

## La fecundación *post mortem* en España: problemas y límites jurídicos y bioéticos

Post-Mortem Fertilization in Spain: Problems, Legal Limits  
and Bioethics



**Autoras**

**Irene Santolaria Baig**

Universitat Politècnica de València  
E-mail: [santolariairene@gmail.com](mailto:santolariairene@gmail.com)

**Francisca Ramón Fernández**

Universitat Politècnica de València  
E-mail: [frarafer@urb.upv.es](mailto:frarafer@urb.upv.es)

 <http://orcid.org/0000-0002-0936-8229>



## Resumen

Los continuos avances científicos, junto con los avances sociales, han provocado la necesidad de una regulación de las técnicas de reproducción asistida. Una de las técnicas en la que más vacíos legales se pueden encontrar en ella, es la fecundación post mortem. En este trabajo, se hará un análisis de los aspectos jurídicos y bioéticos enfocados a los límites. El fin del trabajo es ofrecer una vista general sobre la situación legal y jurídica de la técnica al lector, al mismo tiempo que se mencionarán posibles soluciones a los conflictos en el marco legal y ético.



## Abstract

*Continuous scientific advances, together with social advances, have led to the need for regulation of assisted reproduction techniques. One assisted reproduction technique in relation which a number of legal loopholes have been identified is post-mortem fertilization. This work includes an analysis of the legal and bioethical aspects of the limits to this practice. The purpose of the work is to offer an overview of the legal situation of the technique while considering possible solutions to conflicts in the legal and ethical framework.*



## Key words

*Post mortem; reproducción asistida; aspectos jurídicos; conflictos bioéticos.*

*Post-mortem; assisted reproduction; legal aspects; bioethical conflicts.*



## Fechas

Recibido: 01/10/2019. Aceptado: 19/05/2020



## 1. Introducción

Los problemas de infertilidad que se producían en la población fueron el motivo de la necesidad de regular técnicas que ayudaran a concebir a las personas afectadas por ellos. Desde la década de los años 70 hasta la actualidad ha ido evolucionando la legislación no solo a nivel nacional, sino también mundial, y ha supuesto que muchas personas hayan hecho uso de las mismas. No obstante, las técnicas empleadas han generado conflictos en el ámbito jurídico y en el ámbito ético.

La regulación desde el punto de vista jurídico ha determinado que entren en juego otros aspectos como sociales, religiosos o morales, que conllevan una serie de problemas en el ámbito de la filiación del hijo concebido mediante las referidas técnicas

La regulación desde el punto de vista jurídico ha determinado que entren en juego otros aspectos como son los sociales, religiosos o morales, que conllevan una serie de problemas en el ámbito de la filiación del hijo concebido mediante las referidas técnicas.

La maternidad, la paternidad y el embarazo conviven con un cambio en los modelos familiares que han ido evolucionando con los cambios sociales y jurídicos que se han producido. La maternidad ha sufrido una evolución y se ha retrasado de forma muy considerable y ello está directamente relacionado con la conservación del material de reproducción, para una concepción posterior y dilatada en el tiempo (Escribano, 2016).

En este estudio nos proponemos detenernos en los límites de carácter jurídico y bioético de la fecundación *post mortem*, principalmente cuando se produce el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja y se va a realizar una técnica de reproducción asistida con el material que ha sido preservado anteriormente. Aquí surgen varios problemas, porque se enlazaría con el caso de la maternidad subrogada, a la que no podemos dedicar suficiente atención, en el caso del fallecimiento de la mujer, y con la fecundación *post mortem* propiamente dicha en el caso de premoriencia del varón.

## 2. Fecundación *post mortem*: límites jurídicos planteados en la legislación actual

La regulación de las técnicas de reproducción asistida ha ido evolucionando a lo largo de tiempo. Respecto a la utilización de la fecundación *post mortem* la primera vez que se tiene noticia de la misma con un fin de reproducción es durante los años 80 (Sánchez, Martínez y Fernández, 2018).

Cuando nos referimos a la fecundación las técnicas de reproducción asistida, nos estamos refiriendo a la titularidad de gametos o embriones y su destino. En el caso de la que se realiza *post mortem* estamos ante una fecundación mediante técnicas de reproducción asistida, pero el varón que es titular del material biológico ha fallecido (Cabido, 2014).

Los límites que establece la legislación no son los mismos que los límites que puede establecer la ética, o, incluso la ciencia, por lo que la evaluación de los mismos es necesaria, y de ahí la necesidad de contar con una regulación precisa sobre la misma. La



normativa actual no está exenta de interpretaciones muy diferentes entre sí, y por eso los límites también son relativos y subjetivos.

