

# Revista de Derecho y Genoma Humano

Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada

## Law and the Human Genome Review

Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine

Núm. 57 Julio-Diciembre 2022

No. 57 July-December 2022

**Red Cátedra de Derecho y Genoma Humano**  
**Chair in Law and the Human Genome Network**

DOI: 10.14679/2028

2022

Universidad del País Vasco UPV/EHU  
Bilbao

**Editorial:**

Dykinson, S.L.

**Asistencia Editorial / Editorial Assistance:**

Red Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Universidad del País Vasco UPV/EHU

Tfno.: +34 94 601 71 05 / +34 94 601 71 39

Email: [derechoygenoma@bioderecho.eu](mailto:derechoygenoma@bioderecho.eu)

Página web: [www.bioderecho.eu](http://www.bioderecho.eu)

**Distribución / Distribution:**

- Red Cátedra de Derecho y Genoma Humano  
Universidad del País Vasco UPV/EHU
- Editorial Dykinson

Todas las partes de esta Revista pueden ser reproducidas citando el nombre completo de la Revista, el volumen, año y páginas en que fueron publicadas, así como, en su caso, el título del trabajo y el nombre del autor.

Parts of this Review may be reproduced provided that the full name of the Review, volume, year, page number(s) and, where appropriate, the title of the work and the name of the autor are quoted.

Descripción de la Revista: se trata de una revista en la que se reflexiona sobre las cuestiones jurídicas que plantea la genética humana desde el punto de vista del Derecho y también desde otras disciplinas.

Description of the Review: this is a re- view in which there are reflections on legal issues posed by human genetics from a legal point of view, as well as from other disciplines.

Publicación Semestral / Biannual Publication

Revista indexada en: MEDLINE [PubMed], IN-RECJ, RESH, MIAR, LATINDEX, ISOC, DIALNET, DICE, SJR/ SCIMAGO, SHERPA/RoMEO, DULCINEA e IBECS (Índice Bibliográfico Español en Ciencias de la Salud).

© Red Cátedra de Derecho y Genoma Humano  
Universidad del País Vasco UPV/EHU

ISSN: 1134 - 7198

Depósito Legal: BI - 2670-94

«Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada / Law and the Human Genome Review. Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine» cuenta con una Declaración sobre Ética y Malas Prácticas en su labor de selección y publicación de trabajos científicos, integrada por obligaciones éticas de autores, editores y revisores; en términos generales, estos principios éticos están basados en las directrices del Committee on Publication Ethics (COPE).

# **Regulación legal de la fecundación asistida *post mortem* en España\***

*Legal regulation of assisted post-mortem fertilisation in Spain*

*Silvia Vilar González*

Profesora de Derecho Civil de la Universitat Jaume I de Castellón

DOI: 10.14679/2035

**Sumario / Summary:** 1. Introducción. 2. Normativa española en materia de reproducción asistida *post mortem*. 2.1. El artículo 9 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. 2.1.1. Requisitos que deberá observar el consentimiento. 2.1.2. Algunas precisiones en torno al plazo de 12 meses. 2.2. La fecundación *post mortem* en el Código Civil de Cataluña. 3. Derechos del nacido por fecundación artificial *post mortem*. 3.1. Efectos derivados de la determinación de la filiación. 3.2. Derechos en materia sucesoria. 4. Regulación de la fecundación *post mortem* en algunos países de nuestro entorno europeo. 4.1. Países europeos que prohíben la fecundación *post mortem*. 4.2. Países europeos en que se permite emplear técnicas de reproducción asistida tras el fallecimiento del varón. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía. 7. Recursos electrónicos.

**Resumen / Abstract:** El avance en las técnicas de reproducción humana asistida ha hecho posible que el fallecimiento de una persona ya no necesariamente derive en el fracaso de su proyecto parental. La regulación de la fecundación *post mortem* en España es poco profusa, deja vacíos legales y posibilita interpretaciones diversas. Pese a ello, resulta posible establecer la filiación paterna a favor del hijo póstumo con los efectos legales que lleva aparejada la filiación.

---

\* El presente trabajo forma parte del Proyecto de investigación "Derecho y Medicina: Desafíos tecnológicos y científicos" (DEMETYC). Ref.: PID2019104868RA-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación/Agencia Estatal de Investigación (10.13039/501100011033).

Advances in assisted human reproduction techniques have made it possible that the death of a person no longer necessarily results in the failure of his parental project. The regulation of post-mortem fertilisation in Spain is not very profuse, leaves legal gaps and allows for different interpretations. Despite this, it is possible to establish paternal filiation in favour of the posthumous child with the legal effects that filiation entails.

**Palabras clave / Keywords:**

Técnicas de reproducción humana asistida; Premoriencia; Fecundación *post mortem*; Filiación; Derechos hereditarios; *Concepturus*.

Human assisted reproduction technologies; Premorience; *Post-mortem* assisted fertilization; Filiation; Inheritance rights; *Concepturus*.

## 1. Introducción

Desde una perspectiva socio-antropológica, la infertilidad es un problema que afecta a la humanidad desde tiempos inmemoriales, siendo cada vez más las personas que recurren a las técnicas de reproducción humana asistida como una de las últimas opciones para ver cumplido su deseo de ser padres<sup>1</sup>. Sin embargo, estos tratamientos no siempre desembocan en embarazos viables y, en ocasiones, resulta necesario repetir los procesos una vez tras otra.

Las esperas que se pueden producir entre un tratamiento de reproducción asistida fallido y el siguiente, una enfermedad sobrevenida, un accidente o cualquier otra circunstancia imprevista de la vida, pueden desembocar en el fallecimiento de alguno de los participantes en estas técnicas, lo que supondrá un serio inconveniente a la hora de continuar empleando su material reproductor en el procedimiento iniciado con anterioridad, para seguir adelante con el proceso de fecundación.

No obstante, a día de hoy y gracias a los avances en el campo de la reproducción asistida, continúa siendo posible engendrar hijos tanto “póstumos” –es decir, los nacidos tras la defunción de uno o de ambos<sup>2</sup> progenitores–,

---

<sup>1</sup> Tal y como afirma LUIS MARTÍNEZ NAVARRO, presidente de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), uno de cada diez de los nacimientos que se producen en España son fruto de este tipo de técnicas. “Uno de cada 10 nacimientos en España son fruto de la reproducción asistida”, *La Vanguardia*, 04/05/2022. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20220504/8242207/10-nacimientos-espana-son-fruto-reproduccion-asistida.html> [Última consulta: 6 diciembre 2022].

<sup>2</sup> Cabe recalcar que seguiría siendo posible continuar con el proceso de fecundación tras el fallecimiento de ambos progenitores recurriendo a una gestante subrogada, pero estando este tipo de acuerdos sancionados en España con la nulidad de pleno derecho.

como “súper-póstumos” –esto es, no solo nacidos, sino también concebidos después de dicho fallecimiento–.

La fecundación *post mortem* es legal en nuestro país, como veremos, si se lleva a cabo cumpliendo con las previsiones legales establecidas en un único artículo, el número 9 de la Ley estatal 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA o Ley 14/2006), así como, si dicha práctica se pretende llevar a cabo en Cataluña, en determinados apartados del artículo 235 del libro segundo del Código Civil de la referida comunidad autónoma (en adelante, CCCat). Ambas disposiciones normativas tan solo prevén la reproducción asistida *post mortem* para el caso de premoriencia del marido, sin tener en consideración la entrada en vigor del artículo 7.3 LTRHA, que permite la determinación de la filiación a favor de dos mujeres casadas siempre y cuando medie el consentimiento para “que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

La escasa regulación de la fecundación *post mortem*, unido al hecho de que el Código Civil español no se refiera a la misma ni tampoco a las restantes técnicas de reproducción humana asistida al establecer las reglas en torno a la determinación legal de la filiación o en materia de sucesiones, deja vacíos legales, dificultosos problemas y posibilita interpretaciones diversas, dependiendo la solución que se dará a la situación de la orientación doctrinal ante la que nos encontremos. Tampoco el Tribunal Supremo ha llegado a pronunciarse sobre la materia por el momento, unificando doctrina.

Una vez identificadas las peculiaridades de la norma estatal y de la autonómica en relación con la determinación de la filiación paterna a favor del menor concebido tras el fallecimiento de dicho progenitor, revisaremos el alcance de los derechos derivados de la mencionada situación.

Finalmente, examinaremos brevemente la regulación legal de la fecundación *post mortem* en distintos países de nuestro entorno europeo. En dicho sentido, la situación existente es bastante dispar de unos a otros, hallándose esta figura expresamente permitida en lugares como Reino Unido, Grecia, Países Bajos, Bélgica o Portugal, entre otros, y expresamente prohibida en otros países como pueden ser Italia, Francia, Suiza o Alemania, en este último, donde incluso se sanciona con penas de prisión a quienes, a sabiendas, lleven a cabo esta técnica.

## 2. Normativa española en materia de reproducción asistida *post mortem*

La fecundación *post mortem* es una técnica que genera debate a nivel doctrinal, encontrando simpatizantes y detractores que sustentan su postura en diversos argumentos éticos, morales, jurídicos o de otro orden<sup>3</sup>.

Así, una parte de la doctrina<sup>4</sup> fundamenta la necesidad de prohibir la fecundación *post mortem* apoyándose en el principio del interés superior del menor, en la medida en que se estaría condenando al hijo a una orfandad deliberada<sup>5</sup>, privándole de su derecho a gozar de la atención y cuidados del progenitor premuerto y, con ello, reduciendo su bienestar y calidad de vida<sup>6</sup>. A estos efectos, LLEDÓ YAGÜE considera que “no puede anteponerse el derecho de toda mujer a ser madre condicionando al hijo como un simple medio útil para conseguir tal aspiración”<sup>7</sup>.

Por el contrario, otros autores<sup>8</sup> argumentan que la fecundación llevada a cabo de forma natural, tampoco asegura a los descendientes que vayan a poder disfrutar de sus dos progenitores.

<sup>3</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, Daniel, “Fecundación *post mortem*: algunas cuestiones complejas”, en TOMILLO URBINA, Jorge y CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (Dir.), *Estudios sobre Derecho de la Salud*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 174.

<sup>4</sup> Entre otros, CORRAL TALCIANI, Hernán F., “La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 265 (1), 1988, p. 12; RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, “La reproducción artificial *post mortem* en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico”, *Revista Boliviana de Derecho*, Núm. 20, 2015, p. 293; o ESTELLÉS PERALTA, Pilar María, “Los hijos de *Thanatos* o súper-póstumos”, *Observatorio de Bioética. Instituto Ciencias de la Vida*, Universidad Católica de Valencia, San Vicente Mártir, 10/11/2021. Disponible en: <https://www.observatoribioetica.org/2021/11/los-hijos-de-thanatos-o-super-postumos/37308> [Última consulta: 11 diciembre 2022].

