

REFLEXIONES ACERCA DEL DOCUMENTO INDUBITADO
EN LA FECUNDACIÓN “POST MORTEM”

*REFLECTIONS ABOUT THE AUTHENTIC DOCUMENT IN “POST
MORTEM” FECUNDATION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 454-471



Dra. Francisca
RAMÓN
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de abril de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: La legislación sobre reproducción asistida contempla la fecundación “post mortem”. Sin embargo, el documento para la prestación del consentimiento plantea algunas dudas en relación con el principio de autonomía de la voluntad y las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs). En el presente trabajo se reflexiona sobre estas cuestiones y se intenta aportar alguna solución de aplicación en el ordenamiento jurídico español.

PALABRAS CLAVE: Documento indubitado; fecundación “post mortem”; legislación.

ABSTRACT: *The legislation on assisted reproduction contemplates the “post mortem” fecundation. Nevertheless, the document for the presentation of the assent raises some doubts in relation with the principle of party autonomy and the new technologies of the information and communication (ICTs). In the present work one thinks about these questions and one tries to contribute some solution of application in the Spanish legal system.*

KEY WORDS: *Authentic document; “post mortem” fecundation; legislation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA FECUNDACIÓN “POST MORTEM”.- III. DOCUMENTO INDUBITADO ¿QUÉ SE ENTIENDE POR TAL?.- IV. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE DETERMINADOS DOCUMENTOS.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La fecundación “post mortem” ha planteado para la doctrina numerosos interrogantes¹, en su regulación inicial en el artículo 9 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida² (en adelante Ley 35/1988), en su artículo 9³, y tras su regulación en el artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida⁴ (en adelante Ley 14/2006).

Como legislación complementaria se aplicaba el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida⁵.

Nos vamos a detener en el presente trabajo en uno de ellos, el referente al documento al que hace referencia el mencionado precepto: escritura pública,

- 1 Podemos citar entre las aportaciones más recientes formuladas por la doctrina, las siguientes: LLEDÓ YAGÜE, F.: “Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, en AA.VV.: *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas* (coord. por A. Díaz Martínez), Dykinson, Madrid, 2006, pp. 155-176; COBAS COBIELLA, M^a. E.: “La llamada reproducción asistida *post mortem*. Algunas reflexiones”, *Actualidad civil*, núm. 6, 2017, p. 68-83; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^a.: “Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial *post mortem*”, *Oñati socio-legal series*, vol. 7, núm. 1, 2017, p. 179-204.
- 2 BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988. GÓMEZ DE LA TORRE, M. C.: “Fecundación *post mortem*”, *Actualidad civil*, núm. 1, 1992, p. 45-63.
- 3 Disponía el precepto: “1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.
3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.
4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas”.
- 4 BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.
- 5 BOE núm. 72, de 23 de marzo de 1996.

• **Dra. Francisca Ramón Fernández**

Profesora Titular de Derecho Civil, Universitat Politècnica de València, frarafer@urb.upv.es

testamento o documento de instrucciones previas, para dilucidar qué problemas pueden plantearse en la práctica jurídica, teniendo en cuenta, el principio de autonomía de la voluntad, y, además, las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) que pueden suscitar algunos dilemas.

II. LA FECUNDACIÓN “POST MORTEM”.

El artículo 9 de la Ley 14/2006 contempla la situación en la que se produce el fallecimiento del marido, premoriencia, en un momento anterior al nacimiento del hijo o hija concebido por una técnica de reproducción asistida.

De esta forma, se regulan diversas situaciones, teniendo en cuenta la prestación del consentimiento del marido, y si se ha producido o no la técnica de reproducción en el cuerpo de la mujer.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina⁶ son dos las situaciones que se pueden producir, y que son diferentes:

a) Fecundación mediante inseminación artificial con el semen del varón fallecido. Se procrea al descendiente después de la muerte del padre.

b) Fecundación mediante transferencia de preembriones. Se ha concebido al descendiente en vida de ambos padres y se ha crioconservado. Se implanta, gesta y alumbrada tras la muerte del padre⁷.

Nótese que se hace referencia a material reproductor del marido, pero no se hace indicación de material reproductor de la mujer; es decir, no se admite la fecundación “post mortem” respecto de la mujer⁸, ya que sería el supuesto de gestación por sustitución, que es nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico por aplicación del artículo 10.1 de la Ley 14/2006⁹.

Así, el artículo 9.1 indica, respecto a la determinación legal de la filiación del futuro hijo o hija, que no se podrá determinar ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas que regula la Ley 14/2006, y el marido fallecido si el material reproductor de éste no se encuentra

6 Sigo la exposición de RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: “La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, p. 296.

