

JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ CAMPOS

LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA *POST MORTEM*

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes legislativos. 3. La admisión en Derecho español de la reproducción asistida *post mortem*. 3.1. Las diferentes opciones de la doctrina. 3.2. Los argumentos esgrimidos. 3.3. La doctrina del Tribunal Constitucional. 4. ¿Se admite la reproducción asistida *post mortem* que no determine la filiación?

1. Si originariamente las técnicas de reproducción humana asistida tenían como finalidad remediar los problemas de esterilidad que podía padecer alguno de los miembros de la pareja en orden a la procreación, desde hace décadas, en la legislación de algunos países, o simplemente en la práctica, las técnicas de reproducción asistida han superado esa orientación y permiten también la reproducción de personas que no tienen enfermedad o disfunciones que le impidan la procreación natural: este sería el caso de esta modalidad que vamos a analizar: el uso *post mortem* de las técnicas de reproducción humana asistida.

Esta posibilidad ha sido criticada por parte de la doctrina, incluso en aquellos países, como es el caso de España, donde la legislación lo permite, señalándose que la autorización de la inseminación *post mortem* supone una nueva excepción al principio terapéutico de la asistencia médica a la procreación¹, o que la admisión de la fecundación *post mortem* transgrede la filosofía de la ley (finalidad terapéutica) para realizar póstumamente el deseo de alcanzar la maternidad².

Diversas denominaciones ha recibido en la doctrina estas prácticas: fecundación *post mortem* quizás sea una de las primeras y acaso la más generalizada³, pero tiene una deficiencia: se refiere literalmente a la fecundación

1 I. ALKORTA IDIÁKEZ, *Regulación jurídica de la Medicina reproductiva (Derecho español y comparado)*, Pamplona, 2003, 369.

2 F. LLEDÓ YAGÜE, *Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica, en Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España (El proceso legal de reformas)*, Madrid, 2006, 155.

3 F. RIVERO HERNÁNDEZ, *La fecundación artificial post mortem*, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987- 4; E. SERRANO ALONSO, *El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem*, en *La filiación a*

del óvulo con el semen del varón y no alude a la transferencia del embrión preconstituido, del óvulo ya fecundado; por ello es preferible denominarla «reproducción asistida post mortem», para englobar ambos supuestos⁴.

El Capítulo II de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006) regula las repercusiones de la procreación asistida en la determinación de la filiación. Entre ellos destaca el artículo 9 que bajo el epígrafe «Premoriencia del marido» está dedicado a la regulación de la reproducción asistida post mortem.

Se trata de permitir que se puedan utilizar, en algunos casos, las técnicas de reproducción asistida reguladas en la ley cuando el varón del que proviene el material reproductor ya haya fallecido. La legislación de otros países, en cambio, impide el uso del semen conservado una vez que haya fallecido su titular, prohibiendo así la inseminación post mortem de la viuda o la transferencia embrionaria⁵.

La Ley 14/2006, que mantiene sustancialmente la regulación que ya se contenía en la LTRA de 1988, supone importantes matizaciones de principios tradicionales en materia de filiación⁶, y de los presupuestos clásicos para poder ser sucesor *mortis causa*, en la medida en que con posterioridad al fallecimiento del marido se va a proceder a la fecundación o a la transferencia del embrión a la viuda, con el resultado jurídico de que el así nacido, va a participar en la herencia del difunto con el resto de sus hermanos si los hay, postergando, por tanto, a otros parientes o familiares.

Además de la introducción del epígrafe («Premoriencia del marido»), poco afortunado, que encabeza el artículo, cabe advertir las siguientes di-

finales del siglo XX, 1988; P. LÓPEZ PELAEZ, *Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem*, 1994; J.J. INIESTA DELGADO, *Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación post mortem*, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 29, 2008; J.J. INIESTA DELGADO, *Fecundación postmortem*, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, I, Granada, 2011; M. NAVARRO CASTRO, *Determinación de la filiación en caso de fecundación post mortem*, en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Navarra, 2012, 700.

