean tener un hijo y mujeres que desean tener un hijo por sí solas (Crevillén Verdet, 2014).

Entre los procedimientos creados por las TRHA, la reproducción asistida *post mortem* (“RAPM”) ha permitido lo inimaginable: tener un hijo tras fallecer. Pero: ¿debe regularse esta práctica? Y, en su caso ¿sujeta a qué límites?

La RAPM es una figura cuya aplicación resulta relativamente escasa. En la mayoría de los casos, su utilización ha quedado reservada a pacientes con enfermedades terminales que conservan sus gametos antes de fallecer y a personas que, teniendo el proyecto de formar una familia, fallecen antes de manera inesperada (Pennings et al., 2006).

A pesar de la poca frecuencia con la que se han dado nacimientos derivados de la aplicación de TRHA *post mortem*, esta figura no deja de entrañar una gran importancia. En primer lugar, porque las TRHA no son el futuro sino parte del presente de la reproducción humana. En segundo lugar, porque trata temas relativos al comienzo de la vida: la vida como valor superior del ordenamiento, así como el sentido de la existencia humana.

Por otro lado, es bien sabido que, en ocasiones el Derecho tarda en adaptarse a los avances científicos, por lo que la convivencia entre ambos suele resultar ciertamente complicada. Tal y como explicaba la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, esta falta de coordinación entre ciencia y Derecho crea vacíos legales que deben ser solucionados si no quiere dejarse a determinados sujetos en una situación de indefensión.

Por lo tanto, en respuesta a la pregunta anterior, la práctica de la RAPM necesita de una regulación que, en base a unos criterios fundamentados y razonados, proteja a todos los

sujetos involucrados en dicha práctica, y cree un entorno seguro y controlado para su aplicación.

En España, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, reguló por primera vez esta materia. En la actualidad, el artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (“**LTRHA**”) recoge de manera muy similar a la anterior legislación el tratamiento jurídico de la RAPM.

La regulación de esta materia se ha mantenido prácticamente inalterada durante los últimos treinta y cinco años, por lo que se podría considerar, que su contenido estaría desfasado respecto de la realidad social y científica en la que nos encontramos.

En el presente trabajo se analiza la figura de la RAPM, así como su regulación en España, con los objetivos que se detallan a continuación.

1. En primer lugar, estudiar el concepto de RAPM, sus características principales y situaciones en las que se puede dar.
2. En segundo lugar, analizar la normativa española con hincapié en el ámbito de aplicación y requisitos establecidos para su aplicación.
3. En tercer lugar, identificar aquellos puntos donde la normativa española no protege de manera idónea a todos los sujetos involucrados en la RAPM. Para ello, según se analice la normativa, se estudiarán los intereses que entran en conflicto a la hora de regular la materia, y cómo el legislador ha ponderado dichos intereses. En particular se analizará cómo la RAPM afecta a los intereses del fallecido y del menor, entre otros.

La metodología seguida en este trabajo ha consistido principalmente en la revisión de literatura acerca de la reproducción asistida *post mortem*. Para ello, se han analizado tanto manuales, como artículos de revista, y referencias de internet. Adicionalmente se ha analizado jurisprudencia internacional y española acerca de esta práctica, así como la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha establecido en materia de reproducción.

## CAPÍTULO I. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM

### 1 ¿QUÉ ES UNA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA?

#### 1.1 Concepto científico

En síntesis, una TRHA es cualquier método de reproducción que sustituye o complementa los procesos biológicos naturales de procreación humana (Santamaría Solís, 2000). Dentro de esta definición podemos encontrar desde técnicas relativamente sencillas tales como la inseminación artificial (“IA”), hasta procedimientos que conllevan manipulación de gametos tales como la fecundación *in vitro* y sus muchas variantes.

Sin embargo, el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies* (“ICMART”), en su Glosario Internacional de Fertilidad e Infertilidad de 2017, define de forma mucho más acotada las TRHA como (Zegers-Hochschild et al., 2017):

*“Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la **manipulación** tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a la **fecundación in vitro** y la **transferencia de embriones**, la **transferencia intratubárica de gametos**, [...] TRA no incluye inseminación **asistida** (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante”.*

De acuerdo con esta definición, no toda técnica que pretenda complementar o sustituir los procesos de procreación humana se consideraría como una TRHA, sino únicamente aquellas intervenciones en las que se dé una manipulación de los gametos humanos, excluyendo por tanto la IA.

Como se explicará en el siguiente apartado 1.3, el ordenamiento español utiliza una definición mucho menos acotada de *técnica de reproducción asistida*.

#### 1.2 Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida

Tal y como explica Santamaría Solís (2000), podemos distinguir entre las TRHA extracorpóreas e intracorpóreas en función del lugar y el momento de la fecundación.

##### 1.2.1 Técnicas de Reproducción Asistida Intracorpóreas

Son técnicas intracorpóreas aquellas en las que “*el proceso de fecundación o fertilización del óvulo u ovocito por el espermatozoide se efectúa en el interior del aparato reproductor femenino*” (Santamaría Solís, 2000: 38). Es decir, para que una técnica se



considere intracorpórea, la fecundación debe haberse producido necesariamente en el útero materno. En consecuencia, la IA y la transferencia intratubárica de gametos serían consideradas técnicas de reproducción asistida intracorpóreas.

Por un lado, la inseminación artificial “*consiste en la introducción de espermatozoides, de una forma no natural, en el aparato reproductor de la mujer, con el objetivo de conseguir una gestación*” (Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida - Preguntas frecuentes auto-inseminación, s.f.: S.P.). A su vez, la transferencia intratubárica de gametos consiste en introducir un óvulo y un espermatozoide en las trompas de Falopio de la mujer, generalmente mediante laparoscopia (*¿Qué es la transferencia intratubárica de gametos?*, 2021).

### 1.2.2 Técnicas de Reproducción Asistida Extracorpóreas

Serán extracorpóreas aquellas técnicas donde “*la fecundación se produce en el exterior del tracto reproductor femenino*” (Santamaría Solís, 2000: 42). Es decir, cualquier técnica que fecunde un óvulo fuera del útero materno y posteriormente lo implante en aquel será considerada extracorpórea. Esta definición incluye tanto la FIV como la inyección intracitoplasmática de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembiones (“**ICSI**”). En términos generales, tanto la FIV como la ICSI consisten en introducir preembriones (cuyo concepto será estudiado en el apartado 4.1.4 de este trabajo) en el aparato reproductor de la mujer (Santamaría Solís, 2000).

## 1.3 Las Técnicas de Reproducción Asistida en el ordenamiento jurídico español

En España, las TRHA están contempladas en la ya mencionada Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. A diferencia de la anterior Ley (la Ley 35/1998, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida) que establecía una relación *numerus clausus* de las técnicas autorizadas, la LTRHA ha optado por un sistema mucho más flexible, tal y como establece la Exposición de Motivos:

*“La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo, evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica [...]”.*

Es decir, que la LTRHA tan solo permite *ab initio* en España determinadas técnicas de reproducción asistida, pero contempla la posibilidad de autorizar el uso de más técnicas si, de acuerdo con el estado de la ciencia, resulta posible realizarlas.

La LTHRA relaciona en su Anexo I las técnicas de reproducción humana asistida ya autorizadas para su aplicación: (i) la inseminación artificial; (ii) la transferencia intratubárica de gametos; (iii) la fecundación *in vitro* y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides.

Como se puede observar, la LTRHA ha optado por incluir dentro de la definición de TRHA la IA, a diferencia de la definición que utiliza el ICMART.

## 2 LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA *POST MORTEM*

### 2.1. Cuestiones preliminares

Antes de analizar la naturaleza y significado de este procedimiento, es importante destacar las especiales o delicadas circunstancias en las que tiene lugar.

En una gran mayoría de los casos, la aplicación póstuma de las técnicas de reproducción asistida se da tras el fallecimiento de personas con enfermedades terminales (Pennings et al., 2006). Cuando una persona es diagnosticada con cáncer, por ejemplo, se recomienda a aquellos que van a someterse a terapia que conserven sus gametos (Pennings et al., 2006). El motivo por el que se suele recomendar se debe a las altas probabilidades tanto de devenir estéril como de fallecer (Shenfield y Pennings, 2004).

Asimismo, también es frecuente el uso de estas técnicas con personas que mueren de manera inesperada y que estaban pensando en formar con su pareja antes de fallecer (Pennings et al., 2006).

El hecho de que la aplicación de TRHA *post mortem* suela darse en los casos mencionados *ut supra* precisa un especial cuidado en su tratamiento, puesto que nos encontramos ante situaciones en las que el progenitor y/o su pareja se encuentran en un estado emocional especialmente delicado.

Por ello, es importante entender que este trabajo no puede olvidar su perspectiva especialmente humana. En definitiva, este estudio pretende abordar el tratamiento jurídico de las TRHA *post mortem* teniendo en consideración la protección e impulso de la vida, en todas sus etapas: antes de ella, durante ella, y al finalizar. Pretende dignificar

la vida, y honrar la muerte, protegiendo en el camino las relaciones humanas que le daban sentido a la misma.

En el presente apartado segundo se procederá a analizar qué es la reproducción asistida *post mortem*; cuándo comenzaron a practicarse estas técnicas, y finalmente, por qué a través de esta práctica entran en conflicto diversos intereses y derechos de todas las personas involucradas en dicho procedimiento.

## **2.2. Concepto y supuestos de RAPM**

La reproducción *post mortem*, en general, engloba cualquier situación en la que el nacimiento tiene lugar con posterioridad al fallecimiento de uno de los progenitores (Pennings et al., 2006: 3.050). Este concepto incluye la reproducción que tiene lugar tanto de manera natural como por medio de técnicas de reproducción asistida.

Dentro de la reproducción *post mortem*, la RAPM comprende únicamente “*cualquier proceso que utilice gametos y/o embriones de una persona o personas fallecidas con la intención de procrear*” (Zegers-Hochschild et al., 2017). Es decir, la reproducción asistida *post mortem* incluye cualquier utilización de técnicas de reproducción asistida una vez que una de las personas cuyos gametos se pretenden utilizar ha fallecido. En consecuencia, la RAPM incluye tan solo aquellos supuestos en los que la concepción y/o el embarazo sucede tras fallecer uno de los dos progenitores. Se diferencia de la reproducción *post mortem* en el hecho de que en esta última lo esencial es que el nacimiento tenga lugar tras la muerte de uno de los dos progenitores, pudiendo la fecundación y/o embarazo tener lugar antes.

Adicionalmente, hay que hacer referencia a la recuperación espermática póstuma como procedimiento quirúrgico que en ocasiones resulta necesario realizar para proceder a la aplicación póstuma de TRHA. Se define como “*la recuperación de espermatozoides viables de un hombre recientemente fallecido para su uso en TRHA por su esposa o conviviente*” (García Rojo et al., 2022: 62). La recuperación espermática póstuma no se encuentra regulada expresamente en la LTRHA, lo que causa una gran inseguridad jurídica en la medida que: (i) no queda claro si está permitido o no este procedimiento; y (ii) en caso de que sí lo esté, bajo qué normativa se rige.

## **2.3. Primeros pronunciamientos jurisprudenciales**

El tratamiento jurisprudencial a nivel internacional del fenómeno de la RAPM comenzó en la década de los ochenta, perfilándose hasta llegar a las distintas posturas que hoy en

día se reflejan en los distintos ordenamientos jurídicos en Derecho Comparado. El primer caso analizado

### 2.2.1 *Parpalaix c. Centre d'étude et de Conservation du Sperme*<sup>1</sup>

#### a. Antecedentes del caso

El caso *Parpalaix c. Centre d'étude et de Conservation du Sperme*, que fue resuelto en 1984 por el *Tribunal de Grande Instance de Creteil*, trató por primera vez cuestiones en torno a la propiedad del esperma y la intención del fallecido.

Alain Parpalaix fue diagnosticado cáncer, comenzando un tratamiento de quimioterapia en 1981. Ante la posibilidad de devenir estéril, y tras haber sido informado por sus médicos, decidió depositar su esperma en el *Centre d'étude et de Conservation du Sperme* (CECOS). No obstante, no dio instrucciones específicas sobre qué se debía hacer con el esperma, mucho menos en caso de su fallecimiento (Katz, 1998).

