

LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM EN ESPAÑA: ESTUDIO ANTE UN NUEVO DILEMA JURÍDICO

POSTHUMOUS REPRODUCTION IN SPAIN, ANALYSIS OF A NEW LEGAL DILEMMA

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 292-323

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER. 2014-52503-P "Retos Actuales de la Autonomía", cuyos investigadores principales son María Esther Gomez Calle y Jose María Miquel Gonzalez, sobre el cual en el momento presente el Ministerio de Economía y Competitividad ha emitido ya una propuesta provisional de resolución favorable.



Alma María
RODRÍGUEZ
GUITIÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de enero de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 29 de enero de 2015

RESUMEN: Un método de estudio adecuado del art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida requiere dar un tratamiento diferenciado a las dos hipótesis contempladas en dicho precepto. Por una parte, la inseminación artificial de la viuda o de la compañera *more uxorio* con el esperma del varón tras el fallecimiento de éste, con cuya admisión el legislador, además de incumplir el mandato vinculante de actuación dirigido a la protección del menor previsto en los párrafos 3º y 4º del art. 39 de la Constitución Española de 1978, ha ignorado el principio del interés superior del menor: el legislador debe garantizar que un niño nazca con progenitores que le presten asistencia de todo orden. La segunda hipótesis regulada es la transferencia *post mortem* al útero materno de preembriones generados con anterioridad al fallecimiento del varón. Constituye una medida acertada la presunción legal del consentimiento del difunto a dicha transferencia, en la medida en que la vida prenatal goza de protección constitucional.

PALABRAS CLAVE: Técnicas de Reproducción Asistida, Reproducción *post mortem*.

ABSTRACT: Article 9 of the Spanish law 14/2006 of 26th May, on Human Assisted Reproduction Technics, deals with two different issues which merit a different approach. First of all, the law allows the use of reproductive material of a man after his death for the artificial insemination of his widow or surviving partner. In my opinion, this clause is contrary to article 39.3º and 4º of the Spanish Constitution, which imposes an obligation of protection of the minor over the Legislative Power. The law must comply with a general obligation derived from the Constitution of parents to take care of the child. In all actions concerning children, the best interest of the child shall be a primary consideration, but the law disregards this point. Secondly, the law contemplates the *post mortem* implantation of embryos created before the man's death. The law presumes, correctly in my view, that the deceased authorized the *post mortem* implantation, as prenatal life is constitutionally protected.

KEY WORDS: Assisted Reproductive Technology, Posthumous Reproduction.

SUMARIO.- I. Nuevo dilema jurídico en el art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.- 1. Ámbito objetivo.- 2. Ámbito subjetivo.- II. Análisis crítico de la aplicación por el legislador del método jurídico de la ponderación para solucionar el conflicto de intereses planteado.- 1. Inseminación artificial post mortem.- 2. Transferencia post mortem de preembriones.- III. Análisis de los requisitos legales para la admisión de la reproducción artificial post mortem.- 1. Respecto a la inseminación artificial post mortem.- 2. Respecto a la transferencia post mortem de preembriones.- IV. Consecuencias jurídicas derivadas de la realización de la reproducción artificial post mortem.- 1. Problemas de filiación.- 2. Problemas sucesorios.

I. NUEVO DILEMA JURÍDICO EN EL ART. 9 DE LA LEY 14/2006 DE 26 DE MAYO SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

En el ordenamiento jurídico español se regula la reproducción artificial *post mortem*, primero, en el art. 9 de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y, con posterioridad, en el vigente art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA 2006) bajo el enunciado “Premoriencia del marido”¹. De una forma sintética cabe afirmar que la regla general es la prohibición de tal hipótesis, ya que el párrafo primero sólo admite el uso de las técnicas de reproducción asistida en vida de los cónyuges o de la pareja de hecho. Pero excepcionalmente se enerva tal prohibición en los párrafos 2º y 3º, de modo que puede utilizarse el material genético del varón

¹ Art. 9 LTRHA 2006. “Premoriencia del marido”.

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

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el art. 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.

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 art. 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de la paternidad”.

• Alma María Rodríguez Guitián

Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid desde el año 2002. Ha centrado sus líneas de investigación, en especial, en el Derecho de Daños, Derecho de la Persona y Derecho de Familia y Sucesiones. Sus monografías publicadas son *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, 1996; *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, Civitas, 2003; *La capacidad de testar: Especial referencia al testador anciano*, Civitas, 2006; *Responsabilidad civil en el ámbito de la familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson Civitas, 2009 y *Reproducción artificial post mortem. Análisis del art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, 2013. Ha realizado estancias en diferentes universidades europeas y americanas, o bien con finalidad de investigación, o bien para la impartición de docencia. Correo electrónico: alma.guitian@uam.es.

fallecido si se dan dos requisitos: que exista consentimiento por parte del varón a la reproducción artificial tras el fallecimiento y que dicha reproducción se produzca dentro de un límite temporal (doce meses desde el fallecimiento). Pero en realidad aquí la excepción tiene tal amplitud que en la práctica adquiere rango de ley con el mismo contenido y efectos que la aludida regla general².

Ello pone delante de una de las mayores ampliaciones del ámbito de la autonomía personal y, por tanto, ante una ampliación de los instrumentos propios de la autonomía privada sobre los que puede proyectarse la libertad de decisión del individuo³. Pero a la vez nos sitúa ante un delicado problema de carácter ético y jurídico en el que han de valorarse los intereses de las partes implicadas en él: los intereses de la persona fallecida, los del futuro recién nacido, el interés de la mujer que desea ser madre y solicita el tratamiento y, por último, los intereses de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser (por ejemplo, parientes u otros hijos del fallecido).

Desde luego es el desarrollo científico-técnico de ciertas técnicas reproductivas, como la fecundación *in vitro* o la crioconservación de espermatozoides 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 Bazán⁴. En concreto, la primera inseminación con espermatozoides previamente descongelados 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 1978⁵.

I. Ámbito objetivo.

Tal y como se desprende con claridad del vigente art. 9 LTRHA 2006, en él se regulan dos hipótesis diferentes; una, la fecundación artificial *post mortem* en sentido estricto y, dos, la transferencia *post mortem* de preembriones. Por fecundación artificial *post mortem* se entiende de modo exclusivo la introducción en los órganos genitales femeninos del semen del varón fallecido por medio distinto al contacto sexual. El

- 2 ALONSO PÉREZ, M.: "De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIII, Vol. 2º (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART). Madrid (1988): Edersa, p. 19.
- 3 En este sentido CAPILLA RONCERO, F.: "Autonomía de la voluntad y Derecho de la Persona; o la autonomía personal en el Derecho privado", *La Ley*, 18 de julio de 2011, p. 6 (<http://www.diarialaley.es>)
- 4 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 fijo, se engañaba; pero, de fijo también, no mentía". "...Pero yo tuve la caridad de aparentar una fe que científicamente no podía sentir". Consúltese PARDO BAZÁN, E.: "Hijo del alma", *La Ilustración española y Americana* (1901), núm. 7º.
- 5 Toda esta información ampliada en ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva*. Cizur Menor (2003): Thomson Aranzadi, pp. 30 ss.

segundo supuesto hace referencia a la transferencia a la mujer, tras el fallecimiento del varón, de preembriones de la pareja constituidos mediante fecundación *in vitro* con anterioridad a la muerte del marido o del compañero; supuesto en el que la fecundación no ha sido, por tanto, *post mortem*.

La diferencia entre ambas hipótesis es clara: En el caso de la inseminación artificial se fecunda a la viuda o compañera con semen del varón fallecido, de modo que estaríamos ante un hijo, no póstumo, sino postumísimo, esto es, procreado después de la muerte del padre. Por el contrario, en la transferencia de preembriones el hijo es concebido en vida de ambos padres (*in vitro*), aunque su implantación, gestación y alumbramiento ocurran una vez ya fallecido el padre. De ahí el título con el que he querido denominar este trabajo, reproducción artificial *post mortem*, que me parece más adecuado en cuanto abarca ambas hipótesis⁶. El objetivo de este trabajo es demostrar que un tratamiento adecuado de la materia regulada en este art. 9 exige diferenciar el régimen jurídico de los dos supuestos contemplados en él.

2. Ámbito subjetivo.

El art. 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”. Llama la atención, sin duda, que el precepto ni exija la convivencia *more uxorio* entre varón y mujer ni mucho menos el requisito de que se esté ante una pareja estable. Lo más lógico es que se refiera a parejas no casadas que conviven *more uxorio*, aunque realmente la vaguedad de la expresión conduciría a que pudiera caber en ella el consentimiento de cualquier varón para la reproducción *post mortem* con cualquier mujer⁷.

Puesto que se habla de “fallecimiento del marido” o del “varón no unido por vínculo matrimonial” ha de descartarse que la ley española contemple el caso de que quien sobreviva sea el varón y no la mujer, y sea aquel el que solicite que se implante el preembrion constituido en vida de ambos en el útero de otra mujer. Se ha subrayado que tal posibilidad no sería coherente con el art. 10 LTRHA, que afirma la nulidad de la gestación por sustitución en su párrafo primero (“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de

6 Considera más adecuada también tal terminología INIESTA DELGADO, J.J.: “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M.YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS). Cizur Menor (2011): Thomson Aranzadi, p. 835.