La necesidad de consentimiento informado de forma previa para la utilización del material de reproducción y su uso *post mortem* se contempla en la Ley 14/2006, de 26 de mayo

Hay que tener en cuenta que un aspecto muy importante es que el sujeto manifieste su voluntad para que se utilice su material de reproducción una vez que ha fallecido, es decir, que autorice la fecundación *post mortem*. El material biológico, entendiendo tanto gametos como embriones, siguen el destino de quienes tienen su titularidad, y pueden hacerlo con fines reproductivos o de investigación, o para su uso personal, en un momento ulterior, pero también es muy importante que decidan qué va a suceder con este material, si, por ejemplo, el varón fallece.

Hay que tener en cuenta determinados requisitos para que se considere como tal este tipo de fecundación: el fallecimiento del varón, ello no es baladí, ya que si la inseminación se realiza antes de fallecer no estamos ante un supuesto *post mortem*. En cuanto a la forma de extracción del material puede ser realizarlo porque se disponga del material genético previamente (conservado) porque el varón hubiera decidido conservar su material reproductor por diversas razones (enfermedad, calidad del esperma que asegure un posterior embarazo), o bien se realice una vez haya fallecido mediante una biopsia testicular, con el consiguiente mayor riesgo de no lograr un embarazo (Tash, Applegarth, Kerr, Fins, Rosenwaks, y Shlegel, 2003).

Los límites jurídicos que nos encontramos son los siguientes:

### 2.1. La necesidad de prestación del consentimiento *ante mortem* por parte de varón

La necesidad de consentimiento informado de forma previa para la utilización del material de reproducción y su uso *post mortem* se contempla en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, siempre y cuando el hombre fallecido haya dejado por escrito su consentimiento para el uso de su material reproductor (Geri, 2019). En el caso de la fecundación *post mortem* por el método de inseminación artificial, lo que se está llevando a cabo es la introducción del material genético del varón (en este caso el semen) tras su fallecimiento en el aparato reproductor femenino. Es decir, cuando el hombre fallece, la mujer solicita poder hacer uso del material reproductor del varón que se encuentra criopreservado, para poder inseminarse y poder obtener descendencia.

Diferente a este supuesto es el que se refiere a la transferencia de embriones que ya han sido fecundados en vida del varón, mediante una fecundación fuera del útero, y están crioconservados y posteriormente al fallecimiento del varón se transfieren a la mujer. En este caso, no estaríamos ante un supuesto de fecundación *post mortem*, sino de una transferencia de embriones que se realiza *post mortem*, porque, además, el óvulo de la mujer ya ha sido fecundado.

Otro caso sería el de la fecundación de un ovulo de una donante con el material de reproducción del varón que ha sido crioconservado, y que se realiza dicha fecundación una vez fallecido este, con la finalidad de que sea gestado por la mujer.



Las diferencias entre los tres y hasta un cuarto supuesto que veremos a continuación (la maternidad subrogada) es el manejo del material de reproducción, y si la fecundación se ha producido en un momento anterior al fallecimiento (caso de los embriones) (Rodríguez, 2015). Es por ello, que hablar de fecundación cuando esta ya se ha producido sería una denominación incorrecta, en el caso de la transferencia de los embriones, y habría que referirse de una forma más exacta a entenderse como reproducción artificial *post mortem* (Rodríguez, 2015), con la finalidad de englobar todos los supuestos.

## 2.2. La maternidad subrogada en el caso de óvulos y embriones en el caso de fallecimiento de la mujer

En la regulación actual no hay posibilidad de utilización del material de reproducción de la mujer, bien óvulos, o bien ya embriones, si no es a través de la gestación por sustitución o maternidad subrogada, actualmente prohibida

En la regulación actual no hay posibilidad de utilización del material de reproducción de la mujer, bien óvulos, o bien ya embriones, si no es a través de la gestación por sustitución o maternidad subrogada, actualmente prohibida por la indicación del artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que indica que “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 un tercero” (Cfr. Enguer y Ramón, 2018).

El concepto de maternidad subrogada surge cuando una mujer gesta y da a luz a un hijo habiendo previamente acordado con otra pareja o incluso solo una persona, siendo este acuerdo normalmente una retribución económica. Además, la mujer gestante renunciará cualquier derecho que pueda tener sobre ese niño. Técnicamente, nuestra legislación no especifica que esté prohibido, sino que en realidad no la reconocería (Enguer y Ramón, 2018).