El señor Parpalaix contrajo matrimonio con su pareja, Corinne, dos días antes de su fallecimiento, el 25 de diciembre de 1983. Al morir su esposo, Corinne Parpalaix solicitó a CECOS la devolución de su esperma, con la intención de usarlo para concebir un hijo suyo, pero CECOS le negó dicha solicitud, alegando que no tenía obligación legal alguna de devolverlo (Katz, 1998).

#### b. Argumentos de las partes

Tanto los padres de Alain como su esposa, Corinne, demandaron a CECOS, argumentando principalmente que el esperma es un bien mueble separable y que se regía por las normas del Código Civil francés. En particular, argumentaban que el artículo 1939 del Código Civil Francés establecía que si una persona muere tras haber depositado un bien, este último se transfiere a sus herederos (Katz, 1998).

A su vez, CECOS alegó que el esperma es una parte indivisible del cuerpo humano, y que tan solo puede pertenecer a aquel del que proviene. De esta forma, CECOS solo tenía una obligación legal con Alain Parpalaix. Adicionalmente argumentó que cuando el Sr. Parpalaix depositó su esperma en CECOS, lo hizo de manera preventiva para casos de esterilidad, pero en ningún momento se dieron instrucciones sobre qué hacer en caso de

---

<sup>1</sup> Debido a la dificultad para encontrar la sentencia original, este apartado se ha elaborado a partir del artículo publicado en el Harvard Journal of Law and Technology Katz, G. A. (1998). Parpalaix v. CECOS: Protecting Intent in Reproductive Technology. *Harvard Journal of Law & Technology*, 11(3), 683-698.

su muerte. Por ello, ante la falta de un consentimiento expreso, no se debía devolver el esperma a su esposa para su inseminación (Katz, 1998).

c. Decisión del Tribunal y trascendencia del caso

La decisión del *Tribunal de Grande Instance de Creteil* rechazó los argumentos de ambas partes. Respecto a la naturaleza jurídica del esperma, determinó que en efecto no es un bien mueble separable del cuerpo del donante. En consecuencia, no está sujeto a las normas del Código Civil Francés relativas al depósito, entre otras cosas porque no es un bien que es un bien *extra commercium*. Pero tampoco admitió el planteamiento que daba CECOS sobre el destino del esperma, puesto que consideraron que el esperma es la máxima expresión genética del derecho de una persona a tener hijos. Para el tribunal, la clave para resolver la cuestión residía en averiguar la intención inequívoca de Alain Parpalaix (Katz, 1998).

En primer lugar, determinó que el hecho de que no dejara instrucción alguna sobre el uso póstumo de su esperma no implicaba automáticamente que no quisiera que se usara para ello si se diera el caso. En segundo lugar, se acudió a los testimonios de los padres de Alain, entre otras cosas, para intentar averiguar qué es lo que el fallecido hubiera querido. Finalmente, se determinó que Alain Parpalaix hubiera apoyado aquella decisión y, por ello se ordenó a CECOS que procediera a devolver el esperma a Corinne Parpalaix, dejando en sus manos el destino de aquél, aunque finalmente no consiguió quedarse embarazada (Katz, 1998).

¿Qué aportó este primer caso al estudio de la reproducción *post mortem*?

Aunque no resolvió cuestiones tales como la necesidad o no de regular los procedimientos de RAPM, o aquellas relativas a la protección de los menores que nazcan bajo estas circunstancias, ayudó a determinar: (i) en primer lugar, que el esperma es una parte indivisible de la persona, y por tanto no es un bien objeto de comercio o transmisión alguna; (ii) en segundo lugar, determinó de manera tácita la intención para utilizar el esperma, a falta de un consentimiento expreso; y (iii) finalmente, en coherencia con lo anterior, estableció que la autorización para la utilización *post mortem* del esperma dependerá de la intención de persona a la que pertenecía.

## 2.4. La RAPM como un conflicto de derechos

Tal y como se irá analizando a continuación, la cuestión acerca de la regulación de la reproducción asistida *post mortem* está inexorablemente ligada a la existencia de intereses y derechos contrapuestos.

Podemos identificar tres sujetos principales cuyos derechos y/o intereses se han de proteger: (i) en primer lugar, la persona fallecida – en el caso de la regulación española, el marido o varón fallecido – cuyo material genético se pretende utilizar; (ii) en segundo lugar, el miembro de la pareja superviviente – en el caso de la regulación española, la viuda o pareja femenina superviviente – que pretende utilizar dicho material genético con fines reproductivos; y (iii) finalmente, pero no menos importante, el futuro menor que nacerá como consecuencia de la aplicación de dichas técnicas. Adicionalmente, existe un cuarto grupo de sujetos potencialmente interesados en la utilización de las técnicas de reproducción asistida *post mortem*: los padres del fallecido.

Como se irá analizando, tanto la admisibilidad de la RAPM como sus límites deben ser analizadas mediante una ponderación de derechos, tal y como ha realizado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, entre las cuales cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio en materia de libertad religiosa.

En primer lugar, en lo que respecta al fallecido, se analizará como la admisión de la reproducción asistida *post mortem* afecta sus derechos de libertad reproductiva; dignidad y la protección que le otorga el principio de libre desarrollo de la personalidad (consagrado en el artículo 10 CE); la libertad, tal y como se enuncia en el artículo 1 CE; la integridad física protegida por el artículo 15 CE; y el derecho a formar una familia (artículo 39 CE).

En segundo lugar, se tendrá en consideración la libertad reproductiva de la mujer, y en particular, si ésta tiene un derecho a procrear por sí sola, y cuáles son, en su caso, sus límites.

En tercer lugar, será clave tener en consideración los intereses del futuro menor tanto antes de nacer como después. Como se explicará más adelante, el principio de interés superior del menor consagrado en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (“CDN”) y en el artículo 39.4 de la CE debe ser la hoja de ruta a la hora regular esta cuestión, en la medida que los menores son el grupo más vulnerable y afectado por estos procedimientos. En lo que respecta a lo primero, se

analizará si los preembriones y el *concepturus* están o no protegidos por el derecho a la vida del artículo 15 CE. En lo que respecta a los derechos del futuro menor, se analizará cuál es la forma de proteger mejor sus derechos relativos a la filiación, sucesión hereditaria, y, en definitiva, derecho a la identidad que proclama el artículo 8 CDN.

Finalmente, respecto de los padres del fallecido, autores como Simana (2018), argumentan que los padres del fallecido tienen un interés legítimo en tener continuidad genética, así como en cumplir los derechos de su hijo fallecido.

## **CAPÍTULO II. EL TRATAMIENTO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

### **1 LA LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

En el ordenamiento jurídico español, la figura de las TRHA está recogida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida cuyo artículo 9 dispone:

*“Artículo 9. 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 este **no se halle en el útero** de la mujer en la fecha de la muerte del varón.*

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

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

*3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del*

*apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”.*

Por tanto, el ordenamiento español permite la reproducción asistida *post mortem* sujeta a dos condiciones: el consentimiento y su utilización en el plazo de doce meses

Cabe apuntar brevemente que la regulación en el Derecho Comparado de lo más diversa. En determinados países como Alemania esta práctica no solo no está permitida, sino que constituye un ilícito penal (Crevillén Verdet, 2014). Otros países como Australia no tienen una regulación específica sobre el asunto, por lo que suele acudir a los tribunales de justicia para que autoricen el uso de estos procedimientos (Peart, 2015). Finalmente, como se ha indicado, la regulación española es una de las más permisivas que existen actualmente, ya que la admite sujeta a los límites y requisitos mencionados.

## 2 OBJETO Y FINALIDAD DE LA REGULACIÓN DE LA RAPM EN LA LEY

### 2.1 Alcance y objeto del artículo 9 LTRHA

Analizando el tenor literal del artículo 9, cabe preguntarse si el propósito del legislador era regular el reconocimiento de la filiación y otros efectos y relaciones jurídicas entre el progenitor fallecido y el menor, o regular en sí misma la admisión en el Derecho Español de la RAPM.

En una primera lectura del artículo 9 LTRHA, la norma parece encuadrarse exclusivamente dentro del ámbito de la filiación. Ello se deduce, en primer lugar, del propio artículo 7.1 de la LTRHA cuando establece: *“La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”.*

Asimismo, parece que el artículo 9 de la LTRHA antes transcrito se limita a prohibir el reconocimiento de la filiación o relación jurídica alguna respecto del marido cuando su material genético o preembriones conformados con su esperma hayan sido usados de manera póstuma sin cumplir los requisitos legalmente establecidos.

Como consecuencia, podría entenderse que la reproducción asistida *post mortem* está permitida, sin perjuicio de que no se reconozca la filiación u otra relación jurídica entre el varón fallecido y el menor si cumplen los requisitos que establece el artículo 9, es decir, consentimiento y utilización en el plazo de doce meses.



Esta ambigüedad en la redacción de la norma, a falta de pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, ha llevado a una interpretación jurisprudencial contradictoria respecto del alcance del artículo 9 de la LTRHA.

Por un lado, autos como el del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona 52/2017, de 13 de febrero, consideran que el artículo 9 LTRHA tan solo regula el reconocimiento de la filiación:

*“1) El ap. 1 del art 9 a contrario sensu **no prohíbe el uso por la viuda del material reproductor del marido una vez fallecido éste**. Se limita a negar - regla y salvo la excepción del apartado siguiente - la filiación paterna al hijo que así nazca, pero no cuestiona la legalidad de tal uso de técnicas de reproducción asistida.*

*2) La autorización del ap. 2 del art 9 por el marido lo es, repetimos, a **efectos de determinación de filiación paterna** [...] De haber querido la ley habría prohibido claramente el uso del material o el inicio de un proceso o ciclo pasado determinado momento y no lo hace (a diferencia, por ejemplo, del art 10 que sí prohíbe la gestación por sustitución)” (Auto del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, núm. 52,2017, de 13 de febrero, F.J. 3º).*

Por otro lado, pronunciamientos como el Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 82/2000, de 3 de noviembre han entendido precisamente que los requisitos del artículo 9 lo son para utilizar el material genético, no tan solo para determinar la filiación<sup>2</sup>. Así, la Audiencia mantiene que *“el tenor literal del art. 9 precisamente exige el consentimiento exteriorizado para que tal material orgánico pueda ser utilizado, y es entonces y sólo entonces, además, cuando la filiación queda determinada como consecuencia del mismo”* (Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4ª). Auto núm. 82/2000, de 3 de noviembre, Fundamento Jurídico 5º).

A pesar de la ambigüedad de la redacción del artículo 9, varios son los motivos que cuestionan llegar a la primera interpretación, que se abordan a continuación: en primer lugar, la finalidad de la norma; en segundo lugar, el desarrollo reglamentario de la LTRHA; y finalmente, el interés superior del menor (para cuya explicación nos remitimos al Capítulo III de este trabajo).

---

<sup>2</sup> A estos efectos, cabe mencionar que la Ley 14/2006 reproduce de manera prácticamente idéntica la regulación que estableció la Ley 35/1988 en materia de reproducción asistida post mortem. Es por ello por lo que, se utilizan pronunciamientos judiciales anteriores a la promulgación de la LTRHA.

## 2.2 Finalidad de la norma. Interpretación teleológica

Como se ha indicado en el apartado primero de este Capítulo II, el artículo 9.2 de la LTRHA dispone:

*“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento [...] para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer”.*

Aunque pueda resultar confusa esta redacción, parece que la intención del legislador era prohibir el uso del espermatozoides del fallecido – y no solo la filiación – salvo que concurren los requisitos que menciona la Ley.

Por otro lado, tampoco podemos llegar a la conclusión de que el consentimiento prestado por el marido para el uso del espermatozoides en vida también fuera válido para su utilización en muerte. Como se explicará más adelante, esto se debe a que la decisión acerca de reproducirse y tener un hijo es personalísima, ya que afecta a derechos e intereses tales como la dignidad, la libertad y autonomía de decisión, así como a la integridad física de la persona.

