

Consideraciones sobre el valor del consentimiento respecto de las disposiciones del propio cuerpo en el aspecto reproductivo¹

SARA ZUBERO QUINTANILLA

Profesora Ayudante Doctora
(Acreditada a contratada doctora)
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

En la práctica, es objeto de discusión el valor del consentimiento de las personas, ya sea expreso o tácito, respecto de la posibilidad de disposición de una parte de su propio cuerpo, cuales son sus células reproductoras, con fines reproductivos sobrevenido su fallecimiento. Este hecho implica reconocer determinadas facultades a otros sujetos, que tengan vínculos de consanguinidad o afinidad con el titular del material genético, a fin de que puedan tomar decisiones y actuar a estos efectos. En este sentido, es de interés realizar un análisis de la decisión de 12 de noviembre de 2019 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del caso Petithory Lanzmann contra Francia que se pronuncia sobre ciertos aspectos relacionados con este particular, así como de algunas resoluciones de ordenamientos extranjeros. A partir de los supuestos de hecho que contemplan, son susceptibles de valoración algunas cuestiones relacionadas con la autonomía de la voluntad del difunto o testador, a estos efectos, que no se prevén expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, pero que sí se observan, en mayor o menor medida, en otros países. Ello a fin de determinar si podrían extrapolarse a nuestro ordenamiento algunas de las soluciones dadas o si es preferible y conveniente, pese al progreso en el ámbito científico y médico, mantener ciertas limitaciones en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

PALABRAS CLAVE

Derecho sucesorio. Autonomía de la voluntad. Donación de material genético. Consentimiento expreso o presunto. Reproducción asistida post mortem. Derecho a formar una familia.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-094855-B-100, que lleva por título «Desafíos de Derecho de sucesiones en el siglo xxi: Una reforma esperada y necesaria», dirigido por la Dra. María Teresa Álvarez Moreno.

Considerations on the value of consent regarding the legal provisions of one's own body regarding reproduction

ABSTRACT

In practice, the value of people's consent, whether express or tacit, regarding the possibility of disposing of a part of their own body, in this case their reproductive cells, for reproductive purposes after their death is the subject of debate. This fact implies recognizing certain powers to other subjects, who have ties of consanguinity or affinities with the owner of the genetic material, so that they can make decisions and act to these purposes. In this sense, it is of interest to carry out an analysis of the decision of November 12, 2019 of the European Court of Human Rights regarding the Petithory Lanzmann case against France, which ruled on certain aspects related to this matter, as well as of some resolutions of other legal countries. Based on the assumptions of fact that they contemplate, some issues related to free will autonomy of the deceased or testator are subject to evaluation, for these purposes, which are not expressly provided for in our legal system, but which are observed, to a greater or lesser extent, in other countries. This is in order to determine if some of the solutions given could be extrapolated to legal system or if it is preferable and convenient, despite progress in the scientific and medical field, to maintain certain limitations when it comes to the use of assisted human reproduction techniques.

KEY WORDS

Succession law. Free will autonomy. Donation of genetic material. Express or presumed consent. Post-mortem assisted reproduction. Right to start a family.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La decisión de 2019 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Petithory Lanzmann contra Francia.*—III. *Ponderación de la eficacia del consentimiento con fines reproductivos post mortem en ordenamientos jurídicos extranjeros.*—III.1. Estimaciones sobre el consentimiento del difunto sin resultados reproductivos efectivos.—III.1.1. El valor de la voluntad presunta del causante en Estados Unidos.—III.1.2. La tradición y la mitigación del dolor en el derecho israelí.—III.1.3. El consentimiento expreso e informado en el Reino Unido.—III.2. La materialización de la voluntad del difunto respecto al uso de su material reproductor. Los supuestos de hecho de China e India.—III.2.1. La perpetuación del linaje y la mitigación del dolor en China.—III.2.2. Los deseos de paternidad del difunto en India.—III.3. Reflexiones en atención a los argumentos expuestos por los órganos judiciales extranjeros.—IV. *Breves indicaciones sobre la regulación del consentimiento en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida española.*—V. *Conclusión. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, los progresivos avances en la medicina y la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida han permitido, desde hace bastante tiempo, llevar a cabo diversas prácticas que han incidido en la configuración del Derecho de familia y, en consecuencia, han tenido cierta repercusión en el ámbito sucesorio. Con todo, no existe una regulación normativa unánime a este respecto que pueda ser aplicada en todos los países. La flexibilidad o no de las normas en este ámbito se encuentra excesivamente condicionada por valores éticos, morales y religiosos, merecedores de ponderación a todos los efectos, así como por las costumbres de los diferentes estados.

Sin embargo, consecuencia de los particulares usos de las técnicas de reproducción humana asistida que se practican en otros países y de las cuestiones que llegan a sus tribunales, deben ser tomados en consideración, principalmente, dos problemas respecto a la posibilidad de disposición del material reproductivo: En primer lugar, si es admisible reflejar en un testamento, u otro documento afín, declaraciones de voluntad relativas al uso póstumo de aquél, así como determinar quién o quiénes tienen la facultad de decisión sobre su destino y/o utilización. Este aspecto, que es en el que más incidiremos en el desarrollo del presente trabajo, se relaciona con la mayor o menor libertad volitiva del causante y, por consiguiente, con el reconocimiento de su consentimiento expreso e, incluso, con la posibilidad de deducir la existencia de consentimiento a estos efectos. En segundo lugar, precisar la filiación efectiva del menor nacido de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem* con el material genético del difunto, ya sea iniciado el procedimiento tanto a petición de su viuda, o pareja supérstite, como de sus familiares. Este hecho tiene especial relevancia en relación con la repercusión que la decisión, sobre el vínculo o no del menor nacido con el fallecido, va a tener, entre otros, en el patrimonio de este último. Al momento de ejecución de la herencia incluir al menor nacido como heredero puede suponer una utilidad para el mismo en detrimento de los restantes beneficiarios.

En los diferentes ordenamientos jurídicos, no han de ser ajenos a derecho ciertos usos de las técnicas de reproducción asistida que permiten el nacimiento de menores mediante la utilización del material genético de personas fallecidas a decisión de terceros, con vínculos de consanguinidad o afectividad con el causante, bien existiendo un consentimiento expreso o bien mediante la interpre-

tación del consentimiento del titular del material reproductor, así como sus consecuencias. Este hecho genera, sin duda, diversos interrogantes respecto de la operatividad de la autonomía de la voluntad en el ámbito de familia y en el sucesorio, así como del impacto, tanto físico como psicológico, que dichos procesos reproductivos pueden tener en las partes intervenientes, particularmente en los menores nacidos.

Por consiguiente, es preciso ponderar, entre otros aspectos, la validez del consentimiento expreso previo de los fallecidos sobre la conservación y utilización de sus gametos sexuales *post mortem*, incluso sobre su posible extracción en caso de no haber sido realizada en vida de su titular, por quienes ellos autoricen, así como las solicitudes y actuaciones llevadas a cabo por los familiares de aquellos sin la existencia del debido consentimiento.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se pronunció en una decisión de 2019, ante un supuesto acaecido en Francia, al objeto de determinar si una madre tenía capacidad de disposición del material reproductor de su hijo fallecido, a fin de trasladarlo a un país donde estuviera permitida la fecundación *in vitro* y la gestación subrogada, reconociéndose con ello un derecho a la progenie. Cabe advertir que dicha decisión no es la única sobre la materia. Este supuesto de hecho, con más o menos similitudes, se ha planteado en países como Estados Unidos, Israel, Reino Unido, China o la India.

En nuestro ordenamiento jurídico, el valor del consentimiento relativo a los procesos reproductivos se regula en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, donde, en lo que se refiere al tema que nos ocupa, se prevén disposiciones acerca de su efectividad respecto a la donación de gametos, la reproducción *post mortem*, permitida en la norma bajo ciertas restricciones, y la utilización y donación de gametos y preembriones criopreservados. Consentimiento que, como regla general, en todos los casos ha de ser expreso. Cabe advertir desde un principio que pese a la flexibilidad de la norma en determinados aspectos es estricta en otros.

En definitiva, es conveniente reflexionar acerca de la aceptación, en mayor o menor medida, de resultados como los expuestos, por el hecho de que los avances en medicina los permitan, o si, por el contrario, los conflictos bioéticos a los que pueden dar lugar estas prácticas, así como las posibles colisiones entre las regulaciones de los países, son un óbice para su reconocimiento legal.

II. LA DECISIÓN DE 2019 DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO PETITHORY LANZMANN CONTRA FRANCIA²

Es de interés comenzar este estudio con la resolución del TEDH indicada, al ser una de las más actuales que incide en el tema que nos ocupa y dado el rango superior de este órgano con respecto a los restantes a los que nos referiremos en el desarrollo de este trabajo.

En el supuesto de hecho, la demandante (viuda del conocido Claude Lanzmann, director del documental del Holocausto Shoah) solicitaba que los espermatozoides de su hijo fallecido, que se encontraban conservados en un hospital de París, fueran trasladados a una clínica en Israel que estaba autorizada para realizar la reproducción asistida médicaamente a través de la fertilización *in vitro* y la gestación subrogada.

En 2014, el hijo de los señores Lanzmann, a los 23 años, fue diagnosticado de un tumor cancerígeno. Desde ese mismo momento, como probó la demandante, aquel expresó, tanto a sus familiares como a los médicos que lo trataban, su deseo de ser padre y tener descendencia. Por dicho motivo, en noviembre de 2014 procedió a depositar sus gametos reproductores en el Centro de Estudio y Conservación de Óvulos y Esperma Humano (CECOS) del hospital Cochin de París, solicitando la prórroga de dicha conservación en noviembre de 2016. Asimismo, se puso en contacto con otros centros europeos, sin embargo, dado el estado de su enfermedad, no pudo hacerse efectivo el depósito del esperma en ellos. En enero de 2017 falleció por culpa de su enfermedad.

Ese mismo año, la demandante solicitó al CECOS el traslado del esperma de su hijo a un establecimiento sanitario en Israel. Solicitud que le fue denegada. En consecuencia, en octubre de 2018 la demandante interpuso un recurso de urgencia ante el Tribunal Administrativo de París³ solicitando la autorización del juez para que se adoptaran las medidas necesarias al objeto de que el esperma de su hijo pudiera ser trasladado al centro israelí con licencia válida para la reproducción asistida médicaamente. A estos fines,

² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5.^a) Caso Petithory Lanzmann contra Francia. Decisión de 12 noviembre 2019 (TEDH2019/166).

³ Article L521-2, Code de justice administrative: «Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures».

alegó que la negativa suponía una violación del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)⁴ que le reconocía el derecho a ejercer la vida privada y familiar convirtiéndose en abuela y cumpliendo la voluntad de su hijo.