- 4 R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Reproducción asistida post mortem*, en *Aranzadi Civil*, 2001; M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2002, 249, que defiende como denominación más adecuada la de «procreación post mortem»; A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Reproducción artificial post mortem*, Valencia, 2013.
- 5 V. J. JIMÉNEZ VICTORIA, *La mal llamada fecundación post mortem*, Trabajo Fin de Máster (Máster en Bioderecho: Derecho, Ética y Ciencia), Universidad de Murcia, 2014.
- 6 Con la LTRA «la coherencia interna del Derecho de filiación ha quedado profundamente afectada» (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Prólogo, a M. PÉREZ MONGE, 2002, 19).

ferencias entre el texto del artículo 9 en la Ley de 1988 y el texto de la Ley de 2006:

1º Se amplía el plazo que puede mediar entre el fallecimiento del varón y el momento de la fecundación (o transferencia del embrión) de 6 a 12 meses.

2º Se puede prestar el consentimiento del varón, además de en testamento o escritura pública, en el documento de instrucciones previas (regulado en el art. 11 de la Ley básica estatal 41/2002) y en el propio documento «clínico» utilizado para la autorización de las prácticas de reproducción asistida (del art. 6.3 Ley 14/2006).

3º Se introduce un nuevo párrafo en el apartado 2 del artículo 9 por el cual «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».

2. Tras la difusión internacional que alcanzó el caso Parpalaix, la doctrina de muchos países, entre ellos la española, reclamó la necesidad de promulgación de una legislación al respecto⁷. Sobre la conveniencia de la LTRA de 1988, los pareceres en la doctrina son dispares; si por un lado se apunta que sería reprochable una actitud pasiva del legislador frente al fenómeno, teniendo en cuenta, además, que lo que no está prohibido está permitido y que es mejor un posición que la ausencia de legislación⁸, por otro lado se apuntaba que «antes de proceder a regular conviene dejar que los fenómenos sociales desarrollen toda su problemática. Sólo una consideración completa de la misma y una reflexión detenida sobre las soluciones deseables pueden constituir las bases de una buena legislación»⁹. Con todo, hay que señalar que la no existencia de legislación que regulara, en general, las técnicas de reproducción asistida no impedía los nacimientos utilizando dichas técnicas¹⁰.

7 F. RIVERO HERNÁNDEZ, 1987, 902.

8 E. ROCA TRÍAS, *La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, 19 y 35.

9 R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ, *La filiación inducida y las clasificaciones legales*, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, 119.

10 C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada*, en *Actualidad Civil*, 1988-2, 27.

Aunque la gestación de la Ley de 1988 es bastante conocida, acaso no sea ocioso recordar los hitos más importantes en su elaboración. El 2 de noviembre de 1984 se crea en el Congreso una «Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial humana», presidida por el diputado del grupo parlamentario socialista Dr. Palacios¹¹. Dicha comisión elaboró un informe que después fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986, conocido como «Informe Palacios»¹².

El Informe de esta Comisión contenía 155 recomendaciones, y es antecedente de dos Proposiciones de ley (que se convertirían en las futuras leyes 35/1988 y 42/1988) presentadas por el grupo parlamentario socialista y publicadas en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el día 9 de mayo de 1987¹³.

¿Por qué se utilizó el cauce de una proposición de ley y no se hizo a través de un proyecto de ley aprobado por el Gobierno? La preocupación del Congreso por abordar la regulación de la reproducción humana asistida (reflejado en la creación de la Comisión) también existía en el Ministerio de Justicia, en cuyo seno se encargó otro informe a un grupo de trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado que fue publicado el 15 de enero de 1986 y que contiene «muy estimables conclusiones» en relación con la futura regulación¹⁴.

Respecto de la tramitación parlamentaria, tras la presentación contra la proposición de numerosas enmiendas, la aprobación definitiva en el Congreso tuvo lugar el 31 de octubre de 1988, y la sanción por el Jefe del Estado el 22 de noviembre de 1988. La ley 35/1988 bajo el título oficial de *Ley sobre técnicas de reproducción asistida*, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 24 de noviembre¹⁵.