En el apartado cuarto de este capítulo, se analizará por qué presumir que un cambio de circunstancias tan relevante no cambia su voluntad iría en contra del principio de dignidad consagrado en nuestra constitución en el artículo 10 CE, entre otros.

Además, con motivo de la aprobación de la anterior legislación sobre reproducción asistida – la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida – se creó la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial Humanas. Dicha comisión elaboró un informe con sus recomendaciones entorno a dicha Ley, conocido como “Informe Palacios” (1986) entre las cuáles se aconsejaba regular expresamente el uso póstumo de los gametos de la pareja fallecida. En particular, las recomendaciones 11 y 12 establecían:

*“11. Se debería **permitir** que un miembro del matrimonio o de la pareja estable **pueda utilizar** los gametos congelados del otro miembro ya fallecido para lograr su propia descendencia. Véanse recomendaciones 13 y 61.*

*12. Se debería **permitir la utilización de embriones** en favor de un miembro del matrimonio o la pareja estable, después que el otro miembro haya fallecido”.*

Lo relevante de dichas recomendaciones a los efectos de este trabajo es que, de manera separada a la filiación del futuro menor, incluían expresamente si debía permitirse o no el uso póstumo de los gametos.

A la vista de lo expuesto, podría concluirse que este precepto no se limita únicamente a regular la filiación, sino también los supuestos en los que está permitida la práctica de la RAPM.

### **2.3 Desarrollo reglamentario de la LTRHA**

Por otro lado, el desarrollo reglamentario de la LTRHA refuerza la idea de que el objeto del artículo 9 de la LTRHA no se limitan solo a la filiación. En particular el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida (“**R.D. 413/1996**”), regula el uso del espermatozoides y los preembriones del marido fallecido. Los artículos 7 .2 y 12.1 disponen que:

*“Artículo 7.*

*2. El semen obtenido para inseminación artificial o fecundación «in vitro» de la pareja del varón:*

*[...]*

*b) En el caso del fallecimiento del varón, salvo expreso consentimiento por escrito del mismo y según recoge el artículo 9 de la Ley 35/1988, no podrá ser utilizado para fecundación de su pareja”*

*[...]*

*Artículo 12.*

*1. Los preembriones vivos sobrantes de una fecundación «in vitro», por no transferidos al útero, se criopreservarán en los bancos durante un tiempo máximo de cinco años. [...]*

*b) En caso de fallecimiento del varón, salvo expreso consentimiento por escrito del mismo y según recoge el artículo 9 de la Ley 35/1988, no podrá ser utilizado para fecundación de su pareja.*

Este R.D. 413/1996 hace referencia a la legislación anterior en materia de reproducción asistida, la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que, en términos generales, es muy similar a la actual, como ya se ha indicado previamente.

Los principales cambios que introdujo la Ley 14/2006 son: la inclusión en el apartado 2 del documento referido en el artículo 6.3 de la actual LTRHA; el establecimiento de la presunción del consentimiento del marido fallecido cuando la mujer hubiera estado sometida a un procedimiento de transferencia de preembriones con anterioridad al fallecimiento de este; y la extensión del plazo temporal para proceder a la utilización del material genético o implantación de los preembriones de 6 meses a 12 meses desde el fallecimiento del varón.

Retomando de nuevo la redacción del artículo 7.2 y 12.1 del R.D. 413/1996, se podría entender que, efectivamente, lo que la LTRHA pretende, no es tan solo regular los requisitos para que se determine la filiación del menor que nazca por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*, sino también las condiciones bajo las cuáles éstas podrán ser aplicadas al cónyuge superviviente.

En vista a todo lo anterior, a pesar de la falta de claridad de la norma, no es posible entender que el artículo 9 LTRHA se limita a regular la filiación, sino que también regula cuándo está permitido su uso. No obstante, esta cuestión resulta bastante controvertida, ya que no existe actualmente un criterio uniforme ni por parte de la doctrina ni a nivel jurisprudencial. Por ello, sería deseable que la regulación se modificara con el objetivo de aclarar la cuestión que se pretende regular.

### 3 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LTRHA

#### **3.1 Ámbito objetivo: la falta de referencia a la recuperación espermática *post mortem***

El artículo 9 de la LTRHA establece como supuesto de hecho de la norma “*el nacimiento por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley*”.

Como ya se ha mencionado *ut supra*, la LTRHA prevé tres técnicas autorizadas para su aplicación en España: la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* e inyección intracitoplasmática de espermatozoides, y la transferencia intratubárica de gametos.

La LTRHA tan solo contempla el uso de las técnicas de reproducción asistida *post mortem*, sin hacer referencia alguna a la recuperación espermática *post mortem*, que, si bien no es en sí una técnica de reproducción asistida, implica la manipulación póstuma del esperma, como ya se ha comentado en el apartado segundo del Capítulo I del presente trabajo.

Hubiera sido conveniente que dicha normativa hubiera hecho referencia a la recuperación espermática post mortem, aún con tan solo unas indicaciones mínimas. Ello debido a que, como se ha explicado *ut supra*, el artículo 9 de la LTRHA no se limita a tratar los efectos sobre la filiación del uso de técnicas de reproducción asistida *post mortem*, sino que regula en sí cuándo está autorizado su uso. A título de ejemplo, ordenamientos jurídicos como el australiano han incluido una mención expresa a la recuperación espermática de personas fallecidas en su normativa sobre obtención de tejidos (Peart, 2015).

Adicionalmente, permitir o no la recuperación espermática *post mortem* afectaría a la integridad física de la persona, protegida en nuestra Constitución en su artículo 15. Si bien el fallecido carece de personalidad jurídica (tal y como dispone el artículo 32 del Código Civil) cuando no hubiera manifestado que su voluntad era que se realizara ese procedimiento cuando falleciese, autorizarlo atentaría contra su integridad física. Así parece entenderlo el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 120/1990, de 27 de junio, refiriéndose al artículo 15 CE (STC 120/1990, de 27 de junio, Fundamento Jurídico 8º):

*“Este mismo precepto (el artículo 15 CE) constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.*

*Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los demás variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional”.*

Sin embargo, la recuperación espermática en principio no parece estar regulada directamente por ninguna norma, a diferencia de las TRHA, que ya están de por sí reguladas por la LTRHA. ¿Qué régimen aplica entonces a la extracción de esperma realizada tras la muerte de la pareja? ¿Es siquiera posible realizar este procedimiento?

La única referencia directa que encontramos de la recuperación espermática *post mortem* se encuentra en el Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. Aquél regula en su artículo 8 los requisitos de donación y obtención de tejidos

y células en donantes fallecidos. En particular, el apartado segundo excluye la obtención de espermatozoides de personas fallecidas del ámbito su ámbito de aplicación, al redirigirlo a la LTRHA:

*“La obtención de material reproductor de personas fallecidas con finalidad reproductiva se regirá por lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”.*

El problema surge, como ya se ha indicado, cuando al acudir a la LTRHA, no se encuentra una referencia a la obtención del material reproductor de personas fallecidas en el texto.

Tampoco podemos encontrar este procedimiento regulado en la normativa relativa a donación y trasplante de órganos, ya que El Real Decreto 1723/2012, que desarrolla la Ley 30/1979, en su artículo 2.3 apartados *d)* y *e)* excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los gametos y embriones y fetos humanos.

En conclusión, la extracción espermática *post mortem* se encuentra actualmente en una situación de vacío legal, al no estar clara su admisión o no en el ordenamiento. Asimismo, tampoco se han podido encontrar casos donde se autorice judicialmente la extracción póstuma del espermatozoides del fallecido en España.

No obstante, tal y como indican García Rojo et al., (2022) lo lógico sería acudir al Juzgado de Guardia para que autorice la extracción, ya que esta debe llevarse a cabo como tarde 36 horas después del fallecimiento. Igualmente, estos sugieren que los requisitos que le aplicarían a la recuperación espermática *post mortem* serían los mismos que los que indica el artículo 9 LTRHA (García Rojo et al., 2022).

### **3.2 Ámbito subjetivo de aplicación**

#### *3.2.1. La limitación del uso a parejas y la exclusión de las parejas homosexuales*

De la dicción literal del artículo 9 de la LTRHA se desprende que tan solo podrá utilizarse el espermatozoides del marido o varón “*no unido por vínculo matrimonial*” (así como los preembriones constituidos con anterioridad a su fallecimiento) para fecundar a su mujer o pareja femenina. Es decir, que tan solo se permite el uso de los gametos de una persona fallecida por su pareja (estén casados o no).

Parece que los únicos comprendidos bajo el ámbito de aplicación de esta norma serían las parejas heterosexuales, tal y como indica Rodríguez Guitián (2017), a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como es el caso de Holanda e Inglaterra, que permiten a las parejas del mismo sexo hacer uso de la reproducción asistida *post mortem* (Rodríguez

Gutián, 2017). En particular, en Holanda, el Modelo de Reglamento de la Ley del Embrión (*Modelreglement Embryowet*) declara el derecho a usar gametos y embriones tanto por la pareja supérstite – ya sea hombre o mujer – y por cualquier otra parte interesada (Hyder-Rahman, 2020).

El motivo principal por el que el ordenamiento español limita tanto el ámbito subjetivo de aplicación de esta norma se debe a que, de extenderlo a parejas del mismo sexo (en particular, formadas por hombres), se debería acudir a la figura de la maternidad subrogada.

El instituto de la maternidad subrogada queda expresamente prohibido en el artículo 10 LTRHA, cuando declara “*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*”. Sin entrar en detalles al respecto de la prohibición de la maternidad subrogada en España, en el caso las parejas del mismo sexo formadas por dos hombres, cualquiera de los dos debería acudir al útero de una mujer que no forma parte de la pareja para poder gestar un hijo con el material genético de su pareja fallecida. Es por ello que, la legislación española no ha extendido su ámbito subjetivo de aplicación en estos casos.

No obstante, en el caso de parejas del mismo sexo formadas por dos mujeres, la situación sería distinta. Ello porque no sería necesario acudir al vientre de alquiler, ya que la mujer supérstite de la pareja sería la propia gestante (determinando la doble maternidad que se encuentra permitida bajo el artículo 7.3 LTRHA).

Este procedimiento se conoce como método ROPA (acrónimo de “Recepción de Ovocitos de Pareja”) y consiste en introducir en la mujer gestante preembriones fecundados con ovocitos de la otra mujer (que sería la madre genética) y el espermatozoides de un donante anónimo (Marina et al., 201).

La legalidad de este procedimiento no está clara, ya que la Ley no se pronuncia al respecto de la utilización de ROPA en ningún caso. De hecho, la Sociedad Española de Fertilidad afirma que este procedimiento no está regulado, creando por tanto un vacío legal que todavía no se ha resuelto (Abellán et al., 2020). Así, sería deseable que la regulación en materia de reproducción asistida se reformara para reflejar este procedimiento, y poder así determinar si debería permitirse la utilización de ROPA *post mortem*.

Del mismo modo, la norma tampoco permite utilizar de manera póstuma el material reproductor o preembriones que provengan de donantes anónimos, a diferencia de otras legislaciones que sí prevén dicha posibilidad, como el ya mencionado *Modelreglement Embryowet* holandés. Este permite la utilización de los gametos de un fallecido (previo consentimiento expreso de aquél) además de por su pareja, por cualquier otra parte interesada, lo cual ha sido interpretada por la doctrina holandesa como la manera de permitir el uso *post mortem* de material genético donado (Hyder-Rahman, 2020).

Esta exclusión que realiza la legislación española parece razonable, pues la justificación que se encuentra en este trabajo para la admisión de la RAPM es el deseo de la pareja de continuar con el proyecto parental en el que ambos se estaban embarcando. El hecho de permitir el uso del esperma de un donante se saldría completamente de ese supuesto, y tan solo respondería al deseo de una persona a ejercer la maternidad o paternidad, lo cual puede conseguir a través de un donante de esperma vivo.

Adicionalmente, la norma tan solo es de aplicación cuando es el varón el miembro de la pareja que ha fallecido. No obstante, si es la mujer la que falleció, no es posible que el varón utilice sus gametos o preembriones para fecundar a otra mujer con el material genético de su pareja fallecida. De nuevo, esto se debe a que, de permitirse, se estaría autorizando y declarando válido el contrato por el que se acuerda la maternidad subrogada, que está prohibido en el ordenamiento español, tal y como indican Santolaria Baig y Ramón Fernández (2020a).