El juez desestimó su demanda en atención a lo dispuesto en los artículos L. 2141-2⁵ y L. 2141-11⁶ del Código de salud pública de Francia. El primero prevé la necesidad de que el hombre y la mujer estén vivos para que pueda proceder la asistencia médica a la procreación. Por ello, la muerte de uno de los miembros de la pareja la imposibilitaría. A este respecto, el juez señaló que dicha disposición no es incompatible con el artículo 8 del CEDH, al considerar que la prohibición depende del margen de apreciación que dispone cada Estado para la aplicación del CEDH. El segundo de los preceptos dispone que cualquier persona cuya atención médica pueda afectar a la fertilidad, o cuya fertilidad puede verse afectada prematuramente, puede beneficiarse de la extracción y preservación de gametos con el fin de lograr asistencia médica para la procreación, o para la preservación y restauración de la fertilidad. Hecho que se encuentra sujeto al consentimiento del interesado o, en su caso, al de uno de los titulares de la patria potestad, o del tutor, cuando aquél, menor o adulto, esté sujeto a una medida de tutela.

⁴ Recordemos que el artículo 8 del CEDH, relativo al Derecho al respeto a la vida privada y familiar, prevé que «*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».*

⁵ Article L2141-2, Code de la santé publique: «*L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation».*

⁶ Article L2141-11, Code de la santé publique: «*Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être pré-maturement altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle. Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1, selon les conditions déterminées par cet article».*

No obstante, el artículo L. 2141-11-1⁷ señala que la importación y exportación de gametos o tejido germinal del cuerpo humano está sujeta a una autorización emitida por la Agencia de Biomedicina. Solo una institución, una organización, un grupo de cooperación sanitaria o un laboratorio con la autorización prevista en el artículo L. 2142-1 para llevar a cabo una actividad biológica de asistencia médica a la reproducción puede obtener el permiso previsto en este artículo.

Por lo expuesto, el juez consideró que la negativa a la exportación del esperma del fallecido no constituía la vulneración grave y manifiesta de una libertad fundamental. A todos los efectos, sostuvo que, pese al deseo declarado del fallecido en los términos expuestos, los documentos que constaban en el expediente no demostraban que estuviera inscrito en un proyecto parental específico, que hubiese expresado su voluntad para el uso de su esperma tras su fallecimiento o que hubiera autorizado a su madre para la utilización de su esperma con fines reproductivos.

Junto con lo anterior, cabe advertir que el artículo R. 2141-17 apartado tres, punto tercero⁸ del citado cuerpo legal, prevé el cese de la conservación de los gametos de una persona una vez fallecida.

Tras la resolución del Tribunal, la demandante recurrió al Consejo de Estado argumentando que la legislación de Israel permitía la reproducción asistida médica tras el fallecimiento del donante, incluso a solicitud de sus padres. Recurso que fue desestimado en línea con los argumentos expuestos por el juez de primera instancia.

Ante los hechos descritos, el TEDH consideró que la reclamación de la demandante debía separarse en dos aspectos, según fuera formulada como víctima indirecta del artículo 8 de la CEDH, en

⁷ Article L2141-11-1 Code de la santé publique: «*L'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine... Seul un établissement, un organisme, un groupement de coopération sanitaire ou un laboratoire titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 2142-1 pour exercer une activité biologique d'assistance médicale à la procréation peut obtenir l'autorisation prévue au présent article. Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur; ainsi qu'aux principes mentionnés aux articles L. 1244-3, L. 1244-4, L. 2141-2, L. 2141-3, L. 2141-7 et L. 2141-11 du présent code et aux articles 16 à 16-8 du code civil, peuvent faire l'objet d'une autorisation d'importation ou d'exportation. Toute violation des prescriptions fixées par l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes ou de tissus germinaux entraîne la suspension ou le retrait de cette autorisation par l'Agence de la biomédecine».*

⁸ Article R2141-17 Code de la santé publique: «... 3° A ce qu'il soit mis fin à la conservation de ses gamètes... III.-Il est mis fin à la conservation des gamètes en cas de décès de la personne. Il en est de même si, n'ayant pas répondu à la consultation selon les modalités fixées par l'arrêté prévu aux articles R. 2142-24 et R. 2142-27, elle n'est plus en âge de procréer...».

nombre de su hijo fallecido, o como víctima directa privada de descendencia.

En cuanto al primer enfoque, considero que los derechos reclamados por la demandante corresponden a derechos de su difunto hijo. En consecuencia, el fallecido era el único que podía decidir acerca del destino de los gametos y sobre su utilización tras su muerte. Derechos que en ningún caso son transferibles. Por ello, el TEDH desestimó esta pretensión con apoyo en lo dispuesto en el artículo 35 del CEDH, en sus apartados 3a) y 4⁹.

Con respecto al segundo aspecto, el TEDH recuerda que, pese a que en el concepto de vida privada y familiar se ampara el derecho al respeto de las decisiones de convertirse en padres, en sentido genérico, el artículo 8 CEDH no garantiza el derecho a fundar una familia. Por dicho motivo, confirmó los argumentos alegados por el juez de Primera Instancia francés. Así, el TEDH no estimó que la perpetuación del parentesco genético pudiera entenderse comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 8 del CEDH. El derecho al respeto a la vida privada y familiar no incluye el derecho a formar una familia, y tampoco el derecho a la progenie de los abuelos.

Finalmente, el TEDH falló por unanimidad declarando inadmisible la demanda.

Como hemos podido ver en la exposición anterior, los fundamentos de esta resolución se centran en dos cuestiones muy concretas respecto de la autonomía de la voluntad del fallecido y sus allegados: el valor de las actuaciones y declaraciones del primero y el derecho a tener descendencia o progenie.

Por un lado, en este supuesto de hecho, una de las causas por las que el TEDH termina rechazando las pretensiones de la madre del difunto es el carácter personal del derecho reproductivo. Si bien existía un consentimiento claro del hijo en cuanto a la extracción y conservación de sus gametos, por lo que se mantenían en un banco a estos efectos, no constaba una declaración de voluntad expresa respecto a su fin último, la cual no podía inferirse ni de sus alegaciones ni de sus otras actuaciones. Con todo, en los argumentos expuestos por el TEDH no termina de quedar claro si la solución hubiera sido la misma en caso de que se hubiese constatado que existía un consentimiento expreso del hijo en favor de la madre respecto al uso póstumo del esperma con fines reproductivos, ya que el tribunal no se pronuncia a este respecto. Duda que ocasiona

⁹ Artículo 35 CEDH: «... 3. *El Tribunal declarará inadmisible cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifestamente mal fundada o abusiva... 4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisible en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento».*

también la resolución del tribunal de primera instancia cuando indica que entre los documentos aportados además de que no constaba que el fallecido estuviera inscrito en un proyecto parental específico, tampoco había expresado su voluntad para el uso de su esperma tras su fallecimiento, ni había una autorización en favor de su madre para esa finalidad.

De las disposiciones de la legislación francesa, alegada en el caso concreto, se infiere que no hubieran podido mantenerse dichas pretensiones en este país, aun con la existencia de un permiso expreso del hijo en ese sentido, ya que la procreación, así como las ayudas a la misma, se contemplan únicamente en las relaciones de pareja heterosexual, con todas las particularidades previstas en aquella. La única posibilidad, caso de existir dicho consentimiento expreso, hubiera sido conseguir una autorización para trasportar el semen a otro lugar, como buscaba la interesada. En ese caso, la relevancia práctica del reconocimiento del valor del consentimiento sería decidir acerca de la posibilidad de exportar los gametos reproductores a otro sitio a fin de realizar una práctica, como la gestación subrogada, tampoco permitida en el país de origen, en otro que sí la contempla para alcanzar el objetivo deseado.

Por otra parte, la segunda cuestión no plantea dudas interpretativas en tanto que el derecho a la reproducción no supone un derecho a tener hijos. De este modo, no puede ser concebido como un derecho a la obtención de un resultado, sino como una posibilidad de acceso a la maternidad o paternidad de quienes tienen dificultades para la procreación, ya sea por causa de enfermedad o debido a circunstancias personales¹⁰, caso de las parejas homosexuales o mujeres solteras¹¹. Además, como indica el propio TEDH, este derecho se encuentra vinculado o subordinado a

¹⁰ A consecuencia de los diversos aspectos éticos, sociales y jurídicos que afectan a esta realidad, no existe una solución uniforme. Se mantienen posturas que abogan bien en favor de la interpretación de este derecho como una manifestación del acceso a la reproducción por el medio que la persona o personas prefieran, de entre las posibilidades ofrecidas por el legislador, bien como un derecho en el marco de la salud, como respuesta a problemas médicos, como es el caso de la esterilidad. *Cfr.* SERNA MEROÑO, 2012, pp. 282-286, VELA SÁNCHEZ, 2012, pp. 22-29, JARUFE CONTRERAS, 2013.

¹¹ Como advierte DÍAZ MARTÍNEZ, 2007, p. 33, la gestación de la mujer sola ha sido objeto de polémica, ya que hay quienes se oponen a esta forma de utilización de la reproducción asistida al considerar que se protege el derecho a la maternidad frente al derecho del hijo a integrarse en una relación familiar completa. No obstante, parece razonable afirmar con la autora que no tendría sentido que una Ley de técnicas de reproducción humana asistida del s. XXI se anclase en exigir para la utilización de estas técnicas problemas de fertilidad en una pareja heterosexual. Con todo, siguiendo a ABELLÁN, SÁNCHEZ-CARO 2009, p. 8, el acceso por una mujer sola a las técnicas de reproducción humana asistida no es una posibilidad admitida en la mayoría de los países que rodean a España, como Francia, Portugal, Italia y Alemania.

las interpretaciones y normas que en cada país se adopten respecto a las posibilidades y límites de las técnicas de reproducción humana asistida¹².

III. LA PONDERACIÓN DE LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO CON FINES REPRODUCTIVOS *POST MORTEM* EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXTRANJEROS

Supuestos de hecho con ciertas semejanzas al enjuiciado en el apartado precedente han sido objeto de controversia ante los tribunales de otros Estados. En este apartado queremos traer a colación algunos de estos casos al objeto de conocer el valor que otros ordenamientos jurídicos más flexibles, en lo que a este particular se refiere, otorgan a la voluntad de una persona respecto de las disposiciones de su material genético una vez producido el fallecimiento, bien en cuanto a su destino bien en relación con el otorgamiento de facultades a terceros para que puedan ejecutar su última voluntad. En este sentido, parece que tienden a tener en alta consideración las posibilidades reproductivas a las que se ha logrado llegar con la evolución de las técnicas médicas. Países como Israel, Estados Unidos, Reino Unido, China o la India tienen resoluciones en líneas más permisivas y, por consiguiente, que contradicen el criterio del TEDH. Como veremos, en unas ocasiones dicha permisividad se concreta en el reconocimiento de personas afines al fallecido como titulares del derecho a decidir sobre el destino y uso del material reproductor, mientras que, en otros casos, como ha ocurrido en China y la India, se ha llegado a materializar la voluntad del

¹² En el punto tercero de la exposición de motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida española, ya se advertía sobre este hecho al señalar: «En esta Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de Reproducción Asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta difícil, no solo en nuestra Nación, como lo aprueban las informaciones foráneas. No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente».

fallecido o de sus allegados, de continuar el legado familiar, con el nacimiento de un bebe.