## 2.3. La paternidad *post mortem* y la consideración de descendiente a efectos civiles

Uno de los problemas más relevantes que se plantean es si el hijo o hija que nace póstumo a través de las técnicas de reproducción asistida, tras el fallecimiento de su padre, y utilizando su material genético se puede considerar o no que es su hijo o hija.

Si acudimos a la regulación actual, el artículo 9 de la Ley 14/2006, modificado por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro civil, nos muestra varios escenarios diferentes:

En el caso de que exista vínculo matrimonial:

a) Se establece que no se podrá determinar legalmente la filiación, ni reconocerse efectos o relación jurídica entre el descendiente que nace mediante la utilización de las técnicas de reproducción asistida que se contemplan en la Ley 14/2016 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.

En este caso, se excluyen, como regla general, salvo las excepciones que después veremos, la fecundación *post mortem* con material de reproducción del varón, así como





la transferencia de embriones a la mujer, que hayan sido fecundados anteriormente, así como si se fecunda el óvulo de una donante con el material de reproducción del varón y se transfiere a la mujer. Es decir, si la mujer no está embarazada en el momento del fallecimiento, no se podrá determinar la filiación ni reconocerse ninguna relación jurídica.

b) Se exceptúa el supuesto anterior en los casos en que el marido haya prestado su consentimiento en varias formas o instrumentos que determina la propia Ley 14/2016, en su artículo 6.3 referente a las personas usuarias de las técnicas, por lo que si la mujer está unida por vínculo matrimonial, precisará el consentimiento del marido, salvo que esté separada legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge que preste antes de la utilización de las técnicas deberá ser libre, consciente y formal.

El material de reproducción solo podrá ser utilizado en los 12 meses siguientes al fallecimiento del varón para fecundar a su mujer

Este consentimiento, que podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas, que debe prestar el marido para la utilización de su material de reproducción podrá hacerlo de la siguiente forma (Ramón, 2018):

1. Escritura pública ante notario.
2. En testamento, que puede ser común (ológrafo, abierto o cerrado) o especial (militar, marítimo o hecho en país extranjero).
3. En documento de instrucciones previas.

El material de reproducción solo podrá ser utilizado en los 12 meses siguientes al fallecimiento del varón para fecundar a su mujer. Este plazo es el doble del que contemplaba la legislación anterior, que establecía el periodo para la utilización del material de reproducción en seis meses.

Ello tendrá los efectos legales de la filiación matrimonial.

Se establece una presunción de otorgamiento del consentimiento en los casos en que el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida que ya estuviera iniciado para transferencia de preembriones constituidos antes del fallecimiento del marido.

En el caso de que no exista vínculo matrimonial:

a) Podrá utilizar también el consentimiento para la utilización del material de reproducción, que le servirá como título para iniciar el expediente del artículo 44.8 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. También dispondrá de la acción judicial de reclamación de paternidad.

En el primer punto del artículo 9 de la Ley 14/2006, se niega reconocer la filiación ni relación jurídica entre el hijo nacido por método de las técnicas de reproducción asistida y el varón fallecido, si estas técnicas han sido empleadas de forma posterior a la fecha de fallecimiento del varón.

Sin embargo, en el segundo apartado, se señala la posibilidad de contrariar el primer punto, siempre y cuando el varón haya prestado su consentimiento, previamente a su



fallecimiento, mediante un documento, ya sea en escritura pública, testamento o instrucciones previas, haciendo referencia al artículo 6.3. En caso de encontrarnos en esta situación, el material reproductor sí que podría ser utilizado por la mujer en un periodo posterior a 12 meses desde el fallecimiento, a diferencia de los 6 meses propuestos en las leyes anteriores.

Este documento indubitado del padre consintiendo la fecundación servirá como título para la inscripción de la filiación natural.

Es interesante resaltar que el consentimiento lo puede prestar tanto el marido como la pareja de la mujer, para que se utilice el material de reproducción masculino una vez que se produzca su fallecimiento. No se precisa la existencia del matrimonio entre ambos, por lo que una pareja estable también puede prestarlo, e incluso considerar que cualquier hombre lo podría prestar para que se utilizara su material de reproducción una vez que ha fallecido para que lo pueda utilizar cualquier mujer, sin mediar ningún tipo de vínculo entre ellos, ni matrimonial, ni siendo pareja de hecho (Rodríguez, 2015). Por ejemplo, en el caso de que se haya realizado una donación de esperma.

