

Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial *Post Mortem* (Analysis of the Role of Women in the Posthumous Reproduction)

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN*

Rodríguez Guitián, A.M., 2017. Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial *Post Mortem*. *Oñati Socio-legal Series* [online], 7 (1), 179-204.
Available from: <https://ssrn.com/abstract=2921870>



Abstract

This contribution focuses on the analysis of the role of women in the posthumous reproduction. In the first place, it studies whether the woman's right to have children should be subject to limits and, if so, to which ones. Second, it explores if the posthumous reproduction extends to lesbian couples, married or not, and finally it focuses on the relevance of the mother's will to decide the deceased to be registered as the parent of the child.

Key words

Posthumous reproduction; right to have children; lesbian couples; the best interest of the child

Resumen

Este trabajo tiene por objeto el análisis del papel de la mujer en la hipótesis de la reproducción artificial post mortem. En primer lugar, aborda si el derecho a procrear de la mujer está sujeto a límites y, si es así, cuáles son. En segundo lugar, si la reproducción artificial post mortem se extiende desde el punto de vista subjetivo al matrimonio y parejas de mujeres y, por último, cuál es la relevancia de la voluntad de la madre gestante a la hora de decidir la determinación de la paternidad o maternidad de la persona fallecida.

Palabras clave

Reproducción post mortem; derecho a procrear; parejas de mujeres; interés superior del menor

Proyecto de cooperación interuniversitaria UAM-SANTANDER con América Latina, "Presente y futuro de la Reproducción asistida en el Derecho de Familia del siglo XXI en España y América Latina (especial referencia a Argentina, Chile y México). Aspectos jurídicos, sociales y éticos", Código CEAL-AL/2015-02, cuya investigadora principal es Pilar Benavente Moreda.

* Profesora Titular y Doctora en Derecho Civil. Miembro de la Red Española de Derecho Privado, Europeo y Comparado (REDPEC), del grupo para la Reforma y Actualización del Derecho Privado en España (ACTUALIZA) y del Instituto de Derecho Iberoamericano. Facultad de Derecho (Area de Derecho Civil). Ciudad Universitaria de Cantoblanco. C/ Kelsen, 1. 28049 Madrid. España. alma.guitian@uam.es



Índice

1. Introducción.....	181
2. Primera reflexión: Posibles límites del derecho a procrear de la mujer en la reproducción artificial <i>post mortem</i>	182
2.1. Carácter personalísimo de los consentimientos	183
2.1.1. Inexistencia del consentimiento de la persona fallecida	183
2.1.2. Existencia de consentimiento de la persona fallecida pero no dirigido a la autorización de la reproducción tras su fallecimiento.....	186
2.2. Interés superior del menor	189
2.3. Límite temporal para la reproducción.....	191
3. Segunda reflexión: Extensión del ámbito subjetivo de la reproducción <i>post mortem</i> al matrimonio y parejas de mujeres.....	193
4. Tercera reflexión: Relevancia de la voluntad de la madre gestante respecto a la determinación de la paternidad y la maternidad de la persona fallecida	195
5. Breves conclusiones	199
Referencias.....	200
Legislación.....	203
España	203
Derecho comparado	203
Jurisprudencia.....	204
España	204
Argentina	204
Inglaterra	204

1. Introducción

Este trabajo sólo tiene por objeto abrir a la reflexión y al debate sobre la admisión y, en especial, sobre los límites de la regulación de la reproducción artificial *post mortem*. Esta hipótesis pone delante una de las mayores ampliaciones del ámbito de la autonomía personal (Capilla Roncero 2011). Pero, a la vez, sitúa ante un delicado problema de carácter ético y jurídico en el que han de valorarse, cómo no podía ser de otro modo en una regulación que pretenda ser seria y rigurosa, todos los intereses implicados en él: los de la mujer que desea ser madre, los de la persona fallecida, los del futuro recién nacido y los de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser (por ejemplo, parientes u otros hijos del fallecido)¹.

Desde luego es el desarrollo científico-técnico de ciertas técnicas reproductivas, como la fecundación *in vitro* o la crioconservación de esperma o de embriones humanos, el que ha posibilitado, a mediados del siglo XX, la reproducción después de la muerte, aunque la inseminación artificial se viene ejercitando desde el siglo XIX al menos, haciéndose con ello realidad el cuento fantástico titulado "Hijo del alma", de Emilia Pardo Bazán². En concreto, la primera inseminación con esperma previamente descongelado que da lugar a un embarazo y a un nacimiento tiene lugar en EEUU en 1952. Y el primer nacimiento mediante la fecundación extracorpórea con transferencia de embriones se produce en Inglaterra el 25 de julio de 1978 (Alkorta Idiákez 2003).

Dentro de las numerosas cuestiones que puede plantear el papel de la mujer en la reproducción artificial *post mortem*, debido a razones lógicas de espacio, este trabajo pretende centrarse, en especial, en tres. La primera reflexión hace referencia a posibles límites con los que puede encontrarse el derecho a procrear de la mujer cuando decide hacer uso de la reproducción póstuma. Así, el carácter personalísimo del consentimiento de la pareja o cónyuge que va a ser progenitor/a después del fallecimiento, el interés superior del niño que va a nacer fruto de tales técnicas y la sujeción de la mujer a un límite temporal para la reproducción. La segunda reflexión se dirige al alcance del ámbito subjetivo de la reproducción tras el fallecimiento, es decir, si es una hipótesis abierta, no sólo a matrimonios y parejas heterosexuales, sino también a matrimonios y parejas de mujeres. La tercera reflexión se centra en la relevancia que posee la voluntad de la mujer respecto a la atribución de la filiación del hijo nacido fruto de las técnicas de reproducción asistida *post mortem* a favor del progenitor fallecido.

El punto de partida para llevar a cabo estas reflexiones será la experiencia del derecho comparado, en especial y teniendo en cuenta la nacionalidad de la mayoría de los organizadores y participantes del Workshop origen de este trabajo ("Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad sexual y familias en plural", celebrado en Oñati en 2015), el ordenamiento español (estatal y autonómico catalán) y el argentino. Por una parte, el artículo 9 de la Ley 14/2006

¹ A veces puede haber, incluso, otros intereses en juego. Es significativo en este sentido el siguiente caso ocurrido en Israel en el año 2007: Rachel Cohen, madre de un soldado que había fallecido cinco años antes, obtiene, después de una larga batalla jurídica, la autorización para que se conciba un niño con el esperma de su hijo. Ella elige a la futura madre. Como puede apreciarse, el soldado será padre cinco años después de su muerte, y tendrá el hijo con una mujer a la que ni siquiera conoció (véase en De la Válgoma 2013). Recientemente, en Inglaterra, se observa el caso de una mujer, de 59 años, que solicita quedarse embarazada mediante el uso de los óvulos crioconservados de su hija de 23 años fallecida por un cáncer (Allen 2015). La particularidad del presente caso es que el deseo de la fallecida de que sus óvulos fueran implantados en su madre tras su fallecimiento no se había plasmado por escrito. Sin embargo, y frente a la exigencia de consentimiento escrito de la legislación inglesa para la fecundación *post mortem*, el Tribunal de Apelaciones de Londres dicta sentencia el 14 de febrero de 2016 permitiendo tal implantación. Véase el comentario que hace de esta decisión Herrera (2017).

² En dicho cuento una mujer narra al doctor Tarfe que el estado físico de su hijo, de ojos vidriosos, sin tono ni vigor, sin fuerza ni vida, se debe a que fue engendrado por su marido siendo ya cadáver. Señala el doctor: "...La buena crianza me impidió soltar la risa o alguna palabra impertinente; después, un interés humano se alzó en mí; conozco bien las modulaciones de la voz con que se miente, y aquella mujer, de fiijo, se engañaba; pero, de fiijo también, no mentía". "...Pero yo tuve la caridad de aparentar una fe que científicamente no podía sentir".

de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y los artículos 235-8.2 y 235-13.2 del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya relativo a la Persona y a la Familia. Por otra parte, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011, formada por Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci. En concreto, su artículo 563 se dedicaba a la filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida, frente a la ausencia de regulación en cuanto a este extremo en el ya aprobado Código Civil y Comercial de 2014. No obstante, otros ordenamientos jurídicos también serán de gran utilidad, en mayor o menor medida, para las reflexiones que aquí se van a hacer, tanto los que se han mostrado en contra de dicha figura (francés, italiano o alemán) como los favorables a la misma (inglés u holandés).

2. Primera reflexión: Posibles límites del derecho a procrear de la mujer en la reproducción artificial *post mortem*

Antes de adentrarnos en algunos de los límites que pudieran existir al ejercicio del derecho a procrear por parte de la mujer realizo algunas breves consideraciones sobre el polémico derecho fundamental a procrear por medios artificiales. Existen dudas doctrinales (Lledó Yagüe 1988, Bustos Pueche 1996, Ruiz Larrea) acerca de si, con carácter general y no restringido a la procreación artificial, la decisión de procrear de una persona se configura, bien como una libertad, bien como un derecho. Una de las objeciones apuntadas para su configuración como un derecho autónomo es que tal derecho no encaja en la estructura general del derecho subjetivo en el que, además del sujeto activo, ha de haber un sujeto pasivo obligado a realizar la prestación frente a aquel. Es decir, nadie puede obligar a otro a donar sus gametos ni a que aporte su esperma para fecundar al cónyuge, pareja o tercero. Nadie está obligado, pues, a llevar a cabo el comportamiento que sería necesario para satisfacer semejante derecho. También se han puesto objeciones teóricas a su configuración como un derecho desde el otro elemento estructural, el objeto. En particular, que no cabe identificar al hijo con el objeto del derecho a la procreación porque ello equivaldría a cosificarlo e introducirlo en el tráfico jurídico, a tratarlo como un bien.

Por ello se han apuntado otras opciones en las que la decisión acerca de la procreación se vincula más con la libertad. Por una parte, con el derecho fundamental a la libertad personal, aunque desde luego ello implicaría afirmar que tal derecho no protege de forma exclusiva la expresión más primitiva de la autodeterminación del hombre, esto es, la facultad del individuo de moverse y de situarse en el espacio (la libertad física) (Gómez Sánchez 2004). Por otra parte, se propone como una segunda opción la conexión entre la procreación y el libre desarrollo de la personalidad. Este último es un principio constitucional que significa la autonomía de la persona para elegir, de manera libre y responsable, entre las diversas opciones de vida, de acuerdo con sus preferencias. Proyectado al ámbito que aquí interesa, significa el reconocimiento a toda persona de un ámbito de decisión, de carácter personalísimo, en torno a si procrea o no un hijo (Martín-Casals y Solé Feliú 2004, Martín-Casals y Solé 2004 y De Verda y Beamonte 2005).