7 En este caso, como indica VERDA Y BEAMONTE, J. R., DE: “Reproducción humana asistida”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 8, 2009, p. 205, es posible realizar sin precisar un consentimiento específico.

8 Supondría la implantación de un preembrión en el útero de otra mujer, y la filiación se determinaría a favor de la madre gestante a causa del parto, tal y como indica ÁLVAREZ SARABIA, M.: “Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, vol. 33, núm. 1, 2015, p. 55.

9 CABIDO IGLESIAS, J.: “Fecundación post mortem. Análisis jurídico de la regulación en España”, *Cadernos de Derecho Actual*, núm. 2, 2014, p. 73.

en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, es decir, si se produce el fallecimiento y la mujer no ha sido inseminada.

El artículo 9.2 de la citada norma indica que no obstante lo indicado en el artículo 9.1, el marido puede prestar su consentimiento en el documento al que se refiere el artículo 6.3 referente a los usuarios de las técnicas (en el caso de mujer casada se precisa, además, el consentimiento del marido, salvo que estuvieran separados legalmente o de hecho y conste de manera fehaciente. En el caso del consentimiento del cónyuge antes de utilizar la mujer las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal. La información y el consentimiento deberán realizarse en formato adecuado, accesible y comprensible a efectos de personas con discapacidad, teniendo en cuenta lo indicado en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁰), también en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor se pueda utilizar en el plazo de 12 meses siguientes a su fallecimiento para la fecundación de su esposa. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en estas circunstancias se podrá revocar en cualquier momento anterior a la realización de las indicadas técnicas, tanto por parte del varón antes de su fallecimiento, como por parte de la mujer receptora. La prestación del consentimiento no se puede suplir por declaraciones familiares ni por autorización judicial¹¹.

En este sentido, cabe mencionar el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, 12 diciembre 2007¹². Ponente: Luis Puente de Pinedo:

“En ese mismo sentido se había pronunciado la Audiencia Provincial de La Coruña en resolución de 3 de noviembre de 2000 diciendo: «Es una aspiración humana atendible utilizar “post mortem” el semen de la pareja premuerta, y la Ley confiere expresamente tal posibilidad, ahora bien la condiciona a unos requisitos que, en este caso, no han sido observados, y que no pueden, en consecuencia, ser suplidos mediante el consentimiento de los parientes más próximos o una autorización judicial, al exigirse a tal efecto la expresión de un consentimiento de naturaleza personalísima, y sobre el cual debió ser informado el cónyuge premuerto al someterse a la extracción correspondiente para el depósito de su semen».

10 BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

11 ENGUER GOSÁLBEZ, P. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 34, núm. 1, 2018, p. 125.

12 SJPI Valladolid 12 diciembre 2007 (ECLI: ES:JPI:2007:12*).

La vigente Ley 14/2006, modificó la norma recogiendo, además de los casos de autorización en escritura pública y testamento, el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, es decir, el de autorización a la esposa para que se someta a tratamiento, y el documento de instrucciones previas; por otra parte, añadió la posibilidad de consentimiento tácito o presunto, para lo cual sería necesario que 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.

Lo que en este caso debemos plantearnos, ante la evidencia de que no existe una disposición testamentaria, documento público o de instrucciones previas, es si se darían en este caso las circunstancias para entender prestado ese consentimiento en el documento mencionado en el art. 6.3, que parece ser el planteamiento del Ministerio Fiscal, o un consentimiento tácito derivado de la iniciación del tratamiento, que es la postura de la parte que promueve el expediente y del propio Ministerio Fiscal en su informe de 30 de marzo de 2007.

(...) el art. 9 es claro al exigir una autorización expresa y rotunda del marido. Lo único que la Ley ha matizado en la reforma del año 2006 es que, además de los documentos tradicionalmente vinculados a mayores formalidades, como las escrituras públicas o los testamentos, hay otros documentos, como el del art. 6.3, en los que se puede incorporar esa autorización.

(...)

Así pues, observamos que las regulaciones de los países de nuestro entorno están haciendo especial hincapié en la necesidad de que el marido se pronuncie sobre este particular en el documento de consentimiento informado. En la medida en que es necesaria la firma de ese documento por la mujer, y en todo caso por el esposo cuando estén casados, deberían adoptarse las medidas necesarias para que él sea preguntado sobre el uso *post mortem* de su material genético en ese documento, de forma que, conforme se permite en la Ley 14/2006, exista en todo caso un pronunciamiento expreso del varón, en uno u otro sentido.

(...)