7 Mucho mayor rigor técnico tiene, a mi juicio, el art. 235-13 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, que regula en su párrafo segundo la fecundación asistida después “del fallecimiento del hombre que convivía con la madre” (<http://www.noticiasjuridicas.com>).

un tercero”)⁸. También por esta misma razón y por la utilización por el art. 9 LTRHA del término “cónyuge superviviente”, ha de quedar fuera la posibilidad de que ambos cónyuges o compañeros de hecho fallezcan y que el preembrión sea transferido o implantado en el útero de otra mujer⁹.

Pero no son las anteriores las únicas hipótesis que quedan excluidas de la regulación española de la reproducción artificial *post mortem*. En primer lugar, al hacerse alusión expresa en el precepto a que el varón consienta la utilización de “su material reproductor”, queda fuera la prestación del consentimiento por parte del difunto para que su mujer o pareja de hecho se insemine con gametos pertenecientes a un tercero para que le dé un hijo después de muerto. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, suscita dudas la transferencia de un preembrión al útero de la madre con posterioridad a la muerte del marido o compañero, cuando tal preembrión, aunque concebido en vida de aquellos, ha sido obtenido por gametos donados por un tercero. Aunque realmente en la letra de la ley cabría la admisión de este último supuesto, no es claro que deba incluirse si esta posibilidad de donación de gametos ha quedado fuera en el caso de la fecundación artificial *post mortem* en sentido estricto¹⁰.

- 8 En este sentido JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid (2012): Reus, p. 103 y LÓPEZ PELÁEZ, P.: “Filiación y reproducción asistida”, en AA.VV. *Derecho de la Persona* (coord. por I. RAVETLLAT). Barcelona (2011): Bosch, p. 105. Este último apunta que llama la atención que el hombre no pueda solicitar la reproducción *post mortem* tras la muerte de su mujer o compañera, en la medida en que también el varón tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y a la paternidad, e igualmente está capacitado para darle al hijo todas las condiciones para su adecuado desarrollo.
- 9 Así SERRANO ALONSO, E.: “El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*”, en AA.VV.: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dir. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid (1988): Trivium, p. 378. Parece, no obstante, que en el Proyecto de Ley que da lugar a la ya derogada Ley de Reproducción Asistida de 1988 se admiten dos casos que implican alquiler de úteros: uso del óvulo de mujer fallecida por el varón y uso de embrión cuando ambos cónyuges o convivientes han fallecido.
- 10 También el ordenamiento jurídico inglés y el holandés admiten la reproducción artificial *post mortem* aunque en un número de casos más amplio que la ley española. En relación con Inglaterra, ya en 1990 la *Human Fertilisation and Embryology Act* permite tanto la inseminación artificial *post mortem* como la fecundación *in vitro* y la implantación del embrión con posterioridad a la muerte del padre. Ahora bien, en estos dos casos no se atribuye el *status filii* al hijo nacido como consecuencia de dichas prácticas, fundamentalmente por los problemas sucesorios que ello podía traer. Esta ley ha sido objeto de varias reformas para ampliar el ámbito de esta hipótesis y, en concreto, en 2003 se modifica la ley de 1990 para que 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 hubiere dado su consentimiento por escrito al uso de sus gametos o a la implantación del embrión y a ser inscrito como padre del niño fruto de tales técnicas, además de que no haya retirado su consentimiento antes de su muerte. La inscripción del varón como padre del niño no tiene consecuencias jurídicas en cuanto al reconocimiento de derechos al menor sino que sólo posee un efecto simbólico [consultése *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003* (HFEA 1990 s28 (5A) (5B) (5C) (5I) and s29)]. Con posterioridad, en 2006, el Departamento de Salud británico hace una serie de propuestas para la revisión de la legislación en esta materia, que se hace a través de la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 (c.22), que entra en vigor en abril de 2009 (<http://www.legislation.gov.uk>) (fecha de consulta: diciembre 2014). 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 el registro del varón como padre del niño, cuando la mujer lo consienta tras el nacimiento, continúa poseyendo únicamente efectos simbólicos. Véase más información en HALE, B./

En segundo lugar, tal y como se desprende del art. 9, éste sólo regula la reproducción artificial *post mortem* en el caso de una pareja heterosexual. La literalidad del precepto, entre otras razones, impide que se extienda tal hipótesis a un matrimonio o pareja de hecho homosexual, de hombres o mujeres. Si se trata de dos hombres, la admisión de esta hipótesis chocaría contra la aludida prohibición legal de la maternidad subrogada, ya que aquellos siempre necesitarían el útero de una mujer. Si son dos mujeres esta misma objeción no existiría, ya que la fallecida, antes de morir, podría consentir, conforme al art. 7.3 LTRHA, que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación *post mortem* respecto del nacido¹¹. Pero realmente el art. 7.3 LTRHA no está pensando en absoluto en la hipótesis de la reproducción *post mortem*, de modo que habría de acudirse para decidir la cuestión al art. 9 de esta ley. Y el art. 9, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, 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)¹².

PEARL, D./ GOKIE, E./ MONK, D.: *The family, Law & Society*. Oxford (2009): Oxford University Press, p. 435; PROBERT, R.: *Cretney and Probert's Family Law*. London (2009): Sweet & Maxwell, pp. 231-232 y GILMORE, S. /GLENNON, L.: *Hayes and Williams' Family Law*. Oxford (2012): Oxford University Press, p. 367. Por su parte, el art. 1:207 del Libro I del *Dutch Civil Code*, aplicable según la doctrina al uso de las técnicas de reproducción asistida después de la muerte del marido o pareja de hecho (tanto la registrada como la no formalizada), 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 que se determine judicialmente la paternidad de un hombre 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. Consúltese en <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm> (fecha de consulta: diciembre de 2014). El marido o compañero deben haber autorizado el uso de su esperma o del embrión tras su fallecimiento, según requiere el art. 7 *Embryowet* 20 juni 2002. En el ordenamiento holandés, a diferencia del inglés, la determinación judicial de la paternidad puede tener consecuencias jurídicas, no sólo con relación al status de hijo respecto al padre (aunque no posee derechos en la herencia del padre), sino también respecto a ciertos lazos con la familia paterna, por ejemplo, en cuanto al apellido, nacionalidad y derechos hereditarios que correspondan al padre en la herencia de los abuelos. Consúltese VONK, M.: *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 (2007): Intersentia, p. 55-56, 58, 61, 63, 157 y 159.

- 11 Así, el art. 7.3 LTRHA 2006 prevé que "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido". Como puede apreciarse, el tenor literal del precepto excluye de su ámbito a las parejas de hecho de mujeres.
- 12 La *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 (c.22), como novedad, extiende la reproducción *post mortem* a la civil *partner* femenina de la mujer 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). La *partner* ha de consentir, por escrito, la transferencia del embrión a la madre después de su fallecimiento y además ser tratada 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 progenitora femenina del niño. Ahora bien, el registro es puramente simbólico, y la persona fallecida no es tratada como progenitora para cualquier otro propósito (por ejemplo, a efectos hereditarios). Véase más información en PROBERT, R.: *Cretney and Probert's Family Law*, cit. pp. 231-232 y GILMORE, S. /GLENNON, L.: *Hayes and Williams' Family Law*, cit. p. 369. 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, de modo 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.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN POR EL LEGISLADOR DEL MÉTODO JURÍDICO DE LA PONDERACIÓN PARA SOLUCIONAR EL CONFLICTO DE INTERESES PLANTEADO.

I. Inseminación artificial *post mortem*.

En este epígrafe sólo voy a referirme al primer supuesto regulado en el art. 9 LTRHA 2006, esto es, la inseminación de la viuda o compañera del difunto con gametos de éste tras su fallecimiento.

Es fácil determinar que en la hipótesis de la inseminación artificial *post mortem* existe un conflicto entre el derecho a procrear de la viuda o compañera de hecho y el interés del hijo a nacer con progenitores que le presten asistencia de todo orden durante la minoría de edad¹³. El legislador, cuando ha regulado la materia de las técnicas de reproducción asistida ha aplicado, aunque sea de modo implícito, el método jurídico de la ponderación para solucionar cuál de los principios (bienes, valores o intereses) contrapuestos en el caso planteado debe prevalecer. Como resultado de cada ponderación es posible formular una regla de prevalencia que exprese las condiciones bajo las cuales un principio tiene preferencia sobre el contrario¹⁴. En el art. 9 LTRHA 2006 se ha concluido que ha de prevalecer el derecho a procrear de la viuda o compañera del fallecido, siempre que exista consentimiento por parte del fallecido a la utilización *post mortem* de su esperma-otorgado por diversos cauces- y que la inseminación de la mujer se produzca en un determinado plazo de tiempo desde el fallecimiento. Tal decisión de admitir la fecundación *post mortem* parece coherente en principio con el fundamento en que el legislador español ha sustentado las técnicas de procreación artificial, esto es, en un hipotético derecho a la procreación y no en el derecho a la salud, entendido éste, más allá de la ausencia de enfermedad, como bienestar físico o psicológico. Así, el art. 1 LTRHA 2006 no hace referencia ya, frente a la anterior Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, a que la finalidad de las técnicas de reproducción humana asistida sea la eliminación de la esterilidad. En cambio, si un legislador opta por fundamentar tales técnicas en el derecho a la salud y restringirlas a los casos de existencia de indicaciones médicas, porque exista una esterilidad irreversible o porque haya posibilidad de transmitir enfermedades hereditarias a los futuros hijos,

13 Es cierto que en esta hipótesis hay, además, otros intereses en juego; así, los intereses del fallecido y los intereses de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser. Pero el legislador ha dado respuesta a los mismos en el art. 9 LTRHA 2006 acudiendo a expedientes distintos. Por un lado, protege los intereses del fallecido exigiendo que este dé el consentimiento al uso del material genético tras su fallecimiento por unos cauces determinados. Respecto a los intereses de personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser, sobre todo derechos hereditarios de parientes, éstos quedan tutelados mediante la exigencia legal de que la inseminación artificial *post mortem* de la viuda o pareja haya de producirse dentro de un plazo temporal determinado.