<sup>5</sup> LLEDÓ YAGÜE, Francisco, “Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, en DIAZ MARTÍNEZ, Ana (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 157.

<sup>6</sup> NÚÑEZ, Rocío, “Caso clínico: fecundación *post mortem*”, *Revista Eidon*, Núm. 52, 2019, p. 77. En el mismo sentido, ESTELLÉS PERALTA, Pilar María, “Los hijos de *Thanatos*...”, op. cit., al afirmar que “[l]a fecundación *post-mortem* provoca intencionadamente en el descendiente una orfandad de nacimiento respecto al padre, que le priva de la posibilidad de recibir su atención y cuidado, anteponiendo la voluntad del fallecido (y de su viuda) de ser padres a la compañía y afectos de los que va a ser privado su hijo póstumo nacido huérfano”.

<sup>7</sup> LLEDÓ YAGÜE, Francisco, “Reflexiones personales en torno a...”, op. cit., p. 158.

<sup>8</sup> Como RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “La fecundación artificial *post mortem*”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Núm. 4, 1987, p.882.

En este contexto podemos afirmar que, aunque el concepto de familia se ha venido transformado a lo largo de las últimas décadas, dando lugar a nuevos modelos que han ido evolucionado de la mano de los diversos movimientos demográficos y de tendencias mundiales cambiantes, no podemos obviar que la familia sigue constituyendo la unidad básica de la sociedad, independientemente de su estructura mono o biparental, lo que en ningún caso puede considerarse, *a priori*, como un perjuicio para el menor, siempre y cuando estos vean cubiertas sus necesidades básicas. De hecho, la propia LTRHA también contempla en su artículo 6 la opción de que cualquier mujer, independientemente de su estado civil y orientación sexual, pueda ser receptora o usuaria de las técnicas de reproducción asistida, siempre que sea mayor de edad, tenga plena capacidad de obrar y preste su consentimiento de forma libre, consciente y expresa, lo que también supondría el nacimiento de un bebé con un único progenitor –la madre– en caso de que dicha mujer se decidiese a someterse a este tipo de procedimiento sola.

Por otro lado, como afirma el profesor INIESTA DELGADO<sup>9</sup>, los avances en medicina reproductiva han posibilitado que la potencia generadora de vida de una persona no necesariamente tenga que agotarse con su fallecimiento. Sin embargo y pese a esta posibilidad, desde el punto de vista de la ciencia, otros autores advierten que no podemos olvidar que la exposición de los espermatozoides a los tejidos y fluidos corporales alterados como consecuencia del fallecimiento, también puede suponer un riesgo genético y/o epigenético para los espermatozoides y para la futura descendencia, no habiéndose evaluado por el momento los potenciales efectos derivados de esta situación<sup>10</sup>.

En cualquier caso y más allá de consideraciones jurídicas, religiosas, morales, científicas o sociales que pueden justificar las distintas posturas doctrinales en torno a la práctica que nos ocupa, el legislador español ya permitió y estableció en el artículo 9 de la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, Ley 35/1988) el modo en el que proceder para el caso de que se pretendiese emplear el material reproductor de un varón, tras su fallecimiento, para fecundar a su esposa, a efectos de poder determinar legalmente la filiación paterna a favor del

<sup>9</sup> INIESTA DELGADO, Juan José, "Fecundación *post mortem*", en ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo I, Ed. Comares, Granada, 2011, p. 869.

<sup>10</sup> TARÍN, Juan J., GARCÍA-PÉREZ, Miguel A. y CANO, A., "It Is Premature to Use Postmortem Sperm for Reproductive Purposes: a Data-Driven Opinion", *Reproductive Sciences*, 29(12), 2022, p. 3387.

hijo y, gracias a ello, reconocerle los restantes efectos jurídicos que pudieran derivarse de esta situación, en especial, sus derechos hereditarios<sup>11</sup>.

Dicho artículo 9 de la anterior Ley 35/1988 afirmaba que no podría determinarse legalmente la filiación ni reconocerse ninguna relación jurídica entre el hijo nacido por reproducción asistida y el marido fallecido si, a la fecha de fallecimiento de este, sus gametos no se hallasen en el útero de la mujer (art. 9.1 Ley 35/1988). Pese a ello, se permitía que el marido pudiera consentir a través de escritura pública o de testamento, que su material reproductor pudiera emplearse para fecundar a su esposa, en los seis meses siguientes a su defunción, “produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial” (art. 9.2 Ley 35/1988). También permitía que los varones no unidos por vínculo matrimonial, pudieran hacer uso de la posibilidad mencionada anteriormente, sirviendo dicho consentimiento como título para poder iniciar ante el encargado del Registro Civil el expediente dirigido al reconocimiento de la filiación no matrimonial, previsto en el artículo 49 de la también anterior Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil<sup>12</sup>, “sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad” (art. 9.3 Ley 35/1988). Finalmente, se preveía la posibilidad de revocar el consentimiento en cualquier momento previo a la realización de la técnica de reproducción asistida prevista (art. 9.4 Ley 35/1988).

## **2.1.El artículo 9 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida**

Tal y como hemos señalado con anterioridad, en la actualidad, los supuestos de fecundación *post mortem* se contemplan legalmente en nuestro país en el artículo 9 de la Ley española 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, habiéndose previsto también por parte del legislador catalán en los artículos 235-8 y 235-13 del Código Civil de Cataluña (en lo sucesivo, CCCat)<sup>13</sup>. En ambas normas se distingue entre los supuestos de determinación de la filiación derivada de la fecundación asistida *post mortem*

<sup>11</sup> ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, “6. Fecundación *post mortem*”, en ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.) y NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar y ROMEO MALANDA, Sergio (Coord.), *Manual de Bioderecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2022, p. 236.

<sup>12</sup> El expediente de reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento se encuentra regulado en la actual Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil en el apartado 7 de su artículo 44.

<sup>13</sup> Ley foral 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

llevada a cabo en una mujer casada con los gametos de su finado esposo, de aquellos otros en que el hombre tan solo es pareja de hecho de esta.

El artículo 9 de la LTRHA regula qué sucederá si se produjera el fallecimiento del varón que hubiera aportado su material genético para llevar a cabo un proceso de reproducción asistida, si dicha defunción sucediera antes del nacimiento del menor. A dichos efectos, se prevén varias posibilidades:

- a) En caso de que el material reproductor procedente del marido fallecido ya estuviera en el útero de la mujer en la fecha de su defunción, se determinará legalmente la filiación entre el hijo y el finado de forma directa (art. 9.1).
- b) Si el material reproductor del marido todavía no hubiera sido utilizado a la fecha de su fallecimiento, este puede haber prestado su consentimiento por escrito para que sus gametos sean utilizados para la fecundación de su esposa durante los 12 meses siguientes a su fallecimiento. En caso de que el menor nazca a partir de dicho proceso, se producirán todos los efectos legales derivados de la filiación matrimonial (art. 9.2).
- c) Se entenderá otorgado presuntamente el consentimiento por parte del finado “cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido” (art. 9.2 *in fine*).
- d) Si el varón sometido al tratamiento de reproducción asistida no estuviera unido por vínculo matrimonial con la mujer, también podrá prestar su consentimiento expreso a los efectos anteriores, pero deberá seguirse un expediente que permita determinar la filiación paterna conforme al artículo 44.8 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en lo sucesivo, LRC2011)<sup>14</sup>. Como vemos, este apartado establece una diferencia de trato en cuanto a los documentos legitimadores de la voluntad del fallecido dependiendo

<sup>14</sup> En este art. 44.8 LRC2011, se prevé a efectos de hacer constar la filiación paterna, con respecto a los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine –como sucede en este caso–, la necesidad de obtener una previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal.

de su estado civil, lo que para algunos autores puede atentar contra derechos fundamentales de la persona<sup>15</sup>.

Llegados a este punto, cabe realizar una serie de precisiones conceptuales en torno a las técnicas de reproducción asistida para poder comprender los supuestos contemplados en la redacción del referido artículo 9.

En dicho sentido y para comenzar, debemos distinguir la inseminación artificial de la fecundación *in vitro*. La primera, consiste en un procedimiento relativamente sencillo, de baja complejidad y que se realiza colocando una muestra de material seminal, previamente preparado en laboratorio, en el interior del útero de la mujer con la finalidad de incrementar el potencial de los espermatozoides y las posibilidades de que el óvulo quede fecundado<sup>16</sup>. La fecundación *in vitro*, por su parte, es un tratamiento que requiere llevar a cabo una estimulación hormonal dirigida a la extracción de óvulos de los folículos maduros que, una vez fecundados en un laboratorio con los espermatozoides obtenidos a partir de una muestra de semen del varón, darán lugar a uno o varios embriones que se implantarán de nuevo en el útero de la mujer para alcanzar el embarazo<sup>17</sup>. Como vemos, en la inseminación artificial, la unión de los gametos femeninos con los masculinos se produce *in útero*, mientras que en la segunda técnica mencionada, la fecundación se lleva a cabo *extra útero*, es decir, fuera del cuerpo de la mujer, por lo que algunos autores afirman que se trata de una concepción antinatural<sup>18</sup>. Ambas figuras podrían tener cabida en el tenor literal del artículo 9 de la Ley 35/1988.

Por otro lado, debemos distinguir también la fecundación homóloga, es decir, aquella que se lleva a cabo con el material reproductor perteneciente al marido o pareja de hecho estable de la mujer en que se vaya a aplicar la técnica de reproducción asistida de que se trate; de la heteróloga, en la que los gametos, masculinos o femeninos, procederán de un donante<sup>19</sup>, o

<sup>15</sup> CRAVIOTTO VALLE, Patricia, "Seguridad jurídica de los derechos sucesorios en la fecundación *post mortem* en España", *Revista de Derecho y Genoma Humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, Núm. 55, 2021, p. 93.

<sup>16</sup> "Inseminación artificial (IA)", *IVI*. Disponible en: <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/inseminacion-artificial/> [Última consulta: 11 diciembre 2022].

<sup>17</sup> "¿En qué consiste la fecundación *in vitro*?", *IVI*. Disponible en: <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/> [Última consulta: 11 diciembre 2022].