### 3.2.2. *Referencia a los intereses de los padres del fallecido*

La LTRHA no permite que el esperma del fallecido sea utilizado por sus padres con el fin de ser abuelos. Muchos se han preguntado si los progenitores del varón que ha fallecido deberían tener la facultad de usar el esperma de su hijo y tener así un nieto. En lo que respecta a la literalidad de la norma española, al referirse tan solo a la pareja, no parece que el legislador haya abierto esta posibilidad a los padres del fallecido.

Entre aquellos que defienden el derecho de los padres del fallecido a ser abuelos, Simana (2018) apunta que el interés de estos reside principalmente en cumplir los deseos de sus hijos de tener un legado. De esta forma, cuando el fallecido hubiera expresado su voluntad de que se utilicen sus gametos con fines reproductivos tras fallecer, sus padres tendrían un interés legítimo en cumplir dicha voluntad.



Adicionalmente, permitir el uso póstumo de los gametos por parte de los padres del fallecido ayudaría tal y como apunta McGovern (2022) a estos a cumplir su deseo de ser abuelos y ejercer como tal. Tal y como apunta Simana, al morir un hijo antes que sus padres, estos pierden la oportunidad de verle crecer y tener una familia. Por ello, permitirles usar los gametos de sus hijos ayudaría a cumplir con dicho deseo.

No obstante, son varios los motivos que desaconsejan extender subjetivamente el ámbito de aplicación de la norma a este último grupo. En primer lugar, el hecho de que – de nuevo – se debería acudir a la figura de la maternidad subrogada para poder gestar al futuro menor (salvo que el fallecido tuviera una pareja, pero en este último caso quien tendría el derecho a utilizar el esperma sería pareja supérstite, no los padres del fallecido).

Por otro lado, tampoco parece admisible que se reconozca el derecho de los padres del fallecido a ser abuelos, ya que, tal y como indican Pennings et al., (2006: 3.052), ello puede llevar a tener un “niño conmemorativo”, que ayude a los padres a recordar a su hijo fallecido. En definitiva, la capacidad para utilizar al esperma debería quedar reservada tan solo a aquellas personas que pertenecían al proyecto parental – es decir, la pareja del fallecido – puesto que son aquellas que de verdad tienen un interés autónomo en tener un hijo de aquella persona con la que había comenzado a formar una familia.

### 3.2.3. *Breves reflexiones finales*

La normativa española tan solo permite aplicar las TRHA *post mortem* a parejas heterosexuales, ya sean un matrimonio o no. Esto se debe a que, extender el ámbito de aplicación subjetivo a parejas homosexuales supondría admitir la práctica de la gestación subrogada, que está prohibida por el artículo 10 LTRHA. No obstante, la extensión del ámbito de aplicación del artículo 9 LTRHA a las parejas homosexuales formadas por mujeres no implicaría el uso de la gestación subrogada. A través del método ROPA, cuya legalidad en el ordenamiento español no parece clara, se podría conseguir que una mujer geste un embrión fecundado con el óvulo de su pareja fallecida.

En todo caso, no parece que el legislador excluyera de manera premeditada al resto de parejas de la posibilidad de acceder a la reproducción asistida. Tal y como indica Escribano Tortajada (2016: 1.291) parece más bien que ni siquiera se planteó todas estas posibilidades en el momento de promulgar la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, y tampoco parece que lo hiciera 2006.

No obstante, los cambios en materia de relaciones de pareja y filiación que ha experimentado el ordenamiento español durante los últimos quince años aconsejan que se revise la redacción de esta norma para que sea acorde con la realidad social en la que nos encontramos. De esta manera, tal y como indica el artículo 3 del Código Civil, sería necesario interpretar la norma de acuerdo con la realidad social, así como el espíritu y finalidad de la norma. Finalidad, que en definitiva, era permitir a la pareja de una persona fallecida – cualquiera que fuera su orientación sexual – a continuar con el proyecto parental ya iniciado.

#### 4 REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA NORMA

En este apartado, se procede a analizar los dos requisitos que la Ley establece para permitir el uso póstumo de los gametos y preembriones. Estos son: (i) consentimiento otorgado por el fallecido antes de morir; y (ii) utilización del material genético en un plazo no superior a doce meses.

##### 4.1 El consentimiento

Recordamos la dicción literal del artículo 9.2 LTRHA:

*“[...] 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 consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.*

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

Procede recoger unas notas introductorias al respecto:

En primer lugar, el consentimiento del fallecido al que se refiere la norma lo es tanto para proceder a la utilización de su material genético como para poder determinar la filiación del futuro hijo. En segundo lugar, dicho consentimiento cuenta con unos requisitos formales que, en principio, no pueden ser sustituidos por cualquier otro medio. Adicionalmente, dicho consentimiento, se establece como revocable en cualquier momento.

Finalmente, cabe apuntar que el legislador presume que dicho consentimiento ha sido otorgado en el caso de procedimientos que impliquen la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido (con carácter general la fecundación *in vitro* y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides).

Esta presunción crea un tratamiento distinto entre las técnicas de reproducción asistida que utilizan preembriones y aquellas que utilizan gametos no fecundados. ¿Está justificado esta diferencia de trato? ¿Por qué los preembriones merecen un tratamiento favorable frente a los gametos por separado?

Todas estas cuestiones serán objeto de análisis en los siguientes apartados. No obstante, se procede a identificar de manera sintetizada las principales características con las que debe contar dicho consentimiento, siguiendo a Rodríguez Guitián (2013): que el consentimiento sea expreso y se preste mediante los cauces formales que establece la ley; que sea específico para la inseminación *post mortem*; y finalmente, que el consentimiento sea revocable.

#### *4.1.1. Sobre la necesidad de prestar consentimiento expreso para la inseminación post mortem y la imposibilidad de admitir el consentimiento tácito*

De la normativa española se deduce que el consentimiento para proceder a la utilización de técnicas de reproducción asistida *post mortem* debe haber sido prestado de manera expresa por el marido o pareja. Es decir, el fallecido ha debido consentir expresamente la utilización póstuma de su esperma con fines reproductivos, sin que quepa deducir la voluntad de aquél de manera implícita. Gran parte de la doctrina lo ha entendido así, cabiendo destacar a Rodríguez Guitián (2013) y a Escribano Tortajada (2016).

No obstante, muchos autores se han planteado la posibilidad de que los tribunales autoricen la RAPM allí donde el fallecido no hubiera dejado constancia de qué quería que se hiciera con su material genético en caso de fallecer. De esta forma, dichos autores estudian si, de *lege ferenda*, debe ser admitido el consentimiento tácito como medio de autorización de la reproducción asistida póstuma (Rodríguez-Cano, 2001).

A continuación, se procede a analizar los argumentos en contra de la admisión de la autorización judicial del uso de las TRHA *post mortem*, cuando no conste un consentimiento expreso. No obstante, en lo que respecta a la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del varón, nos remitimos al

apartado 4.1.4 del presente capítulo, donde se estudiará más en profundidad el régimen que aplica en estos casos en materia de consentimiento.

¿Cuáles son los motivos que aconsejan no permitir la admisión del consentimiento tácito en el ordenamiento español?

Debemos fijarnos en primer lugar en la importancia que el consentimiento expreso tiene en estas situaciones. Mediante el consentimiento, una persona manifiesta su *voluntad* – en este caso anticipadamente – de que tenga lugar un hecho o acontecimiento con relevancia jurídica. La prestación del consentimiento es uno de los cauces o garantías fundamentales del principio de libertad y de autonomía de la voluntad, tal y como apunta Viñas (2006).

La libertad se plasma en diferentes vertientes, pero en gran medida está relacionada con la capacidad de tomar decisiones acerca de la vida de uno mismo sin que nadie la suprima o suplante. Es decir, hablamos de la libertad de decisión. Esta capacidad para expresar la voluntad se traduce, tal y como apunta Viñas es una “*capacidad de crearse a sí mismo, de ser individual, donde reside la dignidad del hombre, su esencia diferenciadora, su alma*” (Viñas, 2006: 11).

En particular, en este trabajo, la libertad de decisión a la que nos referimos recae sobre lo que se conoce como “*derecho a la libertad reproductiva*” (Crevillén Verdet, 2014: 78) o “*derecho a procrear*” (Escribano Tortajada, 2016: 1.265), cuya existencia y alcance han sido ampliamente discutidos. Ello se debe, entre otras cosas, a que la Constitución Española no reconoce expresamente un derecho a la procreación (Crevillén Verdet, 2014). Autores como Bustos Pueche (1996) niegan la posibilidad de reconocer este derecho, debido a que supondría reconocer que el hijo es el objeto del derecho a procrear, lo que no es posible, puesto que el objeto de un derecho no puede ser una persona.

No obstante, parece claro que la capacidad de procreación es un valor protegido por el Derecho, ya que en varios textos legales se menciona su existencia. A título de ejemplo, el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, refleja esta idea:

*“El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de*

*tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información”.*

En concordancia con este preámbulo, la libertad reproductiva se configuraría como un valor jurídicamente protegido (cuyo carácter como derecho fundamental no queda claro) que encuentra su fundamento en varios preceptos de la Constitución Española. En primer lugar, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE); en segundo lugar, la integridad física y moral (artículo 15 CE); y finalmente la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE), de acuerdo con el análisis que realizan, entre otros, Serna Meroño (2012). Asimismo, el artículo 3.1 a), 1º de la ya mencionada Ley Orgánica 2/2010 protege esta libertad:

*“Que todas las personas, en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad, la salud y autonomía personal, pueden adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las leyes”.*

La interpretación que se acoge en este trabajo es que no existe un derecho a procrear como derecho fundamental o independiente, tal y como indica Crevillén Verdet (2014). No obstante, sí existe como una figura con relevancia constitucional en la medida que haya actuaciones en materia reproductiva que vulneren asimismo los mencionados artículos 10, 15, y 18 de la Constitución Española.

Enlazando lo dicho con la cuestión del consentimiento expreso, recordemos que el consentimiento es el instrumento que garantiza la protección de la autonomía de la voluntad. Dado que la RAPM no es un procedimiento habitual, no se puede afirmar que, allí donde no se haya expresado voluntad alguna, dicho silencio implique consentimiento o voluntad de procrear de manera póstuma (Schiff, 1997). La prestación expresa del consentimiento, por tanto, es la única manera de tener certeza sobre la voluntad del fallecido. Tal y como explica Schiff (1997), debido a que el uso *post mortem* de los gametos no es común, es normal suponer que una persona no haya previsto aquella situación.

Por ello en ausencia de un consentimiento expreso, debería aplicar una presunción *iuris et de iure* de que el fallecido no consentía el uso póstumo de sus gametos. Se podría considerar que esta presunción actuaría como una vertiente negativa de la libertad de reproducción, que protege la decisión de no procrear, tal y como indica Crevillén Verdet (2014).

Admitir la autorización del consentimiento tácito sería, por tanto, una intromisión ilegítima en la voluntad del fallecido, que iría en contra de la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Dignidad, entendida, tal y como declaraba el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, “*como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos*” (Fundamento Jurídico 3º). Dichas intromisiones son ilegítimas porque, la decisión acerca de reproducirse y tener herederos – o no – es un acto personalísimo que no puede ser sustituido posteriormente por ningún tribunal de justicia a través de testimonios, tal y como indica el Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña número 82/2000, de 3 de noviembre, en su Fundamento Jurídico 6º:

*“Es una aspiración humana atendible utilizar «post mortem» el semen de la pareja premuerta, y la Ley confiere expresamente tal posibilidad, ahora bien, la condiciona a unos requisitos [...] que no pueden, en consecuencia, ser suplidos mediante el consentimiento de los parientes más próximos o una autorización judicial, al exigirse a tal efecto la expresión de un consentimiento de naturaleza personalísima [...]”.*

Del mismo modo, el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 13 de mayo de 2003, en su Fundamento Jurídico 2º argumentaba de forma similar, que la decisión acerca de tener hijos no puede ser suplida judicialmente, puesto que es un acto de carácter personalísimo.