14 Así RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*. Madrid-Barcelona (2000): Marcial Pons, p. 150.

no tiene cabida el acceso a las técnicas de mujeres solteras sin pareja y de viudas¹⁵. Esta última opción es la elegida en otros ordenamientos, como el francés, el italiano, el alemán o el portugués¹⁶.

Es, pues, claro que el legislador español ha optado, mediante la aplicación implícita del método de la ponderación, por hacer prevalecer el derecho de la mujer a procrear, pareciendo innecesario afirmar que, una vez que el legislador ha decidido a favor de una de las posibilidades, a tal preferencia quedan vinculados tanto los órganos judiciales como el poder ejecutivo¹⁷. Pero ello no significa en ningún caso que el resultado de tal ponderación no pueda ser objeto de análisis crítico doctrinal, como aquí va a hacerse a continuación, en la medida en que estimo que caben dudas racionales acerca de la constitucionalidad de tal decisión. En concreto, estimo que la admisión por el legislador de la inseminación artificial *post mortem* puede vulnerar tanto el párrafo tercero como el cuarto del art. 39 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE).

- 15 En este sentido ROCA TRÍAS, E.: "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", en AA.VV.: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dir. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid (1988): Trivium, p. 26.
- 16 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 deben estar 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 embriones (así, véase L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*, reforzado por el apartado 3 del art. 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) (consúltese en <http://www.legifrance.gouv.fr>) (fecha de consulta: diciembre 2014). Sobre el tema véase VOIRIN, P./GOUBEALUX, G.: *Droit Civil*, Tomo I. Paris (2007): L.G.D.J., p. 167. En segundo lugar, en Portugal se prohíbe de forma expresa la inseminación con semen del marido fallecido o del compañero, incluso aunque éstos hayan consentido antes de la muerte (art. 22°.1 de la *Lei n.º. 32/2006 de 26 de Julho Procriação medicamente assistida*) (tal ley está publicada en *Diário da República*, 1.ª Série- N.º: 143 -26 de Julho de 2006) (<http://www.cnpma.org.pt>) (fecha de consulta: diciembre 2014), pero en cambio el párrafo tercero del citado art. 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. Por último, los ordenamientos italiano y alemán se caracterizan por las dudas existentes acerca del alcance de la prohibición. En este sentido el art. 5 de la Ley italiana de 19 *febbraio* 2004 núm. 40 sobre *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (publicada en *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 *febbraio* 2004) (<http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>) (fecha de consulta: diciembre 2014) establece como requisito subjetivo para acceder a tales técnicas estar vivo. Y el art. 12.2 fija una sanción administrativa pecuniaria para quien posibilite el acceso a las técnicas de procreación asistida, entre otros casos, a parejas cuyos miembros no estén vivos. Como señala DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)", *La Ley* (4 enero 2005), p. 13 (<http://www.diariolaley.es>), no queda claro cuál es el objeto de la prohibición legal, si sólo se prohíbe la fecundación *post mortem* o también la transferencia de preembriones ya existentes al tiempo del fallecimiento del marido o conviviente. Crítica esta falta de claridad de la normativa italiana IAPICCHINO, L.: "La procreazione artificiale", en AA.VV.: *Il Diritto di Famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, tomo IV, (dir. por G. CASSANO). Milano (2006): Giuffrè Editore, p. 175. En Alemania el parágrafo 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 (véase en <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/4.html>) (fecha de consulta: diciembre 2014). Matiza ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica*, cit.p. 365, 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 la finalidad de la normativa, que trata de proporcionar al embrión una protección mínima. Sobre el parágrafo 4 consúltese JUNGLEISCH, F.: *Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts? Eine Untersuchung verschiedenartiger Regelungsansätze aus rechtsvergleichender und rechtspolitischer Perspektive*. Berlin (2005): Duncker & Humblot, pp. 89-90.
- 17 LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona (1994): Ariel, p. 339.

Con el fin de evitar o mitigar los peligros que el método jurídico de la ponderación lleva consigo, es preciso seguir tres pasos ordenados en su aplicación para que dicho método sea riguroso y disciplinado¹⁸: Así, en primer lugar, ha de procederse a la identificación de los principios en conflicto. Por una parte, el derecho de procrear de la mujer. Lo que resulta claro es que un derecho como tal no aparece recogido de modo explícito en la CE 1978, de modo que la doctrina ha propuesto su reconocimiento implícito en alguno de los preceptos constitucionales¹⁹: o bien en el derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE, o bien en el principio del libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE o bien en el derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE²⁰. A mi juicio la perspectiva más correcta es la que mantiene una conexión clara entre la procreación y el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE. Se trata de un principio constitucional, que significa la autonomía de la persona para elegir, de modo libre y responsable, entre las diversas opciones de vida, siguiendo sus preferencias. Proyectado al tema aquí analizado, significa el reconocimiento a toda persona de un ámbito de decisión en torno a si procrea o no un hijo²¹.

Por otra parte, en relación con el menor, no puede afirmarse que haya, en sentido riguroso, un derecho del niño a nacer con unos progenitores que derive del art. 39.3 CE (“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”). Dicho precepto es uno de los “Principios rectores de la política social y económica” (ubicados en el Capítulo III del Título I CE). El art. 53.3 CE establece el régimen general de eficacia de dichos principios, de modo que este último precepto impone tanto al legislador como a los órganos de aplicación del derecho el reconocimiento, el respeto y la protección de los mencionados principios. Estos principios son, pues, mandatos vinculantes dirigidos al legislador y no poseen como

18 Señala estos tres pasos RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes*, cit.p. 48.

19 Señala en este mismo sentido FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona (2011): Atelier; pp. 58-59, que tampoco incluyen un reconocimiento del derecho fundamental autónomo a procrear ni las declaraciones internacionales de derechos civiles ni las constituciones nacionales (con contadas excepciones). Pero a su juicio ello no impide que se tutelen las decisiones relativas a la procreación en ciertas circunstancias, en cuanto afectan a un derecho fundamental.

20 Frente a un sector doctrinal importante en EEUU que entiende que existe un derecho fundamental a procrear por medios artificiales ubicado en el *right of privacy* (consúltase la información en ROBERTSON, J.A.: “Embryos, Families and Procreative Liberty: The Legal Structure of The New Reproduction”, *Southern California Law Review* (1986), núm. 59º, pp. 958 y ss.), PANTALEÓN PRIETO, F.: “Procreación artificial y responsabilidad civil”, en AA.VV. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dir. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid (1988): Trivium, p. 275 sostiene que en el ordenamiento español, en virtud del derecho a la intimidad familiar, no hay un derecho a exigir del Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona y en cualquier circunstancia. Parece una cuestión pacífica la inexistencia de un derecho fundamental de acceso a tales técnicas, incluso, como señala FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción*, cit.p. 67, entre los sectores feministas.

21 DE VERDA y BEAMONTE, J.R.: “Libertad de procreación y libertad de investigación”, cit., pp. 1-2 y MARTÍN-CASALS, M./ SOLÉ FELIÚ, J.: “Comentario a la STS 29 de mayo de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2004), núm. 64º, p. 215.

finalidad el reconocimiento directo de derechos subjetivos de los ciudadanos²². En concreto, el art. 39.3 implica un mandato vinculante al legislador para que garantice la protección de los menores, en especial, la asistencia adecuada por parte de sus progenitores. Es decir, del precepto no deriva un derecho del niño, pero sí un interés cierto que ha de ser tutelado. Además, el mandato de actuación favorable de los poderes del Estado a dichos principios contiene de modo implícito la prohibición de cualquier actuación estatal que perjudique a aquellos²³. Por consiguiente, a mi juicio podría declararse inconstitucional una ley con una regulación que condujera a un resultado opuesto a lo que el art. 39.3 CE declara deseable.