Con independencia de las dudas antes apuntadas acerca de su configuración como derecho o como libertad, lo cierto es que no hay un reconocimiento del derecho fundamental autónomo a procrear ni en las declaraciones internacionales de derechos civiles ni en las constituciones nacionales (con contadas excepciones) (Farnós Amorós 2011). Lo único que sí se consagra en diversas declaraciones internacionales es el derecho a fundar una familia. Así, a título ejemplificativo, en el artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 12 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 o en el artículo 23 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Pero la doctrina parece de acuerdo en que el simple hecho de contraer matrimonio o de formar una pareja

estable no otorga a los cónyuges o convivientes el derecho a tener hijos; simplemente les atribuye el derecho-deber de realizar los actos sexuales necesarios para procrear (Gámiz Sanfeliú 2009).

Lo que parece indudable es que tanto los textos internacionales como la jurisprudencia europea configuran en la actualidad las decisiones de procrear de una persona desde una vertiente negativa. Es decir, el Estado no podrá en ningún caso interferir en sus decisiones acerca del proceso de reproducción (Farnós Amorós 2011, quien hace referencia tanto a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como a las del Tribunal Constitucional español, que suelen sostener que el derecho de una persona a planificar su reproducción por medios naturales forma parte del derecho a la intimidad familiar). También parece haber acuerdo en la doctrina española en que no hay reconocido un derecho general de acceso a la reproducción artificial en el sentido de que pueda exigirse al Estado que permita tal acceso a cualquier persona y en cualquier circunstancia (Pantaleón Prieto 1988, Alkorta Idiákez 2003). Argumentos de muy diversa índole permiten apoyar esta última afirmación. Así, no hay un instrumento internacional donde tal derecho se contemple de forma explícita con carácter vinculante. Otras razones alegadas son que la reproducción no puede considerarse como una necesidad básica que haga surgir un deber de satisfacerla, ya que tener hijos no es un requisito imprescindible para desarrollarse como persona (Warnock 2002), o que los recursos son limitados y las elecciones deben adecuarse a la limitación de dichos recursos³.

A continuación analizo algunos de los posibles límites al derecho a procrear de la mujer en este ámbito de la reproducción *post mortem*, en concreto, el carácter personalísimo de los consentimientos, el interés superior del menor y el límite temporal para que se lleve a cabo la reproducción.

2.1. *Carácter personalísimo de los consentimientos*

Los ordenamientos jurídicos que regulan la reproducción artificial *post mortem* suelen supeditar la admisión de tal figura a la concurrencia de una serie de requisitos, en especial, a la prestación del consentimiento libre e informado por parte de la persona que sería progenitor tras su muerte, o bien al uso posterior a su fallecimiento de su material genético, o bien a la implantación *post mortem* del embrión. En relación con este requisito y el papel de la mujer se plantean, al menos, problemas de dos órdenes distintos.

2.1.1. Inexistencia del consentimiento de la persona fallecida

a) La primera cuestión se genera a raíz de una determinada redacción que contienen ciertas regulaciones normativas de la reproducción artificial *post mortem*. En concreto, me estoy refiriendo al artículo 9 de la Ley española 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)⁴ y al artículo 563

³ Como ha mantenido el Consejo Europeo (Comité director de Bioética) (CDBI), aunque a la vez sostiene que no debería ignorarse tampoco la solidaridad social en el caso de aquellas personas que sufren infertilidad.

⁴ Premoriencia del marido.

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

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

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

del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina⁵. Una primera lectura de dichos preceptos, deducida del tenor literal de los mismos, pudiera dar a entender que la ley posibilita en todo caso, sin exigir ningún requisito, la práctica de la reproducción artificial *post mortem*, y que para lo que requiere determinados requisitos (como el consentimiento y el plazo temporal en que debe procederse a la misma) es simplemente para que pueda determinarse legalmente la filiación respecto de la persona fallecida. De tal forma que, desde esta primera lectura de los preceptos, si no se han cumplido los requisitos exigidos por la ley, la reproducción artificial *post mortem* es válida pero la filiación sólo quedaría determinada respecto de la madre gestante.

Si se adopta tal interpretación de los preceptos legales las consecuencias podrían ser las siguientes: se llegaría a la paradoja de que, a pesar de que existiera constancia de la paternidad/maternidad biológica del hijo respecto a la persona fallecida, aquel no sería legalmente su hijo, los otros hijos que pudiera tener el difunto/a no serían legalmente hermanos del nacido; podría, por tanto, contraer matrimonio con ellos, carecería de derechos hereditarios, conocería quién es su progenitor/a biológicos y no podría llevar sus apellidos. Además, si se acepta tal lectura de los preceptos, esto es, que el consentimiento de la persona fallecida sólo se requiere a los efectos de la determinación de la filiación, cabría autorizar, incluso, una inseminación o una implantación del embrión tras el fallecimiento cuando el cónyuge o pareja premuerta hubiera exteriorizado su voluntad contraria a ello.

En España, de forma aislada, se ha propuesto, sin embargo, tal lectura por el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ferrol de 22 de noviembre de 1999 (respecto al artículo 9 de la anterior Ley 35/1988 de 22 de noviembre de Técnicas de Reproducción Asistida). Dicho auto autoriza la inseminación de una mujer con el semen de su esposo fallecido, que se encuentra depositado en el Banco de Semen del Hospital Clínico de Barcelona. El esposo no había dado su consentimiento expreso para la fecundación *post mortem* de su mujer. Los familiares más allegados del marido se mostraban conformes con la petición de la viuda de ser inseminada⁶ Contra el referido auto el Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Tal auto es finalmente revocado por la Audiencia Provincial A Coruña de 3 de noviembre de 2000. Según la Audiencia es claro que el artículo 9 LTRA 35/1988 exige el consentimiento exteriorizado del varón para que tal material orgánico pueda ser utilizado, y sólo entonces es cuando la filiación queda determinada como consecuencia del mismo.

Una mejor interpretación del artículo 9 LTRHA 14/2006 es entender que realmente la regla general establecida por el legislador (tanto en 1988 como en 2006) es la prohibición de la fecundación artificial *post mortem*, ya que sólo se admite el uso de las técnicas de reproducción asistida en vida de los cónyuges o de la pareja de hecho (párrafo 1º del vigente artículo 9) (Rodríguez Guitián 2013). La muerte del

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 la paternidad”.

⁵ Filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida. “En caso de muerte del o de la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

La persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.

La concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”.

Este precepto, como ya se ha indicado, no pasó al Código Civil y Comercial definitivo.

⁶ Señala Cárcaba Fernández (1995), en relación con este auto, que para evitar dicha interpretación hubiera sido deseable que se añadiera en el antiguo artículo 9 LTRA 35/1988 que “fuera de las condiciones en él descritas, la inseminación artificial *post mortem* no será posible”.

varón en principio es un impedimento legal para el uso de su material reproductor por la mujer sometida a la aplicación de tales técnicas. La razón de fondo es, seguramente, aunque el legislador no la explicita, la ausencia en una de las partes implicadas en la procreación, el varón fallecido, de la libre decisión de procrear un hijo. Pero excepcionalmente se enerva tal prohibición general en los párrafos 2º y 3º del artículo 9, de modo que puede utilizarse el material genético del varón fallecido por la mujer si se dan dos requisitos: el consentimiento exteriorizado por parte del varón para que tal material pueda ser usado tras su muerte y el plazo temporal para dicha utilización. Ahora bien, se ha señalado con gran acierto (Alonso Pérez 1988) que llama la atención que la permisión de la fecundación artificial *post mortem*, supeditada a ciertos requisitos, aparezca como una excepción frente a la regla general del número 1 del artículo 9 de la ley, cuando la excepción tiene tal amplitud que en la práctica adquiere rango de ley con el mismo contenido y efectos que la aludida regla general. En realidad la pretendida excepción es una regla general más al lado de la consagrada en el artículo 9.1 de la ley.

b) Muchas dudas suscita la validez de la autorización a una mujer para extraer semen de su marido o compañero, u óvulos de su cónyuge o compañera, cuando alguno de ellos está en coma o ha fallecido ya, con el fin de intentar la reproducción artificial con posterioridad a su fallecimiento; salvo, claro, que hayan emitido un anterior consentimiento sobre tales extremos, por ejemplo, en un documento de instrucciones previas.

Si la persona está en coma, aunque se le incapacite judicialmente y se le nombre un tutor, nunca su voluntad podría ser suplida por el tutor, ni siquiera con autorización judicial, ya que la extracción del material genético y el uso del mismo con fines de reproducción tras su muerte requiere un consentimiento personalísimo al estar implicados el derecho de autodeterminación y la integridad física. En caso de que la persona haya fallecido ya, es cierto que ha desaparecido la personalidad jurídica y con ello los mencionados derechos. Pero esto no implica, en función de lo que fue la dignidad de la persona, una total libertad en cuanto a la disposición y destino de los restos de la persona. Es cierto que suele permitirse las donaciones de órganos de personas fallecidas con fines terapéuticos y de investigación a falta de oposición expresa en vida de aquellas, y siempre con respeto a la voluntad de los familiares, pero es difícil el encaje del problema que aquí se está planteando con la figura de las donaciones de órganos. Primero, porque no es indiscutible que el material genético pueda equipararse a cualquier otro órgano del cuerpo y porque es complicado considerar que el uso de tal material genético para la procreación del cónyuge o pareja constituya una donación (ya que en este ámbito se caracteriza por ser anónima).

Los medios de comunicación españoles se han hecho eco de un caso reciente, en el que la esposa solicita al juez de urgencia la extracción del semen del marido fallecido, con el fin de poder inseminarse con él. Incluso aun admitiendo la validez de dicha extracción (cosa bastante discutible a mi juicio) faltaría en todo caso el consentimiento del fallecido para el uso *post mortem* de su material reproductor. En España existen varios precedentes judiciales en los que se afirma con claridad que el consentimiento del fallecido para la reproducción póstuma no puede ser suplido ni por sus propios parientes ni por su viuda o pareja de hecho. El fundamento se encuentra en que el consentimiento es personalísimo. Así, el ya aludido Auto de la Audiencia Provincial A Coruña de 3 de noviembre de 2000 deniega la autorización a la viuda para utilizar el semen de su marido fallecido, en cuanto él no había dado el consentimiento específico para ello. Mantiene el fundamento de derecho 4º del Auto que dicho consentimiento es un acto personalísimo, que no puede ser suplido por los herederos del cónyuge o por la pareja supérstite. En este caso concreto los parientes más allegados se mostraban conformes con la petición de la viuda de ser inseminada *post mortem*. En el mismo sentido se pronuncian el Auto de la Audiencia Provincial de Tenerife de 2 de junio de 2010 y del Juzgado de Primera

Instancia de Valencia de 29 de octubre de 2004 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de junio de 2004.