-
- 11 F. DE A. SANCHO REBULLIDA, *Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española*, en *La filiación a finales del siglo XX, Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, 99-101. La creación de la Comisión parlamentaria (noviembre de 1984) es contemporánea al primer nacimiento en España (julio de 1984) por medio de las técnicas de reproducción humana asistida.
- 12 La doctrina más crítica señala que no es sino una copia del «Informe Warnock» (F. PANTALEÓN PRIETO, *Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, 642).
- 13 La Proposición 122/000061, de 28 de abril de 1987, sobre «Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos»; y la Proposición 122/000062, de 29 de abril de 1987, sobre «Técnicas de reproducción asistida».
- 14 E. SERRANO ALONSO, *Aspectos de la fecundación artificial*, en *Actualidad Civil*, 1989, 386.
- 15 «Por desgracia, en el BOE de 24 de noviembre de 1988 se ha publicado la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida» (F. PANTALEÓN PRIETO, 1989, 641).

La ley española de 1988 no fue la primera ley sobre reproducción humana asistida, pero sí la primera que incluía entre las técnicas admitidas tanto la inseminación artificial (homóloga, IAC, y heteróloga, IAD), como la fecundación *in vitro* del óvulo y posterior transferencia de embriones (la FIVTE), ya que la ley sueca de 1984 y la legislación de algunas estados de Australia, anteriores a ley española, solo regulaban la inseminación artificial.

En relación con nuestro objeto de estudio (la procreación asistida post mortem) tanto el «Informe Palacios» instaba a autorizar a la mujer viuda el uso de gametos congelados de su marido fallecido, sin que ello comportara la constitución de relación de filiación entre el hijo así nacido y el varón fallecido. Según la recomendación 11^a, *«se debería permitir que un miembro del matrimonio o de la pareja estable pueda utilizar los gametos congelados del otro miembro ya fallecido para lograr su propia descendencia»* (es decir, una autorización explícita para el uso de gametos congelados del otro miembro de la pareja, tanto los gametos masculinos como los femeninos, y además esté o no unida la pareja por vínculo de matrimonio).

En relación con los efectos legales de esa gestación establece la recomendación 13^a: *«Deberá legislarse que el hijo nacido por IA con semen del marido o varón de la pareja estable, o por FIVTE con un embrión congelado originado con semen de aquéllos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquéllos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o de la herencia del fallecido»*.

Por tanto, la recomendación 13^a del Informe de la Comisión Parlamentaria, siguiendo el modelo del Informe Warnock, y tal y como luego recogería la proposición de ley presentada por el grupo socialista, niega efectos sucesorios a los hijos así nacidos. Es más, insiste en esta orientación la recomendación 61^a: *«Los gametos de un miembro de una pareja estable o matrimonio, ya fallecido, podrían ser utilizados por el otro y para lograr su propia descendencia, pero en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido»*.

En consecuencia, el informe Palacios descuida los derechos que deben asistir al «hijo» así nacido, pues le priva de efectos sucesorios y no mencionan si podrán ser titulares de los otros derechos derivados de la filiación (que son no solo los sucesorios). La Proposición de ley presentada por el grupo socialista en mayo de 1987 recogiendo las recomendaciones del Informe Palacios, autoriza que se pueda utilizar material reproductor del fallecido si éste lo había consentido (es decir, admite en nuestro Derecho, la reproducción

asistida post mortem, en el art. 9.1.¹⁶) pero sin que ello permita determinar la filiación ni hacer derivar derechos sucesorios (art. 9.2)¹⁷.

En cambio, el texto final aprobado por el Congreso corrigió esta desconsideración hacia los derechos de los nacidos fruto del uso post mortem de las técnicas de procreación asistida, gracias a los cambios que introduce la enmienda 371 presentada por el propio grupo socialista a la proposición inicial, que básicamente se pueden sintetizar en: 1^a, el nuevo texto permitirá determinar la filiación y no solo autorizar la procreación post mortem; 2^a, se suprime el art. 9.3 de la proposición que permitía al marido utilizar los gametos de la mujer, lo cual hubiera conducido a la gestación por sustitución que la propia ley prohibía; 3^a, no se explicita la autorización a la técnica, como hacía el anterior apartado primero. De lo cual deduce alguna doctrina que «el legislador no quería incentivar dicha práctica sino que simplemente le parecía que no podía prohibirla»¹⁸.

3. El debate sobre si se debe permitir en nuestro Derecho el uso post mortem de las técnicas de reproducción asistida ha perdido parte de la fuerza que tuvo en otro tiempo: promulgada la ley de 1988 se deduce con toda claridad su admisión aunque sometida a ciertos requisitos que se mantienen con la ley de 2006 (aunque se modifican los términos y plazos). Con todo puede ser ilustrativo para la experiencia italiana hacer referencia a las diversas posturas que se presentaron y referimos a los distintos argumentos que se barajaron en el momento de discusión y aprobación de la ley.