En conclusión, no existe una escritura pública, disposición testamentaria o documento de instrucciones previas, pues se ha recabado información al respecto que ha resultado infructuosa; no es posible entender prestado el consentimiento para el uso 'post mortem' del material genético del difunto porque en el consentimiento informado suscrito por él no fue preguntado al respecto; y, por último, no hay preembriones constituidos antes de su fallecimiento, lo que hubiera permitido entender que existió un consentimiento tácito o presunto. En definitiva,

no consta acreditada ninguna de las circunstancias que contempla el art. 9 de la Ley 14/2006 para la utilización *post mortem* del material genético del marido, por lo que debe rechazarse la autorización solicitada”.

En relación con la normativa anterior, la derogada Ley 35/1988, la norma actual introduce el documento de autorización a la esposa para someterse al tratamiento y el documento de instrucciones previas, además de ampliarse el plazo de seis a doce meses desde el fallecimiento del varón¹³.

En el supuesto de realizarse de forma ilegal la procreación “post mortem”, bien porque no haya presentado consentimiento el varón o por haber expirado el plazo indicado por la norma, a la descendencia no se le reconocería la paternidad del padre fallecido¹⁴. No obstante, la doctrina discrepa y aboga por el reconocimiento de la indicada paternidad, en pro del interés superior del menor¹⁵.

Se establece una presunción de prestación del consentimiento en los casos en que el cónyuge superviviente ha sido sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de esta posibilidad y dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente al que se refiere el artículo 44.8 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil¹⁶ (en adelante Ley 20/2011), sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

Más precisos resultan los preceptos de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia¹⁷.

El artículo 235-8 se refiere a la fecundación asistida de la mujer casada y en el punto 2 contempla la fecundación asistida que se practique después del fallecimiento de su marido con gametos de éste, teniendo al nacido por hijo suyo siempre que se cumplan las condiciones siguientes:

a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento.

13 CABIDO IGLESIAS, J.: “Fecundación *post mortem*”, cit., p. 77.

14 ENGUER GOSÁLBEZ, P. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Dilemas bioéticos”, cit., p. 125.

15 ASÍ, PÉREZ MONGE, M.: *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, citado por ENGUER GOSÁLBEZ, P. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Dilemas bioéticos”, cit., p. 125.

16 BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

17 BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple.

c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar ese plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días.

Previamente, en el punto I indica que los hijos nacidos mediante fecundación asistida de la mujer, que se haya practicado con el consentimiento expreso del cónyuge y que esté formalizado en un documento extendido ante centro autorizado o en un documento público, serán hijos matrimoniales del cónyuge que ha prestado dicho consentimiento.

El artículo 235-13.2 dispone que en la fecundación asistida después del fallecimiento del hombre que convivía con la madre, el nacido se considerará hijo de éste si cumple las condiciones que se han indicado en el artículo 235.8.2 para el caso de la fecundación asistida que se practique a la mujer después del fallecimiento de su marido con gametos de éste, en lo que le sea aplicable.

Por su parte el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas¹⁸, en su artículo 325, relativo a la capacidad sucesoria de las personas físicas, menciona la fecundación asistida “post mortem” al indicar que si el causante ha expresado en debida forma su voluntad respecto a su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación.

No especifica cuáles son las formas de expresión de la voluntad, por lo que se considera la remisión a la Ley 14/2006.

Respecto a la postura de la jurisprudencia, interesa destacar la SAP Valencia 23 diciembre 2003¹⁹. Ponente: María Pilar Eugenia Cerdán Villalba, en su razonamiento jurídico séptimo, y en relación a la Ley 35/1988:

“La conclusión de todo lo expuesto es que, aunque en la Legislación sobre reproducción asistida examinada, prime el deseo de una maternidad en solitario sobre el hecho de que el hijo nazca en una familia no monoparental, cuando éste se ha de concebir por una inseminación post-mortem del marido fallecido, ha de mediar su consentimiento expreso per se no sustituible, produciendo los efectos de filiación lógicos de modo que, la exclusión de estos efectos sólo opera

¹⁸ BOE núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

¹⁹ SAP Valencia 23 diciembre 2003 (ECLI:ES:APV:2003:943A).

como sanción a que, en contravención de ello, dicha inseminación se practique sin autorización, no como medio alternativo. A mayor abundamiento, no se puede obviar la importancia de esa renuncia a la filiación para el menor; no ya por la carencia de derechos patrimoniales que ello implica, sino de otros familiares y afectivos en relación con la familia paterna extensa a la que, al margen de ellos, biológicamente pertenece.