Por el contrario, en Argentina la primera autorización judicial de extracción de semen data de 1999 (Pérez 2012). En el mismo sentido se ha dictado la sentencia de 7 de agosto de 2014 de la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza. Tal sentencia, aunque admite la existencia de una laguna legal tanto en lo referente a la extracción del semen como a la inseminación *post mortem* de la viuda, entiende que ha de aplicarse el argumento de que lo que no está prohibido de forma expresa ha de permitirse⁷.

2.1.2. Existencia de consentimiento de la persona fallecida pero no dirigido a la autorización de la reproducción tras su fallecimiento

a) Qué ocurre si en un momento dado, anterior al fallecimiento, la persona fallecida hubiera depositado su material reproductor en un banco específico para ello (esperma, óvulos) y, posteriormente, la viuda o compañera quisiera utilizarlo con el fin de que se produjera la reproducción artificial tras el fallecimiento de aquella. ¿Bastaría un consentimiento tácito derivado de tal comportamiento para la admisión de la reproducción tras su fallecimiento? Del examen de las legislaciones que permiten la reproducción artificial *post mortem* parece desprenderse con claridad que suele exigirse un consentimiento por parte de la persona fallecida de carácter formal, es decir, sólo puede emitirse a través de unos cauces muy concretos, todos ellos escritos⁸. Por tanto, el consentimiento ha de ser expreso.

No bastaría un consentimiento tácito, ya que esta clase de consentimientos puede generar ciertos problemas. Esta cuestión no tendrá demasiada relevancia práctica, en la medida en que suele ser una costumbre habitual de las clínicas dedicadas a la realización de estas técnicas que requieran que el depositante declare su intención sobre la disposición del esperma en caso de fallecimiento. La dificultad surge cuando el depositante no ha hecho ninguna aclaración y posteriormente, tras su muerte, la viuda, la compañera de hecho y/o los familiares del difunto desean el uso *post mortem* de su material genético para la procreación. Hay que preguntarse por el significado concreto de que una persona deposite sus gametos en un centro autorizado. Sin duda este hecho revela su intención clara de procrear en un futuro próximo y, además, de hacerlo mediante las técnicas de reproducción asistida, pero desde luego ello no supone ninguna prueba de la voluntad de procrear bajo cualquier circunstancia, incluso después de la muerte. Se ha mantenido (así Schiff 1997) que cuando una persona no ha dado ninguna instrucción sobre el uso de sus gametos criopreservados para la procreación tras su fallecimiento, su silencio nunca debería ser entendido como consentimiento. Como las consecuencias de la procreación *post mortem* son tan serias, ello afectaría a valores esenciales de los que el individuo era titular en vida, como el derecho a la integridad física y a la propia autodeterminación.

Sin embargo lo contrario sostiene la famosa sentencia del Tribunal de *Grande Instance de Créteil* de 1 de agosto de 1984, primera que aborda este problema

⁷ Acerca de la historia judicial de la fecundación *post mortem* en el derecho argentino consúltese Herrera (2017).

⁸ Así, el artículo 9 LTRHA 2006 exige que el consentimiento del varón a la fecundación *post mortem* se haga en escritura pública, testamento, documento de instrucciones previas y en el formulario de consentimiento informado al uso de su material reproductor dado en la clínica médica. Por su parte los artículos 235-8.2 y 235-13.2 del Libro segundo del Código Civil de Catalunya exigen que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento. García Vicente (2014) señala, como formas de expresión, a título ejemplificativo, la escritura pública, el documento sanitario de consentimiento al uso de las TRA, el documento de voluntades anticipadas y el testamento o el codicilo. Y el artículo 563 del Proyecto argentino de Código Civil y Comercial exigía en su párrafo 2º que la persona consintiera en un testamento o en el documento previsto en el artículo 560. El artículo 560 se refería al consentimiento dado en el centro médico para el uso de las técnicas de reproducción. La instrumentación de dicho consentimiento había de contener los requisitos necesarios para su posterior protocolización ante escribano público. El contenido de este artículo 560 se recoge en el actual artículo 561 del Código Civil y Comercial de 2014.

concreto en el ordenamiento francés. *Alain Parpalaix* convive con la luego demandante, *Corinne Richard*, durante 21 años. Antes de someterse a una operación de cáncer testicular, por consejo médico, deposita su semen en uno de los bancos que con este fin se han creado en Francia. Dos días antes de morir contrae matrimonio con *Corinne*, y ella, después de su muerte, solicita la restitución del semen congelado. Ante la negativa del director de CECOS (*Centres d'Etude et de Conservation du Sperme*) y del Ministerio de Sanidad, interpone una demanda amparándose en el derecho que los herederos del depositante tienen para lograr la restitución del objeto depositado (artículo 1139 del *Code Civil*). Entiende el tribunal que el contrato entre el establecimiento donde se deposita el semen y el marido de la demandante es un contrato atípico, que lleva consigo para el banco de semen la obligación de conservarlo y restituirlo a aquel que deja su semen, o de entregarlo a quien estaba destinado el semen. No pueden aplicarse, en cambio, las normas del contrato de depósito porque el esperma no es una cosa *in commercium* ni tampoco se está propiamente ante una donación de un órgano, debido a la diferente naturaleza entre el esperma y los órganos del cuerpo humano. El tribunal francés interpreta la voluntad del marido como voluntad de procrear y de querer hacer a su esposa madre de un niño. Por ello acoge el tribunal la demanda de la viuda y le entrega el esperma depositado para su inseminación, que, al parecer, fracasó finalmente (Rubellin-Devichi 1984).

b) Un supuesto especial y distinto del caso anterior es si los dos miembros del matrimonio o de la pareja, en vida de ambos, han iniciado ya un proceso de procreación asistida y, en concreto, como resultado de la fecundación *in vitro*, se han constituido embriones que están, o pendientes de transferencia, o incluso crioconservados desde hace tiempo. Ya se ha emitido el consentimiento general para el uso de las técnicas de reproducción asistida y se ha autorizado además el destino que tendrían los embriones, en concreto, su uso por la pareja para la procreación. De repente uno de los dos miembros del matrimonio o de la pareja fallece (por una enfermedad inesperada o por accidente laboral o de tráfico) antes de que se haya llevado a cabo la transferencia de los embriones al útero de la mujer. Evidentemente no ha podido preverse su fallecimiento y, por tanto, no se ha podido dar el consentimiento específico para la transferencia *post mortem* de los embriones.

El artículo 9 en el párrafo 2º, inciso segundo, de la ley española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida 2006 mantiene una posición singular dentro del panorama del Derecho Comparado. La singularidad consiste en que se presume otorgado el consentimiento del varón en estas concretas circunstancias, "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". Se ha señalado por la doctrina (Fernández Campos 2007) que caben dos posibles explicaciones a este tratamiento singular que hace el legislador en la transferencia *post mortem* de preembriones (en la terminología usada por la ley española) cuando flexibiliza el requisito del consentimiento del varón fallecido: o bien el legislador ha buscado la protección del preembrión, facilitando su transferencia; o bien el legislador ha decidido en favor de la viuda, permitiéndole que termine su proyecto de vida iniciado con su marido o pareja fallecida, al no existir oposición expresa de éste. Teniendo en cuenta, por supuesto, en este último caso que el material reproductor de la mujer se halla también en el preembrión.

Desde luego algunas objeciones podrían apuntarse a la actual presunción legal del consentimiento del difunto. La más grave, a mi juicio, es que, en sentido estricto, no hay un consentimiento específico, *ad hoc*, para la transferencia de preembriones posterior al fallecimiento del varón⁹. El hecho de que una persona haya dado su consentimiento para la realización de la fecundación *in vitro*, e incluso para la

⁹ Con detrimento, como señala Pérez (2012), de la seguridad jurídica.

transferencia de embriones a su mujer, no implica necesariamente que, de haber sabido que iba a fallecer, hubiera deseado que un hijo suyo naciera en tales circunstancias especiales. Se ha apuntado por Schiff (1997) que, no obstante, hay un sólido argumento a favor de que pueda producirse la procreación del hijo póstumo: la existencia cierta de la probabilidad de que el difunto hubiera consentido la transferencia del embrión, unido al hecho de la certeza del consentimiento del cónyuge o compañera superviviente para la procreación. Aun siendo consciente de las grandes objeciones existentes, la opción que ha tomado el legislador español permitiendo la transferencia del preembrión y facilitándola a través de la presunción del consentimiento del varón es perfectamente compartible, en cuanto cabe afirmar, como ya he apuntado antes, que en esta hipótesis nos encontramos con un preembrión ya constituido en vida del padre. En este caso confluyen, además, la voluntad de procrear de la madre y la necesidad de tutelar al preembrión. Tal y como se ha mantenido (Farnós Amorós 2014) existe un amplio consenso en cuanto a que el embrión tenga un mínimo grado de protección debido a su gran potencialidad.

Muy próxima también a la opción del legislador español es la *Lei* portuguesa nº. 32/2006 de 26 de *Julho Procriação medicamente assistida*, cuando en su apartado 3º del artículo 22º considera lícita tal transferencia *post mortem* con el fin de permitir la realización de un proyecto parental claramente establecido por escrito antes del fallecimiento del padre, si ha transcurrido un plazo proporcionado a una adecuada ponderación de la decisión. Desde luego la admisión de la transferencia *post mortem* de embriones tanto en las normativas portuguesa como española es, a mi juicio, mucho más acertada que la de aquellos ordenamientos, como el francés, en que se prohíbe. La regulación francesa conduce claramente al problema del destino que tendrán los embriones criopreservados si no pueden transferirse al útero de la madre. En Francia se prohíbe tanto la inseminación como la transferencia de embriones *post mortem*. Ello deriva de dos datos: Primero, se exige que los usuarios de tales técnicas estén vivos y, segundo, de modo expreso se señala que la muerte de uno de los miembros de la pareja impide la inseminación y la transferencia de embriones¹⁰. Desde luego la doctrina francesa (Maurie y Aynés 2009) es consciente de la disyuntiva especialmente delicada que se plantea en el caso de la transferencia *post mortem* de embriones si ésta se prohíbe (quedarían como alternativas la destrucción o donación por otra pareja), pero aprueba la decisión del legislador francés al prohibirla, ya que a su juicio éste ha tenido en cuenta los riesgos que llevaría consigo la solución contraria.