Evidentemente no entiendo que la admisión de la reproducción artificial *post mortem* vulnere el art. 39.3 CE porque tal hipótesis está privando al menor de poseer una familia formada por dos progenitores. El art. 39 CE, y así lo ha mantenido el Tribunal Constitucional, no está contemplando un modelo específico de familia identificando la misma con la familia biparental y matrimonial²⁴. La razón se halla en que el legislador no garantiza de forma suficiente al menor que va a nacer este deber de los progenitores de prestar asistencia de todo orden a los hijos, en cuanto el legislador hace posible programar la venida al mundo de un niño sin un progenitor que haya de cumplir frente a él dicho deber fundamental²⁵. Es cierto que en esta hipótesis de la reproducción artificial *post mortem* el niño, frente a la gestación de mujer sola, sí va a tener un padre conocido; tendrá determinada, por tanto, la filiación paterna y la relación de parentesco con la familia del padre²⁶. Pero, tal y

- 22 CASAS BAAMONDE, M.E.: "De los derechos y deberes fundamentales", en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, p. 174.
- 23 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: "Comentario al art. 53.3 CE", en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, pp. 1187-1188.
- 24 Así claramente lo manifiesta en la STC 116/1999 de 17 de junio (RTC 1999/116), que resuelve el recurso 376/1989 presentado por diputados del Partido Popular contra la anterior Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988.
- 25 En este sentido PANTALEÓN PRIETO, F.: "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1993), núm. 15º, pp. 154-155 y CORRAL TALCIANI, H.: "La procreación artificial "post mortem" ante el Derecho", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1988), núm. 1º, p. 22.
- 26 Así, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "La procreación artificial post mortem", *Revista Jurídica de Cataluña* (1987), núm. 3º, pp. 878-879. En el caso de la gestación de mujer sola todavía continúa siendo polémica la cuestión de la constitucionalidad del anonimato del donante de esperma. El art. 5.5 LTRHA 2006 señala que los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes, que no incluye su identidad. Sólo se prevé, como excepción, la revelación de la identidad de los donantes cuando existan circunstancias extraordinarias que impliquen un peligro cierto para la vida o la salud del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, y tal relevación sea indispensable con el fin de evitar el peligro o para la obtención del fin legal señalado. En todo caso dicha revelación no implicará en ningún caso publicidad de la identidad del donante. Desde luego pueden estar aquí en juego el derecho de toda persona a conocer quiénes son sus progenitores, y también, como se ha apuntado, el derecho básico de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos que les conciernen. En este último sentido ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica*, cit. pp. 273-274. Por su parte apunta FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción*, cit., pp. 252-255 que el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes no tiene que evolucionar necesariamente hacia un vínculo jurídico con el progenitor o progenitores. Contrasta la regulación actual de la reproducción asistida en este aspecto frente a la existente en la adopción, en cuanto el art. 180.5º del Código Civil español sí reconoce el derecho de los adoptados a conocer los datos sobre los orígenes biológicos. Subraya esta misma autora ("La regulación de la reproducción asistida: Problemas, propuestas y retos", en AA.VV.: *Derecho y Tecnologías Reproductivas*. Madrid (2014): Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 119-120) que el diferente alcance del derecho a conocer los orígenes en la filiación adoptiva y en la resultante del acceso a las técnicas de

como se ha señalado, la idea de paternidad contemplada en el art. 39 CE, y que luego se concreta en la regulación de la patria potestad del art. 154 del Código Civil, es la de paternidad-función. Al menor fruto de la reproducción artificial *post mortem* se le está atribuyendo, al nacer sin uno de los progenitores, la relación de filiación de manera formal respecto al fallecido²⁷. Además de que, por supuesto, el deber paterno de prestar asistencia recogido en la CE y en el Código Civil no queda restringido a la satisfacción de necesidades materiales del menor.

Se ha alegado, 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)²⁸. 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.

La admisión de la fecundación artificial *post mortem* por parte del legislador español conculca, además del mencionado párrafo 3º del art. 39 CE, el párrafo 4º de dicho precepto, que establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En este sentido interesa especialmente mencionar el art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuyo párrafo primero inciso final menciona expresamente el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, en la medida de lo posible. El legislador español, al considerar admisible el nacimiento de un niño que desde el inicio no va a contar con la asistencia y cuidados de uno de los progenitores, está otorgando a los menores una protección menor a la dispensada por dicho acuerdo internacional. Es importante la puntualización que hace el precepto con la expresión "siempre que sea posible", ya que es obvio que en el ámbito de la procreación natural el legislador no puede evitar que uno de los progenitores fallezca, o que uno de los progenitores se marche a vivir al extranjero tras el divorcio o la separación. Pero en el ámbito de la procreación artificial sí puede el legislador, como he subrayado ya antes, prever y evitar que un menor nazca sin la asistencia de uno de los progenitores.

Una vez identificados los principios que han de estimarse merecedores de ser incluidos dentro de la ponderación (derecho de la mujer a procrear e interés del niño a que se le garantice la asistencia de sus progenitores), ha de procederse a asignar a cada uno de ellos el peso que, en función de las circunstancias concurrentes, deba

reproducción asistida no está justificado ni desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni con la tendencia actual del Derecho Comparado que elimina el anonimato del donante.

27 En este sentido se pronuncia ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica*, cit., p. 377.

28 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "La procreación artificial", cit., p. 879.

corresponderles²⁹. Se trata en esta segunda fase de dar argumentos sobre el grado de incumplimiento del principio que, luego, en una tercera fase, se hará retroceder y sobre la importancia del cumplimiento del principio al que se otorgará prevalencia. Para ello hay que hallar datos fácticos y jurídicos relevantes que fundamenten la corrección argumentativa. A mi juicio ha de prevalecer el interés del hijo a que no se le prive de nacer con un progenitor que pueda cumplir frente a él el deber de asistencia de todo orden. Cabe dar tres argumentos, al menos, a favor de tal decisión; dos de carácter fáctico y uno jurídico. El primer dato fáctico es que la mujer no ve impedida su posibilidad de tener hijos si se limita su derecho a ser inseminada artificialmente con el esperma de su marido o compañero fallecido; nada impedirá que pueda casarse o mantener relaciones con otras personas con las que pueda tener descendencia. Habrá, pues, otra manera de satisfacer el interés, por supuesto digno de atención, de la madre de tener descendencia. El segundo dato, también de carácter fáctico, es el concreto sujeto que se encuentra como protagonista en uno de los polos del conflicto; se trata de un menor de edad, que por su posición de debilidad necesita una especial protección por parte del ordenamiento jurídico.

Por último, el dato jurídico relevante es la existencia de normas que apoyan una prevalencia *prima facie* a favor de uno de los principios en conflicto, esto es, normas donde se establece que el principio del interés superior del menor ha de ser objeto de una consideración primordial por parte del legislador³⁰. En este sentido es fundamental en el ordenamiento español tanto el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que señala que el legislador y aplicadores del derecho deben tener una consideración primordial al interés superior del menor cuando se tomen medidas relativas a niños, como la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, cuyo art. 2 establece que en la aplicación de esta ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Ello significa que cuando medie un conflicto jurídico entre los derechos o intereses de un menor y los derechos de las personas de su entorno habrá que decidir cuál es la solución idónea a la finalidad que pretende el legislador cuando hace prevalecer el interés superior del niño, esto es, cuál es la solución más adecuada para la consecución del desarrollo pleno, sano y

29 Se ha señalado por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: "Comentario al art. 53.3 CE", cit., p. 1190, que otra importante función que cumple la incorporación de los Principios Rectores de la Política Social y Económica (arts. 39 a 52 CE) es que permiten justificar limitaciones de derechos fundamentales u otros bienes constitucionales necesarias para la protección de estos principios rectores. Según mantiene el TC el contenido de los derechos fundamentales sólo puede limitarse en virtud de una ponderación con otros bienes, derechos o principios que tengan reconocimiento constitucional. Así las SSTC 120/1990 de 27 de junio (RTC 1990/129) (FJ 8º) y 57/1994 de 28 de febrero (RTC 1994/57) (FJ 6º). Por consiguiente, es posible ponderar el derecho fundamental de procrear de la viuda con el interés del menor a nacer con un padre que cumpla frente a él un deber de asistencia de todo orden.

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

digno del niño. A mi juicio es indudable que, en el caso concreto de la reproducción *post mortem*, es contrario al interés superior del menor que éste sea privado *ab initio* de la presencia y asistencia material y afectiva de un progenitor; pudiendo preverse y evitarse tal consecuencia perjudicial por el legislador.

Por último, en una tercera fase de la ponderación se llega a la decisión de hacer prevalecer un principio frente al otro, que retrocede. La solución del conflicto ha de cumplir el criterio, al que se ha llamado “ley de la ponderación”, de que cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que retrocede mayor debe ser la importancia del que prevalece en un supuesto determinado³¹. Así, puede afirmarse, a mi juicio, que en el caso de la fecundación artificial *post mortem*, el perjuicio causado al derecho de procrear de la viuda o compañera de hecho del fallecido, que indudablemente existe, está justificado por la importancia que en esta hipótesis hay que atribuir al interés superior del niño de contar, desde su nacimiento, con unos progenitores que le presten asistencia de todo orden³². El daño que sufre el derecho a procrear de la viuda o compañera no es tan grande si se cae en la cuenta, como antes he indicado, de que en el futuro siempre tiene abierta la posibilidad de tener descendencia con otras personas.

2. Transferencia *post mortem* de preembriones.

El legislador regula de forma específica la transferencia *post mortem* de preembriones ya constituidos en vida del fallecido en el párrafo 2º del art. 9 LTRHA 2006. Así como en el caso de la inseminación artificial *post mortem* exige que concurra el consentimiento expreso y formal del marido para dicha inseminación, junto con el plazo de tiempo para llevarla a cabo (párrafo 1º del art. 9), en el caso de la transferencia de preembriones sólo alude al consentimiento del fallecido, sin mencionar el requisito del plazo temporal. Pero, además, en este segundo supuesto flexibiliza mucho el requisito del consentimiento del fallecido, presumiéndolo otorgado por éste (“Se presume otorgado el consentimiento al 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”).