No se conculca con ello la CE, en contra de lo que se esgrime en el recurso, ni en concreto, su artículo 10, según el cual, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social, su artículo 14, según el cual, los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, ni, por último, su artículo 39 que es el más relacionado con el tema. Este precepto dispone que 'los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, que la ley posibilitará la investigación de la paternidad, que 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, y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos'.

Estos derechos igualitarios, al margen de la filiación, y la protección de la mujer al margen de su estado civil y, sobre todo, los relativos al desarrollo de su personalidad y a formar una familia monoparental no se niega, ya que la misma puede acudir a un donante anónimo, obteniendo así sólo la filiación materna que aquí pretende, y aunque es comprensible que su deseo sea que tal donación procediera de su esposo, al efecto, se han de cumplir unos requisitos legales que no se pueden obviar por vía interpretativa de este Tribunal, máxime cuando ello confronta también con los derechos y protección que todo menor merece".

Por su parte, la STSJ Madrid 6 febrero 2017²⁰. Sala Contencioso-Administrativo. Ponente: Francisca María de Flores Rosas Carrión, en su fundamento de derecho sexto:

"De acuerdo con el precepto citado, el apartado 2 del artículo 9 de la Ley 14/2006 no puede ser interpretado aisladamente sino de acuerdo con los criterios gramatical, sistemático, histórico, sociológico y teleológico expresados en aquél.

20 STSJ Madrid 6 febrero 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:1233).

Y así, los criterios sistemático y teleológico, que interrelacionan entre sí los apartados 1 y 2 del antedicho artículo 9 y ambos con la técnica descrita en el apartado 2 del Anexo A, y con el artículo 11 de la citada Ley, llevan tres conclusiones:

1.- Aunque el artículo 11 establece reglas sobre los diferentes destinos posibles que pueden darse a los gametos y preembriones criopreservados, dado su carácter general, sus disposiciones han de ceder ante las normas especiales del artículo 9.

(...)

3.- Siempre que exista consentimiento previo y prestado en legal forma, la utilización *post mortem* del material reproductor del marido donante ha de implantarse en el útero de su esposa dentro del plazo de los 12 meses siguientes al fallecimiento de aquel, puesto que el consentimiento del esposo no se limita a autorizar la mera utilización de su material reproductor, sino que tiene el propósito finalista de que se utilice para fecundar a su mujer, por lo que su vigencia se constriñe al plazo de los 12 meses siguientes a su fallecimiento, que establece el artículo 9.2”.

La STSJ Madrid 28 junio 2017²¹. Sala Contencioso-Administrativo. Ponente: María del Camino Vázquez Castellanos, en su fundamento de derecho segundo, y refiriéndose a la anterior sentencia:

“Por material reproductor ha de entenderse legalmente tanto los espermatozoides como los embriones pues, de ser sólo los espermatozoides, el consentimiento del marido previsto en el artículo 9 no ampararía la transferencia a la esposa de los preembriones resultantes de la fecundación *in vitro*”.

III. DOCUMENTO INDUBITADO. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR TAL?

La derogada Ley 35/1988, en su artículo 8, indicaba que se consideraba escrito indubitado el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se reflejara el consentimiento para la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, antes de utilizarse las técnicas, y quedando a salvo la acción de reclamación judicial de la paternidad.

Como señala la doctrina, la norma indicada considera indubitado²² el documento suscrito ante el centro médico, pero ello no excluye que se pueda

21 STSJ Madrid 28 junio 2017 (ECLI:ES:TJM:2017:8148).

22 Sobre el documento indubitado se puede consultar de forma amplia: ESPINO BERMELL, C.: *El testamento ológrafo. La importancia de la escritura y la firma del testador. El cotejo pericial de letras (la prueba caligráfica)*, Tesis doctoral dirigida por Ignacio Gallego Domínguez, Universidad de Córdoba, 2016. El documento se encuentra disponible en <https://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/14097/2016000001519.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

formalizar en escritura pública, siendo indubitado por excelencia. Además, teniendo en cuenta que lo que impera es la prestación del consentimiento, sería el instrumento adecuado para asegurar que se ha prestado ese consentimiento, ya que implica la asunción de una filiación que tiene carácter irreversible²³.

El consentimiento informado ha sido considerado por los tribunales como derecho humano fundamental²⁴, debe ser libre, expreso y voluntario, y se exceptúa la ausencia del mismo en caso de violación²⁵. Y como ha puesto de manifiesto la doctrina, por medio de los documentos de voluntades anticipadas, el paciente manifiesta su voluntad de forma igual que si estuviera “hablando” y las declaraciones de voluntad que se consignan en los mismos tienen el mismo valor y eficacia jurídica que la voluntad formalizada en los documentos de consentimiento informado²⁶.