Ambigua se presenta la decisión que adoptan en el caso de la transferencia *post mortem* de embriones los ordenamientos italiano y alemán, en concreto, no queda claro si sólo prohíben la inseminación *post mortem* o también la transferencia *post mortem* de embriones. En este sentido el artículo 5 de la Ley italiana de 19 *febbraio* 2004 núm. 40 sobre *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* simplemente establece como requisito subjetivo para acceder a tales técnicas estar vivo¹¹. En Alemania el párrafo 4 de la *Embryonenschutzgesetz vom 13 Dezember* 1990 señala que será castigado hasta con tres años de privación de libertad o sanción pecuniaria quien, conscientemente y mediante un procedimiento artificial, fecunde un óvulo con el espermatozoide de un hombre tras la muerte de éste; no castigándose en el precepto a la mujer que se someta al proceso de fecundación artificial. Matiza Alkorta Idiákez (2003) que la prohibición no se extiende a la implantación del óvulo fecundado antes de la muerte del varón. Dada la imposibilidad de aplicación analógica de la normativa penal, la solución más adecuada es permitir que la viuda geste los embriones obtenidos en el tratamiento de fertilidad anterior al fallecimiento. Sin duda esta solución es más coherente con

¹⁰ Así, véase L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*, reforzado por el apartado 3 del artículo 311-20 del Código Civil, que señala que el consentimiento deviene ineficaz en caso de muerte antes de la realización de la procreación médica asistida; sobre el tema, Voirin *et al.* (2007).

¹¹ Iapichino (2006) critica esta falta de claridad de la normativa italiana.

la finalidad de la normativa penal alemana, que trata de proporcionar al embrión una protección mínima (sobre el parágrafo 4 consúltese Jungfleisch 2005).

2.2. *Interés superior del menor*

Es fácil vislumbrar que en la hipótesis de la reproducción artificial *post mortem* existe un conflicto entre el derecho a procrear de la viuda o compañera de hecho y el interés del hijo a nacer con dos progenitores que le presten asistencia de todo orden durante la minoría de edad. Es cierto que en esta hipótesis hay otros intereses en juego, como los intereses del fallecido y los intereses de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser. Pero a éstos últimos pueden darse respuestas diferentes. Los intereses del fallecido quedan salvaguardados por la exigencia de emisión de un consentimiento al uso de su material reproductor o a la implantación del embrión tras su muerte por determinados cauces, que garanticen la libertad y la consciencia a la hora de su emisión. Por otra parte, los intereses de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser, en concreto, los derechos hereditarios, pueden quedar salvaguardados, o bien haciendo un reconocimiento meramente simbólico de la filiación del nacido respecto a la persona fallecida y, por tanto, no otorgando derechos sucesorios al nacido, o bien estableciendo un plazo temporal para que tenga lugar la reproducción artificial tras el fallecimiento, de modo que no haya un lapso temporal grande en el que exista incertidumbre respecto a tales derechos sucesorios. El reconocimiento simbólico de la filiación es el sistema escogido en el ordenamiento inglés y parcialmente en el holandés (como más tarde se analiza en este trabajo), mientras que el establecimiento de un plazo temporal para la realización de la reproducción es el escogido en otros ordenamientos, como el estatal español, el autonómico catalán y el Proyecto de Código Civil y Comercial Argentino (en su regulación de la reproducción *post mortem*). Desde luego considero preferible esta segunda opción ya que no atribuir derechos sucesorios a los hijos nacidos fruto de estas técnicas podría ser inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad en la medida en que se trataría a hijos genéticos de los mismos progenitores de forma distinta en lo que se refiere a dichos derechos sucesorios (Roca Trías 1988).

Es muy significativo, respecto de la existencia del problema relativo al interés del menor en la reproducción artificial *post mortem*, el hecho de que en Reino Unido, que tiene una legislación muy liberal en esta materia, fueran conscientes del mismo desde el momento inicial. Con la finalidad de legislar sobre las técnicas de reproducción asistida, se prepara en su día un informe por una comisión de expertos presidida por *Ms. Mary Warnock*, de quien toma su nombre, que fue presentado al Parlamento Británico por orden de la Reina en julio de 1984 (Warnock *et al.* 1988). En dicho informe se habla sobre la conveniencia de la regulación de la fecundación artificial con semen del marido en los números 4.4 y 10.9 (*Report of the Committee of inquiry into Human Fertilisation and Embriology*). En concreto, en el número 4.4 se informa de que, en general, la postura mayoritaria en la comisión es que la inseminación artificial con semen del marido (AIH) es una forma admisible de tratamiento y no hay objeción alguna de carácter moral a su práctica. Entienden que tal intervención es aceptable en la medida en que hay intención de traer un niño y este nacimiento tiene lugar en el contexto de una relación estable. Sin embargo, señalan que tienen ciertas dudas acerca de esta clase de inseminación en un tipo de situación: un hombre que ha depositado semen en un banco de esperma y su viuda solicita ser inseminada. Esta hipótesis, según la comisión, puede dar lugar a profundos problemas psicológicos para el niño y para la madre. Posteriormente, en el número 10.9 señalan, en coherencia con lo mantenido antes en el número 4.4., que el uso por la viuda del semen de su marido fallecido para la inseminación artificial es una práctica que, a su juicio, debe ser activamente combatida.

Sin embargo, a continuación matizan que, a pesar de su punto de vista en esta cuestión, son conscientes de que este tipo de peticiones pueden ser hechas de

modo esporádico. Ahora bien, estiman obvio que en tales casos podrían generarse problemas reales de derecho hereditario. El nacimiento podría tener lugar años después del fallecimiento. Por eso ellos recomiendan que la legislación que introduzca tal práctica prevea que todo niño nacido por AIH que no esté en el útero en la fecha del fallecimiento de su padre no sea tenido en cuenta a efectos sucesorios en la herencia de éste último. Con posterioridad la *Human Fertilisation and Embriology Act 1990* admite la fecundación artificial *post mortem*. Permite tanto la inseminación artificial como la fecundación *in vitro* y la implantación del embrión con posterioridad a la muerte del padre. Ahora bien, en estos dos casos no se atribuye el *status filii* al hijo nacido como consecuencia de dichas prácticas [section 28 (6)]. Se mantuvo (Douglas 1991) que la privación legal del status de hijo refleja en el fondo la desaprobación por el legislador inglés del uso póstumo del semen. Posteriormente, y como se explicará más tarde, en 2003 se modifica este aspecto concreto, permitiendo que pueda inscribirse al nacido como hijo del progenitor fallecido si así lo consintió dicho progenitor antes de su muerte y, si en última instancia, lo permite la madre gestante, pero tal reconocimiento sólo posee un valor simbólico, ya que no lleva consigo el reconocimiento de derechos sucesorios.

La razón fundamental de las reticencias doctrinales hacia la admisión de la reproducción artificial *post mortem* es porque el legislador no garantiza de forma suficiente que el menor que va a nacer tenga dos progenitores que le presten asistencia de todo orden, en cuanto con tal admisión hace posible la venida al mundo de un niño sin un progenitor que haya de cumplir frente a él dicho deber de asistencia (Corral Talciani 1988, Pantaleón Prieto 1993). La idea de paternidad/maternidad que se concreta en la regulación de la patria potestad de los códigos civiles es la de paternidad/maternidad-función. Al menor fruto de la reproducción artificial *post mortem* se le está atribuyendo, al nacer sin uno de los progenitores *ab initio*, la relación de filiación de manera formal respecto al fallecido (Alkorta Idiákez 2003). Se ha hablado de presencia simbólica pero no de presencia real del progenitor (Garibo 2007), además de que el deber paterno filial de prestar asistencia recogido en las Constituciones y en los Códigos Civiles no queda restringido a la satisfacción de necesidades materiales del menor.

Esta es también la razón por la que en el ordenamiento jurídico-francés, como ya he señalado antes, no se admite la reproducción artificial *post mortem* (Cornu 2006). En parecido sentido se pronuncia el Conselho Nacional de Ética para as Ciências de Vida, en un informe emitido en marzo de 2016 acerca de un proyecto de ley reciente presentado por el Partido Socialista (Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei nº 6/XIII 2016), proyecto que propone admitir la inseminación artificial *post mortem* de la viuda, prohibida por la ley vigente portuguesa en el artículo 22º 1º (que sólo considera válida, como se ha indicado antes, la transferencia *post mortem* de embriones). El principal argumento que proporciona el Conselho en contra de tal proyecto de ley es que la mujer no es la exclusiva beneficiaria de esta técnica, sino que lo es principalmente el hijo que nacerá en virtud del interés superior del menor.

Se ha alegado (Rivero Hernández 1987) a favor de la procreación artificial *post mortem*, que también en el ámbito de la procreación natural se producen casos en que un niño, o bien tiene que vivir sin el cuidado de sus progenitores (por ejemplo, es huérfano), o bien desconoce quién es su progenitor (así, la madre se niega a revelar la identidad del varón con quien tuvo relaciones sexuales). Pero la diferencia se encuentra en que el nacimiento de un niño sin uno de los progenitores en el caso de la reproducción artificial *post mortem* es un hecho previsible y evitable para el legislador. Un segundo argumento también apuntado a favor de la reproducción póstuma es el indudable reconocimiento y protección jurídica actual de la familia monoparental, de modo que el niño no queda indefenso sino en compañía de su madre (Pérez 2012).

Se ha mantenido que cuando se aplica el método jurídico de la ponderación para ver cuál de los principios en conflicto (bienes, valores e intereses) debe prevalecer, cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que retrocede mayor debe ser la importancia del que prevalece en un supuesto determinado (Rodríguez de Santiago 2000). Por consiguiente, en el caso de la fecundación artificial *post mortem* el perjuicio causado al derecho de procrear de la viuda o compañera de hecho de la persona fallecida sólo podría estar justificado por la importancia que en esta hipótesis habría que dar al interés superior del menor. Por una parte, en uno de los polos del conflicto se encuentra un menor de edad y no hay que olvidar que existen normas a nivel nacional e internacional en las que se establece que el principio del interés superior del menor ha de ser objeto de una consideración primordial por parte del legislador. Un ejemplo claro de ello es el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (ahora bien, cabría contraargumentar si tal principio también juega cuando el niño ni siquiera ha sido concebido todavía). Por otra parte, otro factor a tener aquí en cuenta es que el daño al derecho a procrear de la viuda o compañera puede verse atenuado por el hecho de que en el futuro tiene abierta en principio la posibilidad de tener descendencia con otras personas.

Probablemente sí haya que hacer alguna matización entre el caso de la inseminación artificial *post mortem* y la transferencia *post mortem* de embriones ya constituidos en vida de ambos miembros del matrimonio o de la pareja. El caso de la inseminación es más complicado, ya que hablamos de un hijo postumísimo, esto es, procreado después de la muerte del progenitor fallecido, de modo que el conflicto se establece entre el derecho de la mujer a procrear y el interés del nacido a contar con la asistencia de dos progenitores desde el inicio de su vida. En la transferencia *post mortem* de embriones se está ante un concebido y no nacido (en caso de identificarse, claro, la concepción de forma exclusiva con la fecundación), lo único que *in vitro* y no en el útero. Por ello en la transferencia de embriones el análisis jurídico se puede plantear en otros términos distintos, porque aquí el principio del interés superior del menor podría justificar que se tutele ante todo la vida prenatal, en cuanto la vida es uno de los valores supremos del ordenamiento, por encima del interés superior del menor a recibir asistencia integral por parte de dos progenitores (al menos en el ordenamiento español, en el que el derecho a la vida viene consagrado como un derecho fundamental y el interés del menor a recibir asistencia de sus progenitores se configura como un principio rector de la política social y económica). A ello se suma, claro, que no hay ningún conflicto jurídico, ya que tanto la protección del embrión como la voluntad de procrear de la madre confluyen en el mismo resultado.