En conclusión, el consentimiento expreso es un requisito indispensable para comprobar la voluntad del fallecido, que no puede ser sustituido por ningún medio debido a que tiene carácter personalísimo. Por ello, no puede admitirse la autorización judicial a través de indicios y testimonios, puesto que, suplantando la voluntad de aquel, supondría una vulneración de la capacidad de autodeterminación de la persona, que afectaría a su libertad para reproducirse.

#### 4.1.2. Sobre la forma en la que el consentimiento debe ser prestado

El artículo 9.2 admite como medios para dar el consentimiento los siguientes: (i) el documento que indica el artículo 6.3 de la LTRHA; (ii) mediante escritura pública; (iii) mediante testamento; y finalmente (iv) a través del documento de instrucciones previas que regula el artículo 11 de 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 (“**Ley de autonomía del paciente**”).

Puesto que el estudio de las formalidades para otorgar el consentimiento no es el objeto central de este trabajo, tan solo se harán unas indicaciones relativas al formulario de consentimiento informado y al documento de instrucciones previas. Asimismo, se hará un breve apunte sobre si pueden o no utilizarse otros medios para autorizar el uso *post mortem* de los gametos del fallecido.

##### a. Acerca del formulario de consentimiento informado y el documento de instrucciones previas

El primer medio que indica la LTRHA para expresar el consentimiento del marido es el documento que parece indica en el artículo 6.3 LTRHA. No obstante, dicho artículo no hace referencia expresa a ningún documento, sino que tan solo indica que, si la mujer estuviera casada, su marido deberá dar también su consentimiento, precisando que dicho consentimiento “*prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal*” (artículo 6.3 LTRHA). Es decir, que el consentimiento del cónyuge deberá ser el mismo que el que preste la mujer que va a someterse a las técnicas de reproducción asistida.

Debido a que el artículo 6 no indica cuál es ese consentimiento, acudimos al artículo 3.4 de la misma Ley:

*“La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de **consentimiento informado** en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación”.*

De ello extraemos que el consentimiento para la utilización *post mortem* de los gametos del marido puede ser otorgado a través del formulario de consentimiento informado, a la vez que se autoriza el uso de sus gametos para la inseminación de su mujer. La figura del consentimiento informado viene recogida en el artículo 8 de Ley de Autonomía del

Paciente. En el campo de la salud, es un requisito esencial para poder proceder con cualquier tipo de actuación médica sobre el paciente.

Tan solo indicar en este aspecto, que el formulario de consentimiento informado es el único documento privado, junto con el documento de instrucciones previas (explicado a continuación), que la legislación admite como medio para prestar el consentimiento (Rodríguez Guitián, 2013).

En segundo lugar, el artículo 9.2 hace referencia al documento de instrucciones previas, que regula la Ley de Autonomía del Paciente. En su artículo 11, prevé que, mediante un documento de instrucciones previas, mediante el cual una persona puede expresar lo que desea que se haga con su cuerpo u órganos en caso de fallecer.

La introducción de este documento como medio de autorización de la *inseminación post mortem* es, junto con el consentimiento informado del artículo 3.4, una de las novedades que introdujo la nueva LTRHA respecto de la anterior legislación. Al igual que el resto, las instrucciones previas deberán constar por escrito tal y como indica el artículo 11.2 de la Ley de Autonomía del Paciente.

- b. Sobre la admisibilidad de otros medios de autorización del uso post mortem del material genético del fallecido

Muchos autores se han planteado si la LTRHA debiera ser más flexible con los medios permitidos para expresar el consentimiento, proponiendo la declaración expresa verbal ante testigos como medio para dar el consentimiento (Craviotto del Valle, 2021). En particular, Craviotto del Valle (2021: 83) argumenta que:

*“Ya el solo hecho de que un hombre inicie un tratamiento con TRHA, indica sin lugar a dudas el deseo de ser padre. Luego nos resulta absurdo e incoherente, que los medios para justificar la evidente voluntad del hombre sean tasados, se limiten y se obligue a una formalidad no recogida en otras circunstancias del Derecho Civil [...]”.*

En general, la jurisprudencia ha entendido que no cabe autorizar esta práctica por otro medio que no sea los señalados en el artículo 9.2 LTRHA. Así, resoluciones judiciales tales como el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2010, denegó la solicitud de una viuda de ser inseminada con el esperma depositado por su marido en el Hospital Clínico de Canarias en 2005 antes de fallecer, tal y como indica Rodríguez Guitián (2013). El fallecido indicó en una carta mecanografiada y firmada por él su autorización para la utilización *post mortem* de su esperma. No obstante, el tribunal



consideró que dicho documento no entraba dentro de los medios previstos por el artículo 9.2 LTRHA, por lo que denegó la autorización (Auto AP Santa Cruz de Tenerife, de 2 de junio de 2010, núm. 160/2010, F.J. 3º).

Por todo ello, cabe afirmar que no es posible autorizar el consentimiento al que se refiere el artículo 9 LTRHA por otro medio que no sean los que específicamente se mencionan en la Ley.

#### *4.1.3. Sobre la revocabilidad del consentimiento*

La cuestión de la revocabilidad del consentimiento entraña poca discusión. El requisito de la revocabilidad es también una manera de garantizar que siempre se cumpla con la voluntad de la persona que fallece. En definitiva, tendría poco sentido que, una vez cambia de parecer, se fuerce a una persona a concebir un futuro hijo.

No obstante, algunos autores como Escribano Tortajada (2016) se preguntan cuáles son los requisitos de la revocación del consentimiento. ¿Es necesario revocarlo mediante documento público o un documento privado es suficiente? Algunos han entendido que bastaría con revocarlo mediante cualquier de los medios que prevé la Ley – con independencia de cómo se otorgó – entre los cuales destacan Escribano Tortajada (2016) y Jiménez Muñoz (2012). Por otro lado, Escribano Tortajada (2016) citando a Martínez de Aguirre y Aldaz (2004), advierte sobre cómo, a efectos probatorios, sería conveniente que siempre constara en documento público.

Por otro lado, Pantaleón Prieto (1988) argumenta que dicho consentimiento nunca podría ser válido, puesto que en el fondo no es revocable. Ello se debe a que, una vez la persona fallece, no puede revocar el consentimiento, que siempre debe mostrar la voluntad “*actual*” de la persona (Pantaleón Prieto, 1988: 29). Por ello, la persona fallecida nunca tendría la posibilidad de mostrar su consentimiento actual.

Este argumento no parece que tenga mucha fuerza, puesto que, si aplicáramos este razonamiento a todo acto que implique una futura incapacidad de la persona para prestar su consentimiento, entonces deberíamos prohibir, entre otras cosas, la donación de órganos, o expresar el deseo de no recibir tratamiento cuando una persona se encuentre en estado vegetativo.

#### 4.1.4. El momento de la fecundación como criterio diferenciador en la reproducción asistida post mortem y la naturaleza jurídica del preembrión

Como se ha adelantado en apartados anteriores, el artículo 9.2 establece una excepción en cuanto a la prestación del consentimiento expreso cuando se haya iniciado con carácter previo al fallecimiento del varón un procedimiento de transferencia de preembriones. Permite presumir que el consentimiento al que hemos hecho referencia en este apartado se ha dado cuando:

*“El cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”.*

Esta presunción establece un trato diferenciado entre la inseminación con gametos y las técnicas que impliquen la transferencia de preembriones (otorgando a estas últimas una mayor protección por parte del ordenamiento jurídico) ¿En qué medida está este trato diferenciado justificado?

Las diferencias en el momento de la fecundación o concepción (conceptos que se utilizarán indistintamente en este trabajo), en cada una de las técnicas mencionadas parecen ser la base sobre la cual se sustenta este trato diferenciado.

Así, en el caso de la IA donde la fecundación tiene lugar con carácter posterior al fallecimiento del varón, nos encontramos propiamente ante una *fecundación post mortem*. No obstante, aun cuando en el caso de la FIV, la implantación en el útero de un preembrión es *post mortem*, la fecundación podría haber sido anterior al fallecimiento de la pareja. Por ende, en este caso no nos encontramos ante una *fecundación post mortem per se*, sino tan solo ante una *implantación en el útero post mortem*.

La pregunta clave entonces es: ¿es jurídicamente relevante el hecho de que en la fecundación *in vitro*, existieran preembriones fecundados? Parece ser que, en principio, el legislador ha querido proteger al preembrión por el hecho de estar fecundado *ante mortem*, pero no en el caso de la inseminación artificial ya nunca puede haber una fecundación *ante mortem*, sino tan solo gametos por separado, es decir, un *concepturus*.

Partiendo de la base de que el preembrión surge de la fecundación de los gametos, este tendría – en principio – la consideración de *nasciturus*, (literalmente, *el que va a nacer*) figura cuya protección jurídica ha sido reconocida en varias ocasiones (en particular, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 relativa al recurso de

inconstitucionalidad promovido con motivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 Código Penal relativo al delito de aborto).

Asimismo, nuestro Código Civil (“CC”) hace referencia en varias ocasiones a esta figura, entre ellas en el artículo 29 cuando se reconoce que “*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*”, o el artículo 627, que reconoce la validez de las donaciones realizadas en favor de los concebidos.

Recordemos que la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 declaró que el *nasciturus* estaba ciertamente amparado, a pesar de no ser aún sujeto de derecho, por el derecho a la vida del artículo 15 CE, al ser un ser humano en potencia, calificándolo como un “*bien jurídico constitucionalmente protegido*”. El Fundamento Jurídico 5º disponía que:

*“De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”.*

Tras el análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional, llegamos a la conclusión de que, si el preembrión tuviera la naturaleza jurídica de *nasciturus*, estaría ciertamente amparado por el derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución Española. Si esta hipótesis fuera cierta, entonces la distinción que realiza la LTRHA en favor de la transferencia de preembriones sería de lo más acertada.

¿Es el preembrión, en efecto, un *nasciturus*?

Es necesario analizar la naturaleza jurídica del preembrión en el contexto de las TRHA. Es decir, lo esencial es determinar si los preembriones constituidos *in vitro* tienen o no la consideración de *nasciturus*. Lo primero que tenemos que analizar es si el preembrión es lo mismo que un embrión. La LTRHA define en su artículo 1.2 el preembrión como “*el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde*”. Es decir, existe un preembrión durante los 14 días siguientes a la fecundación o, tal y como afirma Casanovas (2015), hasta su implantación en el útero.

A pesar de esta distinción que realiza la Ley, muchos autores recuerdan que el preembrión realmente es un embrión, si bien en un estado primitivo (Casasnovas, 2015). Adicionalmente, muchos autores han considerado esta división entre preembrión y embrión injustificada en la medida que no tiene ninguna base biológica. Entre ellos, el Doctor Casasnovas (2015), afirma que, “*desde el punto de vista biológico, no tiene cabida el termino preembrión; los embriólogos nunca han dudado en conceder al embrión, desde el momento de la concepción, la plena potencialidad para desarrollar un ser humano*” (Casasnovas, 2015: 7).

Asimismo, en el en el asunto *Brüstle vs. Greenpeace*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) resolvía una cuestión prejudicial donde se planteaba, entre otras, si el preembrión tenía la consideración de embrión:

“1) *¿Qué debe entenderse por “embriones humanos” en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva [...]?*

a) *¿Están comprendidos todos los estadios de desarrollo de la vida humana desde la fecundación del óvulo o deben cumplirse requisitos adicionales, como por ejemplo alcanzar un determinado estadio de desarrollo?”.*

La respuesta del tribunal fue inequívoca, estableciendo que “*todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un embrión humano*”. Así, el término “preembrión” sería una categoría que la propia comunidad científica no sigue empleando, pues se ha demostrado ya su falta de base científica (Albert, 2013). De esta forma, muchos autores como Albert (2013) optan por referirse al embrión fecundado *in vitro* como embrión preimplantatorio. No obstante, debido a que el término “preembrión” es el utilizado en la legislación española, haremos referencia a éste cuando nos refiramos al embrión fecundado *in vitro*.