3.1. Las diversas opiniones que se vertieron se pueden agrupar en tres posturas¹⁹:

1^a) la de aquellos que preconizan una radical prohibición de la procreación post mortem²⁰, alegando que presenta problemas de filiación y sucesio-

16 «Los miembros de un matrimonio o pareja estable deberán expresar por escrito si el material reproductor crioconservado se podrá utilizar por el otro miembro de la pareja, cuando ellos hayan fallecido, y con fines reproductores».

17 «Los hijos nacidos por estas técnicas con material reproductor del varón, cuando este material no esté en el útero de la mujer con la que está vinculado por matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte del varón, no serán tomados en consideración a fines de sucesión o herencia del fallecido».

18 I. ALKORTA IDIÁKEZ, 2003, 371.

19 Siguiendo a F. RIVERO HERNÁNDEZ, 1987, 873-876.

20 Llegando a sostener que «sería aconsejable que el futuro legislador prohibiese muy poco [...] a saber: la fecundación artificial post mortem y cualquier procedimiento que tienda a garantizar, frente al futuro ser, el anonimato de su padre y/o madre

rios, y fundándola principalmente en que significa condenar al niño nacido fruto de estas prácticas a no tener padre²¹.

Algunos autores se oponen cuestionando la legitimidad de los motivos o finalidad de esta práctica: «ponderando los derechos que entran en colisión (los de la madre y los del hijo) no se debe permitir la fecundación post mortem como culto fetichista de la mujer o simple capricho de ésta, en perjuicio del nacido de esta manipulación y con trastorno del orden familiar²²; o por razones de seguridad jurídica, pues las cuestiones sucesorias no pueden quedar indeterminadas mientras el semen congelado conserve su poder germinativo²³; porque se estaría permitiendo una distorsión de la finalidad terapéutica de las técnicas reproductoras²⁴; o porque al privársele en forma deliberada de la asistencia personal de uno de los progenitores, se le está infringiendo una especial forma de abandono»²⁵.

2ª) La de aquellos otros que admiten esta práctica pero negando al póstumo derechos sucesorios (posición seguida en el Informe Warnock, en el Informe de la Comisión del Congreso de 1986, y en la Proposición de ley

genéticos» (F. PANTALEÓN PRIETO, *Procreación artificial y responsabilidad civil*, en *La filiación a finales del siglo XX*, Madrid, 1988, 260). «Tajantemente sostenemos que la procreación artificial post mortem debe ser prohibida sin contemplaciones ni excepciones» (H. CORRAL TALCIANI, *La procreación artificial post mortem ante el Derecho*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, Tomo 265, 21).

- 21 Objeción que también se alega contra la procreación asistida en mujer sola, aunque como la doctrina ha puesto de manifiesto, en la fecundación post mortem el hijo sí tendría padre conocido, aunque fallecido, y no carecería de familia paterna (F. RIVERO HERNÁNDEZ, 1987, 879).
- 22 L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *La inseminación artificial heteróloga y la filiación*, 1986, 97. Para J. VIDAL MARTÍNEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, 1988, 147, «ningún derecho tiene la viuda a ser inseminada con el semen de su marido fallecido, ni siquiera aunque éste hubiese manifestado su voluntad en este sentido».
- 23 L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *La naturaleza jurídica de los elementos genéticos*, en *Revista General de Derecho*, 1986, 2454.
- 24 F. LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, 1988, 192-193; R.M. RAMÍREZ NAVALLÓN, *Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana (Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas)*, en *Revista General de Derecho*, 1987, 6556, objetaba: «puesto que no se cumple aquí la finalidad propia de las nuevas técnicas de paliar o curar la esterilidad de la pareja».
- 25 H. CORRAL TALCIANI, 1988, 27: «La existencia de dos progenitores va a jugar un papel muy importante en todo el troquelado de la personalidad del niño o de la niña» (GAFO, *Problemática ética de las nuevas formas de reproducción humana*, en *La fecundación artificial. Ciencia y técnica*, Madrid, 1985, 91).

del grupo socialista). Esta opción fue pronto rechazada por resultar contraria al principio constitucional de igualdad de toda filiación, consagrado en los arts. 14 y 39 de la Constitución española de 1978²⁶.