Este documento indubitado del padre consintiendo la fecundación servirá como título para la inscripción de la filiación natural

La cuestión no es baladí, porque se pueden plantear diversos problemas en los que la solución no es ecuaníme. Por ejemplo, en caso de el varón consintiera que la mujer pudiera ser inseminada con posterioridad a su fallecimiento con material de reproducción de un donante (caso que sí que se podría dar en vida y la

filiación estaría determinada por el nacimiento), o que anteriormente se haya realizado una fecundación *in vitro* pero con material de un donante, para una posterior implantación en la mujer. Aquí, la duda surge en que el consentimiento del varón parece referirse a su material de reproducción, pero no al de un tercero, y un posterior embarazo de la mujer (Rodríguez, 2015).

En cuanto a las parejas no heterosexuales, se plantea el problema en el caso de una pareja de dos hombres, la única opción es la maternidad subrogada, que no está permitida por la legislación española; y en caso de la pareja de dos mujeres, se aplicaría lo indicado en el artículo 6.3 de la Ley 14/2006 respecto a la prestación del consentimiento (Rodríguez, 2015), pero debemos apuntar a que el precepto que regula la fecundación *post mortem*, es decir, el artículo 9, se refiere a la premoriencia del marido, y en ningún momento menciona la posibilidad de un donante de semen, que sería necesario en el caso de dos mujeres. No obstante, se podría considerar, y sería una interpretación *sui generis* que atendiendo al último apartado del artículo 9 y haber prestado el varón su consentimiento para la fecundación, aplicando el caso de la no existencia de vínculo matrimonial.

También surgen dicotomías en torno a lo que se considera o no como material reproductor del varón, ya que es muy diferente tratar solamente el concepto integrando la inseminación artificial, o bien ampliarlo a la transferencia de embriones después del fallecimiento. La doctrina se ha inclinado por una interpretación amplia incluyendo la transferencia de los embriones, por considerar que incluye el material de reproducción masculino. Y todo ello por considerar aplicable el aforismo *Qui potest plus, potest mi-*



*nus*, considerando que material reproductor en un sentido amplio incluiría la transferencia de embriones, junto con la inseminación artificial.

Relacionado con lo anteriormente indicado, vamos a hacer referencia a los problemas que puede plantear la filiación del nacido tras la muerte del padre. El concepto de paternidad es crucial para que consideremos si el nacido es o no hijo. La doctrina no siempre ha mantenido la misma postura, teniendo en cuenta la evolución de la norma. Así, en la regulación inicial por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, se manifestó en contra parte de la doctrina (Pantaleón, 1989; Montés,

Consideramos, pues, que el nacido por una fecundación *post mortem* es un hijo póstumo (aunque alguna parte de la doctrina lo considera superpóstumo), y su tratamiento legal es igual al concebido por medios naturales

1989). En la regulación actual, la Ley 14/2006 contempla en su artículo 7 la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. El artículo 7 remite de forma expresa a las leyes civiles, con la salvedad de las especificaciones que indican los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 14/2006 (Rodríguez, 2015).

Consideramos, pues, que el nacido por una fecundación *post mortem* es un hijo póstumo (aunque alguna parte de la doctrina lo considera superpóstumo), y su tratamiento legal es igual al concebido por medios naturales, y ello en virtud de la aplicación del principio constitucional de igualdad y no discriminación que establece el artículo 14 de la Carta Magna, junto con el artículo 39, respecto a la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y la protección in-

ternacional de sus derechos, así como a la prestación de los padres a los hijos tanto matrimoniales o no, junto con las normas civiles del Código civil aplicables en los artículos 108 y sigs. (Lledó, 1988).

Las relaciones que se establecen tras la filiación no solo son a través de ese parentesco con el hombre fallecido, y su familia, ya que a efectos jurídicos es la atribución de apellidos, tal y como determina el artículo 109 del Código civil, y el ejercicio de la patria potestad (artículos 154 y sigs. del Código civil), (López, 1994) así como las visitas a parientes y allegados, por ejemplo, del varón premuerto.

Otra consecuencia es la nacionalidad, por lo que habrá que atender a lo indicado en el Código civil respecto a la determinación de la misma, aplicando los artículos 17 y sigs. del Código civil, ya que el descendiente podrá tener madre extranjera, nacer fuera de nuestro país o bien que el padre fallecido fuera extranjero, con lo que habrá que atender a los casos de doble nacionalidad (López, 1994).

## 2.4. El derecho a la herencia del padre premuerto del descendiente concebido *post mortem*

Otra de las cuestiones que se plantean en el ámbito jurídico es si el descendiente nacido tras una fecundación *post mortem* es heredero o legitimario del padre premuerto. Las posturas doctrinales oscilaron entre la negativa a concederle derechos a la sucesión (Rivero, 1987) y a concedérselos por considerar que tenía la misma consideración que un descendiente póstumo concebido de forma natural.