Cabe preguntarse si está justificada esta disparidad de trato que introduce el legislador respecto a la inseminación artificial *post mortem* y la transferencia *post mortem* de preembriones, cuando opta por facilitar la transferencia de preembriones *post mortem* al presumir el consentimiento del fallecido. A mi juicio sí lo está, ya que

31 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes*, cit.pp. 135-136.

32 ROBERTSON, J.A.: *Children of choice. Freedom and the new reproductive technologies*. New Jersey (1994): Princeton University Press, p. 111, considera, por el contrario, que el temor de que el niño tenga un único padre no es suficiente para anular la libertad procreativa de la viuda. Muchos niños se desarrollan bien con padres solos, especialmente si tienen recursos y el apoyo para cuidarlos.

nos encontramos ante supuestos muy distintos que merecen una consideración diferente. En la transferencia se está ante un preembrión ya constituido en vida del padre, un concebido y no nacido, aunque sea *in vitro* y no en el útero. Aquí sí hablamos de un hijo póstumo. Hay, pues, un interés digno de proteger, que consiste en el posibilitar el desarrollo de la vida del embrión aún no implantado. La transferencia al útero de la madre no marca el comienzo de su vida; no supone un tránsito del no ser al ser, sino una nueva etapa en el desarrollo de una vida ya iniciada³³. Por el contrario, en la inseminación artificial *post mortem* la situación es distinta, únicamente se tiene el material reproductor del varón³⁴.

Se ha señalado por la doctrina³⁵ que caben dos posibles explicaciones posibles a este tratamiento singular que hace el legislador en la transferencia *post mortem* de preembriones 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 preembrión³⁶.

En cualquier caso el legislador de 2006, al facilitar que el preembrión pueda ser implantado en el útero de la madre, mantiene una cierta coherencia con la doctrina que puede extraerse hasta el momento, al menos, del Tribunal Constitucional español, en el sentido de que éste otorga una protección, aunque de menor intensidad, a la

- 33 En este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Libertad de procreación", cit., pp. 12 y 20. Señala FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción*, cit., p. 136 que más allá de la discusión sobre su naturaleza, el preembrión, el embrión y el feto tienen una potencialidad que les hace merecedores de un mínimo grado de tutela. Y añade que, a pesar de las diferencias acerca del status jurídico del embrión *in vitro*, hay un consenso amplio acerca a la necesidad de otorgarle una protección.
- 34 En el caso de la inseminación artificial he profundizado en la aplicación del método de la ponderación para decidir entre la prevalencia del derecho de la mujer a procrear y el interés del futuro niño a contar con la asistencia del progenitor desde el inicio de su vida. Sin embargo, en la transferencia *post mortem* de preembriones el análisis jurídico se plantea en otros términos, porque aquí el principio del interés superior del niño justifica que se tutelé ante todo la vida prenatal (el preembrión tiene toda su potencialidad vital para llegar a convertirse en un ser humano), en cuanto la vida aparece como uno de los valores supremos del ordenamiento, por encima del interés del menor por recibir asistencia integral de sus progenitores. Además, a ello ha de añadirse que aquí no habría ningún conflicto jurídico, ya que tanto la protección del preembrión como la voluntad de procrear de la mujer confluyen en el mismo resultado.
- 35 FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: "Comentario al art. 9 LTRHA", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (dir. por J.A. COBACHO y coord. por J.J. INIESTA). Cizur Menor (2007): Thomson Aranzadi, p. 331.
- 36 Claramente favorable a esta segunda opción es la *Lei* portuguesa n.º. 32/2006 de 26 de *Julho Procriação medicamente assistida*, cuando en su apartado 3º del art. 22º considera lícita tal transferencia 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 preembriones tanto en las normativas portuguesa como española es, a mi juicio, mucho más acertada que la de aquellos ordenamientos, como el francés, en que la prohíben. La regulación francesa conduce claramente al problema del destino que tendrán los preembriones crioconservados si no pueden transferirse al útero de la madre. Desde luego MALAURIE, P/AYNÉS, L.: *Droit Civil. La Famille*. Paris (2009); Defrénois, p. 416, son conscientes de la disyuntiva especialmente delicada que se plantea en el caso de la transferencia *post mortem* de preembriones si ésta se prohíbe (destrucción o adopción por otra pareja), pero aprueban la decisión del legislador al prohibirla, ya que a su juicio éste ha tenido en cuenta los riesgos que llevaría consigo la solución contraria.

vida en las fases previas al nacimiento³⁷. Se deduce de las sentencias en las que ha tenido oportunidad, por un motivo u otro, de enfrentarse al polémico tema de la protección de la vida prenatal [SSTC 75/1984 de 27 de junio (FJ 6), 53/1985 de 11 de abril (FJ 5), 212/1996 de 19 de diciembre (FJ 5º) y 116/1999 de 17 de junio (FJ 9º)³⁸], que el embrión y el feto no son titulares del derecho fundamental a la vida del art. 15 CE³⁹.

Ahora bien, también es una afirmación compartida por la doctrina que el ordenamiento jurídico puede amparar a la persona por vías distintas a las del reconocimiento de la titularidad de derechos subjetivos⁴⁰. Este segundo paso puede deducirse también de la doctrina constitucional. Los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los ciudadanos frente al Estado. Son, además, la expresión jurídica de un sistema de valores que ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política, a cuya efectividad el Estado tiene la obligación positiva de contribuir. Cabe, en esta medida, sostener una protección objetiva de la vida humana en desarrollo, con base en el art. 15 de la Constitución. Sin duda una correcta interpretación de la doctrina constitucional conduce a afirmar que ésta extiende, en sus SSTC 212/1996 de 19 de diciembre y 116/1999 de 17 de junio, al embrión *in vitro* la consideración de bien constitucionalmente protegido en cuanto incorpora un germen de vida humana⁴¹. Ahora bien, también sostiene dicho tribunal que los embriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno⁴². Esta última afirmación se justificaría en la medida en que el Tribunal parte de un concepto de la vida humana como un proceso (*"sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica, que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital"*), con el nacimiento como un momento sustancial de cambio⁴³.

37 El Tribunal Constitucional, en el momento en que se está escribiendo este trabajo, aún no ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular contra la LO 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo.

38 RTC 1984/75, RTC 1985/53, RTC 1996/212 y RTC 1999/116 (<http://www.westlaw.aranzadi.es>)

39 Señala LASARTE ALVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*. Madrid (2014): Marcial Pons, p. 146, que, aunque el momento genético de la vida humana pueda discutirse desde un punto de vista moral o filosófico, no hay dudas de que en el ordenamiento jurídico español la personalidad y la genérica capacidad jurídica se adquieren mediante el nacimiento regular (de acuerdo con los arts. 29 y 30 del Código Civil).

40 BUSTOS PUECHE, J.E.: *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid (1996): Dykinson, pp. 43-44 y FEMENIA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid (1999): McGraw-Hill, pp. 215-217.

41 En este sentido TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C.: "Comentario al art. 15 CE", en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PINERO). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, p. 156.

42 STC 116/1999 de 17 de junio (FJ. 12) (<http://www.westlaw.aranzadi.es>)

43 STC 53/1985 de 11 de abril (FJ 5º) (<http://www.westlaw.aranzadi.es>)

III. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS LEGALES PARA LA ADMISIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL *POST MORTEM*.

I. Respecto a la inseminación artificial *post mortem*.

El legislador español exige, de forma expresa, para la admisión de esta primera hipótesis dos requisitos: el consentimiento del varón fallecido a dicha inseminación con su material reproductor y el plazo de tiempo establecido para la utilización de tal material.

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

En primer lugar, cabe plantearse si basta con que se haya dado el consentimiento por el marido o compañero para la utilización del esperma, sin más, o es preciso que consienta de modo específico que su material reproductor pueda ser utilizado después de su muerte. Debido a la trascendencia que tiene dicho consentimiento en esta hipótesis concreta, por una parte, el nacimiento de un ser humano que no va a poder contar con la asistencia del padre desde el inicio de su vida, por otra parte, la incidencia sobre los derechos de otras personas (por ejemplo, parientes del fallecido); pienso que es necesario que el varón consienta de modo específico la inseminación de la mujer para después de la muerte⁴⁴. La segunda exigencia, esto es, que ha de consentirse la inseminación de una mujer en concreto, se desprende de la propia literalidad del art. 9 de la Ley, que establece en el párrafo 2º la necesidad de que el marido preste su consentimiento para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a "su mujer". En caso de matrimonio, la determinación de la viuda no presenta dificultades. Sin embargo en el caso de la pareja de hecho hay que mencionarla de tal manera que su identificación no deje lugar a dudas.