3^a) los que aprueban la admisión bajo condiciones, principalmente referidas a requisitos del consentimiento y de plazo, en la línea de la sentencia del *affaire Parpalaix* y del informe elaborado por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado publicado en 1986, que defienden que si se admite la práctica de la reproducción asistida post mortem, el hijo así nacido debe ser matrimonial²⁷.

Estas condiciones se introducen porque de estas prácticas de procreación post mortem se va a derivar la filiación (no en vano, se introdujeron en el art. 9 de la ley los requisitos de consentimiento, forma de prestarlo y plazo cuando, con la admisión de la enmienda 371, se establece la importante novedad de que el hijo así nacido sí tendría determinada la filiación respecto del padre fallecido)²⁸.

3.2. Se ha señalado que la admisión o no de la práctica post mortem de las técnicas de reproducción asistida refleja una tensión entre la libertad de procreación (manifestación de la libertad personal) y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, frente a la protección de los hijos que garantiza el art. 39 CE²⁹. No creo que a favor de la mujer se pueda alegar el derecho a la intimidad, ni contra la reproducción asistida post mortem el derecho a la salud (por el cual estas prácticas solo estarían indicadas para remediar la esterilidad).

26 E. ROCA TRÍAS, 1988, 34.

27 *Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación in vitro (Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de Registros y del Notariado)*, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento num. 3/1986. Los presupuestos serían: «a) El consentimiento del marido en testamento o documento público, con referencia a los gametos depositados en determinado establecimiento autorizado; b) la prueba de que en este establecimiento se llevó a cabo la fecundación con los gametos identificados; c) que el nacimiento se produzca en un plazo prudencial y que no concorra presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio de la viuda».

28 A favor de la admisión, A. MERINO GUTIÉRREZ, *Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida*, en *La filiación a finales del siglo XX*, Madrid, 1988, 429; H. CAMPUZANO TOMÉ, *Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente*, en *La filiación a finales del siglo XX*, Madrid, 1988, 433-435; L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *La inseminación artificial y su problemática jurídica*, en *Derecho Médico*, Tomo I, Madrid, 1986, 510 y 590.

29 F. RIVERO HERNÁNDEZ, 1987, 880. Sobre el alcance y los sujetos titulares del derecho a procrear, v. E. ROCA TRÍAS, 1988, 29-33.

Las principales objeciones aducidas por quienes preconizaban la prohibición de la misma, eran las siguientes:

1º) que esta práctica atentaría contra el bienestar del hijo, contra su pretendido derecho a una familia estable y completa, para su mejor desarrollo físico y espiritual; en consecuencia, la situación de la viuda no es la más adecuada para afrontar maternidad³⁰. El médico que la realice será civilmente responsable frente al nacido ella por los daños patrimoniales y morales que a éste le reporta el haber venido al mundo sin padre³¹.

2º) que presentaría problemas en cuanto al consentimiento del marido³²;

3º) problemas de filiación y sucesorios. Estos últimos parece que fácilmente salvables³³ como se ha puesto de manifiesto con la regulación en la ley 35/1988 o la 14/2006, y en la legislación autonómica sobre capacidad para suceder.

Para la doctrina más autorizada solo el primer argumento es sustancial, pero frente a él se puede alegar que el «derecho» del hijo (*rectius*, la protección que los poderes públicos le deben prestar derivada de la garantía constitucional del art. 39) no consiste en tener dos padres (cuestión de número) sino que los padres le proporcionen el entorno adecuado³⁴ (como, por otro lado, se busca también procurar cuando se solicita la adopción, otra modalidad de filiación). Se critica la hipocresía de exigir condiciones más duras a la procreación post mortem que a la generación natural; ¿se exige a los padres naturales que garanticen este entorno? ¿se impide a enfermos irreversibles o condenados a muerte a tener hijos?³⁵. Y contra el argumen-

30 C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, 1988, 3030. A lo cual contesta, E. SERRANO ALONSO, 1989, 396, que si la ley autoriza la fecundación en mujer sola, con mayor razón se admitirá en la viuda.