<sup>18</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, "Determinación de la filiación en la procreación asistida", *Revista Ius*, Vol. 11, Núm. 39, 2017, pp. 109-138.

<sup>19</sup> En el caso de España, conforme establece el art. 5.5 de la Ley 14/2006, la donación de gametos "será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad

bien, en caso de recurrir a una gestante subrogada<sup>20</sup>. Se podrá optar por la fecundación homóloga en caso de que, pese a ser ambos progenitores fértiles, no les resulte posible alcanzar un embarazo viable a través del acto sexual<sup>21</sup>. De estas dos figuras, en la legislación española tan solo cabe hablar de la aplicación de la fecundación *post mortem* homóloga.

Finalmente, por lo que respecta al propio procedimiento de fecundación *post mortem*, se podrían dar varios supuestos para que los que los espermatozoides del marido muerto lleguen o puedan encontrarse en una unidad de reproducción asistida. El más frecuente sería aquel en que el varón decide conservar sus gametos en un banco de semen antes de ser sometido a algún tratamiento médico o de ingerir determinados fármacos que puedan afectar a su calidad seminal o producirle infertilidad, como pueden ser, entre otros, una cirugía, la quimioterapia o la radioterapia para tratar el cáncer. El segundo

de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan”.

<sup>20</sup> Pese a que los acuerdos de gestación por sustitución se hallan sancionados en España con la nulidad de pleno derecho, tampoco se puede descartar por completo que se llegase a autorizar el traslado de los gametos de la mujer premuerta a algún país en que esta figura sea legal. Sin embargo, a día de hoy, conseguir esta autorización resultaría sumamente complicado dado que el art. 23.3 del Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, establece que el Ministerio de Sanidad solo autorizará, previo informe de la Organización Nacional de Trasplantes, la exportación de tejidos y células humanos “si concurren las siguientes circunstancias: a) Que exista disponibilidad suficiente de dichas células y/o tejidos en los establecimientos de tejidos nacionales [o] b) Que exista una razón médica que justifique la exportación”, siendo dudoso cómo podría motivarse médicamente la necesidad de trasladar a otro país los gametos o preembriones de una mujer fallecida. Pese a todo ello y aunque el supuesto no sea el mismo, podemos mencionar la histórica sentencia dictada en Reino Unido en el caso “Diane Blood”, en el que esta, tras dos años de batalla judicial, logró autorización para trasladar los gametos de su fallecido marido a Bélgica para tener un hijo póstumo de este mediante inseminación artificial. En este caso, el 6 de febrero de 1997, el Tribunal de Apelación dictaminó que, aunque no se le debía permitir utilizar el esperma de su difunto esposo en Reino Unido por carecer del preceptivo consentimiento previo exigido en la legislación británica, la *Human Fertilisation & Embryology Authority (HFEA)* debía reconsiderar su decisión de no permitirle exportarlo, lo que así hizo el día 28 de febrero de 1997. Véase “*R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood*”, *Court of Appeal, Civil Division Lord Woolf Mr. Waite and Henry LJJ. 6 February 1997. [1997] 2 All ER 687; [1997] 2 WLR 806; [1999] Fam 151*.

<sup>21</sup> Esta imposibilidad de alcanzar el embarazo puede deberse a diversas causas, como “la impotencia del hombre o el vaginismo de la mujer, trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que neutralizan los espermatozoides, alteraciones del cuello del útero”. En FAMA, María Victoria, *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 110.

supuesto sería aquel que se produciría cuando, una vez fallecido el esposo, su cónyuge solicitase la extracción y conservación del material reproductor del primero con la finalidad de emplearlo en la reproducción asistida *post mortem*.

Por lo que respecta a la primera opción, es decir, la relativa a la conservación voluntaria de los gametos por parte del esposo en previsión del futuro tratamiento o intervención a los que va a ser sometido, el Real Decreto 1030/2006 por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud<sup>22</sup>, la prevé entre estos servicios comunes de atención especializada.

Así, el apartado 5.3.8 del anexo III de esta norma afirma, entre otros aspectos, que los tratamientos de reproducción humana asistida se llevarán a cabo con la finalidad de ayudar a alcanzar la gestación en situaciones especiales como puede ser la relativa a la “[p]reservación de gametos para uso autólogo diferido por indicación médica para preservar la fertilidad en situaciones asociadas a procesos especiales [...]”<sup>23</sup>. Este servicio se prestará a través del sistema nacional de salud siempre que concurren los siguientes requisitos<sup>24</sup>:

- a) Que medie indicación médica, no quedando incluidos si se llevan a cabo por la mera petición propia del paciente para su uso diferido.
- b) Que exista un posible riesgo de pérdida de la capacidad reproductiva del paciente, asociada a la exposición a tratamientos gameto-tóxicos o a cualquier proceso patológico con riesgo acreditado de fallo testicular primario<sup>25</sup>.

Asimismo, para la criopreservación de gametos para uso propio diferido en estas circunstancias, no se aplicará el límite mínimo de edad de 18 años contemplado en esta norma<sup>26</sup>.

En cuanto a la segunda opción, es decir, la relativa a la obtención del material reproductor del varón tras su fallecimiento con finalidad reproductiva, por la remisión efectuada por los artículos 1 y 8 del Real Decreto-ley

<sup>22</sup> Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

<sup>23</sup> Apto. 5.3.8.2.º del Anexo III del RD 1030/2006.

<sup>24</sup> Apto. 5.3.8.3.d) del Anexo III del RD 1030/2006.

<sup>25</sup> O de fallo ovárico prematuro, en el caso de las mujeres.

<sup>26</sup> Apto. 5.3.8.2.a)1.º del Anexo III del RD 1030/2006.

9/2014, será de aplicación lo dispuesto la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>27</sup>, norma que tan solo se pronuncia en torno a la necesidad de

contar con el consentimiento expreso del finado para poder emplear sus gametos en el proceso de fecundación *post mortem* de que se trate.

En dicho sentido, contando con el consentimiento expreso prestado en vida por parte del finado, podrá procederse a la extracción de su material reproductor mediante una biopsia testicular o aspiración de epidídimo<sup>28</sup>, en un plazo recomendado no superior a las 24 horas tras su fallecimiento<sup>29</sup> para que los espermatozoides extraídos tengan la calidad suficiente para poder ser criocongelados y empleados en técnicas de reproducción asistida.

### 2.1.1. Requisitos que deberá observar el consentimiento

Por lo que respecta al consentimiento que deberá prestar el varón para que, una vez producido su fallecimiento, se puedan seguir empleando sus gametos para la fecundación, este deberá constar por escrito, haberse prestado de forma libre, informada y expresa, así como previamente a la utilización de la técnica de reproducción asistida de que se trate.

<sup>27</sup> Dada la expresa remisión a esta norma efectuada por los artículos 1 y 8 del Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, cit.

<sup>28</sup> MESTRE, Cristina, "Extraen espermatozoides de un fallecido para fecundar a su pareja", *Reproducción Asistida ORG*, 02/03/2015. Disponible en: <https://www.reproduccionasistida.org/extraen-espermatozoides-de-un-fallecido-para-fecundar-a-su-pareja/#:~:text=La%20extracci%C3%B3n%20de%20espermatozoides%20de,en%20t%C3%A9cnicas%20de%20reproducci%C3%B3n%20asistida> [Última consulta: 6 diciembre 2022]. En el presente artículo, se hace referencia al caso de varón de 35 años que falleció en accidente de tráfico y su pareja de hecho logró que un Juzgado sevillano autorizase llevar a cabo una biopsia testicular preventiva para extraer los espermatozoides de aquel y ordenó conservarlos en un lugar especializado y congelarlos en nitrógeno a 196 grados bajo cero a la espera de que pudieran utilizarse. Sin embargo, finalmente el Juzgado de primera instancia Núm. 25 de Sevilla desestimó la solicitud de la mujer para emplear dicha esperma en el proceso de inseminación artificial por no contar con el consentimiento expreso del finado y, por tanto, no ajustarse a los requisitos legales. "Un Juzgado de Sevilla desestima usar esperma de un muerto para la inseminación de su mujer", *El correo de Andalucía*, 13/11/2015. Disponible en: <https://elcorreoweb.es/sevilla/un-juzgado-de-sevilla-desestima-usar-esperma-de-un-muerto-para-la-inseminacion-de-su-mujer-YY1010450> [Última consulta: 6 diciembre 2022].

<sup>29</sup> Aunque existen estudios que documentan la viabilidad de obtener espermatozoides adecuados con fines reproductivos hasta las 48 horas posteriores al fallecimiento. Véase, por ejemplo, TARÍN, Juan J., GARCÍA-PÉREZ, Miguel A. y CANO, A., "It Is Premature to Use...", op. cit., p. 3388.

El consentimiento deberá ser fehaciente, pudiendo formalizarse a través de escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas, siguiendo las reglas marcadas para que el documento resulte accesible y comprensible también para las personas con discapacidad.

La necesidad de contar con la autorización expresa del difunto se justifica en la trascendencia de las consecuencias personales y legales que genera un hecho de esta naturaleza, tanto desde el punto de vista personal, como desde el legal y económico, produciéndose en materia sucesoria de forma inmediata y directa para sus herederos, instituidos tanto a través de disposición testamentaria, como por medio de la sucesión intestada<sup>30</sup>.

El consentimiento prestado podrá ser revocado por el varón en cualquier momento anterior a la aplicación de la técnica de reproducción asistida en su esposa o pareja<sup>31</sup>. Sin embargo, algunos autores<sup>32</sup> consideran que afirmar la operatividad del consentimiento expreso del fallecido o la presunción positiva en torno a la voluntad procreativa para el uso de las técnicas de reproducción humana, mientras no conste expresamente una revocación del consentimiento, sin excepción, podría dañar gravemente los intereses del fallecido, siendo conveniente que pudiera ser admisible el reconocimiento de “la interpretación de la voluntad real del causante con apoyo en testimonios, y otras pruebas, en circunstancias extraordinarias”<sup>33</sup>. Otros autores, han señalado con respecto a la revocación que, al encontrarnos ante un consentimiento personalísimo y esencialmente revocable, su eficacia no se puede prolongar más allá del momento del fallecimiento de la persona que lo presta, a partir del cual la revocación deviene imposible. No obstante, como acertadamente afirma LÓPEZ PELÁEZ<sup>34</sup>, si es factible “disponer para después de la muerte de las acciones que protegen el honor y la intimidad, y aún de los propios órganos, no se ve razón válida para negar eficacia a la disposición para un uso concreto *post mortem* de los propios gametos y al consentimiento para la fecundación”<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> AJPI Valladolid (Núm. 4), de 12 de diciembre de 2007, Núm. de resolución: 958/2007-A. Ponente: Luis Puente de Pinedo (ECLI:ES:JPI:2007:12A).