Una vez establecida la naturaleza jurídica del preembrión como embrión, cabe preguntarse si son equiparables – y, en consecuencia, si deben recibir la misma protección – un preembrión fecundado *in vitro* y un embrión *in vivo* que ya está en proceso de gestación en el útero de la mujer. Si nuestro análisis nos condujera a concluir que la situación de ambos es jurídicamente equiparable (y que, por tanto, el preembrión es un *nasciturus*), la diferenciación que establece la LTRHA en materia de consentimiento podría estar justificada.

¿Cuáles son sus principales diferencias?

En el caso del embrión *in vivo*, es decir, aquél que se fecunda en el útero materno, su consideración como *nasciturus* parece clara. Acudimos a la doctrina y jurisprudencia para poder determinar: (i) las diferencias entre ambos tipos de embriones; y (ii) en qué momento comienza a tenerse la consideración de *nasciturus*.

En un principio, parece evidente que no nos encontramos en la misma situación cuando un embrión se encuentra ya en el útero materno, frente a cuando éste todavía no ha sido implantado. No obstante, el ordenamiento jurídico español todavía parece no haberse adaptado a los distintos métodos de reproducción que existen hoy en día, manteniendo, con carácter general, una definición de *nasciturus* íntimamente ligada a la reproducción tradicional. Podemos ver esta falta de adaptación en el artículo 29 del CC, que se refiere al *nasciturus* como el “concebido y no nacido”, ignorando por tanto las situaciones en las que, a pesar de haber sido concebido, el embrión no se está gestando en el útero materno todavía.

Así las cosas, la principal diferencia entre el embrión fecundado *in vivo* y fecundado *in vitro*, está en la relación que tienen con el proceso de gestación. Así, el primero se fecunda en el útero, dando paso automáticamente al proceso de gestación, sin necesidad de intervención médica o quirúrgica alguna. Sin embargo, el embrión fecundado *in vitro* necesita de una intervención posterior a su fecundación para ser implantado en el útero y dar paso a la gestación.

Por ello, parece necesario desligar la fecundación del proceso de gestación. Mientras la fecundación se definiría, de acuerdo con el Glosario Internacional de Fertilidad e Infertilidad de 2017 (Zegers-Hochschild et al., 2017) como “*la penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos*” que da paso al embrión (es decir, la unión de los gametos), el embarazo es aquel proceso que “*comienza cuando termina la implantación (del embrión)*” (Guerrero et al., 2012) que por otro lado “*es el proceso que comienza cuando se adhiere el blastocito a la pared del útero y que finaliza [...] entre los días 12 a 16 tras la fecundación*” (Guerrero et al., 2012).

En conclusión, en el caso de la fecundación *in vivo*, fecundación (o lo que es lo mismo, concepción) y gestación irían de la mano; en la fecundación *in vitro*, estos dos procesos están completamente separados. Tal y como indica Craviotto del Valle, (2021), la gestación y la formación del preembrión *in vitro* son dos procedimientos diferenciados.

La figura del *nasciturus* debería estar ligada a la gestación, y no a la concepción (que es el punto de referencia que tradicionalmente ha usado el Código Civil). Tal y como establecía la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 “*la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana [...]*” (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, F.J. 5º). La propia sentencia hace referencia al embarazo y no a la fecundación como punto de partida del comienzo del proceso de la vida.

Recordemos que el CC data del siglo XIX, siendo por tanto muy anterior a la invención de las TRHA. Antes de su invención, gestación y concepción estaban unidas, puesto que no era posible fecundar un óvulo fuera del útero materno. No obstante, hoy en día gestación y fecundación no están unidos inexorablemente, por lo que el *nasciturus* tan solo debería estar vinculado al embarazo.

Como consecuencia, el preembrión constituido *in vitro* no tiene la consideración de *nasciturus* ya que, en el momento de la fecundación, todavía no ha comenzado el proceso de gestación.

Por tanto, no goza de una protección tan fuerte como el embrión *in vivo*, como ya fue afirmado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio de 1999, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 376/1989 promovido contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, (“STC 116/1999”), trata de manera sucinta la naturaleza jurídica del preembrión. En su Fundamento Jurídico 12º, el tribunal afirmaba: “*Ahora bien, como queda afirmado con reiteración, los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno*”.

Como resultado de ello, el preembrión no estaría amparado – al menos con la misma intensidad que el *nasciturus*–por el derecho a la vida del artículo 15 CE.

¿Cómo se relaciona este análisis con la presunción de consentimiento que establece el artículo 9 de la LTRHA? En el apartado 4.1.1. se ha analizado como el consentimiento resulta esencial como medio de expresión de la voluntad de procrear del fallecido, que está protegida por el artículo 10 CE; 15 CE y 18 CE. Para poder prescindir de dicho consentimiento, debería existir un interés con una mayor relevancia o necesidad de protección. Si hubiéramos concluido que el preembrión era merecedor de una protección

del derecho a la vida, al menos igual de intensa que la que recibe el *nasciturus*, ese derecho podría haber prevalecido frente a los intereses del varón fallecido.

No obstante, tras este análisis, no es posible llegar a esa conclusión, por lo que tan solo queda decir, que la presunción de consentimiento que establece el artículo 9.2 LTRHA parece injustificada, ya que la constitución de preembriones no demuestra una mayor voluntad del fallecido de procrear de manera póstuma (Rodríguez Guitián, 2013).

Por ello, si la persona deseaba que su material genético fuera utilizado con fines reproductivos una vez este hubiera fallecido, parece razonable exigir tanto para el caso de inseminación como de transferencia de preembriones el mismo tipo de consentimiento.

#### **4.2 El plazo temporal**

El segundo de los requisitos que exige el artículo 9 LTRHA para proceder a la utilización *post mortem* de técnicas de reproducción asistida, es que dicha utilización tenga lugar en el plazo de 12 meses desde el fallecimiento del varón. Como recuerda Craviotto del Valle (2021), la LTRHA reconoce por medio del plazo de doce meses, el derecho de la madre utilizar las TRHA con el material genético de su marido una vez fallecido este.

El principal motivo para introducir un plazo en el que el material genético debe ser utilizado, se debe a que, como se analizará en el Capítulo III de este trabajo, los menores que nazcan en estos supuestos tienen atribuida la filiación. En consecuencia, estos menores deben tener acceso a la herencia de su progenitor fallecido. Así, mediante la introducción de un plazo, se otorga cierta seguridad jurídica a los derechos sucesorios de los ya herederos (Craviotto del Valle, 2021: 84).

La anterior Ley (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida), tan solo otorgaba el plazo de 6 meses para proceder a la utilización del material genético del fallecido. No obstante, la reforma de 2016 amplió el plazo 6 meses más. Como consecuencia, durante los meses posteriores al fallecimiento del varón, la mujer podrá proceder a esta inseminación o transferencia de preembriones. Adicionalmente, durante este plazo de doce meses, la herencia deberá quedar yacente (Craviotto del Valle, 2021: 84). También es interesante apuntar que, algunos autores consideran que es pertinente ampliar el plazo aún más, para dar un periodo de reflexión obligatorio que permita a la mujer decidir si quiere o no proceder con el procedimiento (Fernández Campos, 2007).

### CAPÍTULO III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR CONCEBIDO MEDIANTE LA RAPM

#### 1 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO MAPA DE RUTA

El menor se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad que el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra de 1959, atribuye a “*su falta de madurez física y mental*” que hacen que el menor necesite “*protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”.

Asimismo, todos los ordenamientos modernos prevén la protección de la infancia, y en particular, en el ordenamiento español su protección se recoge en el artículo 39.4 de la Constitución Española, que establece que “*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”.

La protección que los acuerdos internacionales otorgan a los menores en gran medida se basa en el principio del interés superior del menor. Dicho principio insta las instituciones públicas y privadas, en aquello que afecte a los menores, a actuar siempre teniendo en cuenta el interés de aquel de manera primordial (Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra de 1959; artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989).

Igualmente, en el ordenamiento jurídico español el principio del interés superior del menor ha quedado reflejado en el artículo 2 de la 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El mencionado artículo 2 establece que “*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado*”, y acto seguido el apartado d) del artículo 2.2 establece como criterio de interpretación del interés superior del menor el siguiente:

*“La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la **no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones**, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.*

Los Estados están en consecuencia obligados a tomar todas las medidas que sean necesarias para ofrecer al menor un entorno seguro en el que crecer y donde puedan



ejercer todos los derechos que le son reconocidos como persona y en particular a resultas de su condición como menor (artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989).

En este sentido, la aparición de las técnicas de reproducción asistida ha abierto un abanico de posibilidades en materia de infertilidad entre las cuales Crevillén Verdet (2014) destaca, entre otras: (i) la maternidad subrogada, (ii) el acceso a la paternidad de parejas homosexuales, (iii) y facilitar el embarazo cuando existan dificultades para ello.

No obstante, la innovación científica plantea siempre ciertos retos que el derecho debe resolver. La RAPM no constituye la excepción a lo dicho en el párrafo anterior. Su existencia plantea posibles amenazas al bienestar e interés superior del menor que el legislador debe tener en cuenta a la hora de regular esta práctica.

## 2 SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA RAPM EN RELACIÓN CON LOS INTERESES DEL MENOR

En primer lugar, muchos han argumentado que la admisión de esta práctica es contraria al interés superior del menor por admitir que un niño nazca, *ab initio* sin uno de los progenitores, y por tanto inconstitucional al vulnerar el artículo 39.3 de la Constitución Española relativo al derecho del menor de ser asistido por sus padres (Pantaleón Prieto, 1988: 23).

Entre aquellos que no ven un problema en admitir esta práctica, muchos han estudiado las consecuencias que esta debería tener en materia de filiación y los derechos que derivan de ella (Santolaria Baig y Ramón Fernández, 2020b). Uno de los aspectos que más dudas causa es el de la sucesión hereditaria del menor que nazca tras la aplicación de TRHA *post mortem*.

### 2.1 El interés del menor en ser asistido por sus padres

Cuando se introdujo por primera vez esta figura en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, muchos consideraron que la RAPM vulneraría de manera frontal la obligación que los padres tienen de asistir a sus hijos en virtud del artículo 39.3 de la Constitución:

*“3. 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”.*

Al consentir la RAPM, autores como Pantaleón Prieto (1988), argumentan que el legislador estaría consintiendo situaciones en las que el padre desea tener un hijo que nunca conocerá, y al que nunca podrá cuidar. Es decir, estaría abandonando a su hijo antes siquiera de que comience el embarazo. No obstante ¿realmente se está produciendo un abandono?

En primer lugar, cuando el legislador pensó en el deber de los padres a prestar asistencia, no incluyó que los menores tuvieran el derecho a tener un padre y una madre en el sentido jurídico. Es cierto que el modelo tradicional de familia está ligado al matrimonio heterosexual y a los hijos que nazcan fruto de ese vínculo (Craviotto del Valle, 2021). No obstante, precisamente la aparición de las técnicas de reproducción asistida ha permitido ampliar la noción que se tiene familia, tal y como indica Lamm (2012).

Como resultado, el menor no tiene necesariamente que tener atribuida una paternidad y maternidad jurídica (Rodríguez Guitián, 2015), aunque siempre tenga un padre y una madre biológicos. En este sentido, un estudio publicado por investigadores australianos en 2015 demostró que los niños nacidos de la aplicación póstuma de las TRHA no muestran ningún problema de salud ni de comportamiento relacionado con esta circunstancia (Robson *et al.*, 2015: 2.261), por lo que la familia monoparental es igualmente funcional que la formada por los dos progenitores.

Este conflicto fue resuelto por la ya mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999. El órgano constitucional declaró en relación con el valor que protege el artículo 39 de la Constitución Española – la familia – que, si bien esta incluye la familia matrimonial, la Constitución:

*“No ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, ni existe ninguna «constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar” (Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio, F.J. 13º).*

En conclusión, no se observa ningún motivo de peso que indique que la admisión de la RAPM vaya a afectar negativamente al menor en lo que a la falta de su padre biológico se refiere. Ello porque el menor cuenta con un progenitor, su madre, que, en consonancia con la evolución del concepto de familia que existe hoy en día, es perfectamente capaz de cumplir por sí misma con el mandato que el legislador da a los padres en el artículo 39.3 CE.