En tercer lugar, el consentimiento ha de ser expreso. La Ley requiere que el consentimiento se otorgue por escrito; por tanto, ha de ser expreso. No bastaría un consentimiento tácito, ya que esta clase de consentimiento puede crear problemas de interpretación. Por consiguiente, del simple hecho de que una persona haya criopreservado sus gametos no puede inferirse que haya autorizado la fecundación

44 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *El juez civil ante la investigación biomédica* (coord. por X. ABEL). Madrid (2004): Consejo General del Poder Judicial, p. 298.

post mortem. Este problema no tendrá demasiada relevancia práctica, en la medida en que suele ser una costumbre habitual de las clínicas dedicadas a la realización de estas técnicas que requieran que el depositante declare su intención sobre la disposición del esperma en caso de fallecimiento. La dificultad surge cuando el depositante no ha hecho ninguna aclaración y posteriormente, tras su muerte, la viuda, la compañera de hecho y/o los familiares del difunto desean el uso *post mortem* de su esperma para la procreación. Hay que preguntarse por el significado concreto de que una persona deposite sus gametos en un centro autorizado. Sin duda este hecho revela su intención clara de procrear en un futuro próximo y, además, de hacerlo mediante las técnicas de reproducción asistida, pero desde luego ello no supone ninguna prueba de la voluntad de procrear bajo cualquier circunstancia, incluso después de la muerte⁴⁵.

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

Cabe también la posibilidad de que el varón pueda prestar su consentimiento para dicha inseminación a través del documento de instrucciones previas, que se regula en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La pregunta clave es si, de acuerdo con el contenido que prevé en su art. 11.1 la citada Ley 41/2002, el documento de instrucciones previas se presenta como el instrumento idóneo para la autorización de la fecundación artificial *post mortem*. Dicho documento, según el citado precepto, es aquel por el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta de forma anticipada su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias

45 En este sentido se pronuncia REICHMAN SCHIFF, A.: "Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation", *North Carolina Law Review* (1996-1997), núm. 75º, pp. 948-951. 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 concreto en el ordenamiento francés. Un comentario a la misma en RUBELLIN-DEVICHI, J.: "Insémination artificielle *post mortem*", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. II (1984), pp. 703 y ss.

no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. Desde luego el consentimiento para la inseminación artificial *post mortem* de la viuda y compañera no tiene nada que ver con una decisión relativa a la salud del cónyuge o compañero varón, además de que tales disposiciones van a surtir efectos sólo en vida de este último. Sin embargo se ha señalado⁴⁶ que este documento de instrucciones previas puede ir dirigido a diferentes finalidades, y que nada impide que formen parte de su contenido otras previsiones *post mortem*, como las relativas a la donación de órganos, disposición del propio cadáver para fines médicos o biológicos, entierro, incineración, autopsia clínica... Es dudoso, a mi juicio, que sea equiparable la previsión de la donación de un órgano del cuerpo con la disposición del esperma, ya que la naturaleza de un órgano humano y del esperma es radicalmente diferente, en cuanto el esperma contiene células que pueden dar lugar a una vida humana.

¿Podría prestarse el consentimiento en otro tipo de documento privado, distinto al previsto en el citado art. 6.3 y en el documento de instrucciones previas? Parece que no, ya que el art. 9 constituye un *numerus clausus* y únicamente alude a estas dos clases de documento privado. Ello resulta patente en el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2010⁴⁷.

Ya en la anterior Ley de 1988 se hacía referencia al testamento como instrumento válido para autorizar la inseminación *post mortem*, pero sigue sin resolverse con la actual Ley de 2006 la misma duda que existía entonces con aquel texto normativo: el tipo de testamento en que puede consentirse la fecundación. Es decir, si puede hacerse también en testamento ológrafo, o sólo en testamento notarial. Aunque no es una cuestión pacífica en la doctrina, a mi juicio no es indudable que el nuevo art. 9 de la Ley de 2006 permita que el consentimiento se lleve a cabo en un testamento no notarial. Es cierto que en la Ley de 1988 se planteaban, como únicas alternativas, o el testamento o la escritura pública, y que sin embargo con el nuevo art. 9 se amplían las posibilidades de prestar el consentimiento, y se amplían incluso a un documento privado. Pero no es cualquier documento privado; se circunscribe al formulario para dar el consentimiento informado que hay en las clínicas que llevan a cabo tales técnicas de reproducción asistida y al documento de instrucciones previas. A ello ha de añadirse que, al ser excepcional la admisión de la fecundación *post mortem* por las circunstancias en que va a llevarse a cabo el nacimiento de un futuro ser (esto

46 PÉREZ GALLARDO, L.B.: "Inseminación artificial y transferencia de embriones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (2007), núm. 4º, pp. 614-615.

47 Tal auto deniega la solicitud por parte de la viuda de autorización para la inseminación con el esperma de su esposo fallecido, porque el consentimiento del difunto se encontraba recogido en una carta mecanografiada y firmada por él, por su madre y por su hermana. Consúltese AC 2010/1755 (<http://www.westlaw.aranzadi.es>)

es, sólo se permite cuando concurren determinados requisitos), pienso que han de exigirse las mayores garantías a la hora de emitir el consentimiento.

La quinta nota característica del consentimiento es que ha de ser de carácter personalísimo, esto es, ha de otorgarlo el propio fallecido y no puede ser suplido ni por la autoridad judicial ni por tercera persona (aunque la inseminación la apoyen los parientes del difunto)⁴⁸. Por último, la LTRHA 2006 prevé la posibilidad de que el consentimiento para la aplicación de las técnicas pueda ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas. El art. 9.2 de la Ley no regula la forma de la revocación, lo que hace suponer la posibilidad de revocación a través de un medio distinto a aquel en que se expresó la voluntad de disponer del esperma.

En relación con el segundo requisito exigido por la ley vigente para la admisión de la inseminación artificial *post mortem*, el art. 9 establece que la mujer ha de ser inseminada en el plazo de doce meses siguientes al fallecimiento del varón. Cuál es la función de la fijación de dicho plazo temporal. Sin duda la finalidad es la protección de los derechos hereditarios de terceros. No se precisa, en cambio, los terceros que pueden verse perjudicados por el nacimiento del niño: por ello, sean parientes más próximos o más lejanos del causante, se aplicará el mismo plazo temporal. Se ha apuntado también que la fijación de 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 antes⁴⁹.

La LTRHA 2006 ha ampliado el plazo en relación con la Ley de 1988. De un plazo de 6 meses se ha pasado al actual plazo de 1 año. En general la doctrina ve dicha ampliación de forma favorable, tanto respecto a la tutela de la viuda como en relación a la protección de los derechos hereditarios de terceros. Por un lado, el plazo de 6 meses era un tiempo muy breve para que la viuda tomara la decisión de inseminarse; todavía subsistía el dolor y la alteración por el fallecimiento cercano de la persona querida y no estaba en condiciones adecuadas de adoptar una decisión suficientemente reflexionada⁵⁰. 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

48 Auto JPI Valencia de 13 de mayo de 2003 (AC 2003, 1887), Auto APA Coruña de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001/183) y SAP Barcelona de 16 de junio de 2004 (JUR 2004/292813) (<http://www.westlaw.aranzadi.es>)

49 CORRAL TALCIANI, H.: "Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial", *Revista Chilena de Derecho* (1992), núm. 19º, p. 458.

50 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Reproducción asistida Post Mortem", *Aranzadi Civil* (2001), núm. 2º, p. 2165-2167.

los familiares más cercanos⁵¹. 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; por otra parte, el futuro niño, una vez que nazca, puede disfrutar de derechos sucesorios⁵².

2. Respecto a la transferencia *post mortem* de preembriones.

Como ya he puesto de relieve antes, así como el art. 9 LTRHA 2006 permite la inseminación artificial *post mortem* siempre que concorra el consentimiento del varón para dicha inseminación junto con el plazo de tiempo para llevarla a cabo, en la regulación de la transferencia de preembriones sólo se alude al consentimiento del fallecido, sin mencionar el requisito del plazo temporal. Pero, además, flexibiliza el requisito del consentimiento del fallecido, presumiéndolo otorgado por éste (“Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de embriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”).

Es preciso detenerse en el tipo de supuestos en los que está pensando el legislador de 2006 cuando regula de forma expresa la transferencia *post mortem* de preembriones, ya que en la anterior Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 se suscitan dudas sobre si su art. 9 incluía o no esta hipótesis. Así, el legislador de 2006 piensa en un matrimonio o en una pareja de hecho que, en vida de ambos, ha iniciado ya un proceso de procreación asistida y, en concreto, como resultado de la fecundación *in vitro*, se han constituido ya preembriones que están, o pendientes de transferencia, o incluso, crioconservados desde hace tiempo. Por consiguiente, ya se ha otorgado por ambos el consentimiento necesario para la utilización de estas técnicas (arts 6.1 y 6.3 LTRHA 2006, aunque este último precepto únicamente lo exige para el marido). Junto a dicho consentimiento general, han debido autorizar también, con anterioridad a la generación de los preembriones, el concreto destino de éstos, es decir, en esta hipótesis, su uso por la propia mujer y por su cónyuge para la procreación (art. 11.5 LTRHA 2006). De repente, el marido o compañero fallece antes de que haya podido llevarse a cabo la transferencia de los preembriones al útero de la mujer. Evidentemente él no ha podido prever su fallecimiento y, por tanto, no ha podido dar su consentimiento específico para la transferencia *post mortem* de los preembriones, y mucho menos lo ha dado a través de uno de los cauces formales establecidos en el art. 9. Dicho precepto no prescinde del requisito

51 PÉREZ GALLARDO, L.B.: “Inseminación artificial”, cit., p. 615.

52 FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Comentario al art. 9 LTRHA”, cit., p. 338, propone ampliar el plazo legal, 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.

del consentimiento del varón para la admisión de la transferencia *post mortem* de preembriones; el consentimiento existe, ya se dio en el momento de consentir las técnicas de reproducción asistida y en el momento de decidir el destino de los preembriones antes de la generación de éstos. Es decir, el legislador parte de la idea de que la implantación *post mortem* del preembrión no es sino la culminación del proceso de procreación asistida.