Aquí se plantea la cuestión de que el hijo va a nacer después del fallecimiento del causahabiente, y por aplicación de los artículos 745 y sigs. del Código civil, es preciso la sobrevivencia al testador. Pero atendiendo a lo indicado en el artículo 29 del mismo texto legal, que indica “pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”. Este supuesto se aplicaría a la transferencia de embriones ya fecundados con anterioridad (Escribano, 2016), pero no a la fecundación *post mortem*.

No obstante, podemos acudir al llamamiento del ausente (López, 1994) que se contiene en el artículo 191 del Código civil, con una interpretación que consideramos muy forzada, ya que el incluir en la consideración de ausente al hijo no concebido o nacido creemos que desvirtúa el propósito del precepto.

Otra posibilidad es que la mujer manifieste su intención de llevar a cabo una inseminación *post mortem*. Se puede imaginar el caso de que el marido o el varón esté en una situación próxima al fallecimiento, y haya manifestado esta su decisión de que se utilice su material reproductor, por lo que se podría aplicar lo indicado en los artículos 959 y sigs. del Código civil respecto a la viuda en cinta, informando la futura viuda de llevar a cabo la inseminación después de la muerte del marido a efectos hereditarios (Escribano, 2016).

Consideramos que el descendiente nacido a través de fecundación *post mortem* tiene derechos hereditarios en la misma condición que los hijos nacidos por concepción natural, en tanto en cuanto se determine su filiación como descendiente, teniendo en cuenta lo indicado en la Ley 14/2006 que hemos analizado, y por aplicación de los principios constitucionales (López, 1994).

Esto queda mucho más claro en el caso de existencia de testamento (el varón contempla esta posibilidad antes de su fallecimiento y deja constancia de ello en el testamento, asegurando los derechos de ese futuro hijo póstumo), que el causahabiente puede haberse referido a dicha circunstancia a la hora de la institución de heredero, pero más complejo es si hay una omisión o preterición en el mismo, o que el testamento se haya realizado anteriormente, y no se haya otorgado uno posterior (Iniesta, 2008) y también en los casos en que se abre la sucesión intestada a falta de testamento. En este último caso, se aplicará la determinación de la filiación, como hemos indicado, para los derechos sucesorios, y teniendo en cuenta el plazo de doce meses que establece la legislación para la utilización del material reproductor del varón. Incluso la doctrina considera que por aplicación del artículo 741 del Código civil “El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento”, por lo que el hijo dispondría de los derechos sucesorios (López, 1994).

En el caso de que en el testamento se contemple dicha posibilidad, una vez fallecido el causahabiente, se postergaría la repartición de la herencia hasta el nacimiento del futuro hijo concebido por fecundación *post mortem*. Se tendría que esperar al embarazo dentro de los términos que establece la legislación, y esperar al nacimiento, por lo que se aplicarían los artículos 808 y sigs. del Código civil. En el caso de que no se cumplan los plazos, o bien haya pasado los mismos, sin producirse la fecundación y el nacimiento, se repartiría la herencia con los herederos.

Consideramos que el descendiente nacido a través de fecundación *post mortem* tiene derechos hereditarios en la misma condición que los hijos nacidos por concepción natural, en tanto en cuanto se determine su filiación como descendiente



Más dificultades presenta si la manifestación de voluntad, el consentimiento se ha prestado no en un testamento, sino en otro de los documentos que contempla la Ley 14/2006. El desconocimiento de la voluntad del varón puede conllevar a un reparto de la herencia. Por ello, si la mujer conoce el consentimiento otorgado por el varón, debe comunicar su decisión de ser fecundada *post mortem*. También sería adecuado que los centros sanitarios comunicaran la existencia de los documentos, así como el notario, en su caso.

Consideramos, por tanto, que la comunicación de la mujer de su voluntad de ser fecundada tras la muerte del varón, resulta de gran relevancia para la protección del futuro hijo, y evitar su preterición y omisión de sus derechos hereditarios

Consideramos, por tanto, que la comunicación de la mujer de su voluntad de ser fecundada tras la muerte del varón, resulta de gran relevancia para la protección del futuro hijo, y evitar su preterición y omisión de sus derechos hereditarios.

Se aplicaría también lo indicado en el artículo 964, en el caso de existencia de vínculo matrimonial, ya que se refiere a la viuda, respecto a la alimentación y recepción de los bienes de la herencia, "habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable". También sería de aplicación lo indicado en el artículo 970 del Código civil respecto a la reserva de los bienes.

### 3. Fecundación *post mortem* y conflictos bioéticos

Respecto a la fecundación *post mortem* se plantean diversos conflictos relacionados no solo con el ámbito jurídico, sino también bioéticos.