2.3. Límite temporal para la reproducción

No puede existir la menor duda de que el derecho a procrear *post mortem* de la mujer tiene que sujetarse a un límite temporal y no puede dejarse a la exclusiva voluntad de la viuda o pareja de hecho en cuanto al tiempo en que ha de llevarse a cabo. Así, los ordenamientos que admiten la reproducción *post mortem* introducen la fijación de un plazo de tiempo, que empieza a contar desde el fallecimiento, dentro del cual la mujer deberá, o ser inseminada con el esperma del fallecido, o serle implantado el embrión. Cuál es la función de la fijación de dicho plazo temporal. Sin duda la finalidad es la protección de los derechos hereditarios de terceros. No suele precisarse, en cambio, los terceros que pueden verse perjudicados por el nacimiento del niño: por ello, sean parientes más próximos o más lejanos del causante, se aplicará el mismo plazo temporal. Se ha apuntado también que la fijación de un plazo puede establecerse en beneficio del propio niño que va a nacer; para evitar, por ejemplo, el denominado "salto generacional", esto es, la gestación de un niño cuyos gametos originales provienen de una persona fallecida varias generaciones antes (Corral Talciani 1992).

Cuál es el plazo temporal para que se produzca la reproducción *post mortem*. El tiempo fijado en la mayoría de los ordenamientos es de un año desde el fallecimiento. Así, el artículo 9.2 de la Ley española 14/2006 TRHA, el artículo 563.2 b) del Proyecto argentino de Código Civil y Comercial y el artículo 235-8.2 de la Ley 25/2010 de 29 de julio del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya, relativo a la Persona y la Familia, aunque en este último se especifica que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días contados a partir del fallecimiento, si bien el juez puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días. Pero el resultado final es idéntico al de los otros dos casos.

Sí es necesario realizar alguna precisión acerca de la ley española. Este requisito temporal sólo se exige de forma expresa en el caso de la inseminación artificial de la mujer con esperma de su marido o de su compañero. Pero, en cambio, para la transferencia *post mortem* de preembriones únicamente se hace referencia en el artículo 9 LTRHA al requisito del consentimiento del varón pero no al plazo temporal. A mi juicio tal transferencia ha de quedar sometida también al plazo temporal. Ello parece lógico porque aquí también está presente el mismo interés que trata de protegerse cuando se exige el plazo temporal limitado en la inseminación *post mortem*, esto es, está en juego la tutela de los derechos sucesorios de otras personas que podrían ser llamadas a la herencia del difunto (Rodríguez Guitián 2013).

La segunda precisión en cuanto a la normativa española es que la LTRHA 2006 ha ampliado el plazo en relación con la anterior Ley de 1988. De un plazo de 6 meses se ha pasado al actual plazo de 1 año. En general la doctrina ve dicha ampliación de forma favorable, tanto respecto a la tutela de la viuda como en relación a la protección de los derechos hereditarios de terceros. Por un lado, el plazo de 6 meses era un tiempo muy breve para que la viuda tomara la decisión de inseminarse; todavía permanecía el dolor por el fallecimiento cercano de la persona querida y no estaba en condiciones adecuadas de adoptar una decisión suficientemente reflexionada (Bercovitz Rodríguez-Cano 2001). Se ha señalado, además, la brevedad del plazo de 6 meses para un proceso tan complejo como es la inseminación artificial, no sólo porque el éxito del mismo no depende exclusivamente de la pericia profesional, sino también del estado físico y psíquico en que se encuentre la mujer. Muchas veces esta hipótesis de fecundación artificial *post mortem* está asociada a largas y penosas enfermedades oncológicas, donde se deteriora el enfermo, pero también los familiares más cercanos (Pérez Gallardo 2007). Igualmente desde la salvaguarda de los derechos de los terceros el plazo del año parece sensato. No queda excesivamente abierta en el tiempo la sucesión hereditaria, de modo que no se menoscaban los derechos de los terceros, sean o no hijos del causante.

En España algún autor (Fernández Campos 2007), con bastante lógica, ha propuesto ampliar el plazo, desdoblándolo en dos: Por una parte, la solicitud de la viuda de querer la fecundación *post mortem*, que, a su juicio, habría de emitirse no antes del mes ni después de seis meses después del fallecimiento. Por otra parte, la práctica de la fecundación en el plazo de un año desde que la viuda notifica su decisión. En esta línea de no querer establecer un plazo temporal tan riguroso para la inseminación, dejando que entren en juego las circunstancias particulares de cada caso, se encuentra el párrafo tercero del artículo 22º de la *Lei portuguesa nº. 32/2006 de 26 de Julho Procriação medicamente assistida*, que autoriza la transferencia al útero materno de embriones resultantes de una fecundación *in vitro* efectuada en vida de su esposo o compañero, si ha transcurrido un plazo que posibilita una adecuada ponderación de la decisión.

3. Segunda reflexión: Extensión del ámbito subjetivo de la reproducción *post mortem* al matrimonio y parejas de mujeres

El hecho de que una normativa permita la reproducción *post mortem* no conduce de forma automática a que tal normativa se extienda también, desde el punto de vista subjetivo, al matrimonio y a las parejas de hecho de mujeres. En este sentido cabe distinguir dos modelos muy distintos de ordenamientos. Por un lado, los ordenamientos que excluyen tal posibilidad (así, el estatal español o el catalán) y los que sí realizan tal extensión subjetiva (inglés, holandés y en su día el Proyecto argentino de Código Civil y Comercial).

En cuanto al primer modelo, el artículo 9 LTRHA 2006 se refiere, literalmente, a que podrán prestar su consentimiento al uso de su material reproductor tras su muerte, o a la transferencia de preembriones ya constituidos antes del fallecimiento, tanto el marido como el varón "*no unido por vínculo matrimonial*". Se refiere, pues, a un matrimonio o pareja heterosexual. La literalidad del precepto, entre otras razones, impide que se extienda tal hipótesis a un matrimonio o pareja de hecho homosexual, de hombres o mujeres. Si se trata de dos hombres, la admisión de esta hipótesis chocaría además contra la prohibición legal de la maternidad subrogada (recogida en el artículo 10 LTRHA), ya que aquellos siempre necesitarían el útero de una mujer.

Si son dos mujeres esta última objeción en principio no existiría. La actual redacción del artículo 7.3 LTRHA, que es del año 2015, permite que una mujer casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer consienta en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge. Se ha mantenido (Iniesta Delgado 2011), respecto a la antigua redacción del precepto¹², que si la mujer ha dado su consentimiento en virtud de tal precepto antes del nacimiento y después fallece, quedará determinada la filiación póstuma, porque no cabe entender que los efectos del consentimiento se extingan con su muerte. Pero, a mi juicio, el artículo 7.3 LTRHA no está pensando en la reproducción artificial *post mortem*, de modo que el problema ha de solucionarse con el artículo 9 LTRHA. Y el artículo 9 no parece permitir la fecundación artificial *post mortem* en la que intervenga el semen de un donante (intervención que es absolutamente necesaria en el caso de dos mujeres). Dicho artículo hace alusión expresa a que el varón consienta la utilización de "su material reproductor", de modo que queda fuera la prestación del consentimiento del difunto para que su mujer o pareja de hecho se insemine con gametos pertenecientes a un tercero para que le dé un hijo después de muerto. Dicha exclusión se ha justificado en el carácter excepcional de la reproducción póstuma: en el caso de la donación de gametos faltaría una mínima vinculación con el fallecido que permita explicar tal situación singular¹³.

En el mismo sentido se pronuncia el Libro Segundo del Código Civil de Catalunya, que en sus artículos 235-8.2 y 235-13.2 sólo permite la reproducción *post mortem* en el caso de matrimonio o de pareja heterosexual. Sin duda causa sorpresa porque la tónica de este código es unificar en materia de reproducción asistida el tratamiento jurídico que da al matrimonio y a la pareja de hecho estable, sin llevar a cabo distinciones por motivo del sexo. Una vez que se admite ya la doble maternidad en las técnicas de reproducción asistida y que se permite la reproducción artificial *post mortem* tanto en el ordenamiento estatal como autonómico español no se entiende bien la razón de que se excluyan de esta última hipótesis a los matrimonios y parejas de hecho de mujeres, salvo que sea por la razón antes apuntada de la exigencia de una mínima vinculación del niño nacido con la persona fallecida. Sí podría mantenerse tal vinculación en el caso de que el

¹² "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido".

¹³ En este sentido Gete-Alonso (2003), refiriéndose al anterior Código de Familia de Catalunya.

óvulo fecundado que se implanta en la supérstite pertenezca genéticamente a la mujer fallecida.

Hay un segundo modelo de legislaciones en que la reproducción *post mortem* sí se extiende a los matrimonios y parejas de mujeres. Los casos más claros son Inglaterra y Holanda. La *Human Fertilisation and Embryology Act*, como novedad en 2008, extiende la reproducción *post mortem* a la *partner* femenina de la mujer (formen parte o no de una unión civil registrada) a la que se le va a transferir el embrión constituido antes del fallecimiento de su pareja con donación de semen de un tercero, de modo que aquella puede tener el status de progenitora legal de un hijo que no ha conocido por haber fallecido antes del nacimiento del niño (HFEA s 46). Este artículo no se aplica, en cambio, en los casos en que la inseminación artificial con esperma de donante se haga después del fallecimiento de la compañera de la madre biológica. La *partner* ha de consentir, por escrito, la transferencia del embrión a la madre después de su fallecimiento y además ser considerada como progenitora del niño. Un último requisito que se añade a los dos anteriores es que la madre que da a luz ha de manifestar su opinión favorable, en el plazo de 42 días desde el nacimiento del niño, a que su *partner* sea tratada como progenitora femenina del niño. Ahora bien, la inscripción es puramente simbólica y la persona fallecida no es tratada como progenitora para cualquier otro propósito (por ejemplo, a efectos hereditarios)¹⁴.

Tras la aprobación de la *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*, que permite contraer matrimonio a las parejas homosexuales, se ha introducido alguna modificación en la s. 46 HFEA, en el sentido de que, además de permitirse la reproducción artificial *post mortem* de parejas femeninas que forman parte o no de una unión civil registrada, también se admite la de mujeres que han contraído matrimonio, exactamente con los mismos requisitos que cuando se introduce tal posibilidad en 2008 para las parejas de hecho de lesbianas. Sí que se ha puesto de relieve (Jones 2010) que llama la atención que el legislador inglés en la s. 46 HFEA haya usado el término legal "*parent*" y no el de "*mother*".