31 F. PANTALEÓN PRIETO, 1989, 661.

32 F. PANTALEÓN PRIETO, 1989, 659, considera que el consentimiento para uso de semen para procreación debe ser en todo momento revocable, luego no debe concederse eficacia a la declaración (autorización) post mortem que desde la muerte del sujeto es irrevocable y que al ser personalísimo tampoco los herederos pueden revocar.

33 Sin entidad suficiente los consideraba F. RIVERO HERNÁNDEZ, 1987, 877: «problemas más graves sobre filiación plantean otros tipos de IA y FIV y no se ha pensado por eso sólo en prohibirlas. Y en cuanto a que la herencia se halle en suspenso cierto tiempo no puede ser un inconveniente especialmente grave».

34 F. RIVERO HERNÁNDEZ, 1987, 878.

35 F. RIVERO HERNÁNDEZ, 1987, 878-879. A lo cual contesta F. PANTALEÓN PRIETO, 1989, 659, que el Estado no puede impedir que moribundo tenga un hijo (que será, seguro, póstumo, sin padre) porque el art. 18 CE, que protege su intimidad, lo ampara, pero sí puede impedir el Estado la fecundación asistida de la viuda porque al hacer uso de las técnicas de reproducción asistida ya no hay intimidad.

to de que la Constitución impide estas prácticas, RIVERO señala que «no hay precepto constitucional que ampare de forma directa un derecho de la mujer a la fecundación post mortem, ni tampoco base legal suficiente para denegarla»³⁶.

3.3. Como distintos autores traen a colación los preceptos constitucionales en el debate sobre la admisión o no de esta práctica, veamos cuál ha sido la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia.

Al respecto cabe destacar que solo se ha pronunciado sobre la cuestión la STC 116/1999, de 17 de junio, que resuelve el recurso 376/1989 (una década tardó el Tribunal Constitucional en resolver) presentado por diputados del Partido Popular contra la ley 35/1988, y, subsidiariamente, contra algunos preceptos de la misma, entre los cuales, por cierto, el recurso no citaba el artículo 9³⁷.

La sentencia rechazó el recurso contra toda la ley³⁸, pero no se dejó de analizar el art. 9 por infracción de la «garantía institucional de la familia», señalando el Alto Tribunal que «el concepto constitucional de familia tiene unos perfiles notoriamente más amplios que los considerados por los diputados recurrentes. Así, siendo evidente que en dicho precepto (art. 39.1) se incluye la familia matrimonial, también lo es que nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, por relevante que sea en nuestra cultura esa modalidad de vida familiar».

La doctrina del Tribunal Constitucional al respecto es amplia y sólida, y permite a los constitucionalistas afirmar que «la Constitución no está contemplando, en el apartado 3 del artículo 39, ningún específico modelo de familia (biparental, monoparental, etc.) sino que está sentando el principio

36 Aunque la pretensión de la mujer es razonable (necesita para desarrollo de su personalidad una maternidad que la muerte de su marido frustró), «no hay derecho absoluto a la maternidad aun entendida como vía apta para contribuir al desarrollo de la personalidad de una mujer» (F. RIVERO HERNÁNDEZ, 1987, 880). Por eso aunque el autor proponía su admisión bajo condiciones («la prohibición sin más me parece injusta e improcedente»), estima que no sería inconstitucional si se prohibiera, como sucede en otros países (F. RIVERO HERNÁNDEZ, 1987, 881).

37 M. PÉREZ MONGE, 2002, 314, nt. 166. La sentencia ha sido objeto de menos atención de la que su trascendencia merece (F. RIVERO HERNÁNDEZ, *La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la S.T.C. 116/1997, de 17 de junio, al affaire Odièvre)*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004, 106).

38 No obstante, la STC 116/1999 admite la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LTRA, en concreto los arts. 12.2 y 20.1.

mucho más general de que los adultos deben responsabilizarse materialmente de los menores a su cargo»³⁹.

Por tanto, «no hay inconstitucionalidad de la fecundación post mortem por violación del apartado 3 del artículo 39 ya que el deber de asistencia puede proceder de un solo progenitor (frecuentemente, así sucede)»⁴⁰. Y en esta misma línea, los civilistas insisten en poner de relieve que el art. 39.3 CE «no impone el deber de estar vivos a los padres –al progenitor– en el momento del nacimiento del hijo. No impone que el hijo tenga un padre, sino que atribuye o imputa a quien es padre el deber de asistir al hijo»⁴¹.