#### 3.1. Derecho a la información y asesoramiento ético

Hay que tener en cuenta que antes de ser sometida la mujer a cualquier tratamiento, se debe recibir información al respecto que se contempla de forma expresa en el artículo 3.3 de la Ley 14/2006. Esta información se proporciona no solo a quienes va a ser sujetos pasivos de las técnicas, sino también a los sujetos activos: los donantes de semen y las donantes de óvulos.

Así, el precepto referido indica de forma expresa que: "La información y el asesoramiento sobre estas técnicas (...) se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas".

El derecho a la información es obligatorio y genera una obligación, la de facilitar una información accesible y comprensible para el sujeto, generando una responsabilidad en caso de incumplimiento.

#### 3.2. El hijo superpóstumo, la condición de orfandad *ab initio* y el interés superior del menor

Si se realiza la fecundación *post mortem* a través de la inseminación artificial, que se realiza tras el fallecimiento del varón, nos encontramos ante lo que se denomina hijo



“superpóstumo”, ya que la inseminación no se realiza en vida del que posteriormente fallece, sino una vez que se ha producido esta. Es decir, tras el fallecimiento del varón, el hijo no es ya solo póstumo. Ello plantea la cuestión ética de si el hijo tiene derecho a nacer con los dos padres, o nacer sabiendo que va a ser huérfano. Lo que se ha denominado “el hijo del fantasma” (Cobas, 2017).

El interés superior del menor debemos también atenderlo en relación con la legislación protectora del mismo. Así, la Convención de los Derechos del Niño, y la Ley Orgánica 171996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que este es prioritario a cualquier otro (Rodríguez, 2015). La doctrina considera que en los casos de fecundación *post mortem* se le está negando al descendiente uno de los progenitores, el padre, (Corral, 1988), y con ello la posibilidad de recibir su atención y cuidado. Por el contrario, se argumenta que la fecundación natural no asegura, en ningún momento, que el descendiente vaya a disfrutar de los dos progenitores (Rivero, 1987), ya que cualquier de ellos puede fallecer con lo que no hay ninguna garantía en esta forma de concepción. Además, se argumenta también que la evolución de la sociedad ha derivado a la existencia de familias monoparentales.

El deseo de la paternidad, que no va a poder disfrutar, e incluso el interés, por ejemplo, de los padres del fallecido de ser abuelos

Hay que tener en cuenta otros valores como qué prevalece más si la voluntad del fallecido de ser padre o la calidad de vida que va a tener su hijo póstumo. El deseo de la paternidad, que no va a poder disfrutar, e incluso el interés, por ejemplo, de los padres del fallecido de ser abuelos, como se mostró en un caso real analizado por Núñez (2019). También hay que atender al principio de autonomía de la voluntad y la beneficencia y no-maleficencia (Panagiotopoulou y Karavolos, 2015). También hay que tener en cuenta la religión como se ha puesto de manifiesto en distintos estudios comparados (Hashiloni-Dolev y Schick Tanz, 2017).

### 3.3. La delimitación temporal para la utilización del material de reproducción

La Ley 14/2006 establece según el art. 9.2 que existe un plazo máximo de 12 meses para que la mujer haga uso del material genético del marido o pareja, desde el momento que este mismo fallece. Se duplica el tiempo que delimitaba la legislación 35/1988, y ello se consideró atendiendo a varias razones: la necesidad de disponer de tiempo la mujer viuda ante la nueva situación vital tras el fallecimiento del marido, y para evitar la dilatación en la sucesión y reparto de los bienes del fallecido. Se considera insuficiente el tiempo establecido y se indica la necesidad de su ampliación, considerando un plazo previo de seis meses para que la mujer pueda decidir si se somete a la técnica (Rodríguez, 2013), y luego el plazo anual para hacer uso de la misma. Los problemas derivan especialmente de la protección de los derechos a la herencia del nacido por la fecundación *post mortem* (Iniesta, 2011).

La normativa tampoco se refiere al número de intentos para la fecundación, ni los embarazos que puede llevar a término. La cuestión radica en que sí que se admite un



parto múltiple, pero no la utilización del material tras un parto, es decir, que eliminaría la posibilidad de que la mujer tuviera varios embarazos (por ejemplo, teniendo en cuenta un primer embarazo, y un parto prematuro), y un segundo embarazo, posterior. La cuestión no es clara, ya que lo único que indica la norma es que se utilice el material de reproducción durante los doce meses, pero no limita las veces de su utilización. No obstante, si la intención es que haya solo un descendiente, no prospera, ya que con una fecundación sola puede dar lugar a un parto múltiple.