El fin último que pretendemos es conocer los fundamentos en que se apoyan las diferentes posturas que encontramos, a este respecto, para después considerar si sería factible o conveniente extraer ciertos argumentos a nuestro Derecho, que pudieran justificar un uso ampliado de las técnicas de reproducción asistida en España.

III.1. ESTIMACIONES SOBRE EL CONSENTIMIENTO DEL DIFUNTO SIN RESULTADOS REPRODUCTIVOS EFECTIVOS

III.1.1 El valor de la voluntad presunta del causante en Estados Unidos

En esta línea, es de interés traer a la colación una sentencia de Estados Unidos¹³, publicada seis meses antes a la del TEDH, que se pronuncia, ante un supuesto semejante, en sentido contrario. En este caso un cadete de la academia militar de West Point, New York, sufrió un accidente de esquí, en febrero de 2019, que le produjo fracturas en la médula espinal. Como resultado del accidente, fue declarado en muerte cerebral. A todos los efectos, sus padres solicitaron en el juzgado: la recuperación del esperma de su hijo y su conservación en un banco de esperma; permitirles usar los gametos para la reproducción de terceros; y que el tribunal amparase la consecución de un alivio justo y apropiado para ellos.

Expuestas todas las alegaciones, la decisión última del Tribunal versó sobre la interpretación de la intención del causante y la posibilidad de otorgar a alguien autoridad para determinar la disposición del material genético del fallecido que se encontraba preservada en un banco de esperma. En este caso, no existía una declaración de voluntad previa para la disposición póstuma del material genético. Sin embargo, la sala consideró posible valorar la intención presunta del fallecido a partir de las declaraciones y actuaciones del titular de aquellas previas a su fallecimiento.

En el proceso, el Tribunal tuvo en consideración un hecho constante a lo largo de la vida del fallecido, cual era la primacía de las relaciones familiares. De este modo, con apoyo en las alegaciones de sus familiares y de terceros sobre los deseos del fallecido en formar una familia y continuar con el legado cultural y familiar, así

¹³ Resolución del Tribunal del Estado de Nueva York (Condado de Westchester) de 6 de mayo de 2019.

como de la interpretación del contenido de la Ley de Salud Pública¹⁴, entre otras¹⁵, el Tribunal reconoció a sus padres como las personas a las que el fallecido hubiera tenido la intención de otorgar la responsabilidad de decidir en su nombre respecto a la preservación y disposición de su material genético reproductivo.

Con todo, el Tribunal dejó constancia en sus consideraciones que el uso específico del material genético con fines reproductivos ha de ser tenido en consideración dados los problemas que puede generar. Este hecho suscita preocupaciones importantes de índole legal y ético. Entre ellos, la sentencia destaca en sus fundamentos la posible reticencia de los profesionales médicos a ayudar en este tipo de procedimientos, así como los problemas emergentes en el reconocimiento de un niño concebido como hijo o hija del difunto; ya que, en algunos Estados, los niños nacidos pasado un cierto periodo de tiempo desde la muerte de su padre no pueden considerarse sus descendientes para ciertos fines. Por dicho motivo, la sala especificó que, en último término, deberían abordarse en el futuro

¹⁴ Public Health Law. Disponible en https://newyork.public.law/laws/n.y._public_health_law (última consulta 02/07/2021). El artículo 4301 (2), de esta ley, autoriza la donación y, por consiguiente, la disposición de órganos, tejidos, donde se entienden contenidos, entre otros, el esperma y los óvulos, y partes del cuerpo, incluso en ausencia de la intención expresa de un posible fallecido. La norma establece un orden jerárquico de consentimiento que refleja quienes deben tomar la decisión de un difunto en ausencia de testamento: NY PUB HEALTH § 4301. Persons who may execute an anatomical gift: «... (2)Any of the following persons, in the order of priority stated, may, when persons in prior classes are not reasonably available, willing, and able to act, at the time of death, and in the absence of actual notice of contrary indications by the decedent, or actual notice of opposition by a member of the same class or prior class specified in paragraph (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g) or (h) of this subdivision, or reason to believe that an anatomical gift is contrary to the decedent's religious or moral beliefs, give all or any part of the decedent's body for any purpose specified in section forty-three hundred two of this article: (a) the person designated as the decedent's health care agent under article twenty-nine-C of this chapter, subject to any written statement in the health care proxy form, (b) the person designated as the decedent's agent in a written instrument under article forty-two of this chapter, subject to any written statement in the written instrument, (c) the spouse, if not legally separated from the patient, or the domestic partner, (d) a son or daughter eighteen years of age or older, (e) either parent...».

¹⁵ Estates, Powers and Trusts Law. Disponible en <https://law.justia.com/codes/new-york/2018/ept/> (última consulta 02/07/2021). En línea con el anterior precepto, la Ley de Bienes, Poderes y Fideicomisos (EPTL), establece el orden en el que aquellos que tengan relación con el difunto podrán tomar decisiones sobre su propiedad en ausencia de un testamento. Article 4-1-1. Descent and distribution of a decedent's estate: «The property of a decedent not disposed of by will shall be distributed as provided in this section. In computing said distribution, debts, administration expenses and reasonable funeral expenses shall be deducted but all estate taxes shall be disregarded, except that nothing contained herein relieves a distributee from contributing to all such taxes the amounts apportioned against him or her under 2-1.8. Distribution shall then be as follows: (a) If a decedent is survived by: (1) A spouse and issue, fifty thousand dollars and one-half of the residue to the spouse, and the balance thereof to the issue by representation, (2) A spouse and no issue, the whole to the spouse, (3) Issue and no spouse, the whole to the issue, by representation, (4) One or both parents, and no spouse and no issue, the whole to the surviving parent or parents, (5) Issue of parents, and no spouse, issue or parent, the whole to the issue of the parents, by representation...».

dichas cuestiones, atendiendo no solo a la intención expresada, también a las consideraciones de profesionales médicos, así como especialistas en ética médica. Asimismo, podría ser adecuado acudir a un Tribunal que se pronunciara sobre la actualización de la decisión de la sala.

En esta resolución, pese a que el Tribunal llega a reconocer el consentimiento presunto del fallecido en atención a sus alegaciones en vida, ciertas argumentaciones y justificaciones generan desde el inicio serias dudas en cuanto a la materialización efectiva de la voluntad del difunto. Lo primero que estimamos cuestionable es la manifestación de los padres para recuperar el esperma de su hijo que se basa en la consecución de un alivio justo y proporcionado. Ha de quedar claro que el resultado final al que podemos llegar con el reconocimiento de la voluntad de una persona en los términos analizados es al nacimiento de una vida¹⁶ con sus propios derechos reconocidos. En consecuencia, no podríamos equiparar estos casos con las posibles indemnizaciones otorgadas en favor terceros por la falta de diligencia y responsabilidad de quienes lleven a cabo actos sancionados por el Derecho.

Por otra parte, el Tribunal es consciente, y así lo refleja en sus consideraciones, de los problemas que supone admitir la existencia de consentimiento en torno a esta cuestión. Sin embargo, se abstiene de pronunciarse ampliamente y de analizar en mayor profundidad este aspecto dejando que sea un Tribunal posterior el que, en cualquier caso, revise la decisión tomada y valore las implicaciones éticas y morales en estos supuestos. En todo caso, considero ciertamente discutible la posibilidad de disponer de células reproductivas con fines procreativos en supuestos como el enjuiciado en tanto que con ello condicionamos en determinados aspectos el futuro de una persona (el nacido), como en lo que respecta a sus relaciones filiales y a sus derechos sucesorios, en función de cómo quede determinada la primera¹⁷. Ello sin descontar los valorables

¹⁶ Como señala RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2013, p. 71, es complicado mantener una equiparación absoluta entre la disposición del esperma y el resto de los órganos del cuerpo, ya que la diferencia cualitativa radica en la especial naturaleza de aquél, en cuanto contiene células reproductoras que pueden llegar a generar vida caso de fusionarse con las femeninas.

¹⁷ Siguiendo a RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2013, pp. 55 y 56, en caso de la fecundación *post mortem*, tal como la regula el ordenamiento jurídico español, no se priva al menor, en principio, de la asistencia de la madre. Con todo, el interés superior del menor ha de integrarse con los derechos o garantías de que gozan los menores, que incidan y estén relacionados con este aspecto, previstos en los tratados internacionales que persiguen la tutela del menor, ya que forman parte de nuestro ordenamiento y, nuestro legislador aparece vinculado a la protección mínima que estos textos otorgan al niño. A estos efectos, el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé: «*1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos...*». En este sentido, como dice la autora, aunque un progenitor pueda cumplir con el

efectos psicológicos que la situación puede generar en el menor. Más aún objetable estimo que podría resultar la valoración subjetiva de la voluntad del causante en estos términos¹⁸.

Veremos que el problema indicado es recurrente en los considerandos de distintos países. Pese a que el progreso de la medicina pueda estar igual de avanzado en distintas partes del mundo, el componente cultural y religioso de cada lugar condiciona en gran medida las posibilidades de actuación respecto al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Asimismo, en la mayoría de los supuestos, a fin de poder llevar a término el nacimiento, es preciso recurrir a técnicas, como la gestación subrogada, que no está reconocida en muchos países e incluso en aquellos en que sí que se reconoce, está sometida a múltiples restricciones. En concreto, en Estados Unidos no existe una legislación general aplicable a todos sus estados, sino que encontramos distintas previsiones sobre la materia. Algunos de los estados con legislación menos restrictiva son California, Illinois, Arkansas, Maryland y Utah. En otros, como Luisiana, Míchigan, Nueva Jersey, Nueva York y Washintong, pese a que la práctica no está completamente prohibida, se imponen múltiples restricciones, lo que hace muy difícil poder acceder a ella¹⁹. Este hecho, como indicaremos más adelante, al hablar de nuestro ordenamiento jurídico, puede generar problemas graves en cuanto al reconocimiento de los nacimientos en los países de origen de los progenitores siempre que sea necesario llevar a cabo este proceso de gestación en el extranjero.

desarrollo de la personalidad del menor, queda más garantizado el cumplimiento del deber de asistencia del menor si se lleva a cabo por ambos progenitores. Es previsible y evitable para el legislador que, si la viuda o compañera de hecho del difunto es inseminada con esperma de este tras su fallecimiento, el niño no gozará de esta posibilidad. Por tanto, en este supuesto concreto está dentro del margen de actuación del legislador favorecer la creación de las mejores condiciones para el íntegro desarrollo del menor. En atención a dichas consideraciones, entendemos que, si este hecho puede defendarse en supuestos en que el menor se encuentra al cuidado de uno de sus progenitores, con mayor razón habríamos de atender al interés superior del menor en nacimientos «huérfanos» en los que el niño no va a poder conocer a sus progenitores, ni va a poder disfrutar de sus cuidados.