## 2.2 El reconocimiento de la filiación

A pesar de que la RAPM no es contraria al interés superior del menor de por sí, las consecuencias que se derivan de ella podrían serlo, si no se regulan correctamente. En particular, la cuestión acerca de la filiación del menor es la que más preocupación parece haber causado. A pesar de que también es muy discutida la cuestión acerca de qué tipo de filiación es la que se genera en la RAPM, debido a la extensión limitada de este trabajo, no se discutirá dicha materia.

En la LTRHA, el legislador condiciona tanto la utilización póstuma del material genético del varón como la posterior filiación del futuro menor al cumplimiento de una serie de requisitos. Dichos requisitos han sido analizados en el apartado cuarto del Capítulo II de este trabajo.

En este sentido, el ya mencionado Informe Palacios (1986), recogía en su Recomendación número 61 todo lo contrario, concluyendo que, si bien se debía permitir el uso póstumo de los gametos del varón fallecido, dicha autorización en ningún caso debía suponer el reconocimiento de la filiación y sucesión hereditaria.

No obstante, finalmente sí se optó por reconocer la filiación de los menores nacidos por el uso de la RAPM, lo cual resulta un gran acierto por parte del legislador español. Esto se debe a que, de no haberlo hecho, se hubiera desprotegido enormemente a un menor, que no podría acceder a todos los derechos que se derivan de la filiación, a pesar de conocerse perfectamente la identidad del padre y el vínculo que este tenía con la madre.

Como se ha podido analizar en el apartado 3.1 de este trabajo, ciertos pronunciamientos judiciales han entendido que el artículo 9 tan solo regula los requisitos para que se determine la filiación del menor nacido por el uso de TRHA *post mortem*. Entre ellos, el Auto de 22 de noviembre de 1999, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ferrol, autorizaba a una mujer a ser inseminada con el esperma de su marido fallecido aun faltando su consentimiento para dicha inseminación. El Juzgado de Primera Instancia entendía tal y como explica Rodríguez Cano (2001: 1) que:

*“La Ley establece que, cuando el marido consiente expresamente la inseminación artificial de su mujer una vez fallecido él, nos encontramos ante un supuesto de filiación matrimonial con todas sus consecuencias, ello querría decir, «a sensu contrario», que, no constando dicho consentimiento, la inseminación sería posible, aunque el nacido no podría ser considerado hijo del fallecido, ni, consecuentemente, hijo matrimonial”.*

El auto que se encargó de resolver el recurso de apelación interpuesto ante esta resolución – el Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4ª) núm. 82/2000, de 3 de noviembre, explica de una manera muy clara los motivos por los que llegar a esta interpretación no resulta posible. El Fundamento Jurídico 5º explica que, de no reconocer la filiación del menor, se llegaría a situaciones inadmisibles, tales como que, hermanos biológicos puedan contraer matrimonio entre sí, o que el menor, conociendo perfectamente la identidad de su padre biológico, no pueda llevar sus apellidos.

En definitiva, no reconocer la filiación del menor sería una actuación que afectaría negativamente a éste de forma casi exclusiva. Un menor, que nada ha tenido que decir respecto de las circunstancias de su concepción, y que por tanto no debería verse afectado en absoluto por las decisiones que otras personas han tomado respecto de su vida.

Así, el no reconocimiento de la filiación supondría una vulneración del artículo 14 CE relativo al principio de no discriminación por razón de nacimiento, y el artículo 39.2 CE, que asegura la protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos, siguiendo a Rodríguez Guitián (2013).

La vulneración del artículo 14 CE deriva de la idea de que la filiación es el requisito esencial para poder acceder a otros instrumentos que el ordenamiento pone a disposición de los hijos. Dar un trato menos preferente a estos menores, ya sea porque nacieron una vez el padre había fallecido, impediría a estos últimos acceder a derechos que, el resto de los hijos – sus hermanos biológicos – sí tendrían.

Más aún, incluso cuando dicho menor haya sido concebido sin cumplir con los requisitos que establece la LTRHA – en función del requisito que se haya vulnerado – también parece una consecuencia desproporcionada. De nuevo, desproporcionada porque se estaría sancionando a un menor que no tiene culpa alguna por el comportamiento de terceras personas. Esta cuestión no se analizará en profundidad en este trabajo por la complejidad que entraña, ya que se necesitaría un análisis mucho más extenso de la cuestión, que por los límites de este trabajo, no es posible realizar.

### **2.3 Los derechos sucesorios derivados de la RAPM**

Uno de los más relevantes intereses que protege la filiación, es el derecho a la herencia reconocido en el artículo 33 de la Constitución Española. A través del reconocimiento de la filiación, se da a estos menores la condición de herederos.

Ordenamientos como el inglés, que reconocen la filiación de los menores nacidos en estos casos, tan solo lo hacen con carácter simbólico, pues no reconocen sus derechos sucesorios, tal y como describe Rodríguez Guitián (2013). Asimismo, en España algunos autores han entendido que tampoco se les debería otorgar este tipo de derechos, entre los que cabe citar a Rivero Hernández (1987). Se ha apuntado frecuentemente que el motivo por el que se defiende no reconocer derechos sucesorios se debe a la inseguridad jurídica que provoca en la herencia el posible nacimiento de un nuevo hijo del fallecido (Iniesta Delgado, 2008).

Como bien apunta Rodríguez Guitián (2015), la LTRHA no reconoce en su artículo 9 de modo expreso derecho sucesorio alguno a los menores que nazcan como consecuencia de estas técnicas, pero es, no obstante, una consecuencia natural y lógica de determinar la filiación. De lo contrario, de nuevo, se estaría vulnerando el artículo 14 CE, ya que se estaría discriminando entre hijos de un mismo padre. Es cierto que el reconocimiento de los derechos sucesorios al *concepturus* y al preembrión (que hemos definido en este trabajo como una categoría intermedia entre el *concepturus* y el *nasciturus*) entraña muchas dificultades, pero ello no quiere decir que se deba privar a estos de algo a lo que tienen derecho por su mera condición de hijo del fallecido. Sin entrar a hacer un análisis profundo sobre todas estas cuestiones, se procede a señalar cuáles se han discutido más por la doctrina.

En primer lugar, como ya se ha mencionado, el derecho de los ya herederos a realizar la partición de la herencia quedaría en suspenso mientras no se sepa si finalmente va a haber un heredero más o no. No obstante, dicho problema ya lo ha previsto la LTRHA, al limitar el plazo en el que se puede realizar la inseminación o transferencia de preembriones a doce meses. De esta forma, mientras se limita de manera razonable el plazo que los herederos deben esperar para realizar la partición de la herencia.

Por otro lado, es difícil casar al *concepturus* y al preembrión con el concepto de heredero. En particular, el artículo 750 del Código Civil niega la capacidad de suceder a una “*persona incierta*”, declarando cualquier disposición testamentaria hecha a su favor nula. Asimismo, el artículo 658 establece que la capacidad de heredero se determinará en el momento de la muerte del causante.

Como ni el *concepturus* ni el preembrión tienen consideración de persona a efectos del código civil, (tal y como se describe en el artículo 30 del Código Civil) en el momento de la muerte del varón (su progenitor), no podría técnicamente, ser considerado heredero.

Además, tampoco existe ninguna disposición que expresamente prevea derechos sucesorios al *concepturus*, a diferencia del *nasciturus*. En el caso de este último, el artículo 29 del Código Civil establece una ficción legal por la cual “*se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*”.

No obstante, debemos recordar, como apunta Craviotto del Valle (2021), que el Código Civil fue redactado hace más de cien años, cuando todavía no era posible prever el nacimiento por vía de estas técnicas de reproducción asistida. Mientras que, hace un siglo, el *concepturus* era puramente una idea, en la actualidad, gracias a las técnicas de reproducción asistida, parece que dicha idea se aproxima cada vez más a una realidad. Por ello, resulta necesario hacer una interpretación acorde con la realidad social, tal y como indica el artículo 3 del Código Civil. Así, tal y como apunta Craviotto del Valle (2021: 102), sería conveniente que el Código Civil recogiera esta situación, a través de lo que sería una categoría de heredero “superpóstumo”.

## CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, parece necesario hacer unas breves conclusiones acerca de este trabajo. En primer lugar, no cabe duda de que la aparición de las técnicas de reproducción asistida a finales de la década de los setenta amplió considerablemente las posibilidades en materia de reproducción.

En este sentido, cobra una gran importancia la figura de la *reproducción asistida post mortem*. El primer caso que podemos encontrar de RAPM es el *Caso Parpalaix*, donde se decidió por primera vez acerca de la utilización póstuma del esperma a falta de una declaración expresa del fallecido.

La RAPM es una figura que implica la utilización de gametos de una persona que ha fallecido con fines reproductivos. Su existencia plantea diversos retos en materia de derechos y libertades que se han pretendido analizar en este trabajo.

Como se ha podido observar, la regulación de la RAPM en España no deja de causar controversia a nivel doctrinal y jurisprudencial. En gran parte, esta controversia se debe a la falta de claridad que apreciamos por parte del legislador en el artículo 9 de la LTRHA.

En este sentido, el primer punto que ha causado dudas de interpretación es el alcance de la norma. Muchos defienden que el artículo 9 no prohíbe la RAPM, sino que tan solo

declara que, cuando no se cumplan los requisitos que establece, no se podrá reconocer la filiación entre el menor y el progenitor fallecido.

No obstante, esta no es la opinión que ha expresado la mayoría de la doctrina, que entiende que el artículo 9 LTRHA regula cuándo se podrá hacer uso de TRHA *post mortem*. Los principales motivos que se han dado en favor de esta interpretación son: (i) que la finalidad de la norma, tal y como se deduce de varias fuentes como el Informe Palacios (1986), era regular la utilización póstuma de las técnicas de reproducción asistida; (ii) que el desarrollo reglamentario de la LTRHA apoya esta interpretación; y (iii) finalmente que interpretar lo contrario llevaría a actuar en contra del interés superior del menor.

Por otro lado, la legislación española parece haberse olvidado de regular expresamente la recuperación espermática *post mortem*, que es la recuperación de esperma del fallecido con finalidad reproductiva. No podemos encontrar ninguna mención expresa a este procedimiento en la LTRHA, y el resto de legislación en materia de donación y trasplante de órganos excluye lo expresamente. Esta situación crea una gran inseguridad jurídica entorno al procedimiento de recuperación espermática *post mortem*, ya que no queda claro si está permitido o no.

Asimismo, la RAPM tan solo está autorizada para parejas heterosexuales, casadas o convivientes. Esto se debe a que ampliar su alcance subjetivo implicaría permitir la maternidad subrogada, que está expresamente prohibida en nuestro ordenamiento. No obstante, esta exclusión parece cada vez menos justificada, sobre todo en lo que se refiere a las parejas homosexuales, por lo que cabría plantearse extender esta práctica, al menos, a parejas homosexuales formadas por mujeres (ya que estas no deben acudir a la maternidad subrogada).

Uno de los aspectos centrales de este trabajo ha sido el análisis de los requisitos que establece el artículo 9 LTRHA para poder hacer uso de la RAPM. El primero de ellos es el consentimiento expresado de manera libre y voluntaria por el varón antes de fallecer. La cuestión más controvertida en materia de consentimiento gira en torno a si tiene cabida el consentimiento tácito en nuestro ordenamiento.

En este trabajo se ha defendido que el consentimiento otorgado de manera expresa es un requisito indispensable para demostrar la voluntad del fallecido. Por ello, dar cabida al consentimiento tácito iría en contra de la capacidad de autodeterminación que tiene el ser

humano, y en última instancia, atacaría a su dignidad como persona y al libre desarrollo de su personalidad. Asimismo, tampoco podemos admitir que se autoricen medios para expresar el consentimiento más allá de los ya establecidos por el artículo 9 LTRHA.