Otra cuestión que se plantea es la determinación de la paternidad en el caso de matrimonio de la mujer durante los doce meses que incluye la legislación

Otra cuestión que se plantea es la determinación de la paternidad en el caso de matrimonio de la mujer durante los doce meses que incluye la legislación. La doctrina aboga porque el conflicto se dirimiría a favor de otorgar la paternidad al segundo marido, manteniendo la acción de impugnación a favor del primero (Iniasta, 2011).

La doctrina también ha apuntado a que el plazo que se establece por la legislación podría ser operado de forma inversa, es decir, transcurrido un año desde el fallecimiento del varón, que la mujer pudiera deliberar sobre su decisión de ser fecundada, ya que no es

lo mismo que la decisión se tome con el margen de un año desde el fallecimiento, como que se adopte un año después del mismo, ya que la reflexión y circunstancias pueden inclinarse por una decisión distinta a la que se pudiera adoptar en el inicio (Nuñez, 2019).

### 3.4. La maternidad subrogada, el derecho a ser padres y la dignidad de la mujer

Otra de las cuestiones que se plantean en el ámbito ético es que en el caso de que la mujer no pueda llevar a cabo la gestación con el material reproductor del varón fallecido, tiene que realizarse mediante "vientre de alquiler", supuesto que está prohibido por la legislación española. Aquí se dilucida la dignidad de la mujer, que se convierte en un instrumento en aras de la concepción ajena, el derecho a una paternidad o maternidad y el intercambio económico o crematístico que supone la práctica de esta opción (Castellanos, 2019).

## Conclusiones

1. La prelación del marido a la que se refiere el artículo 9 de la Ley 14/2006, no resuelve algunas cuestiones como qué se entiende por material de reproducción, si se incluye tanto la inseminación artificial como la transferencia de embriones criopreservados. Además, el precepto solo se detiene en el caso de la prelación del marido, pero no de la esposa, ya que en este caso la única opción es a través de la maternidad subrogada, prohibida en nuestro país.
2. La diferenciación de denominación del sujeto masculino que utiliza el artículo 9 conlleva una inseguridad jurídica, a pesar que distingue entre unión mediante vínculo matrimonio o sin él, lo que plantea si un hombre presta consentimiento para que su



material reproductor pueda ser utilizado por cualquier mujer, ni tampoco se indica ni la edad, ni número de fecundaciones que pueden hacerse con su material, ya que el plazo que marca la legislación son 12 meses, plazo superior y doble de los seis meses que establecía la legislación anterior.

3. La lectura del art.11.3 de la Ley 14/2006 podría generar algunos conflictos con respecto a si la clínica o centro donde se están llevando a cabo las técnicas de reproducción asistida pueden decidir sobre si una fecundación *post mortem* puede llevarse a cabo o no.
4. Se omite a la posibilidad de fertilización heteróloga ya que solo se refiere a la homóloga, por lo que el material reproductor de un donante no podría ser utilizado, en el caso de infertilidad del marido. Hay que tener en cuenta que en las técnicas de reproducción sí que se contempla la posibilidad de un donante en determinados casos, pero no en el caso de la fecundación *post mortem*. También nos encontraríamos con el caso de una fecundación *post mortem* a través de transferencia de embriones con un donante y que estuvieran criopreservados, y la mujer después del fallecimiento del marido quisiera ser madre. El artículo 9 solo se circunscribe a material reproductor propio, pero no ajeno.
5. La regulación del Código Civil respecto a la filiación y sus efectos no menciona las técnicas de reproducción humana asistida, ni a la fecundación *post mortem*, y ello sería deseable para evitar conflictos sobre ella, además de también indicarse la misma en sede de sucesiones, tanto testamentaria como abintestato.
6. Los conflictos éticos también son evidentes, y hay que atender no solo a los nuevos modelos familiares, familia monoparental, como al interés superior del menor. Entre el derecho a ser madre o padre, y la ausencia del padre con la utilización de la fecundación *post mortem*. Junto a ello, la maternidad subrogada y su vertiente crematística plantean cuestiones éticas.
7. La legislación analizada no es completa, deja vacíos legales y también posibilita interpretaciones diversas, según la orientación doctrinal. En un futuro es deseable una visión más acorde con la realidad y una legislación adaptada a ella.

## Agradecimientos

Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i “Retos investigación” del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: RTI2018-097354-B-100 (2019-2022), y del Microcluster VCL/CAMPUS “Derecho Sanitario, Genética y Protección Social”, UV-UPV.