¹⁸ *Vid.* «Posthumous retrieval and use of gametes or embryos: an Ethics Committee opinion», 2018, el Comité desalienta la reproducción asistida póstuma a menos que haya una clara evidencia de que habría sido compatible con los deseos del difunto. El informe fue desarrollado por el Comité ético de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva. Si bien este documento refleja las opiniones de sus miembros, no pretende ser el único aprobado para la práctica o para dictar un tratamiento exclusivo en todos los casos. Disponible en https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/ethics-committee-opinions/posthumous_retrieval_and_use_of_gametes_or_embryos.pdf (Consultado 02/07/2021).

¹⁹ En ningún estado de EE. UU. se prohíbe totalmente la gestación subrogada, los inconvenientes se encuentran en las mayores o menores restricciones impuestas para el acceso a la práctica. *Vid.* https://www.gestacionsubrogadaweb.com/gestacion-subrogada-estados-unidos/#En_QUE_estados_esta_permitido; <https://babystart.com/es/estados-unidos/#existe-Alguna-ley-de-maternidad-subrogada> (última consulta 02/07/2021).

III.1.2 La tradición y la mitigación del dolor en el derecho israelí

Otro de los ordenamientos que ha prestado especial atención a este tipo de cuestiones ha sido el israelí²⁰. Derecho en el que se apoyó la demandante en la sentencia del TEDH a la que nos hemos referido al inicio del presente trabajo. En los últimos años, han sido concretamente dos los supuestos que han marcado el debate público sobre la fertilización *post mortem* en Israel. Ambos referidos a soldados jóvenes, sin hijos, fallecidos durante el servicio militar. La muerte de personas jóvenes ha influido fuertemente en la discusión sobre la fertilización póstuma, sobre todo cuando los afectados son soldados. La sensibilidad de la sociedad israelí ante dichos supuestos se justifica en la responsabilidad y el sacrificio realizado por los difuntos en un país que está altamente militarizado. En estos casos, los deseos de la familia por aliviar su dolor y continuar con el linaje familiar es muy grande y, a estos fines, existe un fuerte apoyo público donde interviene la opinión social, los medios de comunicación, los legisladores y los tribunales.

Con todo, la utilización de los procedimientos de reproducción asistida con estos propósitos ha planteado en el país serios dilemas y conflictos relacionados con el derecho a procrear y el deseo a continuar con la herencia familiar, así como los relativos a las consideraciones sociales y políticas para restringir estas técnicas. Entre estas últimas se encuentran los problemas de permitir nacimientos sin que por lo menos uno de los progenitores esté vivo, el hecho de favorecer un nacimiento como un recuerdo en memoria de un difunto, y las preocupaciones psicológicas y teológicas respecto a la intervención humana en la vida después de la muerte.

El primero de los supuestos relevantes, a estos efectos, es el de Shaked Meiri. Este era un soldado que murió en el año 2004, a la edad de 27 años, en un ejercicio militar. El fallecido se había casado tres meses antes, pero no tenía hijos. Siguiendo las recomendaciones de los oficiales del ejército, con el permiso de la viuda y el acuerdo de los padres, se procedió a la extracción y congelación de su esperma. Con el tiempo, la viuda se negó a continuar con el proceso de inseminación, se volvió a casar y tuvo sus propios hijos fruto de su nuevo matrimonio. En consecuencia, los padres de Shaked Meiri solicitaron poder hacer uso del esperma de su hijo para inseminar a otra mujer, bien a través de una donación anónima del semen bien con la finalidad de que una mujer determinada

²⁰ Para analizar las disposiciones de este ordenamiento jurídico, nos apoyaremos en la obra de WESTREICH, 2016.

aceptara criar al hijo del difunto. En un primer momento, la solicitud de los padres fue aprobada por el Tribunal de Familia (primera instancia), pero la decisión fue recurrida por la viuda. Al ser rechazado el recurso por el Tribunal de justicia del distrito (segunda instancia) el caso llegó al Tribunal Supremo²¹. Este último falló negando a los padres el derecho a decidir sobre el uso del esperma del fallecido, otorgando dicho derecho en exclusiva a su viuda, al considerar que la procreación era una decisión privada de la pareja.

El segundo caso que destaca es el de Omri Shahar. Se trataba de un oficial de carrera, de 25 años, que falleció en un accidente de tráfico en 2012. Igual que en el supuesto anterior, su esperma se extrajo y se conservó congelado. Los padres del difunto solicitaron al Tribunal de Familia que les permitiera hacer uso del material reproductor de su hijo, junto con un óvulo de donante y una madre gestante, a fin de criar al niño nacido de dicho procedimiento como propio. En un primer momento, el Tribunal de Familia aprobó su solicitud en septiembre de 2016. Sin embargo, en febrero de 2017, tras la resolución del Tribunal Supremo en el caso Meiri, la decisión fue revocada en Segunda Instancia. El Tribunal razonó que el derecho a procrear está reservado en exclusiva al cónyuge. Omri Shahar tenía una pareja estable que apoyaba el procedimiento, pero no quería ser parte activa en él. En consecuencia, el Tribunal señaló que, pese a dicho apoyo, el proceso no podía ser efectuado por sus padres. Esta decisión fue aprobada por el Tribunal Supremo, que rechazó el recurso de los padres del difunto al entender aplicable a este supuesto la decisión adoptada en el caso Meiri. De este modo, la participación de la pareja del difunto es un requisito *sine qua non* para que puedan utilizarse las técnicas de reproducción asistida *post mortem*.

Como se puede comprobar de la comparación de ambos casos, el Tribunal resuelve en el mismo sentido pese a que existen matices que los diferencian. Los vínculos entre el fallecido y su pareja no son los mismos, ya que en el primer supuesto la relación se había consolidado con el matrimonio. Asimismo, en el primer caso la viuda niega el consentimiento a la continuación del proceso de reproducción, mientras que en el otro supuesto la pareja lo autoriza, aunque prefiere quedarse al margen. No obstante, en el caso de Omri Shahar, el Tribunal añadió en sus argumentos una referencia a la voluntad de los padres del difunto respecto de la crianza de su nieto. A tal fin, sería necesario, además de una donante de óvulo,

²¹ Sobre el sistema judicial en Israel, *vid.* <https://mfa.gov.il/mfa/aboutisrael/state-democracy/pages/the%20judiciary-%20the%20court%20system.aspx> (Consultado 02/07/2021).

una madre gestante. Sin embargo, la gestación subrogada en Israel únicamente se contempla en el caso de que exista un vínculo genético de al menos uno de los padres de intención con el nacido²². Siempre que el cónyuge o pareja del fallecido estuviera de acuerdo con el proceso y fuera padre de intención, aunque no tuviera vínculo genético con el menor (caso de requerir donante de óvulo y madre gestante), se cumpliría lo previsto en la ley. En ese caso, el requisito del vínculo se hubiera cumplido respecto del progenitor fallecido. Sin embargo, en opinión del Tribunal, los padres no tenían una vinculación suficiente para que se hubiera podido autorizar el proceso.

En ambos procedimientos no se niega el derecho de una persona a la reproducción póstuma, lo que se pone en duda es el derecho de sus familiares a continuar con el linaje. El derecho del fallecido, salvo que exista un consentimiento expreso previo, es de difícil interpretación, y, por dicho motivo, el Tribunal considera que quien mejor puede tomar una decisión sea su viudo o viuda²³. De esta manera, el derecho israelí preserva la estructura familiar tradicional.

Israel es un país bastante tolerante en el uso de las técnicas de reproducción asistida, incluyendo la fecundación *post mortem*²⁴, debido a su fuerte cultura a favor de la natalidad. De hecho, este país tiene la tasa de natalidad más alta de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Pese a que no existe una regulación expresa en este sentido, se basan en las directrices marcadas por el fiscal general²⁵, que es el asesor legal para el Gobierno y las autoridades, así como en las recomendaciones de algunas comisiones. La fecundación *post mortem* se ha permitido no solo cuando existe un consentimiento expreso del difunto, sino también es valorable la presunción de su voluntad, aunque puede quedar limitada por la decisión de su cónyuge²⁶.

²² Para saber más, *Cfr. WESTREICH*, 2016, pp. 7-21.

²³ WESTREICH, 2016, p. 36, advierte que el cónyuge en la situación legal actual no tiene un derecho sustantivo para procrear usando los gametos de su cónyuge. Más bien, el cónyuge tiene derecho a hablar por el difunto. De esta manera, se establece un puente entre la muerte y la vida, entre quienes tienen derecho a procrear y quienes pueden expresarlo. El eje principal sigue siendo la voluntad del difunto.

²⁴ La fecundación póstuma en Israel tiene su origen en la Biblia. De este modo, si una mujer quedaba viuda sin tener hijos con su marido, debía casarse con el hermano de este y tener descendencia. Con respecto al legado del fallecido caben dos interpretaciones: la textual, por la que el hijo nacido debería llamarse igual que el difunto, y la contextual, que tiene repercusión en el derecho sucesorio. A fin de romper el vínculo viuda-cuñado, es preciso realizar el ritual de *halitzah* (habitual en la actualidad). En el ordenamiento israelí también influye el derecho judío. Como regla general, existe acuerdo en que la ley judía permite la reproducción asistida *post mortem*, aunque dicho argumento no es aceptado de forma unánime. *Cfr. WESTREICH*, 2016, pp. 30-36, también WESTREICH, *JLB*, 2019, pp. 759-785.

²⁵ A este respecto, *Cfr. LANDAU, R., HR*, 2004, pp. 1.952-1.956.

²⁶ Siguiendo a WESTREICH, 2016, p. 24, en el caso Shaked Meiri, el Tribunal Supremo no discutió el uso de óvulos congelados de una mujer fallecida. El caso solo se ocupó

De este modo, algunos nacimientos se han llevado a cabo en Israel por fecundación *post mortem* ya sea cuando la persona estaba enferma e hizo un testamento vital explícito para la recuperación póstuma del esperma o, después del fallecimiento repentino, con apoyo en la interpretación de la voluntad presunta.

Pese a las dificultades que supone para los tribunales tomar decisiones en este ámbito, se ha reconocido el llamado testamento biológico (*Biological Will*), al objeto dar testimonio de la voluntad del fallecido sobre el uso o eliminación de los espermatozoides, óvulos o embriones de cualquier individuo en caso de muerte, incapacidad o infertilidad. Este medio se plantea como solución a las cuestiones de propiedad de gametos y embriones, el consentimiento de donantes, la paternidad legal y los derechos de herencia de niños concebidos *post mortem*. El *Biological Will* es una forma innovadora de seguro legal para la continuidad genética. Ofrece a los solteros y a las parejas del mismo sexo una alternativa a las donaciones anónimas de esperma, o de óvulos, al recibirlos de un donante conocido a fin de formar una familia con los familiares del donante y/o darle a su hijo un registro genético completo²⁷.