Ante la indeterminación de la Constitución, la cuestión de la admisión o no en nuestro ordenamiento de la fecundación post mortem (como tantas otras cuestiones) queda a discreción del legislador. Como bien señalaba RIVERO: «no encuentro a nivel constitucional norma explícita directamente favorable ni desfavorable a la fecundación post mortem. Entiendo que ésta es materia cuya regulación es contingente y queda a discreción del legislador, que debe resolver según criterios de política jurídica»⁴².

Y abundando en la cuestión, se ha apuntado que no hay derecho constitucional o fundamental a la maternidad que ampare la pretensión de mujeres viudas o solteras, pero tampoco lo necesitan: «el empleo de estos sistemas de reproducción no necesita para su legitimación acudir a normas fundamentales ya que del mismo no deriva vulneración del interés general y del orden público y en consecuencia, como regla general, ha de admitirse su uso»⁴³.

39 Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994, 130.

40 Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, 1994, 132.

41 «Desde esta perspectiva, entiendo que no es inconstitucional la admisión de la fecundación post mortem. Cuestión distinta son los problemas jurídicos que deriven de dicha posibilidad, así como su articulación y solución» (F. DE P. BLASCO GASCÓ, *La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, 705). También A. REVERTE NAVARRO, *Consideraciones desde el punto de vista del Derecho Civil acerca de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, Murcia, 1992, 34.

42 «Dándole en su caso el contenido y alcance que le parezca oportuno dentro, claro está, del respeto de los derechos fundamentales de la persona» (F. RIVERO HERNÁNDEZ, 1987, 882). En esa línea, para M. PÉREZ MONGE, 2002, 374, «aun reconociendo que no es una práctica deseable, no encuentro argumentos constitucionales definitivos para defender su prohibición». En cambio, PANTALEÓN consideraba que el art. 9 de la Ley 1988 es un precepto rotundamente inconstitucional y además, una insensatez: «diga lo que quiera el art. 9.2 de la ley 35/1988, la fecundación post mortem era y sigue siendo ilícita en nuestro Derecho».

43 E. SERRANO ALONSO, 1989, 387.

Sobre el régimen de los requisitos v. J.A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *Artículo 9*, en *Comentarios a la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana*

4. ¿Es posible una reproducción asistida post mortem que no cumpla requisitos del art. 9.2 porque no se pretende que determine la filiación? es decir, ¿sería posible disociar, por un lado, la reproducción asistida post mortem que determine la filiación, que deberá cumplir los requisitos señalados en la ley frente a una reproducción asistida post mortem como opción de la viuda en la cual, por no contar con el consentimiento del varón, no habría determinación de la filiación?

Al respecto, el texto de la ley no es explícito⁴⁴. Ante esta indeterminación legal, una parte de la doctrina abiertamente señala que los requisitos para determinar la filiación son también los requisitos de licitud de la técnica, luego no cabe un procedimiento de reproducción asistida post mortem si no puede determinar la filiación del nacido⁴⁵.

Si acudimos a los antecedentes legislativos, no cabe el uso post mortem de material reproductor no autorizado por el varón (el mismo requisito que para la determinación de la filiación). Por otro lado como la fecundación post mortem que conduzca a la determinación de una filiación póstuma debe estar basada en la previa autorización del marido, y como no es deseable el nacimiento de una persona respecto de la cual no se determine la filiación paterna (siendo conocida), no se debería admitir la reproducción asistida post mortem no autorizada.

Pero si, aunque no debiera, finalmente se realiza la fecundación o la transferencia embrionaria post mortem con falta de alguno de los requisitos del art. 9.2. ¿se puede determinar la filiación?

Asistida, Navarra, 2007, 305-352; J.J. INIESTA DELGADO, *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida*, en *Tratado de Derecho de la Familia (Volumen V, Las relaciones paterno-filiales)*, 2011, 735-855; M. PÉREZ MONGE, *Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida*, en *Los 25 Temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Madrid, 2011, Tomo I, 578-616; F.J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid, 2012; A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Reproducción artificial post mortem (Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006)*, Valencia, 2013.