## Bibliografía

- Cabido Iglesias, J. (2014). Fecundación *post mortem*. Análisis jurídico de la regulación en España. [Versión digital] *Cadernos de Derecho Actual*, 2, 71-83. Recuperado de <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/17/76>





- Castellanos Claramunt, J. (2019). Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico-filosófico: avance técnico, retroceso humano. [Versión digital] *REINIDAD*, 17, 62-80. Recuperado de <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/11933/11968>
- Cobas Cobiella, M. E. (2017). La llamada reproducción asistida *post mortem*. Algunas reflexiones. *AC*, 6, 68-83.
- Corral Talciani, H. F. (1988). La procreación artificial "post mortem" ante el Derecho. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 46(1), 5-36.
- Enguer Gosálbez, P. y Ramón Fernández, F. (2018). Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España. [Versión digital] *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18(1), 104-135. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v18n1/1657-4702-rlb-18-01-00104.pdf>
- Escribano Tortajada, P. (2016). Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida *post mortem* en la actualidad. [Versión digital] *ADC*, 69(5), 1260-1320. Recuperado de [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2016-40125901320](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2016-40125901320)
- Geri, L. (2019). Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*. Criterios para su regulación en Argentina. [Versión digital] *Revista de Bioética y Derecho*, 46, 149-165. Recuperado de <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/22987/29273>
- Hashiloni-Dolev, Y. y Schickltanz, S. (2017). A cross-cultural analysis of posthumous reproduction: The significance of the gender and margins-of-life perspectives. [Versión digital] *Reproductive Biomedicine and Society Online*, 4, 21-32. Recuperado de [https://www.rbmsociety.com/article/S2405-6618\(17\)30012-6/pdf](https://www.rbmsociety.com/article/S2405-6618(17)30012-6/pdf)
- Iniesta Delgado, J. J. (2008). Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*. [Versión digital] *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 29, 13-24. Recuperado de <https://mega.nz/#!zItQgYQT!RkkWriPWxs3zAiNYTx71ijmnMkALFeBbh8P6iR70JUc>
- Lledó Yagüe, F. (1988). *Fecundación artificial y Derecho*. Madrid: Tecnos, 25.
- López Peláez, P. (1994). Relaciones civiles derivadas de la fecundación *post mortem*. [Versión digital] *Boletín de la Facultad de Derecho*, 6, 109-141. Recuperado de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1994-6-EB71E807/PDF>
- Montés Penadés, V. L. (1989). El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana. En *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (pp. 171-200). Madrid: Trivium.
- Núñez, R. (2019). Caso clínico, fecundación *post mortem*. [Versión digital] *EIDON*, 52, 75-79. <https://revistaeidon.es/index.php/revistaeidon/article/view/107/83>
- Pantaleón Prieto, A. F. (1989). Contra la Ley sobre Reproducción Asistida. En *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan* (pp. 641-670). Murcia: Universidad de Murcia.
- Panagiotopoulou, N., & Karavolos, S. (2015). "Let me keep my dead husband's sperm": Ethical issues in posthumous reproduction. [Versión digital] *The Journal of clinical ethics*, 26(2), 143-151. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/279731990\\_Let\\_Me\\_Keep\\_My\\_Dead\\_Husband's\\_Sperm\\_Ethical\\_Issues\\_in\\_Posthumous\\_Reproduction](https://www.researchgate.net/publication/279731990_Let_Me_Keep_My_Dead_Husband's_Sperm_Ethical_Issues_in_Posthumous_Reproduction)
- Ramón Fernández, F. (2018). Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación "post mortem". [Versión digital] *AJI*, 9, 454-471. Recuperado de <http://www.revista-aji.com/articulos/2018/9/454-471.pdf>
- Rivero Hernández, F. (1987). La fecundación artificial *post mortem*. *RJC*, 4, 871-904.



- Rodríguez Guitán, A. M. (2015). La reproducción artificial *post mortem* en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico. [Versión digital] *Revista Boliviana de derecho*, 20, 292-323. Recuperado de <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/121.pdf>
- Sánchez Ruiz, P., Martínez Castellón, N., y Fernández Ordoñez, E. (2018). Fecundación in vitro postmortem. [Versión digital] *Cultura de los Cuidados*, 22(50), 171-179. Recuperado de [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/75355/1/CultCuid\\_50\\_16.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/75355/1/CultCuid_50_16.pdf)
- Tash, J. A., Applegarth, L. D., Kerr, S. M., Fins, J. J., Rosenwaks, Z. y Shlegel, P. N. (2003). Post mortem sperm retrieval: The effect of instituting guidelines. *The Journal of Urology*, 170(5), 1922-1925.