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 varón. El hecho de que una persona haya dado su consentimiento para la realización de la fecundación *in vitro* e, incluso para la transferencia de embriones a su mujer; no implica necesariamente que, de haber sabido que iba a fallecer; hubiera deseado que un hijo suyo naciera en tales circunstancias especiales (es decir, sin tener asistencia de un padre desde el principio)⁵³. Aun así, creo que la opción que ha tomado el legislador permitiendo la transferencia del preembrión y facilitándola a través de la presunción del consentimiento del varón es perfectamente compatible, en cuanto cabe afirmar, como ya he apuntado antes, que en esta hipótesis nos encontramos con un preembrión ya constituido en vida del padre, es decir, con un concebido y no nacido (aunque fuera del útero materno).

Por último, es preciso señalar que, aunque el art. 9 LTRHA 2006 hace referencia de forma exclusiva al requisito del consentimiento del varón para la admisión de la transferencia *post mortem* de preembriones, a mi juicio tal transferencia ha de someterse también al requisito del plazo temporal. Por consiguiente, la transferencia de preembriones ha de producirse en un año desde el fallecimiento del varón. Ello parece lógico porque aquí también está presente el mismo interés que trata de protegerse cuando se exige el plazo temporal limitado en la inseminación artificial *post mortem*, esto es, está en juego la tutela de los derechos sucesorios de otras personas que podrían ser llamadas a la herencia del difunto⁵⁴. La transferencia del preembrión no puede dejarse a la exclusiva voluntad de la viuda o pareja de hecho.

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

54 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: *Reproducción artificial post mortem. Análisis del art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Valencia (2013): Tirant lo Blanch, pp. 85-86.

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

Una vez que se cumplen los dos requisitos exigidos por el legislador para la validez de la reproducción artificial *post mortem*, esto es, el consentimiento del varón fallecido y el plazo temporal, se plantean dos tipos de problemas en relación, sobre todo, con el hijo que va a nacer: los relativos al Derecho de Filiación y al Derecho de Sucesiones. La LTRHA 2006 sólo se refiere de forma expresa al primero de esta clase de problemas. Nos encontramos aquí ante un gran reto jurídico, en la medida en que la normativa del Código Civil español en estas materias se presenta manifiestamente inadecuada para resolver los problemas de filiación y sucesorios derivados de la reproducción artificial asistida.

I. Problemas de filiación.

El art. 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 art.s siguientes de dicho texto legal, entre los que se encuentra el art. 9. Desde luego la justificación del otorgamiento de una regulación específica para la filiación en dicho art. 9 radica en la ya aludida dificultad de aplicar a la reproducción artificial *post mortem* las normas del Código Civil sobre filiación. El tratamiento que se hace en el art. 9 LTRHA sobre 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 complicado estimar que la filiación del hijo es matrimonial. Esto es, es muy difícil la aplicación de la presunción de paternidad del art. 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 esposo⁵⁵.

55 Tampoco parece que pueda aplicarse el art. 118 del Código Civil, que establece que “Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos”. Además de que el precepto sólo habla de separación legal o de hecho y no de disolución –como es el caso de la muerte–, tampoco resulta claro que únicamente sea la mujer la que dé su consentimiento en el momento de la inscripción, entendiéndose que el marido lo presta al tiempo de manifestar su consentimiento a la fecundación *post mortem* a través de alguno de los medios del art. 9 LTRHA 2006. En este sentido RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La fecundación artificial *post mortem*”, cit., p. 892.

Por ello el legislador de 2006 ha optado por introducir en el art. 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. 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.

Si la madre es inseminada con espermatozoides 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 art. 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, otorgado en forma y plazo, sirva como título para iniciar un expediente del art. 49 conforme a la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, y así poder declarar la filiación paterna del varón conviviente mediante resolución recaída en dicho expediente⁵⁶. Parece que si parte interesada o el Ministerio Fiscal manifestare oposición en el expediente, el hijo dispondrá de la acción de reclamación judicial de paternidad, a la que hace referencia en su parte final el art. 9.3 LTRHA 2006⁵⁷.

2. Problemas sucesorios.

El art. 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 art. 14 CE, porque se trataría a hijos genéticos del mismo padre y de la misma madre de forma distinta en lo que se refiere a los derechos sucesorios⁵⁸.

56 Esta forma de determinación de la filiación no matrimonial a través de la iniciación de un expediente conforme a la Ley del Registro Civil es un remedio subsidiario que opera en defecto de reconocimiento formal (art. 120 del Código Civil). Mucho más acertado sería haber equiparado en la LTRHA 2006 la determinación de la filiación tanto en el caso del marido como del compañero de hecho fallecido, ya que, aunque de momento la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 sigue vigente (en principio hasta el 15 de julio de 2015), será sustituida por la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil. Esta última elimina toda referencia a la filiación no matrimonial, que equipara a la matrimonial. De modo que la consecuencia previsible es que el art. 49 de la Ley de Registro Civil de 1957 quedará vacío de contenido. La equiparación del medio de determinación de la filiación en la reproducción *post mortem* en el caso de matrimonios y parejas de hecho está, sin embargo, en los arts. 235-8.2 y 235-13.2 del Libro II del Código Civil de Cataluña (<http://www.noticiasjuridicas.com>) (fecha consulta: diciembre 2014).

57 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *Derecho Civil IV* (coord. por J.R. DE VERDA). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, p. 299.

58 ROCA TRIAS, E.: "La incidencia de la inseminación", cit., p. 34. Ya he hecho antes referencia a que en ciertos ordenamientos jurídicos, como el inglés, el registro de la paternidad del varón fallecido no supone más que

Ahora bien, es cierto que la atribución de derechos sucesorios no está exenta de dificultades. Se plantea el problema de la incertidumbre respecto de los derechos sucesorios de otras personas que resultarían perjudicadas con el nacimiento del niño y, además, se plantea un problema de inadecuación de las normas tradicionales del Derecho de Sucesiones del Código Civil, que en absoluto están pensando en los niños que nacen por técnicas de reproducción artificial. Empezando por esta segunda dificultad, se apuntan objeciones relativas a la ausencia de capacidad para suceder por parte de éstos. El problema, a mi juicio, no es tan grave respecto a la capacidad para suceder de los preembriones. El Código Civil establece en el art. 745, número 1º, que son incapaces para suceder las criaturas abortivas (que son las que nacen sin cumplir los requisitos del art. 30: nacer con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno). De ahí se deduce, en conexión con el art. 29 del Código civil⁵⁹, que el concebido pero no nacido tiene capacidad sucesoria, aunque la efectividad de sus derechos depende de que el llamado llegue a nacer cumpliendo el requisito del mencionado art. 30 del Código Civil. Aunque en el momento de su promulgación el Código Civil sólo pensaba en el concebido por medios naturales, no hay gran objeción para entender aplicable el art. 29 del Código Civil al preembrión ya constituido en el momento de la muerte del causante: el término “concebido” de dicho precepto tiene amplitud suficiente para incluir en el mismo al embrión concebido *in vitro*, en virtud del art. 3.1 del Código Civil, según el cual las normas han de interpretarse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas⁶⁰.

Cuestión más complicada son los derechos sucesorios del niño que nace como consecuencia de una inseminación artificial *post mortem* de la mujer. En este caso es claro que estamos ante un *concepturus* y habría que otorgarle, pues, el mismo tratamiento que posee éste en el ordenamiento español. En consonancia con esta afirmación, se habría de admitir la posibilidad, dentro del ámbito de la sucesión testada, de que el causante pueda llamar a suceder al niño fruto de estas nuevas técnicas, como legatario o como heredero, o bien mediante el procedimiento clásico de la sustitución fideicomisaria, o bien, directamente, considerándose entonces que la institución queda sometida a la condición suspensiva de que llegue a nacer⁶¹. Pero

un reconocimiento simbólico de la filiación, no hay atribución de derechos al menor. Consúltese VONK, M.: *Children*, cit., pp. 45 y 51. De hecho en España, el informe elaborado con anterioridad a la Ley 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) (informe publicado por el Congreso de los Diputados en 1987, p. 113).

59 “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el art. siguiente” (<http://noticiasjuridicas.com>) (fecha de consulta: diciembre 2014).

60 FEMENIA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico*, cit. pp. 272 y 283.

61 Un estudio completo de los derechos sucesorios del *concepturus* en DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: *Compendio de Derecho Sucesorio*. Madrid (2011): La Ley, pp. 57-58. Este autor señala que la posibilidad de instituir heredero directamente al niño fruto de estas técnicas está en la propia LTRHA 2006. Efectivamente, el art. 9 prevé la posibilidad de consentir en testamento que su material reproductor pueda ser utilizado por la mujer a su

siempre suele reconocerse el llamamiento al *concepturus* dentro del ámbito de la sucesión testada, no de la intestada⁶².