Junto con lo expuesto hasta el momento, es preciso advertir que no es posible vincular la fecundación *post mortem* con la gestación subrogada, en cualquier caso. Si bien es cierto que Israel reguló esta práctica en 1996, contemplaba muchas restricciones a su acceso debido a los problemas que conlleva de índole ético y moral, entre otros. En este sentido, como queda reflejado en algunos informes elaborados por autorizados profesionales²⁸, es posible que se causen daños a las partes implicadas no solo a nivel físico, sino también a nivel emocional. Ello consecuencia del apego de la madre gestante al niño o a los propios padres de intención. Asimis-

de la recuperación de esperma póstumo. Sin embargo, a pesar de las diferencias en la complejidad del proceso entre la recuperación de esperma y el uso póstumos de óvulos, si una mujer expresa antes de morir su deseo de procreación, o si su cónyuge desea proporcionarle continuidad, no habría razón para diferenciar ambos casos.

Con todo, cabe advertir que el uso de los óvulos de una mujer por su cónyuge (hombre) es más controvertido, ya que sería necesario recurrir a la gestación subrogada. Este hecho lo contemplan pocos lugares. En Australia, por ejemplo, Victoria es la única jurisdicción que estipula explícitamente el uso póstumo de gametos o embriones, en este sentido, en una madre sustituta. *Vid.* <http://www.healthlawcentral.com/assistedreproduction/post-humous-use-gametes/> (Consulta 02/07/2021).

²⁷ *Vid.* The Biological Will™ – a New Paradigm in ART? | New Family Organization (consultado 02/07/2021). En opinión de la autora, todos los interesados se benefician con este recurso: el individuo que es padre/madre de los hijos, el padre designado, que tiene un hijo que conoce la identidad de su otro parente y la familia del donante, que continúa su linaje. El niño obtiene un registro genético, un árbol genealógico completo y una familia extensa conocida. El testamento biológico es la única opción legal para donaciones conocidas de esperma y óvulos en Israel y en muchos otros países.

²⁸ *Vid.* LIPKIN, SAMAMA, en https://isha.org.il/wp-content/uploads/2014/08/surrogacy_Eng001.pdf (consultado 02/07/2021).

mo, la práctica de esta técnica supone una pérdida de autonomía y privacidad de la mujer gestante, y, en último caso, pudiera llegar a propiciar cierta comercialización del proceso, permitiendo, además, el acceso al tratamiento únicamente a las personas que tuvieran una situación económico-elevada. Con todo, es reseñable que antes de 2018 la gestación subrogada se limitaba únicamente a parejas heterosexuales casadas, sin embargo, en julio de 2018, se modificaron las leyes legalizando su uso para las mujeres solteras y, en febrero de 2020, el Alto Tribunal israelí extendió el derecho de gestación subrogada a las parejas del mismo sexo, así como a hombres solteros que desearan tener hijos²⁹.

Los hechos que se contemplan en los dos supuestos concretos a los que nos hemos referido tienen una complejidad añadida respecto a otros en los que se ha permitido llevar un embarazo a término, dado que en aquellos existían conflictos familiares internos (pareja y padres del difunto) que dificultaron la autorización de la fecundación *post mortem*³⁰. Pese a ser cierta esta afirmación, en el año 2017 se presentó ante el parlamento israelí una propuesta legislativa relativa al derecho a la recuperación del esperma póstumo de los soldados fallecidos. A tales fines, se alegaron aspectos concretos de estos casos, que justificarían una decisión en sentido positivo, así como la sensibilidad social que generan³¹.

Debido a la señalada militarización del país y a la sensibilidad de sus ciudadanos en todo lo que concierne a este respecto, la línea seguida por la propuesta era la incorporación del reconocimiento del derecho de los padres del titular del material genético a recuperar el esperma, tener la posibilidad de su utilización con fines reproductivos y aliviar su dolor, con en el respaldo de la opinión pública. En sentido contrario, las consideraciones del Tribunal, como hemos visto, se apoyaban únicamente en el derecho y la intención individual, es decir, en la autonomía de la voluntad del difunto³². Voluntad que, en caso de no ser expresa, queda sometida a la decisión del cónyuge. Con todo, la propuesta solo acoge la solución prevista respecto de los soldados fallecidos, por lo que se

²⁹ Vid. Everett, «Israeli high court extends surrogacy right to same sex couples». Disponible en https://www.bionews.org.uk/page_148257 (consultado 02/07/2021).

³⁰ Como señala WESTREICH, 2016, p. 36, el camino podría abrirse para alternativas, ya sea opciones más amplias para reflejar la voluntad del difunto, o un derecho más amplio a la procreación póstuma. La última refleja una conceptualización diferente: continuación familiar más que procreación individualista.

³¹ Vid. WESTREICH, JLB, 2019, pp. 779 y ss.

³² WESTREICH, 2016, p. 29, define la voluntad del individuo fallecido como un *derecho individualista de reproducción póstuma*; y la continuidad familiar, los sentimientos de responsabilidad y la necesidad de compensar a las familias, los define como un *derecho familiar a reproducirse* a título póstumo.

reconoce, como regla general, el criterio de la voluntad individual como determinante para que proceda la fecundación *post mortem*.

En cualquier caso, es preciso volver a puntualizar, como hicimos en el supuesto estadounidense, que el Derecho no debería dar soluciones basadas en criterios subjetivos, como sería en estos casos atender al dolor de los interesados por la pérdida sufrida. Pese a que la decisión última de las autoridades pueda apoyarse en la tradición militar del país y se limite a dicho ámbito, con el respaldo de la opinión pública, no por ello deja de inquietar el uso instrumental en el que derivan las técnicas de reproducción humana asistida.

Una noticia preocupante de 2019 señala que el Tribunal de instancia de Israel falló a favor de permitir a una familia recuperar el esperma congelado del hijo fallecido, con fines reproductivos, aunque el difunto había expresado su voluntad de que sus gametos fueran destruidos al momento de su fallecimiento. Pese a las alegaciones de los demandantes en el sentido de que únicamente pretendían cumplir con el deseo del fallecido que firmó «por equivocación», nos preguntamos cómo puede llegar a primar el consentimiento presunto cuando existe un consentimiento expreso del titular del material genético³³. Los supuestos que se empiezan a plantear ante los tribunales cada vez resultan más paradójicos.

III.1.3 El consentimiento expreso e informado en el Reino Unido

Un supuesto ocurrido en el ámbito europeo, de relevancia a nuestros efectos, tuvo lugar en Reino Unido³⁴. En el litigio se valora la facultad de los padres de la difunta de recuperar los óvulos de su hija, extraídos en vida y conservados en un centro médico, así como la posibilidad de hacer uso de dicho material genético con fines reproductivos. En el caso, los padres de la titular del material genético recurrieron en apelación³⁵el fallo del juez de instancia (2015), que se pronunció a favor de la decisión del Comité de la *Human Fertilisation And Embryology Authority* (HFEA), tomada en 2014. El fin último que pretendían era que se les permitiera lle-

³³ *Vid.* <https://www.timesofisrael.com/court-approves-posthumous-use-of-sperm-despite-mans-request-to-destroy-it/> (Consultado 02/07/2021).

³⁴ Caso *Mr and Mrs M and Human Fertilisation And Embryology Authority*, In the Court of Appeal (Civil Division) on Appeal from The High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court Mr Justice Ouseley CO30772014. Case No: C1/2015/2189. Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL, 30/06/2016.

³⁵ Sobre el Tribunal de apelaciones de Reino Unido, *vid.* <https://www.britannica.com/topic/Court-of-Appeal-British-court> (última consulta 02/07/2021).

var los óvulos de su hija a EE. UU para que fueran fecundados con esperma de donante e implantados en una madre gestante, concretamente su propia madre, para el nacimiento de un niño al que criarian como su nieto. Así cumplirían con los deseos de su difunta hija. El motivo principal por que los recurrentes solicitaron la revisión judicial era, a su juicio, la irracionalidad de la decisión, dado que consideraban que el Comité decidió atendiendo cuestiones que no deberían haber sido tomadas en consideración en el caso.

El uso de gametos para el tratamiento y la investigación de la fertilidad se regula por la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 (Ley HFE)³⁶. Una de las responsabilidades de HFEA es emitir licencias a los centros para proporcionar tratamientos de fertilidad. En este sentido, solo es posible proporcionar los servicios necesarios en este ámbito a las personas cuando así lo consienta de manera efectiva. A estos efectos, la Ley HFE establece que, antes del tratamiento, a una persona se le debe dar la información relevante que sea apropiada, así como ofrecer asesoramiento. Para la HFEA, el problema en el presente caso se encuentra en la falta del consentimiento informado expreso de la difunta. Si bien existía consentimiento respecto al tratamiento de extracción de óvulos y su almacenamiento, incluso tras la muerte, así como su utilización *post mortem*, no constaba un consentimiento en los términos alegados por los recurrentes.

Como relata la sentencia, la difunta fue diagnosticada de cáncer a los 21 años, y falleció seis años más tarde. Ella quería proceder a la extracción y conservación de sus óvulos e, incluso, había hablado con su madre de la posibilidad de que gestara a sus futuros nietos. Por dicho motivo, los recurrentes alegaban en su demanda la existencia de voluntad efectiva de su hija de utilizar sus gametos con fines reproductivos. Antes de someterse al tratamiento contra el cáncer, la difunta rellenó un formulario del centro médico con instrucciones sobre el destino de sus óvulos en caso de fallecimiento en el que señaló que permanecieran congelados y la posibilidad de su utilización póstuma. Con todo, como se señala en el caso, este formulario no era del todo apropiado, ya que contemplaba que la firmante lo cumplimentaba junto con un compañero. La paciente consintió acerca de la utilización de sus óvulos marcando la casilla «mis óvulos» pero no señaló la casilla «esperma del compañero» o «esperma de donante». De este modo, entendía que ella sería la madre biológica de cualquier hijo nacido. Asimismo, firmó otro

³⁶ Modificaciones introducidas por el *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008. *Vid.* <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> (Consultado 02/07/2021).

documento en el que rechazaba que sus gametos fueran donados para la investigación.

Pese a que la HFEA emite un formulario estándar que un centro puede proporcionar a una persona que desea donar óvulos, antes o después de la muerte o pérdida de capacidad, a la fallecida no se le proporcionó. Aquel permite al donante especificar el tipo de uso que quiere dar a sus gametos, como el tratamiento de otros o la creación de embriones y, si lo desea, adjuntar condiciones y señalar el período de almacenamiento. Este formulario particular permite que el donante lo firme, pero no hay otra formalidad.