Y como ha señalado la jurisprudencia referida a la Ley 35/1988, en la que el consentimiento también se indicaba que se debía de prestar por escrito, la STSJ Madrid. Sala de lo Contencioso, 16 junio 2003²⁷. Ponente: José Luis Quesada Varea, en su fundamento jurídico quinto:

“En lo que se contrae al supuesto de autos, las partes coinciden en que no existe tal consentimiento escrito del fallecido. La eventual ausencia de información al marido y a la esposa de tales exigencias legales por parte del Insalud puede determinar, como anuncia la actora, la oportuna responsabilidad, pero en modo alguno suple ni subsana el incumplimiento de las prevenciones normativas por parte del interesado.

La falta de consentimiento escrito del marido fallecido, exigencia legal que no puede ignorar la Sala, conlleva la improperabilidad de la pretensión de la actora y, por ende, la adecuación a Derecho de la resolución administrativa recurrida”.

La Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil²⁸, en su Disposición

23 RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F. J.: “La intervención del notario en la configuración del estado civil de las personas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 56, 2016, p. 333-475.

24 ZABALA BLANCO, J.: *Autonomía e instrucciones previas: un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español*, Tesis doctoral dirigida por M^a. T. Zarrabeitia Cimiano, Universidad de Cantabria, 2007, p. 37.

25 CABIDO IGLESIAS, J.: “Fecundación *post mortem*...”, cit., pág. 77. El documento se encuentra disponible en <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/1571/TesisJZB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

26 AYALA VARGAS, M^a. J. y FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: “Inscripción de los documentos de inscripciones previas en el Registro”, *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho*, núm. 3, 2016, p. 3. Sobre el consentimiento informado, se puede consultar: LLUCH ROSELLÓ, C. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “El caso Moore y la prestación del consentimiento informado en investigación médica”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 27, núm. 2, julio-diciembre 2017, p. 58-87.

27 STSJ Madrid. Sala de lo Contencioso, 16 junio 2003 (ECLI:ES:TSJM:2003:9351).

28 BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015.

final quinta, modifica la Ley 14/2006, en concreto, el apartado 2 del artículo 8 que hace referencia al escrito indubitado al que se refiere el art. 44 de la Ley 20/2011, indicando que se entiende como tal, a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, el documento que se haya extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Se indica que queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.

IV. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE DETERMINADOS DOCUMENTOS.

Hemos visto que el artículo 9 de la Ley 14/2006 se refiere a la escritura pública, al testamento y al documento de instrucciones previas. Si bien se puede plantear si es posible prestar el consentimiento en otro tipo de documento distinto de los indicados, la respuesta es negativa, ya que se contiene en el artículo 9 referido una enumeración considerada como "numerus clausus"²⁹. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 2 junio 2010³⁰. Ponente: María del Carmen Padilla Márquez, se pronuncia en el siguiente sentido:

"Por otra parte, cabe mantener que de lo actuado tampoco se desprende la existencia del documento público, testamento o documento de instrucciones previas, que la Ley de Reproducción Asistida requiere como forma en la que se preste el consentimiento libre, consciente y formal por el esposo, para que se proceda a utilizar el material reproductor cuya congelación autorizó a la Unidad de Reproducción Humana Asistida del Hospital Universitario de Canarias el 2 de enero de 2005, y ello pese a constar que fue suficientemente informado de ello en el mismo documento donde autorizó la congelación de la muestra de semen, si bien, en aquel momento todavía no estaba regulada la forma de las instrucciones previas. En tal sentido la carta de fecha 15 de mayo de 2008 mecanografiada y firmada por el fallecido esposo de la promotora, su madre y su hermana, no tienen la consideración de documento público, ni de testamento ni de instrucciones previas".

Todos ellos tienen en común la prestación del consentimiento para la utilización del material de reproducción. Vamos a verlos con más detalle.

- Escritura pública. Será redactada por Notario y tienen como contenido, como señala la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862³¹, en su artículo 17,

29 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "La reproducción artificial", cit., p. 310, con cita del Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 2 junio 2010.

30 AAP de Santa Cruz de Tenerife 2 junio (ECLI:ES:APTF:2010:801A).

31 BOE núm. 149, de 29 de mayo de 1862.

las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación del consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases. Como añade el artículo 17 bis, los instrumentos públicos indicados en el precepto anterior no pierden dicho carácter por estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario (artículo 109 referente al régimen especial de la firma electrónica de Notarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social³², modificada por Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad)³³, y según lo indicado en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica³⁴.