En Holanda, a partir del 1 de abril de 2014, la combinación de dos leyes (la *Act on Lesbian Parentage* de 25 de noviembre de 2013 y la *Act Removing a Number of Differences between Registered Partnership and Marriage* de 27 de noviembre de 2013) permite que la cónyuge o la pareja registrada de la madre biológica se convierta por imperativo de la ley en madre legal del niño si ambas presentan una declaración de la *Donor Data Foundation* en el registro de nacimiento del niño (que deberá practicarse dentro de los tres días posteriores a dicho nacimiento). Esta declaración debe afirmar que a la madre biológica se le han aplicado técnicas de reproducción asistida en una clínica autorizada por la *Donor Data Act* y que la identidad del donante de esperma es desconocida para ella. Pero en caso de que la esposa o compañera registrada fallezca antes del nacimiento del niño, ella nunca llegará a ser reconocida como madre legal del niño por esta concreta vía legal, en la medida en que la ya citada declaración de la *Donor Data Foundation* tiene que ser presentada en el mismo momento de la inscripción del nacimiento del niño por las cónyuges o los dos miembros de la pareja. Pero podría, a petición de la madre biológica y/o del hijo, determinarse judicialmente la maternidad legal de la fallecida que consintió la concepción del hijo de su cónyuge o compañera de vida, en virtud del artículo 1:207 del Código Civil Holandés (véase Curry-Sumner y Vonk 2014). Según este precepto, aplicado tradicionalmente al uso de las técnicas de reproducción asistida después de la muerte del varón o pareja de hecho, con su esperma o mediante la transferencia de un embrión creado con el esperma de éstos o con el de un donante, señala que la madre y/o el niño pueden solicitar, tras el fallecimiento, que se determine judicialmente la paternidad sobre la base, o bien de la paternidad biológica del hombre, o bien sobre la base de que durante el tiempo

¹⁴ Más información en Probert (2009), Gilmore, y Glennon (2012).

que el varón convivió con la madre consintió un acto que podría tener como resultado posible el nacimiento de un niño.

En esta misma línea se encuentra el Proyecto argentino de Código Civil y Comercial, que permitía la reproducción *post mortem* tanto en el caso del matrimonio y pareja heterosexual como en el de los homosexuales. Ahora bien, surge una duda cuando se lee el párrafo 2º letra a) del artículo 563 del Proyecto, que exigía el consentimiento de la persona que luego fallece para que los embriones producidos con "sus gametos" sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. Al referirse a dicha expresión, parecía que estaba permitiendo únicamente la reproducción *post mortem* en el caso de que el embrión se haya constituido con esperma de un tercero y con los óvulos de la fallecida, pero no en caso de que la que da a luz haya puesto sus propios óvulos. Quizá con ello se quería preservar la existencia de una vinculación entre la madre fallecida y el niño.

4. Tercera reflexión: Relevancia de la voluntad de la madre gestante respecto a la determinación de la paternidad y la maternidad de la persona fallecida

Esta última reflexión conduce a plantearse si la mujer que da a luz tiene algún poder de decisión en la atribución legal de la filiación del hijo respecto a la persona fallecida. Aquí podríamos distinguir otra vez dos modelos distintos de ordenamientos. Un primer modelo, representado por los sistemas jurídicos estatal español, catalán y argentino. El segundo modelo representado nuevamente aquí por los ordenamientos inglés y holandés.

Empezando por los modelos catalán y argentino (en éste último me refiero a la regulación de la reproducción *post mortem* que se incluía en el Proyecto de Código Civil y Comercial) es claro que el modo de determinación de la paternidad/maternidad en las técnicas de reproducción asistida es la emisión del consentimiento por parte de la persona que va fallecer con los requisitos requeridos en cada uno de ellos, de modo que si el fallecido o fallecida emite tal consentimiento para que la inseminación o la implantación del embrión se produzca después de su muerte el vínculo filial quedará determinado respecto de él o ella, de modo que no se dice absolutamente nada acerca de si la mujer, madre gestante, puede decidir algo al respecto¹⁵. El silencio de estas normativas sobre este último extremo a mi juicio debe llevar a pensar que la respuesta ha de ser negativa.

Por su parte en el ordenamiento jurídico estatal español tampoco se alude en ningún momento a que la voluntad de la madre gestante tenga alguna relevancia en la determinación de la filiación. El artículo 7.1 LTRHA 2006 señala que la filiación de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo las especificaciones establecidas en los tres artículos siguientes de dicho texto legal, entre los que se encuentra el artículo 9. Desde luego la justificación del otorgamiento de una regulación específica para la filiación en dicho artículo 9 radica en la dificultad de aplicar a la reproducción artificial *post mortem* las normas del Código Civil sobre filiación. El tratamiento que se hace en el artículo 9 LTRHA a los problemas de filiación difiere según que el varón fallecido sea el marido o el compañero de hecho de la mujer.

Si la mujer es inseminada tras el fallecimiento de su marido con esperma de éste, el principal problema no radica tanto en determinar quién es el progenitor del niño cuanto en la clase de filiación, ya que con la normativa del Código Civil sería

¹⁵ En relación al Código Civil de Catalunya, tal y como ya ha quedado dicho con anterioridad, el consentimiento al uso de las técnicas de procreación asistida de la persona heterosexual fallecida ha de ser expreso, bastando con que conste fehacientemente [artículos 235-8.2 a) y 235-13.2]. Por su parte el Proyecto argentino de Código Civil y Comercial señalaba en el artículo 563 que el/la cónyuge y pareja de hecho de la madre biológica puede consentir, o bien el documento previsto en el artículo 560 (consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida con los requisitos necesarios para su posterior protocolización ante escribano público) o bien en testamento.

complicado estimar que la filiación del hijo es matrimonial. Esto es, es muy difícil la aplicación de la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil, en cuanto el mismo presume hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. En la práctica totalidad de los casos de inseminación artificial tras el fallecimiento del marido o transferencia *post mortem* de preembriones, no se cumplirían tales plazos legales, salvo que la inseminación y la transferencia se hiciesen casi simultáneamente a la muerte del esposo.

Por ello el legislador de 2006 ha optado por introducir en el artículo 9 una regla especial de filiación, estimando que la filiación es de carácter matrimonial. Además, de la concurrencia del doble requisito del consentimiento del marido y del plazo temporal para la fecundación se deriva el reconocimiento *ope legis* de la existencia de una relación jurídica entre el hijo nacido de estas técnicas y el varón fallecido (al margen de la voluntad, pues, de la madre). A mi juicio es una decisión acertada el carácter matrimonial de la filiación: El marido aporta el semen y además la decisión de la fecundación procede de dos personas casadas.

La LTRHA 2006 no resuelve qué ocurriría si la viuda que puede someterse a la reproducción *post mortem* contrae matrimonio dentro del plazo de 1 año que hay para llevar a cabo dicha reproducción. A la filiación matrimonial que correspondería al primer marido fallecido en virtud del artículo 9.2 LTRHA se contrapondría la presunción de paternidad a favor del segundo marido por la aplicación del citado artículo 116 del Código Civil (Inieta Delgado 2011).

Si la madre es inseminada con esperma de su compañero *more uxorio* fallecido es sencillo determinar la clase de filiación. Se trata de una filiación extramatrimonial, en cuanto el hijo es procreado *post mortem* con gametos procedentes de individuos que no estaban unidos en matrimonio. Esta es la opción que toma el legislador de 2006 en el párrafo 3º del artículo 9. Ahora bien, el consentimiento del compañero fallecido no implica, frente al caso del marido, de forma automática la determinación de la filiación, sino que se establece que dicho consentimiento servirá como título para iniciar un expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil, y así poder declarar la filiación paterna del varón conviviente mediante resolución recaída en dicho expediente. Mucho más acertado sería la opción por la equiparación en la determinación de la filiación tanto en el caso del marido como del compañero de hecho fallecido.

El artículo 9 LTRHA 2006 no atribuye de modo explícito derechos sucesorios a los nacidos fruto de estas técnicas, pero sin embargo puede inferirse la atribución implícita de tales derechos al determinar o facilitar la determinación de la filiación del hijo respecto al varón fallecido. La conclusión contraria conduciría a sostener la inconstitucionalidad del precepto por vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, porque se trataría a hijos genéticos del mismo padre y de la misma madre de forma distinta en lo que se refiere a los derechos sucesorios (Roca Trías 1988). No obstante el informe elaborado con anterioridad a la promulgación de la ya derogada Ley española de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación artificial Humanas admite la fecundación artificial *post mortem* pero priva de derechos sucesorios al hijo del fallecido (Recomendación 11, que reenvía a las recomendaciones 13 y 61).

Creo que la opción que han adoptado los anteriores sistemas jurídicos al no otorgar ninguna relevancia a la voluntad de la madre gestante en cuanto a la determinación jurídica de la paternidad es la adecuada. Primero, porque la determinación de la paternidad/maternidad es una cuestión de orden público y tal carácter es inconciliable con la atribución de una disponibilidad unilateral sobre la materia a favor de cualquier persona. La fijación de los sujetos entre quienes se establece la relación jurídica de filiación no puede plantearse nunca en términos de elección,

sino que viene dado en función de razones objetivas establecidas de antemano por el legislador. En segundo lugar, porque a la paternidad/maternidad va unida una serie de consecuencias muy importantes, entre ellas el otorgamiento de una serie de derechos al menor (por ejemplo, derechos sucesorios o derecho al nombre y apellidos respecto a la persona fallecida). No hay razón jurídica suficiente y sería para privarle al niño, por mera voluntad de la madre (o de cualquier otra persona), de tales derechos.

No obstante, es preciso entrar en el segundo modelo de países que sí reconocen un papel relevante a la madre gestante en la atribución de la filiación del hijo al fallecido, tan relevante que en el sistema inglés es la madre la que puede decidir en última instancia si desea que la persona fallecida sea considerada progenitor del nacido. Ya he explicado antes que desde 1990 la *Human Fertilisation and Embryology Act* (HFEA) permite tanto la inseminación artificial *post mortem* como la fecundación *in vitro* y la implantación del embrión con posterioridad a la muerte del padre. Ahora bien, en estos dos casos no se atribuye el *status filii* al hijo nacido como consecuencia de dichas prácticas, fundamentalmente por los problemas sucesorios que ello podía traer. Esta ley fue objeto de varias reformas para ampliar el ámbito de esta hipótesis y, en concreto, en 2003 se modifica la HFEA 1990 para que fuera posible la inscripción del fallecido como padre del niño, a raíz del caso *R v. HFEA ex parte Blood* [1996] WLR 1176 (HC), [1997] 2 All ER 687 (CA), [1997] 2 FLR 742.