Salvo los documentos descritos, no les fue entregada más información ni formularios a los interesados, por lo que tanto la titular del material genético como los recurrentes en apelación entendieron realizadas todas las formalidades necesarias para que en el futuro pudiera ser cumplida la voluntad de aquella. Además, de los formularios y las conversaciones de la fallecida con sus padres, familiares y amigos, se infería su deseo de ser madre. Por todo lo expuesto, los recurrentes deseaban elegir un donante de esperma anónimo en un banco de esperma de Nueva York y continuar con el proceso reproductivo.

En esta materia, como señalamos, la ley aplicable en Reino Unido es el *Human Fertilisation and Embryology Act*³⁷. Con apoyo en sus disposiciones, se constata que la norma no señala la información que ha de ser proporcionada para que el consentimiento en los términos expuesto sea efectivo³⁸. En consecuencia, dicho consentimiento varía en atención a las circunstancias del supuesto de hecho y al progreso (ciencia, ética médica y las obligaciones de quienes deban suministrar el tratamiento).

La decisión del Comité se basó en la importancia de la existencia de consentimiento efectivo del causante, previamente informado, para que sus padres hicieran uso del material reproductor. Aquel terminó concluyendo que la única prueba existente en dicho sentido era la conversación, en 2010, de la fallecida con su madre acerca de la posibilidad de que en el futuro gestara a sus propios nietos (hijos de la difunta) y los criara, dado que la enferma no esperaba salir con vida del hospital. Sin embargo, no había evidencias de que la fallecida hubiera buscado más información sobre este tratamiento antes de su muerte, así como tampoco había sido

³⁷ Vid. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents> (Consulta 02/07/2021).

³⁸ Las previsiones sobre consentimiento se regulan en el SCHEDULE 3, relativo al Consent to use or storage of gametes, embryos or human admixed embryos. En cuanto a los General requirements as to consent dispone: «*(1) A consent under this Schedule, and any notice under paragraph 4 varying or withdrawing a consent under this Schedule, must be in writing and, subject to sub-paragraph (2), must be signed by the person giving it...*

informada de los riesgos e implicaciones legales que suponía. De igual modo, no había una declaración expresa de que su madre sería la gestante tras el fallecimiento, no existía declaración de voluntad sobre el uso de donante anónimo a tales fines y tampoco un consentimiento del uso de sus óvulos *post mortem*. Asimismo, el Comité señaló algunas medidas que podía haber tomado la interesada antes del fallecimiento, como recibir asesoramiento en relación con cualquiera de los tratamientos, tener una conversación formal con los médicos involucrados en su tratamiento, solicitar información sobre la inseminación de donantes y la subrogación, o dejar una nota formal de sus deseos. Para el Comité la posibilidad de que la madre de la difunta gestara a sus hijos se limitaba al tiempo en que la titular de los gametos siguiera con vida.

El juez de instancia consideró racional y legal la decisión tomada por el Comité sobre la falta de consentimiento informado suficiente por parte de la fallecida para el uso propuesto por los recurrentes de sus óvulos. Además, el juez indicó que este caso difiere del de D. Blood, en el que una mujer, tras años de juicios, consiguió utilizar el esperma de su difunto marido para concebir dos hijos³⁹. En dicho supuesto, la demandante pudo alegar que su esposo habría dado el consentimiento a todos los asuntos pendientes en caso de seguir con vida, mientras que, en el supuesto analizado, como señaló el Comité, la titular de los gametos podría haber realizado distintas actuaciones a fin de que quedara reflejada correctamente su voluntad.

La sentencia de apelación refleja los principales argumentos en que se apoyó la parte recurrente. En opinión de los demandantes, el Comité únicamente valoró la inexistencia del consentimiento informado expreso de la fallecida y en ningún momento analizó su consentimiento con apoyo en las alegaciones hechas en vida a sus familiares y allegados. Asimismo, indicaron que el consentimiento de la fallecida era claro y se reflejaba en los documentos que firmó, por ello era inadecuado referirse a un documento que nunca le fue entregado. De igual modo, no sería necesaria información respecto a los efectos que dicho procedimiento podría tener en la madre, ya que esa era una decisión de esta última y no de la titular de los gametos. Junto con lo anterior, la recurrente señaló que era improbable que su hija no consintiera el uso del esperma del donante, ya que era una mujer soltera, y solo podía haber pensado en la fertilización por medio de un donante de esperma. En este sentido, afirmaron que el Comité se centró en la falta de consentimiento expreso de la fallecida para asuntos que eran más propios del tratamiento

³⁹ Para más información sobre el caso *vid. BLOOD*, 2004.

que su madre tendría que recibir. Además, consideraban que la fallecida hubiera estado de acuerdo en dejarles a ellos decidir sobre ciertas cuestiones, como la selección de donantes de esperma. A estos efectos, como alegaron, no se contemplan disposiciones en el Código de Prácticas de la HFEA que digan que la fallecida tenía que ser informada sobre estos asuntos.

Por el contrario, la representante de la parte demandada se mantuvo en sostener la correcta decisión del juez de instancia apoyando la decisión del Comité de la HFEA. La demandada afirmaba que el caso de los recurrentes había cambiado y que, en apelación, estos trataron de calificar los actos de la hija como una donación de óvulos, para que fueran utilizados como ellos creyesen conveniente, en lugar de proceder a la subrogación. Para el Comité de la HFEA uno de los pilares de la Ley es el consentimiento, por lo que, a fin de tomar su decisión, este fue el punto de partida. Además, en contra de lo señalado por la parte recurrente, la demandada en apelación indicó que era relevante si la fallecida tenía la información requerida. La Ley contempla la oportunidad de ser informados sobre el uso de embriones, igual que se prevé en el Código de Prácticas de la HFEA. La parte demandada defendió la falta de consentimiento por escrito para el uso de los óvulos por otra persona distinta de la titular o su uso para crear embriones, así como que hubo tiempo suficiente antes del fallecimiento para que este hubiera sido prestado en los términos correctos.

Tras el análisis de los argumentos precedentes, el Tribunal de apelación terminó fallando a favor de los recurrentes⁴⁰. Las razones expuestas se centraron en lo siguiente:

Primero, la conversación madre-hija de 2010 revelaba el deseo de la titular del material genético de crear un embrión, en contra de lo que dijo la representación de la parte demandada. Ese hecho se infiere de la expresión de la fallecida «*Quiero que cargues con mis bebés*».

⁴⁰ Como señalan los puntos 7 y 8 de la sentencia: «*7. In my judgment, for the reasons given below, the challenge succeeds at three levels. First, there was on the face of it the misstatement of certain of the evidence about A's consent by the Committee. Second, even if what the Committee meant was that there was a lack of effective consent because the appellants could not show that A received information on certain matters, the Decision was flawed because the Committee pointed to the lack of certain evidence without explaining why A needed to receive that information and give that consent. The third level is that the Committee did not ask the prior question of what information the HFE Act required to be given to A in the circumstances of her case. If my Lords agree, the Decision must be set aside and remitted to the Committee for further consideration of the appellants' export application. 8. I turn now to set out the background, the statutory scheme, the Decision and the judge's judgment before explaining and ruling on the submissions under the heading "Discussion".*

Segundo, la alegación por la parte demandada de que los recurrentes estaban planteando un nuevo caso en apelación, es decir, la donación de óvulos a su madre en lugar del consentimiento a la gestación subrogada. Este hecho indica que la HFEA adoptaría un enfoque diferente en las situaciones de donaciones de óvulos a otra persona, para su uso con fines reproductivos, y en situaciones, como la del caso, en que una donante de gametos le pide a alguien que sea su sustituta (por medio de gestación subrogada) debido a la imposibilidad de tener hijos por sí misma.

Tercero, también fue revelador que la HFEA alegara que no hubo consentimiento de la fallecida en el uso de esperma de donantes anónimos. Sería poco realista suponer que ella carecía de conocimiento a este respecto. Además, no existían evidencias de que ella tuviera preferencia por algún donante conocido, ni de que quisiera que el padre tuviera rasgos particulares. Ello concuerda con que la difunta consintiera que todas esas decisiones se dejaran a sus padres. Asimismo, el Comité de la HFEA no concretó si, para que su consentimiento fuera efectivo, necesitaba tener información sobre todos los pasos que deberían tomarse después de su muerte en estas circunstancias.

Cuarto, la decisión del Comité atribuyó importancia al hecho de que los óvulos fueran exportados de Reino Unido al no haber firmado el formulario correspondiente antes del fallecimiento. Como afirma la parte recurrente, este hecho no podía ser tomado en consideración, así como tampoco podía alegarse la necesidad de información previa sobre las disposiciones de otros ordenamientos acerca de la filiación de los menores nacidos por estos procedimientos. Esta es una preocupación racional en la subrogación no familiar, pero no necesariamente en este caso, donde la fallecida confiaba en sus padres implícitamente y donde el niño sería criado como nieto. La titular de los gametos (lega en derecho) hablaba de ella misma como madre genética y de sus padres como abuelos del nacido.

Por todo lo expuesto, el Tribunal sostuvo que en la anterior decisión existieron tres niveles de error: las declaraciones equivocadas de evidencia material; la falta de razones por las que el Comité de la HFEA consideró que la fallecida tenía que disponer de cierta información antes de emitir su consentimiento efectivo en relación con las acciones propuestas por los apelantes; y la ausencia de indicaciones sobre la información que, de acuerdo con la ley, se requiere que fuera conocida por la fallecida.

Sobre este último aspecto, como señaló el Tribunal, la Ley HFE no dice que una persona debe recibir toda la información relevante

en abstracto, solo que una persona debe recibir «*información relevante que sea adecuada*». En este sentido, se podría establecer una analogía con la información que ha de suministrar un médico a su paciente a fin de estar seguro de que haya dado su consentimiento para recibir un tratamiento. Así, el médico tiene el deber de tener un cuidado razonable para garantizar que su paciente esté enterado de cualquier riesgo material, no de todos los riesgos involucrados en el tratamiento propuesto. La información necesaria puede variar atendiendo a las circunstancias del caso. El problema fue que el Comité asumió que la fallecida necesitaba saber asuntos que no eran relevantes para su situación.

En opinión del juez de apelación, el Comité tendría que haber sopesado todos estos asuntos para decidir si existía un consentimiento efectivo. Además, tendría que haber determinado el nivel de información apropiado y evaluar de manera adecuada la totalidad de las evidencias en el caso. Solo cumplidas las anteriores actuaciones podría haber decidido si la titular de los gametos podía, y si lo hizo, dar su consentimiento efectivo para el uso de sus óvulos en los términos propuestos en la solicitud.

Dos particularidades que conviene destacar de este supuesto respecto a los anteriores son:

Por un lado, que la titular de los gametos reproductores es una mujer. Aspecto que, pese a que no es importante en este caso, tiene relevancia en cuanto al momento de la extracción de los gametos. Dado que el procedimiento es mucho más complejo que en la obtención del esperma, debe ser autorizado y realizado en vida de su titular, ya que es cuestionable su posible recuperación *post mortem* a petición de terceros⁴¹.