Como documento público notarial, el Notario dará fe de la identidad, capacidad y legitimación y que el consentimiento ha sido libremente prestado, ajustándose el otorgamiento a la legalidad y a la voluntad del otorgante.

- Testamento. Como señala el artículo 143 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado³⁵, los testamentos y actos de última voluntad se rigen, por lo que respecta a forma y requisitos o solemnidades, por la normativa civil, acoplándose a los mismos la notarial, que será supletoria.

Se regula el testamento en los artículos 662 y siguientes del Código civil. El testamento puede ser común (ológrafo, abierto o cerrado) o especial (militar, marítimo y hecho en país extranjero). En el ámbito testamentario y en relación con las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) no es válido el testamento online, no se puede hacer testamento por internet, por lo que la referencia a la opción de poder utilizar el testamento como vehículo para la autorización tendrá que ajustarse a las formas indicadas en la legislación mencionada. Más problemas consideramos que plantea el testamento ológrafo, por cuanto necesita los requisitos de forma indicados en el artículo 688 del Código civil, no siendo válido si no es realiza de forma escrita por parte del testador, además de firmarlo con indicación del año, mes y día de otorgamiento. No es admisible si no se redacta de forma manuscrita, por lo que nos encontramos con otro hándicap en el caso de las TICs³⁶.

32 BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2001.

33 BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2005.

34 BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003.

35 BOE núm. 189, de 7 de julio de 1944.

36 Como advierte RODRIGUEZ GUTIÁN, A. M.: "La reproducción artificial", cit., p. 310, "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".

No obstante, lo indicado anteriormente, el artículo 120 del Código civil no especifica el tipo de testamento para la determinación legal de la filiación no matrimonial. La prestación del consentimiento en testamento estará determinado por la edad, y aunque para poder otorgar testamento es preciso ser mayor de catorce años, ya que los menores de esta edad están incapacitados (artículo 663 del Código civil), con excepción del testamento ológrafo que requiere ser mayor de edad (artículo 688 del Código civil), el artículo 6.1 de la Ley precisa la necesidad de que sea mayor de edad, por lo que la doctrina considera dicha edad la aplicable³⁷.

- El documento de instrucciones previas. Se conoce también como documento de voluntades anticipadas, y erróneamente como testamento vital³⁸. Decimos erróneamente porque no es un testamento, ni tiene las características de tal. 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 clínica³⁹ regula en el artículo 11 el documento mediante el cual una persona manifiesta de forma anticipada su voluntad con el objeto de que se cumpla en el caso de llegar a una situación en la que no se pueda expresar personalmente. Se refiere a cuidados o tratamiento de su salud, o bien en el caso de fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo u órganos. Es un documento esencialmente revocable en cualquier momento dejando constancia por escrito.⁴⁰ Se formaliza bien ante notario, ante tres testigos o por medio de funcionario encargado del Registro

37 ÁLVAREZ SARABIA, M.: "Alcance y significado", cit., p. 59.

38 VILLARRASA CLEMENTE, F., GARCÍA GARMENDIA, J. L., BARRERO ALMODÓVAR, A. E., MAROTO MONTSERRAT, F., GALLEGO LARA, S. L., RUFO TEJEIRO, O.: "Consentimiento informado por representación en unidades de cuidados intensivos. ¿Necesitan los familiares instrucciones previas?", *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, vol. 41, núm. 3, p. 118.

39 BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. En el ámbito foral y autonómico encontramos también regulación sobre el documento de instrucciones previas, sin ánimo exhaustivo, podemos citar las siguientes normas: Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de la Comunidad Autónoma de Galicia (BOE núm. 158, de 03 de julio de 2001), modificada por Ley 3/2005, de 7 de marzo (BOE núm. 93, de 19 de abril de 2005); Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 55, de 05 de marzo de 2002); Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOE núm. 106, de 03 de mayo de 2002); Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (BOE núm. 203, de 25 de agosto de 2005); Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 2005); Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 2005); Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia (BOE núm. 34, de 09 de febrero de 2011); Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Galicia (BOE núm. 25 de 29 de enero de 2014); Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales de la Comunidad Autónoma de Galicia (BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015); Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE núm. 175, de 21 de julio de 2016), y Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 149, de 23 de junio de 2017).

40 Más ampliamente sobre sus características, se puede consultar: CASTRO VITORES, G. DE: "Introducción al documento de instrucciones previas (voluntades anticipadas) en el Derecho español. Algunas claves para su estudio", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 740, 2013, p. 3703-3760.

de Instrucciones Previas.⁴¹ Éste último regulado por Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal⁴², a efectos de protección de datos, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal⁴³ y Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo⁴⁴.