Poco después de que *Mr. and Mrs. Blood* hubieran decidido tener hijos, *Mr. Blood* enferma de gravedad. Rápidamente cae en coma y *Mrs. Blood* convence a los médicos para que extraigan y guarden el esperma para un futuro uso. *Mr. Blood* nunca consintió el uso de su esperma para después de su muerte, de modo que según el ordenamiento inglés debía rechazarse la autorización para que la viuda se inseminara con dicho esperma. El Tribunal de Apelación, sin embargo, la autoriza a llevarse el esperma a Bélgica y a ser inseminada allí, no en base a la HFEA 1990, sino por el derecho a obtener servicios médicos en otro estado miembro dentro de la Unión Europea. Tras esta decisión judicial la cuestión era si, y cómo, el padre fallecido de un niño podía ser nombrado en la inscripción de nacimiento de éste.

De ahí que la HFEA 1990 se modifica para que el marido fallecido pueda ser inscrito por la madre como padre del niño, dentro de los 42 días siguientes al nacimiento, tanto en caso de que la mujer haya sido inseminada artificialmente después de la muerte con su esperma como en caso de que se le haya transferido *post mortem* un embrión creado con dicho esperma, o con esperma de donante, antes de la muerte del marido. Tal posibilidad también se extiende a la pareja de hecho masculina de la mujer. Pero en ambas hipótesis se requiere que el varón fallecido haya dado su consentimiento por escrito al uso, tras su fallecimiento, de los gametos o a la implantación del embrión y también a ser inscrito como padre del niño fruto de tales técnicas, además de que no haya retirado su consentimiento antes de su muerte. No obstante, la inscripción del varón como padre del niño no tiene consecuencias jurídicas en cuanto al reconocimiento de derechos sustantivos al menor sino que sólo posee un efecto simbólico [consúltese *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003* (HFEA 1990 s28 (5A) to (5I) and s29)]. En última instancia, no existe obligatoriedad de la madre para inscribir al marido o pareja fallecidos como padres del niño.

Con posterioridad, en 2006, el Departamento de Salud británico hace una serie de propuestas para una nueva revisión de la legislación en esta materia, que finalmente se hace a través de la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 (c.22), que entra en vigor en abril de 2009. Esta normativa incluye disposiciones similares a las inmediatamente señaladas de 2003 [HFEA 2008 s39: uso de esperma, o transferencia de embrión, después de la muerte del hombre que ha aportado el esperma; s 40: embrión transferido después de la muerte del marido o compañero que no ha aportado el esperma]. Y la inscripción del varón como padre

del niño, siempre y cuando la mujer lo consienta tras el nacimiento, continúa poseyendo únicamente efectos simbólicos. Y de nuevo no existe obligatoriedad de la madre para inscribir al marido o pareja como padres del niño. La *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 (c.22) extiende también la reproducción *post mortem* a la *partner* femenina de la mujer (formen parte o no de una unión civil registrada) a la que se le va a transferir el embrión constituido antes del fallecimiento de su pareja con donación de semen de un tercero, de modo que aquella puede tener el status de progenitora legal de un hijo que no ha conocido por haber fallecido antes del nacimiento del niño (HFEA s 46). Y se reconoce esta posibilidad exactamente en los mismos términos que para el matrimonio y la pareja de hecho heterosexual, extendiéndose desde 2013 (y ampliándose con ello el ámbito subjetivo de la s. 46 HEFA) también a los matrimonios de mujeres tras la consagración del matrimonio homosexual en Inglaterra tras la aprobación de la *Marriage (Same Sex Couples) Act* 2013.

Dos apreciaciones sobre este sistema. En primer lugar, esta posibilidad de elegir la madre gestante la determinación de la paternidad/maternidad de la persona fallecida no es absoluta. Esto es, la libertad de elección de la madre gestante tiene una serie de límites previstos legalmente: así, si existe otra persona que, de acuerdo a las reglas legales, está legitimada para ser tratada como progenitor/a del niño entonces se prioriza tal paternidad/maternidad y el fallecido/a no puede ser inscrito/a como progenitor/a del niño (Probert 2009). Y ello en virtud del principio del interés superior del menor, para que no haya una "doble paternidad" (o maternidad). Por ejemplo, si otra persona puede ser tratada como padre del niño en virtud de la institución de la adopción. O si al tiempo de la implantación del embrión la madre biológica ya está casada con otra persona y para la creación del embrión no se ha utilizado el esperma de éste último, entonces el nuevo cónyuge será tratado como padre del niño a menos que pruebe que no consintió la implantación.

En segundo lugar, si la madre, en caso de que pueda utilizar su libertad de decisión, no inscribe al cónyuge o pareja de hecho (tanto si es formalizada como si no lo es) como progenitor/a del niño, el hijo no dispone ya de ningún medio para determinar la paternidad del fallecido o fallecida, tanto si es el progenitor biológico como si no lo es (Vonk 2007). Ahora bien, seguramente este modelo tiene cabida en un sistema como el inglés en el cual los efectos de la inscripción del fallecido/a como progenitor/a del niño son meramente simbólicos, de modo que la no inscripción de la filiación a favor del fallecido/a no priva al niño de más derechos legales que si estuviese inscrita (Hale *et al.* 2009, Gilmore, y Glennon 2012). En cualquier caso, y siempre que se haya utilizado en la reproducción *post mortem* esperma de un donante anónimo, el niño tendría la posibilidad de conocer sus orígenes respecto a éste último, entendiéndolo, claro, que el derecho a conocer sus orígenes no tiene que conducir necesariamente a un vínculo filial. En Reino Unido, con la reforma introducida por los *Statutory Instruments* 2004 No. 1511 –*The Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information)*, el legislador permite a los concebidos a partir de abril de 2005 solicitar información sobre la identidad de los donantes de esperma, óvulos o preembriones, siempre y cuando el nacido tenga 18 años¹⁶. No cabría esta opción, por el contrario, en caso de que el fallecido/a hubiese puesto sus gametos, ya que en realidad no estaríamos ante verdaderos donantes anónimos. Como no hay una obligación en el Derecho inglés de informar al niño sobre el modo de su concepción (Jones 2010), la madre no tendría que revelar al niño sus vínculos genéticos con el fallecido/a si no lo desea. Pero aunque tal deber se estableciera, éste no tendría, debido a su carácter incoercible, efectos vinculantes.

El sistema holandés posee consecuencias menos drásticas que el inglés en cuanto que la voluntad de decidir en última instancia la paternidad/maternidad del

¹⁶ Sobre la cuestión extensamente, Farnós Amorós (2014).

fallecido/a no sólo compete a la madre gestante, sino también al hijo. Por su parte, en virtud del ya aludido artículo 1:207 del Libro I del *Dutch Civil Code* (BW), cualquiera de los dos podría solicitar, tras el fallecimiento, que se determine judicialmente la paternidad/maternidad sobre la base, o bien de la paternidad biológica, o bien sobre la base de que durante el tiempo que convivió con la madre consintió un acto que podría tener como resultado posible el nacimiento de un niño. El fallecido/a debe haber autorizado el uso de su esperma o la implantación del embrión tras su fallecimiento, según requiere el artículo 7 *Embryowet* 20 juni 2002. Ahora bien, al contrario que en Inglaterra, no es preciso que dé su consentimiento para ser inscrito/a como progenitor/a del niño. En el ordenamiento holandés, a diferencia del inglés, la determinación judicial de la paternidad/maternidad puede tener consecuencias jurídicas, no sólo con relación al status de hijo respecto al padre/madre, sino también respecto a ciertos lazos con la familia paterna/materna, por ejemplo, en cuanto al apellido, nacionalidad y derechos hereditarios que correspondan al padre/madre en la herencia de los abuelos. Pero la determinación de la paternidad/maternidad, en concreto, no posee efectos con referencia a los derechos sucesorios del hijo en la herencia del fallecido/a, ya que la muerte se ha producido antes de que la madre quede embarazada. Este hecho impide que pueda aplicarse el artículo 1: 2 BW, según el cual un niño todavía en el útero de su madre es considerado ya nacido cuando su interés lo requiere¹⁷. Por ello, en caso de que la madre no quiera solicitar la determinación judicial de la paternidad, podrá hacerlo el hijo en la medida que le interese, ya que el reconocimiento de la filiación no tiene aquí efectos meramente simbólicos.

5. Breves conclusiones

En primer lugar, en relación a los ordenamientos que admiten la reproducción artificial *post mortem* y respecto a los posibles límites del derecho a procrear de la mujer en los mismos, cabe concluir, al menos, dos límites. Ha de supeditarse, primero, tal reproducción a la existencia de un consentimiento libre e informado de la persona que se convertiría en progenitor tras su muerte, o bien al uso posterior a su fallecimiento de su material genético, o bien a la implantación *post mortem* del embrión. A la vez el derecho a procrear *post mortem* de la mujer tiene que sujetarse a un límite temporal fijado por el legislador y no puede dejarse, por tanto, a la exclusiva voluntad de aquella, en aras de la protección de los derechos hereditarios de terceros.

No obstante, otro grupo de ordenamientos (Francia, Portugal, Italia) no consideran válida la inseminación artificial *post mortem* (sí la transferencia *post mortem* del embrión constituido en vida del fallecido, excepto Francia, que tampoco admite esta última), alegando el interés superior del menor, de modo que estiman que tal regulación implicaría que el legislador no garantiza de forma suficiente la asistencia del menor por sus progenitores, entendiéndolo que el deber paterno-filial de prestar asistencia recogido en los textos constitucionales y en los códigos civiles no queda restringido a la satisfacción de necesidades materiales del menor. En esta hipótesis al menor se le estaría atribuyendo, *ab initio*, la relación de filiación de manera formal respecto al fallecido.

En segundo lugar, en aquellos ordenamientos (como el estatal español y el autonómico catalán) que admiten tanto la doble maternidad en las técnicas de reproducción asistida como la reproducción artificial *post mortem*, no se entiende bien, siguiendo una lógica coherencia jurídica, el motivo de que excluyan de esta última hipótesis a matrimonios y parejas de mujeres, subyaciendo seguramente detrás de esta negativa la exigencia de que exista una mínima vinculación del niño nacido con la persona fallecida. Pero siempre podría mantenerse tal vinculación en el caso de que el óvulo fecundado que se implanta en la superviviente pertenezca

¹⁷ Consultese sobre todas estas cuestiones en el derecho holandés (Vonk 2007).

genéticamente a la mujer fallecida. No existen restricciones, sin embargo, desde el punto de vista subjetivo en esta materia en los sistemas inglés y holandés.

En tercer lugar, a mi juicio es más adecuada la opción de ciertos ordenamientos jurídicos de no otorgar relevancia alguna a la voluntad de la madre gestante en cuanto a la determinación de la paternidad/maternidad de la persona fallecida respecto al nacido (así, ordenamiento estatal español y autonómico catalán y ordenamiento argentino; en sentido opuesto el sistema inglés y el holandés). Tal determinación es una cuestión de orden público, inconciliable, pues, con la atribución de una disponibilidad unilateral sobre la materia a favor de cualquier persona. A la paternidad/maternidad, además, va ligada una serie de consecuencias importantes, vinculadas al otorgamiento de derechos al menor, y la mera voluntad de la madre no es razón jurídica suficiente para privar al niño de tales derechos.