<sup>31</sup> Art. 9.2 Ley 14/2006.

<sup>32</sup> Como, entre otros, ZUBERO QUINTANILLA, Sara, “Revocación del consentimiento prestado por el causante a la reproducción *post mortem* tras la ruptura del vínculo matrimonial”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 8, Núm. 2, 2021.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>34</sup> LÓPEZ PELÁEZ, Patricia, “Relaciones civiles derivadas de la fecundación *post mortem*”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, Núm. 6, 1994, p. 115.

<sup>35</sup> *Ibid.*

Por otra parte, la vigente LTRHA ha incorporado la posibilidad de considerar la prestación de un consentimiento tácito o presunto, para el caso de que ya se hubiera sometido al cónyuge superviviente a un proceso de reproducción asistida para la transferencia de preembriones que hubieran sido constituidos antes del fallecimiento del esposo, tal y como se desprende de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 9.2 LTRHA.

Para considerar la validez de este consentimiento presunto, como vemos, la Ley impone el único requisito de contar de preembriones<sup>36</sup> constituidos antes del fallecimiento del varón, por lo que no podrá alegarse su existencia por el mero hecho de haberse iniciado el tratamiento o depositado el material genético antes de la muerte del esposo<sup>37</sup>.

Finalmente, en el caso de solicitudes para la "inseminación por representación de la voluntad del fallecido"<sup>38</sup>, sin contar con el consentimiento expreso de este prestado antes de su fallecimiento, la jurisprudencia ha venido denegando su autorización, en la medida en que considera dicho consentimiento como un acto personalísimo que no puede ser suplido por parte de los herederos del fallecido<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Según el art. 1.2 LTRHA "[...] A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde".

<sup>37</sup> Así se afirma, entre otras, en la AJPI Valladolid (Núm. 4), de 12 de diciembre de 2007. Núm. de resolución: 958/2007-A. Ponente: LUIS PUENTE DE PINEDO (ECLI:ES:JPI:2007:12A), al señalar que "[t]eniendo en cuenta que por preembrión se entiende el embrión *in vitro*, es decir, el grupo de células resultante desde la fecundación hasta catorce días después, al no existir aun material genético del marido es imposible que pueda haber preembriones constituidos antes de su muerte. [...] Nuevamente la Ley plantea obstáculos insalvables a la autorización solicitada pues no basta con que se haya iniciado el tratamiento, sino que exige que existan preembriones antes del fallecimiento del marido, lo que tampoco concurre en este caso".

<sup>38</sup> ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, "6. Fecundación *post mortem*", en ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.) y NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar y ROMEO MALANDA, Sergio (Coord.), *Manual de Bioderecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2022, p. 237.

<sup>39</sup> Como resulta, entre otros, del AAP Barcelona (Secc. 12<sup>a</sup>), de 16 de septiembre de 2004. Núm. de resolución: 190/04. Núm. de recurso: 524/2004. Ponente: Montserrat Nebrera González (ECLI:ES:AP B:2004:4297A), en que se desestimó la solicitud de una mujer para ser inseminada con el semen de su fallecido esposo, sin contar con el preceptivo consentimiento expreso de este para ello; o del AJPI Valladolid (Núm. 4), de 12 de diciembre de 2007. Núm. de resolución: 958/2007-A. Ponente: Luis Puente de Pinedo (ECLI:ES:JPI:2007:12A), en que se deniega la autorización solicitada por la esposa superviviente para el uso del material genético de su marido premuerto en una inseminación artificial, concluyendo que "[...] no es posible entender prestado el consentimiento para el uso *post mortem* del material genético del difunto porque en el consentimiento informado suscrito por él no fue preguntado al respecto; y, por último, no hay preembriones constituidos

En dicho sentido, cabe hacer referencia al Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de diciembre de 2003<sup>40</sup>, por el que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por una mujer que pedía autorización judicial para ser inseminada artificialmente con material genético de su difunto esposo, sin contar con el consentimiento previo prestado por este pero, ante esta circunstancia, sin pretender tampoco que se generase ningún tipo de relación de filiación entre el futuro niño y el finado. Algunos autores<sup>41</sup> consideran que resulta necesario valorar esta posibilidad cuando lo que se pretende es emplear el material reproductor a los únicos efectos de imputar la filiación, una vez llegado el caso, exclusivamente con respecto de la madre.

Pues bien, el auto interpretó la necesidad del consentimiento en materia de fecundación *post mortem*, en el sentido de que queda vetado emplear el semen del fallecido careciendo del preceptivo consentimiento para ello, no pudiendo entenderse que podría emplearse igualmente el material genético pero “[...] simplemente no se atribuirán los derechos y deberes derivados de la filiación”<sup>42</sup>. Por tanto, si la esposa viuda consiguiera que se la inseminara igualmente, pese a no cumplirse los requisitos legalmente prevenidos, tan solo podría determinarse la filiación materna a su favor, “pero no la paterna ni ninguna consecuencia jurídica respecto a este progenitor, a salvo, indudablemente, de que lo será biológicamente”<sup>43</sup>. Es más, la sentencia continúa señalando que la exigencia del consentimiento, “al margen de los derechos civiles que de ello deriven, no puede ser obviada por la vía interpretativa que pretende la apelante, ni menos puede suplirse por un órgano judicial”<sup>44</sup>.

En el mismo sentido se pronunció el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 3 de noviembre de 2000<sup>45</sup>, que revocó la sentencia del tribunal de instancia que autorizaba llevar a cabo la fecundación asistida *post mortem*

---

antes de su fallecimiento, lo que hubiera permitido entender que existió un consentimiento tácito o presunto”.

<sup>40</sup> AAP Valencia (Secc. 7ª), de 23 de diciembre de 2003. Núm. de resolución: 273/2003. Núm. de recurso: 766/2003. Ponente: María Pilar Eugenia Cerdán Villalba (ECLI:ES:APV:2003:943A).

<sup>41</sup> Como OCHOA, Carmen y LLEDÓ YAGÜE, Francisco, “Artículo 9. Premoriencia del marido”, en MONJE BALMASEDA, Óscar (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 153.

<sup>42</sup> Párrafo 4º del razonamiento jurídico SEXTO de AAP Valencia (Secc. 7ª), 23/12/2003, cit.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Párrafo 6º del razonamiento jurídico SEXTO de AAP Valencia (Secc. 7ª), 23/12/2003, cit.

<sup>45</sup> AAP A Coruña (Secc. 4ª), de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001\183).

sin contar con consentimiento del finado ya que, pese a que emplear el semen de la pareja tras su fallecimiento es una aspiración humana atendible, no puede suplirse por la vía interpretativa el consentimiento expreso de naturaleza personalísima que exige el artículo 9.2, en el sentido de admitir que la voluntad expresa del finado pueda ser suplida por el consentimiento de los parientes más próximos o por una autorización judicial.

También en el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 7 de mayo de 2020<sup>46</sup> señala, haciendo referencia a innumerables resoluciones judiciales, la obvia necesidad de la concurrencia del consentimiento previo del titular del material reproductor para poder hacer uso del mismo, dado que “al margen de la clara previsión legal, [...] por un lado, el consentimiento es personalísimo por lo que no puede ser suplido y, de otro lado, [...] la paternidad es un hecho voluntario inherente a la personalidad que se extingue con el fallecimiento”<sup>47</sup>.

Pese al mencionado criterio mayoritario que considera indispensable contar con el consentimiento expreso del finado prestado en escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas, tal y como requiere la Ley, existe también algún otro pronunciamiento judicial que ha permitido aplicar la técnica que nos ocupa, considerando suficiente el que resulta del documento sanitario. Así se desprende, por ejemplo, del Auto dictado por la sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en julio de 2011<sup>48</sup>, que estimó el recurso de apelación interpuesto por la recurrente y le concedió autorización para que pudiera utilizar el material reproductor de su pareja fallecida.

No obstante, cabe señalar que el auto justifica su fallo en el criterio marcado por la sentencia número 28/2007 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 27 de septiembre de 2007<sup>49</sup> que, en un supuesto relacionado con las técnicas de reproducción asistida (pero no con la fecundación *post mortem*) y apoyándose en la doctrina de los actos propios<sup>50</sup> y en el

<sup>46</sup> AAP Guipúzcoa (Secc. 2ª), de 7 de mayo de 2020. Núm. de resolución: 68/2020. Núm. de recurso: 21285/2019. Ponente: Iñigo FRANCISCO SUÁREZ ODRIOZOLA (ECLI:ES:APSS:2020:1070A).

<sup>47</sup> En fundamento de derecho SEGUNDO de AAP Guipúzcoa (Secc. 2ª), 7/5/2020, cit.

<sup>48</sup> AAP Barcelona (Secc. 18ª), de 12 de julio de 2011. Núm. de resolución: 164/2011. Núm. de recurso: 347/2011. Ponente: María José PÉREZ TORMO. (ECLI:ES:APB:2011:6090A).

<sup>49</sup> STSJ Cataluña (Sala Civil), de 27 de septiembre de 2007. Núm. de resolución: 28/2007. Núm. de recurso: 135/2006. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGUES. (ECLI:ES:TSJCAT:2007:10208).

<sup>50</sup> En base a la cual “Nadie puede hacer valer un derecho o una facultad que contradiga la conducta propia observada con anterioridad si ésta tenía una significación inequívoca de la

principio del interés superior del niño, consideró suficiente el consentimiento expreso, libre, consciente y por escrito prestado por el marido en el documento sanitario que firmó antes del empleo de la técnica de reproducción asistida –pero no en escritura pública–, a efectos de determinar la filiación a favor del nacido. Dicho documento surtiría, por tanto, según la sentencia, un doble efecto: por un lado, la autorización al centro médico para poder aplicar sobre la mujer las técnicas de reproducción asistida sin exponerse a sanción administrativa y, por otro, el de asumir la paternidad resultante, prohibiendo su impugnación, que era lo que se pretendía en el referido supuesto.

## 2.1.2. Algunas precisiones en torno al plazo de 12 meses

En la medida en que la fecundación *post mortem* puede afectar a derechos de terceros, en especial, en materia sucesoria, en aras de la seguridad jurídica resulta claro que esta práctica debe quedar limitada temporalmente, no pudiendo dejarse a la exclusiva voluntad de la viuda o pareja de hecho el tiempo durante el que podrá llevarse a cabo<sup>51</sup>.