Se habla por parte de la doctrina del denominado “Contrato de Ulises⁴⁵” al referirse al contenido de las instrucciones previas, ya que se está refiriendo a las situaciones en las que como consecuencia de la enfermedad (por ejemplo, en el caso de pérdida de juicio por patologías mentales, crisis y falta de cordura), puedan haber reflejado su decisión cuando tenían plenas facultades mentales, saber cuál era su decisión respecto a la fecundación con su material reproductor.

Participan de las características de ser una declaración de voluntad de carácter unilateral, personalísima, formal, revocable y puede producir efectos en vida del otorgante, y también una vez fallecido (caso que nos ocupa).⁴⁶ Este documento forma parte de un proceso más complejo como es el de la planificación anticipada de las decisiones, tras un proceso informativo y un diálogo entre paciente y profesional, en el que el primero realiza una reflexión personal en el momento en el que puede tomar una decisión para un momento futuro ulterior en que no pueda decidir, bien por incapacidad⁴⁷ o por fallecimiento⁴⁸.

41 AYALA VARGAS, M^o. J. y FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: “Inscripción de los documentos...”, cit., p. 1; GOMÁ LANZÓN, I.: “El documento de instrucciones previas”, *El Notario del siglo XXI*, Mayo-Junio, 2010 (Consultado el 25 de marzo de 2018).

42 BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007. También puede consultarte la Orden SCO/2823/2007, de 14 de septiembre, por la que se amplía la Orden de 21 de julio de 1994, por la que se regulan los ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Sanidad y Consumo y se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal denominado Registro nacional de instrucciones previas (BOE núm. 235, de 01 de octubre de 2007).

43 BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

44 BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008.

45 FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., SALCEDO HERNÁNDEZ, J. R., AYALA VARGAS, M^o. J. y VIGUERAS PAREDES, P.: “El contrato de Ulises como modalidad de documento de instrucciones previas”, *DS: Derecho y Salud*, vol. 25, núm. extra I, 2015, p. 107. Recibe el nombre de la obra de Homero, *La Odisea*, por cuanto que su protagonista, *Ulises*, da instrucciones a sus hombres (que lo asieran a un mástil) y que no prestaran atención a sus súplicas con la finalidad de no caer en la tentación de los cantos de sirenas. Es, por tanto, un ejemplo de instrucciones previas para el supuesto de que el sujeto perdiera la cordura y su capacidad de controlar su voluntad.

46 FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: “Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas”, *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, vol. 3, núm. 1, 2017, pp. 150-160.

47 AMENEIROS LAGO, E., CARBALLADA RICO, C. y GARRIDO SANJUÁN, J. A.: “Los documentos de Instrucciones Previas y la planificación anticipada de las decisiones sanitarias”, *Galicia Clínica*, vol. 72, núm. 3, 2011, p. 124.

48 ROUCO VELASCO, J., TUÑAS MACEIRAS, D., IGLESIAS GUTIÉRREZ, M., LÓPEZ PÉREZ, A., LAGO VALVERDE, D. C. y LAGO DEL RIEGO, N. M.: “Conocimientos y actitudes de los profesionales de enfermería de Atención Primaria sobre el documento de instrucciones previas (DIP)”, *Revista Iberoamericana de Enfermería Comunitaria: RIdEC*, vol. 8, núm. 2, 2015, p. 37.

Es, pues, a través del documento de instrucciones previas que el varón puede autorizar la fecundación para el caso de su fallecimiento de tal forma que se puedan transferir al útero de la mujer los embriones sobrantes de anteriores fecundaciones *in vitro*, y ese consentimiento es válido aunque no haya vínculo matrimonial con la mujer que va a recibir la inseminación⁴⁹.

V. CONCLUSIONES.

Uno de los aspectos más controvertidos de la legislación de reproducción asistida es el referente a la fecundación “post mortem”. La doctrina se ha ocupado de la determinación de la filiación de las personas nacidas a través de las técnicas y, en especial, en el caso de producirse la muerte del padre con anterioridad. Sin embargo, la prestación del consentimiento como elemento fundamental para que se realice la fecundación “post mortem”, a pesar de haber sido regulado tanto en la inicial Ley 35/1988 como en la actual 14/2006 plantea algunas dudas sobre el documento que debe recoger el otorgamiento de aquél. La consideración de que la voluntad del otorgante quede manifestada de forma clara puede ocasionar algunas dudas en el caso del testamento otorgado en forma ológrafa, por los problemas de interpretación. Junto a ello, las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) se abren paso para su consideración y valoración jurídica en el caso de manifestar su voluntad a través de la web. Ello, en realidad, no es posible en nuestro ordenamiento jurídico español, de momento, ya que la posibilidad de otorgar testamento virtual no es válido y sería nulo de pleno derecho.