Una cuestión que suscita especial problemática es la presunción de consentimiento que establece el artículo 9.2 LTRHA en favor de la transferencia de preembriones. En este trabajo se ha pretendido demostrar por qué esta presunción parece estar totalmente injustificada. El motivo principal que se ha argumentado es que el preembrión, a pesar de no tener la consideración jurídica de *concepturus*, tampoco es un *nasciturus*. Por ello, no goza la protección del derecho a la vida que el *nasciturus* tiene reconocida en virtud de la Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional. Por ello, cuando colisiona el derecho del fallecido a tomar libremente sus decisiones y la protección – si es que la hay – del derecho a la vida del preembrión, parece claro que tienen mucho más peso los intereses del fallecido.

El segundo de los requisitos que se ha analizado es el plazo temporal de doce meses para proceder a la inseminación o implantación de preembriones. Este requisito existe principalmente para crear cierta seguridad jurídica para los herederos del fallecido, ya que la Ley otorga – implícitamente – derechos sucesorios al *concepturus* y al preembrión. No obstante, muchos autores consideran que este plazo es insuficiente, puesto que no da suficiente tiempo a la viuda para procesar la muerte de su pareja, y decidir en un entorno estable y seguro acerca de si quiere o no hacer uso del material genético de su pareja fallecida.

Finalmente, se ha dedicado un apartado del trabajo a analizar las implicaciones que la RAPM tiene para el menor que nazca como consecuencia de su utilización en materia de filiación y sucesión hereditaria. Se ha analizado por qué es de vital importancia que a estos menores les sea reconocida la filiación y los derechos sucesorios derivados de esta. De lo contrario, se estaría discriminando al menor por motivo de nacimiento, en contra del artículo 14 de la Constitución Española. No obstante, es cierto que es difícil encajar la protección que la LTRHA otorga al *concepturus* y al preembrión en el sistema de Derecho Civil español, que no se configuró pensando en las nuevas modalidades de reproducción que han traído consigo las TRHA.

En conclusión, la figura de la reproducción asistida *post mortem* ha revolucionado el concepto de reproducción que se venía teniendo hasta ahora. No obstante, parece que el



legislador se ha quedado desfasado en su regulación, por lo que sería aconsejable llevar a cabo una reforma que lo actualice.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **1 LEGISLACIÓN**

Código Civil Francés

Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978)

Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989

Declaración Universal de Derechos Humanos

Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra de 1959

Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (BOE 6 de noviembre de 1979)

Ley 35/1998, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE 24 de noviembre de 1988)

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

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE 27 de mayo de 2006)

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 4 de marzo de 2010)

Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida (BOE 23 de marzo de 1996)

Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos

humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad (BOE 29 de diciembre de 2012)

Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (BOE 5 de julio de 2014)

## 2 JURISPRUDENCIA

Auto del Juzgado de Primera Instancia de Ferrol de 22 de noviembre de 1999

Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4ª) núm. 82/2000 de 3 de noviembre [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC\2001\183].

Auto del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 13 mayo 2003. AC 2003\1887 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC\2003\1887]

Auto del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valladolid de 12 de diciembre de 2007 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC\2011\553]

Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) número 160/2010 de 2 de junio [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC\2010\1755]

Auto del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona núm. 52/2017, de 13 de febrero [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR\2022\154284].

Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril [versión electrónica – BOE. Ref- BOE-T-1985-9096]

Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio [versión electrónica – BOE. Ref. BOE-T-1990-18314]

Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio [versión electrónica – BOE. Ref. BOE-T-1999-15024]

Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio [versión electrónica – BOE. Ref. BOE-T-2002-15992]

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2011, Brüstle vs Greenpeace, C-34/10, EU:C:2011:669

### 3 ARTÍCULOS DOCTRINALES Y RECURSOS DE INTERNET

- Abellán, F., Armijo, O., Baccino, G., Ballesteros, A., Clua, E., Feito, L., Francos, A., Legidos, V., Mozas, J., Nicolás, M., Reche, A., & Roca, M. (2020). Documento de posicionamiento de la Sociedad Española de Fertilidad sobre la recepción de ovocitos de pareja - Método ROPA. En Sociedad Española de Fertilidad. Sociedad Española de Fertilidad. Recuperado 26 de marzo de 2023, de <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/ropa.pdf>
- Albert, M., (2013). El caso Brüstle v. Greenpeace y el final de la discriminación de los embriones preimplantatorios. Cuadernos de bioética, 24(82), 475-498. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4602356>
- Bustos Pueche, J.E., (1996). El Derecho Civil Ante el Reto de la Nueva Genética. Editorial Dykinson. Madrid.
- Casasnovas, L. C., (2015). Preembrion: ¿Realidad o manipulación? Atalaya Médica Turolense, 5, 7-8. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5401390.pdf>
- Cayetano, S. R., Arroyo, M. D., Salvador, Z., Gómez, M. B., Caballero, M. A., Campos, G. Q., Hidalgo, E. M., Pérez, A. F., & Sotomayor, L. M. (2022, 26 julio). ¿Cómo es el proceso de la fecundación in vitro paso a paso? Reproducción Asistida ORG. <https://www.reproduccionasistida.org/el-proceso-de-la-fecundacion-in-vitro/>
- Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas. (1986). Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas.
- Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida - Preguntas frecuentes auto-inseminación. (s.f.). <https://cnrha.sanidad.gob.es/informacionInteres/autoinseminacion/faqs.htm>

- Craviotto del Valle, P., (2021). Seguridad jurídica de los derechos sucesorios en la fecundación post mortem en España. *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 55, 1134-7198. <https://doi.org/10.14679/1268>
- Crevillén Verdet, P. (2014). Los derechos reproductivos en la legislación española [Tesis Doctoral]. Universidad Rey Juan Carlos.
- Escribano Tortajada, P., (2016). Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida «post mortem» en la actualidad. *Anuario de derecho civil*, 69(4), 1259-1320. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2016-40125901320](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2016-40125901320)
- Fernández Campos, J. A. (2007). Artículo 9. Premoriencia del marido. En Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (pp. 305-352). Thomson-Aranzadi.
- García Rojo, E., Lujan, S., Alonso Isa, M., García Gómez, B., Medina Polo, J. & Romero Otero, J. (2022). Recuperación espermática post mortem: análisis técnico y legislativo en España a propósito de dos casos. *Revista Internacional de Andrología*, 20, S61-S66. <https://doi.org/10.1016/j.androl.2021.02.002>
- Guerrero, G. E. M., Cabrera, I. N., Rodríguez, Y. H., & Castellanos, J. L. (2012). El embarazo y sus complicaciones en la madre adolescente. *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología*, 38(3), 333-342. <http://scielo.sld.cu/pdf/gin/v38n3/gin06312.pdf>
- Hyder-Rahman, N., (2020). Regulating posthumous reproduction in the Netherlands and the UK. *Family & Law*. <https://doi.org/10.5553/fenr/.000046>
- Iniesta Delgado, J. J., (2008). Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación post mortem. *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 29, 13-24.

- IVI. (2023, 16 enero). La inseminación artificial - Dr. Antonio Requena. <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/inseminacion-artificial/>
- Jiménez Muñoz, F. J. (2012). La reproducción asistida y su régimen jurídico (1.a ed.). Reus. <https://doi.org/10.30462/9788429016895>
- Katz, G. A., (1998). Parpalaix v. CECOS: Protecting Intent in Reproductive Technology. *Harvard Journal of Law & Technology*, 11(3), 683-698.
- Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de bioética y derecho*, 24, 76-91. <https://doi.org/10.4321/s1886-58872012000100008>
- Marina, S., Marina, D., Marina, F., Fosas, N., Galiana, N., & Jové, I. (2010). Sharing motherhood: biological lesbian co-mothers, a new IVF indication. *Human Reproduction*, 25(4), 938-941. <https://doi.org/10.1093/humrep/deq008>
- Martínez De Aguirre Y Aldaz, C. (2004). Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 10, 247-302. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1161300>
- McGovern, C. (2022). *Reproduction After Death: The Legal and Ethical Challenges in the Regulation of Posthumous Conception in Ireland*. [Tesis Doctoral] Universidad de Maynooth.
- Next Fertility. (2022, 22 noviembre). La historia de la reproducción asistida. <https://nextfertility.es/noticias/la-historia-de-la-reproduccion-asistida/>
- Pantaleón Prieto, A. F. (1988). Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. *Jueces Para La Democracia*, 5, 19-36. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2531004.pdf>

- Peart, N. (2015). Life beyond Death: Regulating Posthumous Reproduction in New Zealand. *Victoria University of Wellington law review*, 46(3), 725. <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v46i3.4905>
- Pennings, G., de Wert, G., Shenfield, F., Cohen, J., Devroey, P., & Tarlatzis, B. (2006). ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction. *Human Reproduction*, 21(12), 3050-3053. <https://doi.org/10.1093/humrep/del287>
- ¿Qué es la transferencia intratubárica de gametos?* (2021, 19 abril). Reproducción Asistida ORG. <https://www.reproduccionasistida.org/transferecia-intratubarica-de-gametos/>
- Rivero Hernández, F. (1987). La fecundación artificial «post mortem». *Revista Jurídica de Catalunya*, 86(4), 871-904. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2070957>
- Robson, S. J., Campbell, S., McDonald, J., Tremellen, K., Carlin, E., & Maybury, G. (2015). Pregnancy and childhood health and developmental outcomes with the use of posthumous human sperm: Table I. *Human Reproduction*, 30(10), 2259-2262. <https://doi.org/10.1093/humrep/dev191>
- Rodríguez-Cano, R. B. (2001). Reproducción asistida post mortem. *Aranzadi Civil: Revista Quincenal*, 2, 2165–2167. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=247749>
- Rodríguez Guitián, A. M., (2013). *Reproducción artificial post mortem*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Guitián, A. M. (2015). Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España. *Treinta Años de Reproducción Asistida En España Recurso Electrónico Una Mirada Interdisciplinaria a Un Fenómeno Global y Actual*, 2015, Págs. 85-174, 69(2179), 85-174.



- Rodríguez Guitián, A. M. (2017). Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial Post Mortem. *Oñati socio-legal series*, 7(1), 2079-5971. <https://ssrn.com/abstract=2921870>
- Santamaría Solís, L. (2000). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos. Cuadernos de Bioética, 10. <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Santolaria Baig, I. & Ramón Fernández, F. (2020a). La fecundación «post mortem» en España. *Revista Iberoamericana de Bioética*, 13, 01-15. <https://doi.org/10.14422/rib.i13.y2020.011>
- Santolaria Baig, I. & Ramón Fernández, F. (2020b). Determinación de la filiación y derechos sucesorios en la reproducción humana asistida post mortem en España. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 50, 82-108. <https://doi.org/10.24215/25916386e036>
- Schiff, A. R. (1997). Arising from the dead: challenges of posthumous procreation. *North Carolina Law Review*, 75(3), 901-965. Recuperado de: [http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol75/iss3/4?utm\\_source=scholarship.law.unc.edu%2Fnclr%2Fvol75%2Fiss3%2F4&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol75/iss3/4?utm_source=scholarship.law.unc.edu%2Fnclr%2Fvol75%2Fiss3%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages)
- Serna Meroño, E., (2012). Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica. *Derecho privado y constitución*, 26, 273-307. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4283062.pdf>
- Shenfield, F., & Pennings, G. (2004). Taskforce 7: Ethical considerations for the cryopreservation of gametes and reproductive tissues for self-use. *Human Reproduction*, 19(2), 460-462. <https://doi.org/10.1093/humrep/deh051>
- Simana, S. (2018). Creating life after death: should posthumous reproduction be legally permissible without the deceased's prior consent? *Journal of Law and the Biosciences*, 5(2), 329-354. <https://doi.org/10.1093/jlb/lisy017>

Vidal Martínez, J. (1998) La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español. Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida. Editorial Comares. Albolote, Granada.

Viñas, A. R. (2006). Dignidad, autonomía, libertad y consentimiento informado. Revista de las Cortes Generales. <https://doi.org/10.33426/rcg/2006/67/553>

Zegers-Hochschild, F., Adamson, G. D., Dyer, S., Racowsky, C., de Mouzon, J., Sokol, R., Rienzi, L., Sunde, A., Schmidt, L., Cooke, I. D., Simpson, J. L., & van der Poel, S. (2017). The International Glossary on Infertility and Fertility Care, 2017. Human Reproduction, 32(9), 1786-1801. <https://doi.org/10.1093/humrep/dex234>