Referencias

- Alkorta Idiákez, I., 2003. *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- Allen, V. 2015. This was my girl's dying wish, says mother who wants to give birth to her own daughter's baby. *Mailonline* [en línea], 9 mayo. Disponible en: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3074323/This-girl-s-dying-wish-says-mother-wants-birth-grandchild-html> [Acceso 15 mayo 2016].
- Alonso Pérez, M., 1988. De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta. En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, dir. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIII, Vol. 2º. Madrid : Edersa, 1-155.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 2001. Reproducción asistida *Post Mortem*. *Aranzadi Civil: Revista Quincenal*, 2, 2165-2167.
- Bustos Pueche, J.E., 1996. *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*. Madrid: Dykinson.
- Capilla Roncero, F., 2011. Autonomía de la voluntad y derecho de la persona; o la autonomía personal en el Derecho privado. *Diario La Ley*, 18 de julio, tomo 3, 7675, 1791-1794.
- Cárcaba Fernández, M., 1995. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: Bosch.
- Cornu, G., 2006. *Droit Civil. La famille*. Paris: Montchrestien.
- Corral Talciani, H., 1988. La procreación artificial "post mortem" ante el Derecho. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 46 (1), 5-36.
- Corral Talciani, H., 1992. Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial. *Revista Chilena de Derecho* [en línea], 19 (3), 439-460. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649707.pdf> [Acceso 7 febrero 2017].
- Curry-Sumner, I., y Vonk, M., 2014. Dutch Co-Motherhood in 2014. En: B. Atkin ed. *The international Survey of Family Law*. Bristol: Jordan Publishing, 361-376.
- De la Válgoma, M., 2013. *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*. Barcelona: Ariel.
- De Verda y Beamonte, J.R., 2005. Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida). *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1, 1510-1523.
- Douglas, G., 1991. *Law, Fertility and Reproduction*. London: Sweet & Maxwell.

- Farnós Amorós, E., 2011. *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier.
- Farnós Amorós, E., 2014. La regulación de la reproducción asistida: Problemas, propuestas y retos. En: I.G. Cohen y E. Farnós. *Derecho y Tecnologías Reproductivas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 99-139.
- Fernández Campos, J.A., 2007. Comentario al artículo 9 LTRHA. En: J.A. Cobacho dir. y J.J. Iñesta, coord. *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 305-352.
- Gámiz Sanfeliú, M., 2009. Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. España: *Actualidad Civil*, 10, 1163-1186.
- García Vicente, J.R., 2014. Comentari al art. 235-8 Codi Civil de Catalunya. En: J. Egea y J. Ferrer, dir. y E. Farnós, coord. *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya*. Barcelona: Atelier, 596-599.
- Garibo, A.-P., 2007. Hijos de padre anónimo, ¿una nueva categoría discriminatoria? En: J. Ballesteros y E. Fernández, dirs. *Biotechnología y Posthumanismo*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 487-503.
- Gete-Alonso y Calera, M.C., 2003. *Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gilmore, S., Glennon, L., 2012. *Hayes and Williams' Family Law*. Oxford University Press.
- Gómez Sánchez, Y., 2004. El derecho a la reproducción humana: fundamento y nuevos problemas. En: C. Lasarte, dir. *Perspectivas de Derecho de Familia en el siglo XXI* [CD-ROM]. Sevilla, Huelva: Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España.
- Hale, B., et al., 2009. *The family, Law & Society*. Oxford University Press.
- Herrera, M., 2017. Filiación *post mortem* y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. *InDret* [en línea], 1, 1-21. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1280.pdf> [Acceso 21 febrero 2017].
- Iapichino, L., 2006. La procreazione artificiale. En: G. Cassano, dir. *Il Diritto di Famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Tomo IV. Milano: Giuffré.
- Iñesta Delgado, J.J., 2011. La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas, dirs. *Tratado de Derecho de la Familia*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 735-860.
- Jones, C., 2010. The identification of 'parents' and 'siblings': New possibilities under the reformed Human Fertilisation and Embriology Act. En: J. Wallbank et al., eds. *Rights, Gender and Family Law*. Routledge: Cavendish, 219-238.
- Jungfleisch, F., 2005. *Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts? Eine Untersuchung verschiedenartiger Regelungsansätze aus rechtsvergleichender und rechtspolitischer Perspektive*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Lledó Yagüe, F., 1988. La ley sobre técnicas de reproducción humana asistida. *Anuario de Derecho Civil*, 41 (4), 1241-1264.
- Malaurie, P., Aynés, L., 2009. *Droit Civil. La Famille*. Paris: Defrénois.
- Martín-Casals, M., Solé Feliú, J., 2004. Comentario a la STS 29 de mayo de 2003. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 64, 193-218.

- Pantaleón Prieto, F., 1988. Procreación artificial y responsabilidad civil. *En: Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco, dir. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana.* Madrid: Trivium, 245-317.
- Pantaleón Prieto, F., 1993. Técnicas de reproducción asistida y Constitución. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* [en línea], 15, 129-160. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1051314.pdf> [Acceso 7 febrero 2017].
- Pérez Gallardo, L.B., 2007. Inseminación artificial y transferencia de preembriones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4, 605-630.
- Pérez, A., 2012. Fertilización *post mortem*: un supuesto especial entre las técnicas de reproducción humana asistida. *En: Congreso de Derecho Privado para estudiantes y jóvenes graduados. Reflexiones sobre la reforma del Código Civil.* Universidad de Buenos Aires, 1-18. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derecho-civil-agustina-perez.pdf> [Acceso 7 febrero 2017].
- Probert, R., 2009. *Cretney and Probert's Family Law*. London: Sweet & Maxwell.
- Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei nº 56 (ES 6, NO 56)/ XIII (1ª.) PS, 29/XIII (1ª. PAN, 36/XIII (1ª.) BE e 51/XIII (1ª.) PEV em materia de Procriação Medicamente Assistida [PMA] e 36/XIII (1ª.) BE em materia de Gestação de Substituição (GDS). Março 2016. Portugal: Conselho Nacional de Ética para as Ciências de Vida. Disponible en: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf [Acceso 13 febrero 2017].
- Rivero Hernández, F. 1987. La procreación artificial *post mortem*. *Revista Jurídica de Cataluña*, 86 (4), 871-904.
- Roca Trías, E., 1988. La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. *En: II Congreso Vasco dir. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana.* Madrid: Trivium, 17-50.
- Rodríguez de Santiago, J.M., 2000. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- Rodríguez Guitián, A.M., 2013. *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Valencia: Tirant lo Blanch
- Rubellin-Devichi, J., 1984. Insémination artificielle *post mortem*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2, 703-706.
- Ruiz Larrea, N., 1998. El "daño de procreación": ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos? *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1, 2039-2046.
- Schiff, A.R., 1997. Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation. *North Carolina Law Review*, 75 (3), 902-965. Disponible en: <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol75/iss3/4/> [Acceso 7 febrero 2017].
- Steering Committee on Bioethics (CDBI), 2003. *The protection of the Human Embryo "in vitro", Report by the Working Party on Protection of the Human Embryo and Fetus (CDBI-CO-GT3)* [en línea]. Strasbourg: Council of Europe.

Disponible en: [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3\(2003\)13E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3(2003)13E.pdf) [Acceso 7 mayo 2016].

Vonk, M., 2007. *Children and their parents. A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch Law*. Antwerpen, Oxford: Intersentia.

Vorin, P., Gobeaux, G., 2007. *Droit Civil*, Tomo 1. Paris: L.G.D.J.

Warnock, M. et al., 1988. *Report of the Committee of inquiry into Human Fertilisation and Embryology* [en línea]. London: Department of Health & Social Security, Her Majesty's Stationery Office. Disponible en: http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf [Acceso 9 febrero 2017].

Warnock, M., 2002. *Making babies? Is there a right to have children?* Oxford University Press. *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "In Vitro" y la Inseminación Artificial Humanas*, 1987. España: Congreso de los Diputados.

Legislación

España

Constitución Española de 6 de diciembre de 1978 (BOE No. 311, 29.12.1978). Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229 [Acceso 13 febrero 2017].

Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE No. 282, 24.11.1988). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-27108> [Acceso 13 febrero 2017].

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 No. 274, 15.11.2002). Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-22188 [Acceso 13 febrero 2017].

Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE No. 126, 27.5.2006). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292> [Acceso 13 febrero 2017].

Ley 25/2010 de 29 de julio del Libro 2º del Código Civil de Cataluña relativo a la Persona y la Familia (DOGC 5.8.2010). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312> [Acceso 13 febrero 2017].

LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (BOE No. 15, 17.01.1996). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069> [Acceso 13 febrero 2017].

Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 (BOE No. 151, 10.6.1958). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1957-7537> [Acceso 13 febrero 2017].

Derecho comparado

Code Civil (Francia), 2017. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170209> [Acceso 13 febrero 2017].

Code de la Santé Publique (Francia), 2017. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20170209> [Acceso 13 febrero 2017].

- Código Civil y Comercial (Argentina), 2014. Disponible en: <https://goo.gl/j3uScn> [Acceso 13 febrero 2017].
- Dutch Civil Code (BW) (Holanda), 01/01/1970. Disponible en: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm> [Acceso 7 mayo 2016].
- Embryonenschutzgesetz (Alemania), Vom 13 Dezember 1990. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/_4.html [Acceso 13 febrero 2017].
- Human Fertilisation and Embryology Act (Reino Unido), 2008. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> [Acceso 13 febrero 2017].
- Legge de 19 febbraio 2004 núm. 40 sobre Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004) (Italia). Disponible en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm> [Acceso 13 febrero 2017].
- Lei nº 32/2006 de 26 de Julho Procriação Medicamente Assistida (Diário da República, 1ª. Série-Nº 143 -26 Julho de 2006). Disponible en: http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_Lei_32_2006.pdf [Acceso 13 febrero 2017].

Jurisprudencia

España

- Auto Audiencia Provincial A Coruña 3 noviembre 2000 (AC 2001/183).
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 16 junio 2004 (JUR 2004/292813).
- Auto Juzgado de Primera Instancia de Valencia 29 octubre 2004 (AC 2004/952).
- Auto Audiencia Provincial de Tenerife 2 junio 2010 (AC 2010/1755).

Argentina

- Sentencia de la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza de 7 de agosto de 2014 [en línea]. Disponible en: <http://www.rubinzaonline.com.ar/fallo/9702/> [Acceso 13 febrero 2017].

Inglaterra

- R v. HFEA ex parte Blood* [1996] WLR 1176 (HC), [1997] 2 All ER 687 (CA), [1997] 2 FLR 742.