Por dicho motivo, la LTRHA española establece un plazo de 12 meses durante el cual podrán emplearse en la fecundación los gametos del varón fallecido. Parte de la doctrina<sup>52</sup> considera que este plazo debe entenderse como un plazo preclusivo de caducidad, por lo que, una vez transcurrido, no se podrá continuar con el proceso de reproducción asistida aunque no se haya logrado alcanzar el embarazo. Si se continuara con la fecundación igualmente fuera de plazo, no se produciría la determinación legal de la paternidad, al no cumplirse el requisito temporal prevenido en la LTRHA y, en consecuencia, nos encontraríamos ante un supuesto semejante al de la fecundación con semen de donante<sup>53</sup>.

---

cual derivan consecuencias jurídicas incompatibles con la pretensión actual”. Fundamento de Derecho OCTAVO de la STSJ Cataluña (Sala Civil), de 27 de septiembre de 2007. Núm. de resolución: 28/2007. Núm. de recurso: 135/2006. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGUES. (ECLI:ES:TSJCAT:2007:10208).

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, “Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial *post mortem*”, Oñati Socio-legal Series, Vol. 7, Núm. 1, 2017, p. 191.

<sup>52</sup> ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, “6. Fecundación *post mortem*”, en ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.) y NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar y ROMEO MALANDA, Sergio (Coord.), *Manual de Bioderecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2022, p. 238.

<sup>53</sup> MORO ALMARAZ, María Jesús, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1988, p. 251.

Pese a la interpretación que mayoritariamente se realiza en torno al plazo de un año, existe también jurisprudencia que lo interpreta en sentido diverso. Así sucede, por ejemplo, con el auto del Juzgado de Primera Instancia número 41 de Barcelona, de 13 de febrero de 2017<sup>54</sup>, por el que se autorizó la continuación del tratamiento de fecundación *post mortem* iniciado por la esposa con el material genético de su difunto esposo, hasta el agotamiento del material genético disponible, siempre que en la usuaria no existiesen causas médicas o psicológicas que desaconsejasen su continuación. En dicho supuesto, se contaba con la autorización formal y expresa para el uso reproductivo póstumo del material genético criopreservado del fallecido, ante la posibilidad de no superar la enfermedad que le aquejaba, quedando clara su voluntad de que, en el caso de fallecer, su esposa continuara adelante con el proyecto familiar que ambos tenían planeado, documento que se estimó suficiente a efectos legales. De hecho, en previsión de esta situación y para reforzar su voluntad, ambos contrajeron matrimonio el día antes de fallecer éste. Asimismo, al no haber otorgado testamento, la viuda devino heredera universal de su difunto esposo y titular<sup>55</sup>, por esta vía, de su material reproductor criopreservado.

El auto considera que, de la interpretación *a sensu contrario* del apartado primero del artículo 9 LTRHA, no se desprende una prohibición clara y expresa del uso por parte de viuda del material reproductor de su esposo, una vez fallecido este, sino que se limita a denegar, como regla general y con la excepción prevenida en el apartado segundo del mismo artículo, “la filiación paterna al hijo que así nazca, pero no cuestiona la legalidad de tal uso de técnicas de reproducción asistida”<sup>56</sup>.

Señala también el auto que, de no autorizarse la continuación, podría darse una paradójica e injusta situación para la viuda, en la medida en que el artículo 11.4 LTRHA establece que la donación con fines reproductivos es uno de los destinos que se le podrán dar al semen crioconservado, por lo que

<sup>54</sup> AJPI Barcelona (Núm. 41), de 13 de febrero de 2017. Núm. de Resolución: 52/2017. Ponente: Jesús ARANGÜENA SANDE (ECLI:ES:JPI:2017:40A).

<sup>55</sup> En este contexto debemos señalar que, pese a que el material reproductor no puede ser considerado como una *res in commercium*, sí debe entenderse que el derecho de decisión sobre su destino debe corresponder a su viuda-heredera. ÁLVAREZ GÓMEZ, Sonia, “Plazo legal del proceso de fecundación *post mortem* en España y Cataluña”, *LexBcn Advocats*, 05/06/2019. Disponible en: <https://lexbcn.com/2019/06/05/plazo-legal-del-proceso-de-fecundacion-post-mortem-en-espana-y-cataluna/?cn-reloaded=1> [Última consulta: 11 diciembre 2022].

<sup>56</sup> Párrafo 14º del fundamento de derecho segundo de la AJPI Barcelona (Núm. 41), de 13 de febrero de 2017. Núm. de Resolución: 52/2017. Ponente: Jesús ARANGÜENA SANDE (ECLI:ES:JPI:2017:40A).

dicho semen podría llegar a transferirse a otra mujer, pero nunca a la viuda, salvo si esta se decidiera a ser madre vía reproducción asistida con gametos de donante anónimo y, casualmente, tuviera la suerte de recibir el semen crioconservado de su esposo, pero sin saberlo<sup>57</sup>.

En definitiva, el auto entiende, por tanto, que el plazo marcado por la Ley 14/2006 lo es a efectos de determinar la filiación del menor nacido, pero que no se prohíbe la posibilidad de seguir empleando el material reproductor del fallecido una vez transcurrido dicho periodo, lo que parece abrir una puerta a esta posibilidad.

Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de septiembre de 2020<sup>58</sup>, se pronunció en un caso en el que la fecundación *post mortem* se había llevado a cabo excediendo el plazo legalmente establecido. En el presente supuesto, tras haber fallecido el varón en 2012 y ante la negativa del centro médico para que la viuda pudiera emplear el material genético crioconservado de aquel en 2015, por haber transcurrido el plazo legal, se planteó una demanda de jurisdicción voluntaria que terminó en un auto de 9 de febrero de 2016 que autorizaba el uso del esperma del finado<sup>59</sup>. Fruto de esta situación, nació una niña en el año 2018 a cuyo favor su madre solicitó la determinación de la filiación respecto del fallecido, lo que se denegó en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 51 de Barcelona objeto de apelación, por haberse llevado a cabo la fecundación, una vez transcurrido el plazo establecido legalmente<sup>60</sup>.

En el recurso de apelación se alegaba que la voluntad expresa del marido para llevar a cabo la fecundación asistida después de su fallecimiento constaba fehacientemente y que el plazo legal prevenido se prorrogó por el Juzgado de primera instancia al autorizar en el Auto de 2016 el uso por la demandante del esperma de su fallecido esposo, por lo que “si el Juez autoriza la realización de una fecundación *in vitro post mortem* transcurrido

<sup>57</sup> Párrafo 34º a 39º del fundamento de derecho segundo de la AJPI Barcelona (Núm. 41), de 13 de febrero de 2017. Núm. de Resolución: 52/2017. Ponente: Jesús ARANGÜENA SANDE (ECLI:ES:JPI:2017:40A).

<sup>58</sup> SAP Barcelona (Secc. 18ª), de 23 de septiembre de 2020. Núm. de resolución: 596/2020. Núm. de recurso: 1111/2019. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE (ECLI:ES:APB:2020:8778).

<sup>59</sup> En el fundamento de derecho PRIMERO de SAP Barcelona (Secc. 18ª), de 23/9/2020, cit.

<sup>60</sup> Párrafo 2º del fundamento de derecho PRIMERO de SAP Barcelona (Secc. 18ª), de 23/9/2020, cit.

el plazo legal, no puede denegarse después el reconocimiento de la filiación de la niña nacida como resultado de la fecundación autorizada”<sup>61</sup>.

La Audiencia Provincial de Barcelona terminó resolviendo en su sentencia que, pese a resultar evidente que la hija nació como resultado de un procedimiento médico de fecundación con gametos del finado, no puede entenderse que el auto dictado en el expediente de jurisdicción voluntaria implique la prórroga del plazo legal establecido para la determinación de la paternidad por consentimiento a las técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, entendió la Sala que, pese a no haberse cumplido en el presente supuesto con el requisito temporal prevenido en el art. 9 LTRHA, “ello no impide el ejercicio de una acción de reclamación de paternidad cuando el padre cuya filiación se reclama es el padre biológico”<sup>62</sup>, dado que el “fundamento de las acciones de reclamación de la filiación es precisamente la verdad biológica”<sup>63</sup>, dejando a salvo los artículos 8.2 y 10.3 LTRHA, entre otros, una posible acción de reclamación de paternidad con respecto del padre biológico conforme a las normas generales.

Por todo ello, la sentencia terminó estimando el recurso, revocando la sentencia de instancia y concluyendo que, habiendo quedado acreditada la paternidad biológica del finado en el presente supuesto, “procede declarar la filiación reclamada con fundamento en la determinación de la verdad biológica”<sup>64</sup>.

## 2.2. *La fecundación post mortem en el Código Civil de Cataluña*

El Código Civil de Cataluña contempla en sus artículos 235-8.2 y 235-13.2 algunas reglas aplicables, dentro de su ámbito autonómico de competencia, a los supuestos de fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido o de la pareja estable, respectivamente, con gametos propios, que difieren en algunos aspectos de la norma estatal<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Párrafo 2º del fundamento de derecho PRIMERO de SAP Barcelona (Secc. 18ª), de 23/9/2020, cit.

<sup>62</sup> Párrafo 14º del fundamento de derecho PRIMERO de SAP Barcelona (Secc. 18ª), de 23/9/2020, cit.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> Párrafo 16º del fundamento de derecho PRIMERO de SAP Barcelona (Secc. 18ª), de 23/9/2020, cit.

<sup>65</sup> PERALTA ORTEGA, Juan Carlos, “Reflexiones sobre la regulación catalana de la fecundación post mortem y sus diferencias con el derecho común”, en LASARTE ÁLVAREZ, Carlos et al. (Coord.), *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Madrid, 2004, pp. 211-228.

En cualquier caso, en Derecho catalán también se vincula la filiación en los supuestos de fecundación *post mortem* a la concurrencia del elemento volitivo y genético del progenitor varón<sup>66</sup>, no estando previsto el consentimiento que permita llevar a cabo una fecundación *post mortem* heteróloga, es decir, con semen de donante<sup>67</sup>. Por otro lado y con respecto a esta cuestión, tal y como matiza FARNÓS AMORÓS –desde mi punto de vista, muy acertadamente–, pese a que la terminología que emplea tanto la normativa estatal como la catalana para referirse a la persona que puede consentir el empleo *post mortem* de su material reproductor, es “no neutra” desde el punto de vista de género (“marido” y “varón no unido por vínculo matrimonial”), a partir de la entrada en vigor del artículo 7.3 LTRHA, cualquier “mujer casada con otra mujer debería poder prever la utilización de sus óvulos con carácter póstumo, por parte de su pareja”<sup>68</sup>. Pese a ello, al no estar prevista esta posibilidad expresamente en la normativa en vigor sobre la materia, nos seguiremos ciñendo al tenor literal existente.