Por otro lado, la existencia de un documento que contiene el consentimiento en vida de la interesada para la extracción y conservación de sus óvulos y, a su entender, también para su utilización *post mortem*, pese a que esta última expresión de su voluntad, en los términos que ella pretendía, no fue reconocida desde un primer momento. Los fundamentos de la sentencia se centran en este particular, ya que el objetivo principal del litigio es constatar la falta de consentimiento informado expreso de la paciente para que su propia madre pudiera gestar a sus hijos una vez producido el fallecimiento y los criara como sus nietos, máxime cuando se conocía la irreversibilidad de su enfermedad. En ese caso se prescinde de valorar otras cuestiones bioéticas como las consecuencias

⁴¹ La extracción solo podría ser llevada a cabo en caso de muerte cerebral de la mujer y con estimulación ovárica. En estos procedimientos, a fin de poder obtener un mayor número de óvulos se realiza primero una estimulación hormonal y posteriormente una punción ovárica a través de una ecografía.

de un nacimiento huérfano de padres o la necesidad de recurrir a la gestación subrogada.

En lo que respecta a las valoraciones acerca de la implicación ética o moral que puede suponer hacer un uso ampliado de las técnicas de reproducción humana asistida, la resolución sigue la línea omisiva de las ya analizadas. De hecho, en esta decisión ni siquiera se realiza una mención en ese sentido. Por lo que se refiere a la necesidad de recurrir a la gestación subrogada, tampoco se profundiza en el caso. Sobre este punto, es preciso señalar que la gestación subrogada se permite en el país, estando regulada por la *Surrogacy Arrangements Act* de 1985⁴². No obstante, en Reino Unido la gestante es considerada la madre legal del nacido⁴³, siendo necesario que los padres de intención, para convertirse en padres legales, inicien un procedimiento por el que se soliciten la paternidad o la adopción. El acceso a esta práctica tiene varias restricciones, lo que dificulta su realización. Por dicho motivo, no es de extrañar que los recurrentes pidieran el traslado de los óvulos de su hija a EEUU a fin de cumplir con su voluntad. Cabe añadir que el transporte de gametos dentro y fuera de Reino Unido es posible siempre y cuando se obtengan las autorizaciones necesarias de las clínicas donde se encuentran almacenados⁴⁴.

Asimismo, la procreación *post mortem* está permitida en Reino Unido, pero únicamente a favor de la mujer que quede viuda⁴⁵, no

⁴² <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> (consultado 02/07/2021).

⁴³ Así lo prevé el Human Fertilisation and Embryology Act 2008, en su artículo 33: «(1)The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child. (2)Subsection (1) does not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the woman's child. (3)Subsection (1) applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs».

⁴⁴ Para saber más véase *Code of Practice*. Disponible en <https://portal.hfea.gov.uk/media/1605/2019-12-03-code-of-practice-december-2019.pdf>, pp. 150 y ss. (consultado 02/07/2021).

⁴⁵ Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Art. 39: «*Use of sperm, or transfer of embryo, after death of man providing sperm* (1)*If –(a)the child has been carried by W as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs or her artificial insemination, (b)the creation of the embryo carried by W was brought about by using the sperm of a man after his death, or the creation of the embryo was brought about using the sperm of a man before his death but the embryo was placed in W after his death, (c)the man consented in writing (and did not withdraw the consent)– (i)to the use of his sperm after his death which brought about the creation of the embryo carried by W or (as the case may be) to the placing in W after his death of the embryo which was brought about using his sperm before his death, and (ii)to being treated for the purpose mentioned in subsection (3) as the father of any resulting child, (d)W has elected in writing not later than the end of the period of 42 days from the day on which the child was born for the man to be treated for the purpose mentioned in subsection (3) as the father of the child, and (e)no-one else is to be treated— (i)as the father of the child by virtue of section 35 or 36 or by virtue of section 38(2) or (3), or (ii)as a parent of the child by virtue of section 42 or 43 or by virtue of adoption, then the man is to be treated for the purpose mentioned in subsection*

se contemplan otros supuestos que reconozcan derechos a otras personas afines al titular del material genético como se pretende en el caso. En consecuencia, que existan fallos que reconozcan la eficacia de un consentimiento que permita la reproducción *post mortem* a partir de las facultades otorgadas a terceros puede favorecer el turismo reproductivo y, en consecuencia, abrir una vía para que estas actuaciones puedan derivar en un fraude del contenido de las normas nacionales⁴⁶.

III.2 LA MATERIALIZACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL DIFUNDO RESPECTO AL USO DE SU MATERIAL REPRODUCTOR. LOS SUPUESTOS DE HECHO DE CHINA E INDIA

El derecho al uso del material reproductor de una persona fallecida también se ha debatido en China e India. Sin embargo, en ambos casos, al contrario que en los supuestos anteriores, la voluntad de los familiares del difunto, en concreto sus ascendientes, se materializó con el nacimiento de un bebe.

III.2.1 La perpetuación del linaje y la mitigación del dolor en China

En China⁴⁷, un bebe nació cuatro años después del fallecimiento de sus padres por voluntad de sus abuelos. Este caso no tenía precedentes en el país y, por dicho motivo, los abuelos tuvieron que acudir a los tribunales para conseguir obtener los derechos legales sobre los embriones congelados de sus difuntos hijos.

Shen Joe y Liu Xi eran un matrimonio joven que habían recurrido a las técnicas de reproducción asistida después de que les fuera diagnosticada la infertilidad. Ambos fallecieron en un accidente de coche, en 2013, unos días antes de que concluyera el pro-

(3) as the father of the child...». Asimismo, es de interés el art. 46 del mismo texto legal sobre Embryo transferred after death of female spouse, civil partner or intended parent.

⁴⁶ En el año 2014, una pareja británica adinerada eludió las leyes del Reino Unido al extraer, almacenar y transferir póstumamente el esperma de su hijo (sin su consentimiento), que había fallecido en un accidente de tráfico. El esperma fue transferido a una clínica en California donde se le pidió al médico que lo usara para tener un nieto, utilizando óvulos de donantes y una madre gestante. El nieto nació en 2015 y sus abuelos lo llevaron al Reino Unido. *Vid.* Unos abuelos británicos «roban» el esperma de su hijo fallecido para tener un nieto que herede la fortuna de la familia (abc.es), Couple create a grandchild using dead son's sperm | News | The Times (consultado 02/07/2021).

⁴⁷ *Vid.* ZHANG, «A Legal Battle Over Frozen Embryos in China», 2018, en <https://blogs.loc.gov/law/2018/07/a-legal-battle-over-frozen-embryos-in-china/> (Consultado 02/07/2021).

ceso con la implantación de los embriones generados, mediante fecundación *in vitro*, en la mujer. Dado que ambos eran hijos únicos, sus padres decidieron que querían continuar con el linaje familiar mediante el uso de los embriones congelados para la concepción de un nieto, recurriendo a la gestación subrogada.

A estos efectos, los ascendientes de los difuntos iniciaron un procedimiento legal para conseguir la custodia de los cuatro embriones que se habían generado y se encontraban congelados. El primer tribunal que trató el asunto falló en contra de los abuelos con los siguientes argumentos: en primer lugar, los embriones son una propiedad especial, que tienen el potencial de crear una vida, por lo que no pueden heredarse ni transferirse como propiedad ordinaria; y, en segundo lugar, la pareja fallecida ya no puede tener hijos por sí mismo, y la venta de embriones en China es ilegal.

Dicha resolución fue recurrida en el tribunal de apelaciones, el cual falló a favor de los recurrentes. De este modo, pese a que la decisión no constituyó un precedente vinculante, podría tener efecto en otros tribunales ante disputas futuras a este respecto.

De la decisión de apelación son relevantes los siguientes aspectos:

Primero. La Ley china no ha determinado claramente el estado legal de los embriones. El tribunal, en lugar de calificar a los embriones como persona o propiedad, consideró que eran una existencia transitoria con el potencial de convertirse en una vida. Por dicho motivo, al tener un nivel moral más alto que los objetos inertes, debía ser especialmente respetado y protegido.

Segundo. El Tribunal tuvo en consideración en el supuesto de hecho los sentimientos de los padres de la pareja fallecida. A estos efectos, señaló que otorgarles la custodia de los embriones podría ayudarles a mitigar el dolor de haber perdido a sus únicos hijos.

Tercero. La legalidad de la gestación subrogada en China. El Ministerio de Salud prohibió en 2001 la realización de procedimientos de gestación subrogada en las instituciones médicas. De igual modo, la compraventa de embriones también estaba prohibida. Con todo, pese a las reglas anteriores, entre otras, el ordenamiento chino no señala expresamente que la maternidad subrogada sea ilegal⁴⁸. El Tribunal solicitó a los abuelos que una vez obteni-

⁴⁸ Para más información sobre la gestación subrogada en China, *vid. DING., JLB*, 2015, pp. 33-55. Como señala el autor, la ley china necesita establecer un conjunto de regulaciones sistemáticas sobre la gestación subrogada, ya que no es una cuestión que deba estar sujeta a la libertad de voluntad y no debe regirse meramente por las reglas del derecho contractual. Así, opina que el derecho chino no solo necesita proporcionar soluciones legales seguras y consistentes a los problemas en disputas que surjan en torno a la subrogación, también incorporar salvaguardas legales tanto sustantivas como procesales para proteger los intereses primordiales del hijo sustituto y equilibrar mejor los de la madre sustituta y los futuros padres.

dos los embriones observaran la Ley sin violar el orden público y las buenas costumbres. Asimismo, señaló que las reglas del Ministerio de Salud no podían restringir los derechos legítimos de los individuos basados en el derecho privado.

Por todos los motivos expuestos, el tribunal de apelaciones otorgó a los cuatro abuelos la custodia conjunta de los embriones congelados. Con todo, dado que en ningún hospital de China podía realizarse el proceso de gestación subrogada, las familias se trasladaron a Laos, donde encontraron un hospital y una mujer gestante que les ayudó a cumplir con su voluntad. El nieto, llamado Tian-tian, nació en 2017 en China y sus abuelos tuvieron que demostrar su relación genética con el menor por medio de muestras de ADN, al objeto de mantener su custodia, así como obtener la nacionalidad china para él.

Una apreciación considerable en el presente caso es que, en lugar de referirnos a la recuperación de células reproductoras del difunto, bien mediante su extracción una vez producido el fallecimiento bien del centro donde se encuentren depositadas, nos encontramos ante preembriones criopreservados. En consecuencia, es posible advertir que existía una voluntad altamente constatable del deseo de los progenitores en formar una familia, en tanto que ambos habían comenzado un proceso de reproducción asistida para extraer, unir y conservar sus células reproductivas. Además, como relatan los hechos, únicamente faltaba la implantación de los embriones creados en el útero de la mujer. En lo que respecta a los preembriones que se encuentran criopreservados, el material genético del hombre y la mujer ya se encuentra unido. En este sentido, en la producción de preembriones no solo se puede reconocer el citado consentimiento de ambos miembros del matrimonio o pareja estable para iniciar un procedimiento de procreación asistida, sino también un acuerdo común sobre el destino futuro con fines procreativos⁴⁹.