Al hilo de lo anterior, la parca redacción del precepto respecto a los documentos necesitaría una mejor definición, a través de una futura reforma de la legislación de reproducción asistida en el Derecho español. De esta forma, se podrían colmar las lagunas de interpretación que suscita, en especial cuando se refiere al testamento, y podría dar cabida a los medios electrónicos para admitirse como documento al efecto.

49 QUIJADA GONZÁLEZ, M^a. C.: *El documento de instrucciones previas en el ordenamiento jurídico español*, tesis doctoral dirigida por G. M^a. Tomás y Garrido, Universidad Católica San Antonio de Murcia, Murcia, 2010, p. 457. El texto se encuentra disponible en <http://repositorio.ucam.edu/bitstream/handle/10952/53/Tesis%20Doctoral%20pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SARABIA, M.: "Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, vol. 33, núm. 1, 2015.

AMENEIROS LAGO, E., CARBALLADA RICO, C. y GARRIDO SANJUÁN, J. A.: "Los documentos de Instrucciones Previas y la planificación anticipada de las decisiones sanitarias", *Galicia Clínica*, vol. 72, núm. 3, 2011.

AYALA VARGAS, M^a. J. y FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: "Inscripción de los documentos de inscripciones previas en el Registro", *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho*, núm. 3, 2016.

CABIDO IGLESIAS, J.: "Fecundación *post mortem*. Análisis jurídico de la regulación en España", *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 2, 2014.

CASTRO VÍTORES, G. DE: "Introducción al documento de instrucciones previas (voluntades anticipadas) en el Derecho español. Algunas claves para su estudio", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 740, 2013.

COBAS COBIELLA, M^a. E.: "La llamada reproducción asistida *post mortem*. Algunas reflexiones", *Actualidad civil*, núm. 6, 2017.

ENGUER GOSÁLBEZ, P. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España", *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 34, núm. 1, 2018.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: "Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas", *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, vol. 3, núm. 1, 2017.

GOMÁ LANZÓN, I.: "El documento de instrucciones previas", *El Notario del siglo XXI*. Mayo-Junio, 2010.

GÓMEZ DE LA TORRE, M. C.: "Fecundación «*post mortem*»", *Actualidad civil*, núm. 1, 1992.

LLEDÓ YAGÜE, F.: "Reflexiones personales en torno a la fecundación «*post mortem*» y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica", en AA.VV.: *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida*

en España: el proceso legal de reformas (coord. por A. Díaz Martínez), Dykinson, Madrid, 2006.

LLUCH ROSELLÓ, C. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "El caso Moore y la prestación del consentimiento informado en investigación médica", *Revista Derecho y Salud*, vol. 27, núm. 2, julio-diciembre 2017.

PÉREZ MONGE, M.: *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

QUIJADA GONZÁLEZ, M^a. C.: *El documento de instrucciones previas en el ordenamiento jurídico español*, tesis doctoral dirigida por G. M^a. Tomás y Garrido, Universidad Católica San Antonio de Murcia, Murcia, 2010.

RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F. J.: "La intervención del notario en la configuración del estado civil de las personas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 56, 2016.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: "La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem", *Oñati socio-legal series*, vol. 7, núm. 1, 2017.

ROUCO VELASCO, J., TUÑAS MACEIRAS, D., IGLESIAS GUTIÉRREZ, M., LÓPEZ PÉREZ, A., LAGO VALVERDE, D. C. y LAGO DEL RIEGO, N. M.: "Conocimientos y actitudes de los profesionales de enfermería de Atención Primaria sobre el documento de instrucciones previas (DIP)", *Revista Iberoamericana de Enfermería Comunitaria: RIdEC*, vol. 8, núm. 2, 2015.

VERDA Y BEAMONTE, J. R. DE: "Reproducción humana asistida", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 8, 2009.

VILLARRASA CLEMENTE, F., GARCÍA GARMENDIA, J. L., BARRERO ALMODÓVAR, A. E., MAROTO MONTSERRAT, F., GALLEGU LARA, S. L., RUFO TEJEIRO, O.: "Consentimiento informado por representación en unidades de cuidados intensivos. ¿Necesitan los familiares instrucciones previas?", *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, vol. 41, núm. 3.

ZABALA BLANCO, J.: *Autonomía e instrucciones previas: un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español*, Tesis doctoral dirigida por M^a. T. Zarrabeitia Cimiano, Universidad de Cantabria, 2007.