En el caso de parejas casadas, se tendrá al nacido por hijo o hija del fallecido, siempre que se cumplan las siguientes condiciones (art. 235-8.2 CCCat):

- a) Deberá constar fehacientemente la voluntad expresa del marido que permita llevar a cabo la fecundación asistida tras su fallecimiento.
- b) Solo podrá procederse a la fecundación *post mortem* en una ocasión, aunque desemboque en parto múltiple.
- c) El proceso de fecundación deberá iniciarse antes de transcurridos 270 días desde el fallecimiento del esposo, periodo que podrá prorrogarse judicialmente por otros 90 días, si media justa causa.

Como vemos, en primer lugar, la norma catalana exige que conste “fehacientemente la voluntad expresa del marido”, pero sin precisar una forma determinada para ello, por lo que podría entenderse que cabría admitir incluso la formalización de este consentimiento a través de documento

<sup>66</sup> FARNÓS AMORÓS, Esther, “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 68, Núm. 1, 2015, p. 51.

<sup>67</sup> GERI, Leonardo, “Una aproximación a las dimensiones estática y dinámica de la voluntad procreacional a partir de la reproducción asistida *post mortem*”, *Revista de bioética y derecho*, Núm. 54, 2022, p. 55.

<sup>68</sup> FARNÓS AMORÓS, Esther, “La filiación derivada de...”, cit., p. 51.

privado<sup>69</sup>. Por otro lado, la norma catalana no prevé la consideración del consentimiento con presunto que sí se contempla en el artículo 9 de la LTRHA.

Observamos también otra diferencia en relación con la legislación estatal con respecto al número de veces que se permite que la viuda pueda someterse a dicha técnica dentro del plazo legal. Así, de conformidad con la norma catalana, se limita esta posibilidad queda limitada a “una sola ocasión”, incluido el parto múltiple, que no debe entenderse como la posibilidad de someterse una sola vez a la fecundación artificial *post mortem*, o a llevar a cabo un único parto, sino al hecho de dar a luz por una sola vez<sup>70</sup>, lo que permitiría a la viuda intentar quedar encinta en diversas ocasiones a lo largo del plazo legal.

El plazo contemplado en la norma catalana para poder llevar a cabo esta técnica, es menos amplio que el estatal pero pudiéndose llegar a equipararse, prácticamente, si media justa causa y se logra la autorización judicial para su prórroga hasta los 360 días. Este aspecto no supone, por tanto, una diferencia sustancial con respecto al plazo establecido en la normativa estatal<sup>71</sup>.

Por último, con respecto a la determinación de la filiación no matrimonial, es decir, si el hijo póstumo nacido a partir de una técnica de reproducción asistida lo es de una pareja de hecho, según el apartado 1 del artículo 235-13 de la norma catalana, el hijo nacido a partir de una fecundación asistida realizada en la madre, será hijo “del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público” y, con respecto a la fecundación *post mortem*, establece el apartado 2 del mismo artículo que deberán cumplirse con respecto del varón fallecido las mismas condiciones que resultan del artículo 235-8.2, en lo que sean de aplicación.

Como vemos, en el caso de las parejas de hecho, si se prevé expresamente que el consentimiento prestado conste por escrito, en documento extendido ante un centro autorizado, o bien, en documento público.

A los efectos de la norma catalana, dos personas tendrán la consideración de pareja estable si “conviven en una comunidad de vida análoga a la matri-

<sup>69</sup> Conviene además descartada la forma verbal, en aras a la seguridad jurídica. ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, “Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida *post mortem* en la actualidad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 69, Núm. IV, 2016, p. 1314.

<sup>70</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 75.

<sup>71</sup> ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, “Algunas cuestiones que plantea...”, op. cit., p. 1314.

monial” y se cumplen cualquiera de los siguientes requisitos: a) la convivencia dura más de dos años ininterrumpidamente; b) durante la convivencia, tienen un hijo común; c) formalizan su relación a través de escritura pública (art. 234-1 CCCat). Por tanto, la convivencia será un requisito *sine qua non* para que una pareja no casada pueda llevar a cabo la fecundación *post mortem* en Cataluña, independientemente de que en algún momento, por diversos motivos, dicha convivencia pueda haber cesado temporalmente<sup>72</sup>.

### 3. Derechos del nacido por fecundación artificial *post mortem*

Procede, a continuación, analizar los derechos que se atribuirán al nacido por fecundación asistida *post mortem*, una vez determinada la filiación, así como la situación jurídica en la que se encontrará que, *a priori*, debería ser lo más próxima posible a los nacidos en vida de sus progenitores, salvo en aquellos aspectos que no puedan asimilarse por completo<sup>73</sup>. En este sentido, conforme señala el segundo párrafo del artículo 108 CC la filiación, tanto matrimonial como no matrimonial, incluida la adoptiva, “surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”<sup>74</sup>.

#### 3.1. Efectos derivados de la determinación de la filiación

Por lo que respecta a la determinación legal de la filiación, conforme resulta del artículo 9 de la LTRHA y tal y como hemos señalado con anterioridad, esta será posible: a) siempre que los gametos del finado ya estuvieran en el útero de la mujer a la fecha de su defunción, en cuyo caso se determinará legalmente esta filiación entre el nacido y el padre de forma directa; b) siempre y cuando el finado hubiera prestado su consentimiento en la forma legalmente prevenida para que su material reproductor pudiera seguir empleándose durante el plazo legal, en cuyo caso, si nace el menor a partir de este proceso, se producirán todos los efectos legales derivados de la filiación matrimonial; c) si la viuda supérstite se hubiera sometido a un proceso de reproducción asistida para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento de su finado esposo, aunque no mediara

<sup>72</sup> Como podrían ser, por ejemplo, motivos laborales que obliguen a alguno de los integrantes de la pareja a residir temporalmente en otra localidad. En ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, “Algunas cuestiones que plantea...”, op. cit., p. 1314.

<sup>73</sup> Como sucedería, por ejemplo, con el ejercicio de la patria potestad que, al haber premuerto el padre, corresponderá su ejercicio y titularidad en exclusiva a la madre. En LÓPEZ PELÁEZ, Patricia, “Relaciones civiles derivadas de...”, op. cit., p. 122.

<sup>74</sup> Art. 108 CC.

su consentimiento, caso en el que se entendería prestado presuntamente; o d) en el caso de las parejas de hecho, si se cuenta con el consentimiento del finado y se sigue un expediente que permita determinar la filiación paterna conforme al artículo 44.8 LRC2011.

Una vez determinada la filiación del nacido a través de fecundación *post mortem*, esta no solo se traducirá en derechos patrimoniales, sino también en otro tipo de derechos relativos al desarrollo de su personalidad y su protección, surgiendo relaciones de tipo familiar y afectiva con respecto a la familia paterna extensa a la que biológicamente pertenece<sup>75</sup>.

Entre los derechos con contenido patrimonial, podemos mencionar:

- El derecho de alimentos, entendidos estos como todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, así como su educación e instrucción hasta su mayoría de edad y, una vez alcanzada esta, incluso después mientras no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable (art. 142 CC). La determinación de la filiación del menor con respecto de su finado padre, supondrá la obligación de prestar estos alimentos a los ascendientes de este, y también a los hermanos paternos del menor, en este último supuesto, “cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación” (art. 143 CC). No obstante, no podemos olvidar que estos obligados a prestar alimentos también estarían facultados para reclamarlos a su favor, en caso de necesidad, con respecto del menor nacido<sup>76</sup>.
- Los derechos en materia sucesoria, que veremos en el punto siguiente del presente estudio.
- O su derecho a obtener determinadas prestaciones sociales, como la pensión de orfandad, por la que se pretende “proteger la situación de necesidad económica ocasionada por el fallecimiento de la persona que origina la prestación”<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Razonamiento jurídico SÉPTIMO de AAP Valencia (Secc. 7ª), de 23 de diciembre de 2003. Núm. de resolución: 273/2003. Núm. de recurso: 766/2003. Ponente: María Pilar EUGENIA CERDÁN VILLALBA (ECLI:ES:APV:2003:943ª).

<sup>76</sup> López Peláez, Patricia, “Relaciones civiles derivadas de...”, op. cit., p. 123.

<sup>77</sup> “Pensión de orfandad”, *Seguridad Social*. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/44539/45659/45664> [Última consulta: 9 diciembre 2022].

Y entre los efectos relativos a la protección y al desarrollo de la personalidad, destacan:

- El derecho a los apellidos, que se configura como un elemento de identidad del nacido, estrechamente relacionado con su derecho de la personalidad y que expresan su vinculación familiar. Los apellidos quedan determinados por la filiación<sup>78</sup> y son irrenunciables<sup>79</sup>, aunque los progenitores podrán acordar el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de llevarse a cabo la inscripción registral. El hijo, una vez alcanzada su mayoría de edad, también podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos (art. 109 CC).
- El derecho a la nacionalidad española de origen, en caso de que el padre la ostentara, tal y como se desprende del artículo 17 del Código Civil, que la atribuye a “[l]os nacidos de padre o madre españoles”.
- O la aplicación de los impedimentos para contraer matrimonio que surgen como consecuencia del vínculo de filiación, con respecto a los parientes del menor en línea recta por consanguinidad o adopción (art. 47.1 CC) y a los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado (art. 47.2 CC), tanto de la línea materna como paterna.

### 3.2. *Derechos en materia sucesoria*

Otra de las cuestiones jurídicas que se plantean en torno a la fecundación *post mortem* es la relativa a los derechos sucesorios de estos hijos nacidos de forma póstuma o súper póstuma con respecto de su padre.

En cuanto a los hijos póstumos, el artículo 29 del Código Civil reconoce a favor del *nasciturus*, esto es, al concebido y no nacido, todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con vida y se produzca el completo desprendimiento del seno materno, circunstancias que determinan el inicio de la personalidad a efectos jurídicos. Entre los efectos favorables que le son reconocidos en el Código Civil y que quedan en situación de pendencia<sup>80</sup>,

<sup>78</sup> Art. 109 CC y art. 49.2 LRC2011.

<sup>79</sup> López Peláez, Patricia, “Relaciones civiles derivadas de...”, op. cit., p. 122.