Lo más adecuado, a mi juicio, sería realizar una reforma del articulado del Código Civil señalando, o bien directamente que el niño que va nacer fruto de la fecundación artificial *post mortem* posee capacidad para suceder (tal como hace la Ley 10/2008 de 10 de julio del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones⁶³), o bien presumiendo que los hijos nacidos de esta forma se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión (tal como dispone el Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas⁶⁴).

El segundo de los problemas sucesorios que se plantean con la admisión de la reproducción artificial *post mortem* es el perjuicio que pueden sufrir terceros que tendrían derechos sucesorios en la herencia del varón difunto, o bien porque quedarían disminuidos con el nacimiento de un nuevo hijo (como en el caso de otros hijos del varón fallecido) o bien porque quedarían privados de ellos. Ahora bien, a la vez cabe afirmar que tal peligro quedaría atenuado de forma considerable a través de dos medidas. La primera es la fijación de un plazo temporal dentro del cual ha de inseminarse a la mujer; o dentro del cual ha de producirse la transferencia de preembriones. La segunda medida es la aplicación de la normativa del Código Civil relativa a las precauciones que han de adoptarse cuando la viuda queda encinta (art.s 959 a 967). La doctrina desde luego no ve demasiado problema en entender aplicable dicha normativa en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida *post mortem* con las matizaciones oportunas⁶⁵. Por ejemplo, en relación con el aviso que la viuda ha de dar a las personas que posean derechos sucesorios en la herencia del fallecido que deban desaparecer o disminuir con el nacimiento del hijo, el Código Civil señala que ha de ser doble: la viuda ha de poner en conocimiento de las citadas personas el hecho del embarazo y la fecha probable del parto, cuando éste

fallecimiento, de modo que, además de consentirse el uso de su esperma, podría disponer en dicho instrumento que el niño que vaya a nacer sea instituido heredero.

- 62 Una excepción en INIESTA DELGADO, J.J.: “Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* (2008), núm. 29º, p. 14. Por supuesto tampoco ve inconveniente este autor en reconocer al hijo fruto de estas técnicas sus derechos en cuanto legitimario y a que, en su caso, aquel pueda disponer de los instrumentos que le proporciona el Código Civil para la defensa de su legítima (pp. 14-15).
- 63 Art. 412-1: “1. Tienen capacidad para suceder todas las personas que en el momento de la apertura de la sucesión ya hayan nacido o hayan sido concebidas y que sobrevivan al causante. 2. Los hijos que nazcan en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto” (<http://www.noticiasjuridicas.com>) (fecha de consulta: diciembre 2014).
- 64 Art. 325. 3: “Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida *post mortem* con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación” (<http://noticiasjuridicas.com>) (fecha de consulta: diciembre 2014).
- 65 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Comentario al art. 959 del Código Civil”, en AA.VV. *Código Civil Comentado*, Vol. II (dir. por A. CAÑIZARES LASO et al). Cizur Menor (2011): Thomson Civitas, p. 1393.

se aproxime. En el supuesto específico que vengo analizando, la obligación de aviso por parte de la viuda o compañera ha de extenderse también, además de a los dos aspectos citados, a su intención de proceder a la fecundación *post mortem* o a la transferencia del preembrión previamente constituido, dentro del plazo que señala la ley, ya que los interesados tienen derecho a conocer, no sólo el embarazo en sí, sino también la posibilidad del mismo. Tal obligación de notificación lo será respecto del momento preciso y del lugar en que se procederá a la fecundación *post mortem* o a la transferencia⁶⁶.

66 FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico*, cit.pp. 286-287.

BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva*. Cizur Menor (2003): Thomson Aranzadi.

ALONSO PÉREZ, M.: "De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta", en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIII, Vol. 2º (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), Madrid (1988): Edersa, pp. 1 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Reproducción asistida *Post Mortem*", *Aranzadi Civil* (2001), núm. 2º, pp. 2165 ss

BUSTOS PUECHE, J.E.: *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid (1996): Dykinson. CAPILLA RONCERO, F.: "Autonomía de la voluntad y Derecho de la Persona; o la autonomía personal en el Derecho privado", *La Ley*, 18 de julio de 2011, pp. 5 y ss (<http://www.diariolaley.es>).

CASAS BAAMONDE, M.E.: "De los derechos y deberes fundamentales", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, pp. 167 ss.

CORRAL TALCIANI, H.: "La procreación artificial "post mortem" ante el Derecho", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1988), núm. 1º, pp. 6 ss.

CORRAL TALCIANI, H.: "Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial", *Revista Chilena de Derecho* (1992), núm. 19º, pp. 439 ss.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: *Compendio de Derecho Sucesorio*. Madrid (2011): La Ley

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)", *La Ley*, 4 enero 2005, pp. 1 ss. (<http://www.diariolaley.es>).

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV. *Derecho Civil IV* (coord. por J.R. DE VERDA). Valencia (2013): Tirant lo Blanch.

FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona (2011): Atelier.

FARNÓS AMORÓS, E.: "La regulación de la reproducción asistida: Problemas, propuestas y retos", en AA.VV. *Derecho y Tecnologías Reproductivas*. Madrid (2014): Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 99 ss.

FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid (1999): McGraw-Hill.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: "Comentario al art. 9 LTRHA", en AA.VV. *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (dir. por J.A. COBACHO y coord. por J.J. INIESTA). Cizur Menor (2007): Thomson Aranzadi, pp. 305 ss

GILMORE, S./GLENNON, L.: *Hayes and Williams' Family Law*. Oxford (2012): Oxford University Press.

HALE, B./ PEARL, D./ GOKIE, E./ MONK, D.: *The family, Law & Society*. Oxford (2009): Oxford University Press.

IAPICHINO, L.: "La procreazione artificiale", en AA.VV. *Il Diritto di Famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, tomo IV, (dir. por G. CASSANO). Milano (2006): Giuffré Editore

INIESTA DELGADO, J.J.: "Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*", *Revista de Derecho y Genoma Humano* (2008), núm. 29º, pp. 13 ss.

INIESTA DELGADO, J.J.: "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", en AA.VV. *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M.YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS). Cizur Menor (2011): Thomson Aranzadi, pp. 735 ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid (2012): Reus.

JUNGLEISCH, F.: *Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts? Eine Untersuchung verschiedenartiger Regelungsansätze aus rechtsvergleichender und rechtspolitischer Perspektive*. Berlin (2005): Duncker & Humblot.

LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona (1994): Ariel.

LASARTE ALVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*. Madrid (2014): Marcial Pons.

LÓPEZ PELÁEZ, P.: "Filiación y reproducción asistida", en AA.VV. *Derecho de la Persona* (coord. por I. RAVETLLAT). Barcelona (2011): Bosch.

MALAUURIE, P./AYNÉS, L.: *Droit Civil. La Famille*. Paris (2009): Defrénois

MARTÍN-CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J.: "Comentario a la STS 29 de mayo de 2003", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2004), núm. 64º, pp. 193 ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV. *El juez civil ante la investigación biomédica*, (coord. por X. ABEL). Madrid (2004): Consejo General del Poder Judicial, pp. 249 ss.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Procreación artificial y responsabilidad civil", en AA.VV. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dir. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid (1988): Trivium, pp. 245 ss

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1993), núm. 15º, pp. 129 ss.

PÉREZ GALLARDO, L.B.: "Inseminación artificial y transferencia de embriones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (2007), núm. 4º, pp. 605 ss-

PROBERT, R.: *Cretney and Probert's Family Law*. London (2009): Sweet & Maxwell.

REICHMAN SCHIFF, A.: "Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation", *North Carolina Law Review* (1996-1997), núm. 75º, pp. 902 ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "La procreación artificial *post mortem*", *Revista Jurídica de Cataluña* (1987), núm. 3º, pp. 871 ss.

ROBERTSON, J.A.: "Embryos, Families and Procreative Liberty: The Legal Structure of The New Reproduction", *Southern California Law Review* (1986), núm. 59º, pp. 939 ss

ROBERTSON, J.A.: *Children of choice. Freedom and the new reproductive technologies*. New Jersey (1994): Princeton University Press.

ROCA TRÍAS, E.: "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", en AA.VV. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dir. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid (1988): Trivium, pp. 17 ss.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*. Madrid-Barcelona (2000): Marcial Pons.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: "Comentario al art. 53.3 CE", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, pp. 1187 ss.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Reproducción artificial post mortem. Análisis del art. 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Valencia (2013): Tirant lo Blanch

RUBELLIN-DEVICHI, J.: "Insémination artificielle *post mortem*", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. II (1984), pp. 703 y ss.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: "Comentario al art. 959 del Código Civil", en AA.VV. *Código Civil Comentado*, Vol. II (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et. al*). Cizur Menor (2011): Thomson Civitas, pp. 1392 ss.

SERRANO ALONSO, E.: "El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*", en AA.VV. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dir. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid (1988): Trivium, pp. 365 ss.

TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C.: "Comentario al art. 15 CE", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, pp. 311 ss.

VOIRIN, P./GOUBEUX, G.: *Droit Civil*, Tomo I. Paris (2007): L.G.D.J.

VONK, M.: *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 (2007): Intersentia.