44 «Parece que lo que el legislador plasmó en este precepto no es la imposibilidad de practicar la IA post mortem sin consentimiento del varón fallecido, sino la imposibilidad de que practicada la IA en tales circunstancias la filiación se pueda determinar legalmente» (M. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, 1995, 89).

45 I. ALKORTA IDIÁKEZ, 2003, 372-374. Para M. PÉREZ MONGE, 2002, 272, «se prohíbe la fecundación post mortem con carácter general y el párrafo 2º es una excepción, en que se permite su realización si se cumplen determinados requisitos».

Para una parte de la doctrina, si el marido no consintió la reproducción asistida post mortem o se fecunda fuera de plazo, no habrá determinación legal de la paternidad, pues no se cumplen los requisitos del art. 9.2; en consecuencia, estaríamos ante un supuesto semejante al de la mujer fecundada con semen de donante⁴⁶.

Otros autores, bajo los requisitos que señalaba la LTRA de 1988, aceptaban que si hubo consentimiento y los gametos empleados en la fecundación eran del marido, hubiera determinación de la filiación aun cuando el consentimiento del mismo constara en *documento privado* (es decir, contraviniendo uno de los requisitos legales: la forma de prestar el consentimiento). En cambio, no reconoce efectos a la fecundación *fuera de plazo* porque el requisito del plazo deriva de la necesaria seguridad jurídica y afecta a terceros⁴⁷.

Con buen criterio se ha observado que la no determinación de la filiación si no se cumplen los requisitos previstos actúa como una sanción al nacido (inocente) y no a la madre o al Centro que serían los que han infringido la norma⁴⁸. Por eso se propone conceder al menor, al menos, los apellidos⁴⁹. Para otros, aun contra la literalidad del art. 9.2, para proteger al menor, se postulaba que debía reconocerse la paternidad; de lo contrario se daría la paradoja de una filiación biológica conocida (la del progenitor fallecido) pero sin determinación legal de la filiación⁵⁰.

Pero esta paradoja no es sino consecuencia de la relevancia del consentimiento en orden a la determinación de la filiación. Debe considerarse, además, que si no se reconoce la filiación en tales supuestos, es buscando el efecto ejemplarizante para que ninguna mujer solicite, ni ningún centro auto-

46 C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, 1988, 3034. Estamos ante un hijo extramatrimonial de la mujer, como hijo nacido de donante, sin determinación de la filiación paterna (M.J. MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Barcelona, 1988, 251).

47 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las Técnicas de Reproducción Asistida*, en *El juez civil ante la investigación biomédica*, 2005, 302.

48 I. ALKORTA IDIÁKEZ, 2003, 374. La autora admite la reclamación de daños contra el Centro, solo exento si fue la viuda la que mintió (I. ALKORTA IDIÁKEZ, 2003, 375).

49 ASÍ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2001, 2166, sugiere que «nada impide atribuir el apellido del padre a un hijo póstumo aunque nazca mucho tiempo después del fallecimiento de aquél».

50 «Si se produce el nacimiento, debe protegerse el interés del menor y reconocerse la paternidad respecto de varón, con todas sus consecuencias, incluidos los derechos sucesorios» (M. PÉREZ MONGE, 2002, 25). Aunque se señala que la solución idónea sería que el art. 9.1. debería simplemente establecer una prohibición (M. PÉREZ MONGE, 2002, 312).

rice, una fecundación post mortem sin consentimiento del varón⁵¹. Porque si no: ¿para qué los requisitos?

En suma, ¿cuál debe ser la consecuencia jurídica más adecuada ante la práctica de una reproducción asistida post mortem realizada sin la preceptiva autorización del varón: no reconocer la filiación al hijo que nazca fruto de esa procreación, o sancionar al centro que realiza una técnica de reproducción asistida sin cumplir los requisitos legales? A nuestro juicio, procede derivar denuncia para que se instruya el correspondiente expediente sancionador contra el centro o clínica al tiempo que debemos buscar, para no perjudicar al nacido, hechos que permitan, en su caso, deducir un consentimiento presunto del varón.

51 Aunque lo deseable sería no tener que negar la atribución de la paternidad, sino que en estos casos se impidiera la reproducción asistida, para no dar lugar a una descendencia sin determinación de la filiación.