<sup>80</sup> En la medida en que, si no nace, nunca llegará a adquirir los derechos que se le reconocen y, si lo hace con los requisitos del art. 30 CC, se producirá su adquisición, teniéndole por nacido desde el momento de la concepción. O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 6ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008, pp. 82-83.

destacan las donaciones (art. 627 CC) o las sucesiones *mortis causa* a las que sean llamados (art. 959-ss. CC), cuya partición quedará suspendida hasta el momento del alumbramiento.

Sin embargo, cuando hablamos de niños resultantes de la fecundación artificial *post mortem*, nos encontramos ante la figura jurídica del *concepturus*, a quien no se tiene por concebido ni por nacido y a quien el Código Civil tampoco reconoce, *a priori*, ningún derecho futuro. Pese a ello, puede afirmarse que el reconocimiento del *concepturus* queda confirmado en nuestro ordenamiento jurídico a través la Ley 14/2006<sup>81</sup>, cuyo artículo 9.2 –con respecto a la fecundación artificial practicada en parejas heterosexuales casadas– y 9.3 –con respecto a las no unidas por vínculo matrimonial–, establece que si la fecundación *post mortem* se hubiera llevado a cabo contando con el consentimiento del varón fallecido que ha aportado su material reproductor, se producirán todos los efectos legales de la filiación, que deberán retrotraerse al momento anterior al fallecimiento del padre.

En definitiva, considerando lo dispuesto en la Ley 14/2006 y por aplicación de los principios constitucionales, resulta innegable que el hijo nacido a través de técnicas de reproducción asistida *post mortem*, deberá ser llamado a la sucesión de su padre, tanto testada como intestada<sup>82</sup>, y ostentará los mismos derechos hereditarios que el resto de los hijos del causante<sup>83</sup>, a salvo de las reglas prevenidas al efecto en el Código Civil.

En la medida en que legalmente se limita el plazo para proceder a esta fecundación *post mortem*, parece claro que deberá aplicarse el mismo mandato del artículo 966 del Código Civil con respecto al *nasciturus*, que impone la suspensión de la división de la herencia hasta el momento en que se verifique si nacerá o no descendencia del finado con capacidad para suceder, dentro del plazo máximo legal autorizado para su práctica. Una vez despejada esta situación de provisionalidad e incertidumbre, cesará en su cargo el administrador de los bienes de la herencia que hubiera sido nombrado y dará cuenta de su gestión a los herederos o a sus representantes legales<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> CRAVIOTTO VALLE, Patricia, “Seguridad jurídica de los derechos...”, op. cit., p. 88.

<sup>82</sup> INIESTA DELGADO, Juan José, “Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación post mortem”, *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, Núm. 29, 2008, pp. 15.

<sup>83</sup> SANTOLARIA BAIG, Irene y RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, “La fecundación post mortem en España: problemas y límites jurídicos y bioéticos”, *Revista iberoamericana de bioética*, Núm. 13, 2020, p. 9.

<sup>84</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado...*, op. cit., p. 942.

El reconocimiento de los efectos legales derivados de la filiación a favor del hijo súper póstumo, supondrá su derecho a recibir la legítima que por ley le corresponda, en concurrencia con la viuda y con los restantes hijos del causante, en su caso, con preferencia respecto a los ascendientes u otros familiares de la línea colateral<sup>85</sup>.

#### 4. Regulación de la fecundación *post mortem* en algunos países de nuestro entorno europeo

Los ordenamientos jurídicos de los distintos países suelen regular, en general y con diverso alcance, las cuestiones que tienen que ver con las técnicas de reproducción humana asistida<sup>86</sup>. Sin embargo, pese a que resulta legal en España poder recurrir a la fecundación *post mortem* cumpliendo con los requisitos señalados, el tratamiento jurídico de esta figura en los países europeos de nuestro entorno, resulta bastante dispar y carece de uniformidad. Algunos de ellos diferencian jurídicamente incluso entre si nos encontramos ante una mera inseminación artificial *post mortem*, o bien, ante la implantación en el útero de la mujer de un preembrión que ya ha sido fecundado en vida del varón de forma extracorpórea en un laboratorio y que se realizará a través de la inseminación *in vitro*.

##### 4.1. Países europeos que prohíben la fecundación *post mortem*

Como ya hemos adelantado, algunos países de nuestro entorno prohíben expresamente cualquier tipo de fecundación *post mortem*, como sucede con Suiza, que a través del artículo 3 de su Ley federal sobre procreación médicamente asistida<sup>87</sup> no permite emplear los gametos de una persona después de su fallecimiento o con Francia, cuyo artículo L2141-2 del Código de Salud Pública<sup>88</sup> considera como un obstáculo para la inseminación o transferencia de embriones el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja.

<sup>85</sup> INIESTA DELGADO, Juan José, "Los derechos sucesorios...", op. cit., pp. 15.

<sup>86</sup> GERI, Leonardo, "Una aproximación a las...", op. cit., p. 50.

<sup>87</sup> Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), de 18 de diciembre de 1998. Esta Ley prohíbe expresamente la posibilidad de utilizar los gametos de una persona después de su muerte (a excepción de los espermatozoides procedentes de donante).

<sup>88</sup> Code de la santé publique, en vigor desde el 7 de octubre de 1953, recientemente modificado por la LOI n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique y por el Décret n° 2022-1187 du 25 août 2022 relatif à l'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur. En la medida en que el Código francés vincula las técnicas de reproducción asistida a la existencia de un proyecto parental, tan solo prevé con respecto a los gametos y/o de los embriones conservados, la posibilidad de consentir su donación

Alemania tampoco permite llevarla a cabo dentro de su territorio, donde se castiga además con penas privativas de libertad de hasta tres años o con sanciones pecuniarias a quienes, a sabiendas, inseminen artificialmente el óvulo de una mujer con los gametos de un hombre tras su fallecimiento, tal y como establece en el artículo 4 de su Ley de protección de embriones<sup>89</sup>. Sin embargo, no se castiga expresamente a la mujer en quien sea aplicada la referida técnica de reproducción asistida.

Por lo que respecta a Italia, país fuertemente influenciado éticamente por la Iglesia católica, su Ley 40, de 19 de febrero de 2004, en materia de procreación medicamente asistida<sup>90</sup>, se contemplan estas técnicas como el último recurso contra la esterilidad o la infertilidad humana y no un método procreativo alternativo al natural, por lo que solo se permite recurrir a las mismas a parejas de distinto sexo, casadas o unidas de hecho, y en edad potencialmente fértil prohibiendo, además, aspectos controvertidos como la donación de gametos (art. 4 y art. 12.1); la gestación subrogada (art. 12.6); o la aplicación de técnicas de reproducción asistida en parejas cuyos miembros no estén vivos, castigada con sanciones administrativas pecuniarias que oscilan entre los 200.000 y los 400.000 euros (art. 12.2).

#### 4.2. Países europeos en que se permite emplear técnicas de reproducción asistida tras el fallecimiento del varón

Al igual que España, en otros países europeos también se permite legalmente la fecundación *post mortem*, como sucede con Reino Unido, donde su Ley sobre Fertilización Humana y Embriología de 2008<sup>91</sup> admite en su artículo 39 el empleo póstumo y almacenamiento de esperma o la transferencia de embriones tras la muerte del hombre que lo proporcionó, siempre que se cuente con su consentimiento. Para el caso de parejas del mismo sexo, esta Ley británica también prevé las situaciones en que el embrión es transferido a la gestante tras el fallecimiento de su cónyuge o pareja femenina, en cuyo caso, la madre no biológica fallecida será considerada progenitora a todos los efectos legales si la gestante ya estaba embarazada en el momento del fallecimiento, o bien, será nombrada la fallecida como progenitora en el

---

a otra pareja o mujer, donación a la investigación, o bien, proceder a la terminación de su conservación una vez producido el fallecimiento de la persona (art. L2141-4).

<sup>89</sup> Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG), de 13 de diciembre de 1990.

<sup>90</sup> Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

<sup>91</sup> Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

certificado de nacimiento, pero a ningún otro efecto legal, si el embrión se creó con esperma de donante antes de que ella muriera, pero fue transferido a su pareja después de su muerte con su consentimiento (art. 46).

En el caso de Grecia, el artículo 1457 de su Código Civil de 1984<sup>92</sup> permite expresamente la fecundación *post mortem* de la mujer con el esperma de su esposo o pareja fallecida, siempre que el varón haya otorgado su consentimiento ante notario antes de dicho momento y la viuda solicite ante las autoridades en el plazo de seis meses llevar a cabo el proceso de reproducción asistida que se deberá aplicar antes de que transcurran dos años desde el fallecimiento.

No obstante, llevar a cabo la práctica que nos ocupa en el país heleno incumpliendo los requisitos legales prevenidos al efecto, puede conllevar consecuencias civiles, penales y administrativas de distinta índole<sup>93</sup>.

También Bélgica admite esta práctica en su Ley sobre reproducción médicamente asistida y destino de embriones y gametos sobrantes del año 2007<sup>94</sup> en la que, al igual que el resto de países en que se admite esta práctica, hace hincapié en el consentimiento expreso prestado por parte del varón antes de producirse su fallecimiento. La Ley belga exige, tanto para el caso de implantación *post mortem* de embriones sobrantes crioconservados<sup>95</sup>, como para el de inseminación *post mortem* de gametos supernumerarios<sup>96</sup>, que el proceso se lleve a cabo antes de que transcurran seis meses desde el fallecimiento del autor del proyecto parental y, a más tardar, dentro de los dos años siguientes al fallecimiento éste, así como que se cuente expresamente con el acuerdo previsto en el artículo 7 de la norma, suscrito por duplicado antes de iniciarse el procedimiento médico por parte de los futuros padres y del centro de reproducción asistida.

Finalmente, la situación existente en nuestro vecino Portugal en torno a esta materia ha cambiado recientemente. Así, su Ley 32/2006 sobre reproducción médicamente asistida<sup>97</sup> ya permitía, desde el momento de su

<sup>92</sup> Προεδρικό Διάταγμα 456/1984 "Αστικός Κώδικας και Εισαγωγικός του Νόμος", de 24 de octubre de 1984.

<sup>93</sup> ΚΙΠΟΥΡΙΔΟΥ, Kalliopi y ΜΙΛΑΠΙΔΟΥ, Maria, "The legal framework of post mortem fertilization in Greece and Sweden", *Bioethica*, Vol. 4, Núm. 1, 2018, p. 56.

<sup>94</sup> Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, de 6 de julio de 2007. Publicada el 17 de julio de 2007.

<sup>95</sup> Arts. 15 y 16 de la Ley belga.

<sup>96</sup> Arts. 44 y 45 de la Ley belga

<sup>97</sup> Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, procriação medicamente assistida.

aprobación, transferir al útero materno embriones resultantes de la fertilización *in vitro* realizada en vida del esposo o pareja de hecho una vez fallecido este, siempre que hubieran sido creados en el ámbito de un proyecto parental claramente establecido por escrito, pero estaba completamente prohibido emplear el semen de dichos varones, tras su fallecimiento, para llevar a cabo una inseminación *post mortem*<sup>98</sup>. Sin embargo, tras la aprobación de la Ley 72/2021<sup>99</sup>, ya es posible recurrir en Portugal también a la inseminación *post mortem*, siempre y cuando se cuente con el mencionado proyecto parental claramente establecido y consentido y haya transcurrido un plazo no inferior a seis meses y no superior a los tres años desde el fallecimiento del marido o pareja de hecho.

## 5. Consideraciones finales

Primero.- Como vemos, las técnicas de reproducción asistida permiten en la actualidad que el fallecimiento de un varón ya no suponga necesariamente la interrupción de su proyecto parental junto con su esposa para tener descendencia.

Segundo.- Pese a tratarse de una figura controvertida, la fecundación *post mortem* puede llevarse a cabo en nuestro país siempre y cuando se cumplan con las previsiones legales contenidas en el artículo 9 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, o bien, en los artículos correspondientes del Código Civil de Cataluña, en caso de que dicha práctica pretenda llevarse a cabo en la referida Comunidad Autónoma, norma que contiene determinadas particularidades con respecto a la estatal.

Tercero.- Tanto la normativa española como la catalana permiten continuar con la aplicación de técnicas de reproducción asistida tras el fallecimiento del varón que ha aportado sus gametos, pero otorgando un tratamiento jurídico diferenciado, dependiendo de si nos encontramos ante un matrimonio o ante una pareja de hecho.

Cuarto.- Como hemos podido comprobar, la regulación vigente a día de hoy en nuestro país es poco profusa y deja vacíos legales, lo que deriva en una situación de inseguridad jurídica y posibilita interpretaciones diversas,

<sup>98</sup> RAPOSO, Vera Lucía, "La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida", *Revista de bioética y derecho*, Núm. 10, 2007, p. 11.

<sup>99</sup> Lei n.º 72/2021, de 12 de Novembro, por la que se modifican, entre otros, los arts. 22 y 23 de la Ley 32/2006.

en materia de consentimiento, derechos hereditarios o en relación con el plazo durante el que esta práctica podrá seguir llevándose a cabo tras el fallecimiento del varón, posibilitando interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales diversas y no habiéndose pronunciado por el momento sobre esta cuestión el Tribunal Supremo.

Quinto.- El hecho de que la regulación del Código Civil español tampoco se refiera expresamente a las técnicas de reproducción humana asistida, en general, ni tampoco a los derechos de los nacidos por fecundación *post mortem*, en particular, ni en materia de filiación, ni en materia sucesoria, tampoco ayuda a la hora de clarificar esta cuestión, por lo que sería deseable para evitar conflictos que en su tenor literal se implementasen las previsiones normativas que adecuen su contenido a las necesidades y realidad imperante en nuestra sociedad actual.

Sexto.- Aunque la normativa en materia de técnicas de reproducción asistida siempre se refiera al varón como sujeto que podrá consentir el empleo *post mortem* de su material reproductor, el tenor tanto de la norma estatal como de la autonómica, debería ajustarse a lo previsto en el artículo 7.3 LTRHA en el sentido de prever la posibilidad de que una mujer casada con otra mujer, también pudiera autorizar la utilización de sus óvulos con carácter póstumo por parte de su pareja.

Séptimo.- Por último, también hemos comprobado cómo la regulación de la fecundación *post mortem* en los países de nuestro entorno europeo no es uniforme, estando permitida en algunos de ellos –como Grecia o Portugal– y prohibida en otros, pudiendo llegar a castigarse con penas de prisión a quienes la apliquen en países como Alemania.

## 6. Bibliografía

- ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, "6. Fecundación *post mortem*", en ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.) y NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar y ROMEO MALANDA, Sergio (Coord.), *Manual de Bioderecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2022, pp. 236-238.
- CRAVIOTTO VALLE, Patricia, "Seguridad jurídica de los derechos sucesorios en la fecundación *post mortem* en España", *Revista de Derecho y Genoma Humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, Núm. 55, 2021, pp. 79-104.
- CORRAL TALCIANI, Hernán F., "La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 265 (1), 1988, pp. 5-36.

- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, "Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida *post mortem* en la actualidad", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 69, Núm. IV, 2016, pp. 1259-1320.
- FAMÁ, María Victoria, *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 68, Núm. 1, 2015, pp. 5-61.
- GERI, Leonardo, "Una aproximación a las dimensiones estática y dinámica de la voluntad procreacional a partir de la reproducción asistida *post mortem*", *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 54, 2022, pp. 47-64.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003
- INIESTA DELGADO, Juan José, "Fecundación *post mortem*", en ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 869-872.
- INIESTA DELGADO, Juan José, "Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*", *Revista de Derecho y Genoma Humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, Núm. 29, 2008, pp. 13-24.
- KIPOURIDOU, Kalliopi y MILAPIDOU, Maria, "The legal framework of *post mortem* fertilization in Greece and Sweden", *Bioethica*, Vol. 4, Núm. 1, 2018, pp. 55-67.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, "Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica", en DÍAZ MARTÍNEZ, Ana (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 155-176.
- LÓPEZ PELÁEZ, Patricia, "Relaciones civiles derivadas de la fecundación *post mortem*", *Boletín de la Facultad de Derecho*, Núm. 6, 1994, pp. 109-141.
- MORO ALMARAZ, María Jesús, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1988
- NÚÑEZ, Rocío, "Caso clínico: fecundación *post mortem*", *Revista Eidon*, Núm. 52, 2019, pp. 75-79.
- OCHOA, Carmen y LLEDÓ YAGÜE, Francisco, "Artículo 9. Premoriencia del marido", en MONJE BALMASEDA, Óscar (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 123-155.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 6ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008.
- PERALTA ORTEGA, Juan Carlos, "Reflexiones sobre la regulación catalana de la fecundación *post mortem* y sus diferencias con el derecho común", en LASARTE ÁLVAREZ, Carlos et al. (Coord.), *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Madrid, 2004, pp. 211-228.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Daniel, "Fecundación *post mortem*: algunas cuestiones complejas", en TOMILLO URBINA, Jorge y CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (Dir.),

- Estudios sobre Derecho de la Salud*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 173-186.
- RAPOSO, Vera Lucía, "La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 10, 2007, pp. 8-12.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "La fecundación artificial *post mortem*", *Revista Jurídica de Catalunya*, Núm. 4, 1987, pp. 871-904.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, "La reproducción artificial *post mortem* en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico", *Revista Boliviana de Derecho*, Núm. 20, 2015, pp. 292-323.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, "Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial *post mortem*", *Oñati Socio-legal Series*, Vol. 7, Núm. 1, 2017, pp. 179-204.
- SANTOLARIA BAIG, Irene y RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, "La fecundación *post mortem* en España: problemas y límites jurídicos y bioéticos", *Revista iberoamericana de bioética*, Núm. 13, 2020, pp. 1-15.
- TARÍN, Juan J., GARCÍA-PÉREZ, Miguel A. y CANO, A., "It Is Premature to Use Postmortem Sperm for Reproductive Purposes: a Data-Driven Opinion", *Reproductive Sciences*, 29(12), 2022, pp. 3387-3393.
- VARSI ROSPIGLOSI, Enrique, "Determinación de la filiación en la procreación asistida", *Revista Ius*, Vol. 11, Núm. 39, 2017, pp. 109-138.
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara, "Revocación del consentimiento prestado por el causante a la reproducción *post mortem* tras la ruptura del vínculo matrimonial", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 8, Núm. 2, 2021, pp. 147-191.

## 7. Recursos electrónicos

- ÁLVAREZ GÓMEZ, Sonia, "Plazo legal del proceso de fecundación *post mortem* en España y Cataluña", *LexBcn Advocats*, 05/06/2019. Disponible en: <https://lexbcn.com/2019/06/05/plazo-legal-del-proceso-de-fecundacion-post-mortem-en-espana-y-cataluna/?cn-reloaded=1> [Última consulta: 11 diciembre 2022].
- ESTELLÉS PERALTA, Pilar María, "Los hijos de *Thanatos* o súper-póstumos", *Observatorio de Bioética. Instituto Ciencias de la Vida*, Universidad Católica de Valencia, San Vicente Mártir, 10/11/2021. Disponible en: <https://www.observatoriobioetica.org/2021/11/los-hijos-de-thanatos-o-super-postumos/37308> [Última consulta: 11 diciembre 2022].
- MESTRE, Cristina, "Extraen espermatozoides de un fallecido para fecundar a su pareja", *Reproducción Asistida ORG*, 02/03/2015. Disponible en: <https://www.reproduccionasistida.org/extraen-espermatozoides-de-un-fallecido-para-fecundar-a-su-pareja/#:~:text=La%20extracci%C3%B3n%20de%20espermatozoides%20de,en%20t%C3%A9cnicas%20de%20reproducci%C3%B3n%20asistida> [Última consulta: 6 diciembre 2022].
- "Inseminación artificial (IA)", *IVI*. Disponible en: <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/inseminacion-artificial/> [Última consulta: 11 diciembre 2022].

- "Pensión de orfandad", *Seguridad Social*. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/44539/45659/45664> [Última consulta: 9 diciembre 2022].
- "Un Juzgado de Sevilla desestima usar esperma de un muerto para la inseminación de su mujer", *El correo de Andalucía*, 13/11/2015. Disponible en: <https://elcorreoweb.es/sevilla/un-juzgado-de-sevilla-desestima-usar-esperma-de-un-muerto-para-la-inseminacion-de-su-mujer-YY1010450> [Última consulta: 6 diciembre 2022].
- "Uno de cada 10 nacimientos en España son fruto de la reproducción asistida", *La Vanguardia*, 04/05/2022. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20220504/8242207/10-nacimientos-espana-son-fruto-reproduccion-asistida.html> [Última consulta: 6 diciembre 2022].
- "¿En qué consiste la fecundación *in vitro*?", *IVI*. Disponible en: <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro/> [Última consulta: 11 diciembre 2022].