Ante este supuesto, el primer tribunal que enjuició el caso tuvo más presente las implicaciones que suponen el empleo de las técnicas de reproducción asistida para estos fines en tanto que nos estamos refiriendo a un resultado final que se materializa en la crea-

⁴⁹ En nuestro ordenamiento, siguiendo a PLANA ARNALDOS, 2007, p. 424, la Ley es clara al exigir el consentimiento de ambas partes de la pareja tanto para la generación como para la criopreservación y posterior destino de los preembriones. Como advierten GUTIÉRREZ BARRENENGOA, MÓNIE BALMASEDA, 2007, p. 184, no vale un consentimiento general, ha de ser particular para cada acto médico concreto que tenga que ver con la aplicación, desarrollo y ejecución de las técnicas de reproducción asistida. Para RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2013, pp. 312 y 313, junto a un consentimiento general de ambos miembros de la pareja para utilizar las técnicas de reproducción asistida hay un acuerdo de los dos para el destino procreativo del material genético de ambos. Ello permite entender lo implícitamente expresado por el varón en los supuestos de sobrevenirle el fallecimiento antes de una específica expresión de tal consentimiento.

ción de una vida. Además, tuvo en consideración que se estaban manipulando elementos genéticos toda vez que sus titulares no seguían con vida. Sin embargo, el tribunal de apelación, que falló a favor de los ascendientes de los difuntos, vuelve a hacer uso de un argumento que en otros supuestos ya hemos considerado infundado, cual es el de la mitigación del dolor.

Junto a lo anterior, cabe añadir que en un país donde no se tienen previsiones precisas sobre gestación subrogada, dadas las grandes dudas y problemas que suscita, no parece adecuado que se permita que los abuelos puedan llegar a dañar el orden público con sus actuaciones, únicamente para satisfacer sus deseos personales.

III.2.2 Los deseos de paternidad del difunto en India

En el caso de la India⁵⁰, una mujer hizo uso del material reproductor de su hijo, fallecido en 2016 a causa de un tumor cerebral, para tener nietos mediante gestación subrogada. Prathamesh Patil, titular del material genético, fue diagnosticado con cáncer mientras estaba estudiando en Alemania y, antes de iniciar los tratamientos de quimioterapia y radioterapia, decidió preservar su esperma. El difunto no estaba casado y, por ello, autorizó a su madre y a su hermana para que hicieran uso de aquel en caso de que se produjera su fallecimiento.

Una vez producido el fallecimiento, Rajashree Patil, madre de Prathemes, siguiendo las debidas formalidades, recuperó el esperma de su hijo, del banco de semen de Alemania, donde se encontraba, a fin de que los médicos del Hospital Sahyadri de Pune (India) lo utilizaran para fertilizar óvulos de donante anónimo. La propia señora Patil quería ser la gestante de sus nietos, pero, tras ser considerado médicaamente, se descartó dicha posibilidad. Por ello, los embriones resultantes fueron implantados en una de sus primas, que actuó de madre gestante. De dicho embarazo nacieron dos bebés, y la voluntad de la Sra. Patil fue criarlos como hijos propios.

La Dra. Supriya Puranik, jefa del departamento de FIV en el Hospital Sahyadri, señaló que el caso de la Sra. Patil era único en comparación con el del resto de mujeres que dan a luz a través de la reproducción asistida.

⁵⁰ Vid. EVERETT, Woman uses dead son's sperm for IVF grandchildren, 2018, en https://www.bionews.org.uk/page_96375; Para más información, también puede consultar <https://timesofindia.indiatimes.com/city/pune/using-late-sons-preserved-semen-couple-gets-twin-grandkids-through-ivf-surrogacy/articleshow/62923421.cms>. (Consultados 02/07/2021).

Con todo, el uso de los procedimientos de reproducción asistida, a estos fines, no deja de generar preocupaciones de índole ético. Hari Ramasubramanian, fundador del Indian Subrogacy Law Center, describió los problemas éticos asociados a este supuesto de hecho: El primero, si existió un verdadero consentimiento del difunto para el uso de su material genético con fines reproductivos tras su muerte; el segundo, las posibilidades que tienen los abuelos de asegurar un futuro a los nacidos en todos los aspectos de su vida; el tercero, el derecho a ser abuelo no es un derecho fundamental; por último, los derechos del niño a tener una vida y crianza similar a los demás, lo que puede considerarse como normal.

Las consideraciones de Hari Ramasubramanian no pueden ser más acertadas. Junto a la valoración de la existencia o ausencia de consentimiento del difunto, ya sea expreso o presunto, lo verdaderamente relevante en todos los casos es atender a las preocupaciones éticas y morales que suscitan estos supuestos particulares. Cuestión que, como hemos visto hasta el momento en nuestro análisis, con suerte queda indicada en los fundamentos de las resoluciones sin que las mismas lleven a cabo un análisis de fondo de la cuestión. Análisis, por otra parte, que, anticipo, considero realmente complejo y sobre el que nos detendremos en el siguiente apartado.

Asimismo, igual que en las resoluciones anteriores, en la presente es inevitable el recurso a la gestación mediante subrogación. Por consiguiente, la fecundación *post mortem*⁵¹ planteada en términos como el expuesto y la gestación subrogada están claramente interconectadas, aunque el acceso a esta última práctica dependerá de las regulaciones de los distintos ordenamientos jurídicos. En la India, si bien la gestación subrogada podía atender a las necesidades de extranjeros y nacionales, a partir de 2015 se impidió el acceso de los primeros, a fin de evitar los problemas de explotación y comercialización. Desde el año 2016, en el país se elaboró un proyecto de ley para regular la gestación subrogada, restringiendo su práctica a matrimonios heterosexuales indios, si bien éste ha sufri-

⁵¹ En India, tienen *The assisted reproductive technologies (regulation) rules – 2010*, el documento proporciona pautas para la tecnología de reproducción asistida (ART) sin ninguna discusión sobre la reproducción *post mortem*. No obstante, se han hecho algunas propuestas por parte de la doctrina para valorar, sobre todo, los supuestos de recuperación de gametos y la interpretación del consentimiento. *Cfr.* TUMRAM, BARDALE, AJFSFM, 2019, pp. 1.123-1.231. En opinión de los autores, si las intenciones y motivos del cónyuge, padres o tutor son buenos, y el procedimiento se lleva a cabo según protocolo estándar, no debería haber obstáculo en la recuperación del material genético y su posible uso futuro. Considerando el aumento de las solicitudes es precisa una discusión significativa sobre estos temas a fin de disponer de una ley o directrices adecuadas. Dicha ley o pautas ayudarán a los médicos a solucionar los problemas emergentes.

do varias revisiones y modificaciones⁵². Debido a que dicha ley todavía era proyecto en el momento en que se produjo el presente caso, no hubo problemas en llevar a término el embarazo. Sin embargo, una vez entrada en vigor, este tipo de prácticas quedarán restringidas, siendo necesario recurrir, en todo caso, al turismo reproductivo.

III.3 REFLEXIONES EN ATENCIÓN A LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES EXTRANJEROS

En el análisis que antecede se plantea una problemática particular del uso de las técnicas de reproducción asistida *post mortem*, cual es la posible intervención de la familia extensa, en general los padres del difunto, para tomar decisiones acerca de la recuperación o el destino del material reproductor de sus hijos, incluida su utilización efectiva con fines reproductivos una vez producido el fallecimiento.

En todos los supuestos, menos en el caso de China, en lo que se ha centrado el tribunal al momento de decidir sobre las facultades otorgadas a terceros y el posible uso del material reproductor (esperma y óvulos), ha sido la existencia de consentimiento expreso del titular de los gametos o su posible presunción. Ello sin considerar sobremanera otros aspectos, de igual o mayor relevancia, como las implicaciones en el ámbito de la bioética que supone este uso concreto de las técnicas de reproducción asistida. Asimismo, también han sido relevantes las disposiciones permisivas o restrictivas de los propios ordenamientos jurídicos en relación con la fecundación *post mortem* y la gestación subrogada⁵³.

⁵² Vid. 3014LS. P65 (prsindia.org); 2447LS.p65 (rajyasabha.nic.in). (Consultado 02/07/2021).

⁵³ Sobre estos aspectos los miembros del equipo de trabajo de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) señalaron que la reproducción póstuma es un tema muy controvertido. Esto se debe, en parte, a la ausencia de datos empíricos sobre el desarrollo psicosocial de los niños nacidos después de este procedimiento y debido a diferencias en la valoración del proyecto parental. Después de una cuidadosa consideración de las cuestiones éticas, todos los miembros del Grupo de Trabajo aceptaron la reproducción póstuma en el marco del proyecto parental inicial. En dicho contexto, recomiendan lo siguiente: (i) El fallecido debería haber dado su consentimiento por escrito. Consentimiento que debe obtenerse en el momento del almacenamiento o antes del inicio del ciclo de FIV; (ii) Asesoramiento exhaustivo de la pareja sobreviviente para que puede tomar las decisiones, (iii) Un período de espera mínimo de 1 año después de la muerte antes de iniciar el tratamiento. Por el contrario, no hay consenso sobre la donación póstuma a otras personas que no sea la pareja supérstite. El consentimiento informado de los titulares de los gametos es esencial, pero no es necesario imponer un período de espera mínimo y no es necesario utilizar el material reproductor dentro de un cierto periodo de tiempo. La información debe proporcionarse a la persona o pareja que las acepta, insistiendo

Ante la inexistencia de una regulación expresa aplicable en las circunstancias expuestas, los tribunales han resuelto, en atención a las particularidades del supuesto de hecho concreto, apoyándose en normas del ámbito de la salud, así como en recomendaciones, códigos de buenas prácticas o principios sin rango de ley, entre otros⁵⁴. Cabe indicar que no muchos ordenamientos jurídicos regulan en profundidad los problemas que surgen al permitir o no el uso póstumo de tejido reproductivo. Incluso las regulaciones que prevén la reproducción *post mortem* generan ciertas dudas en su aplicación⁵⁵.

Como hemos podido comprobar, como regla general, si existiera un documento acreditativo del consentimiento expreso del fallecido respecto del uso póstumo de sus gametos, la mayoría de los países aceptan o aceptarían la ejecución del procedimiento de recuperación de los gametos y, en algunos supuestos, de su utilización con fines reproductivos. Mayores dudas supone la posibilidad de considerar el consentimiento del titular del material reproductor de forma presunta o con apoyo en hechos, conversaciones y alegaciones previas al momento de su fallecimiento. En este caso es donde surgen las opiniones disidentes⁵⁶. Dar una solución acertada en este último punto es realmente complejo debido a que se precisa de la interpretación de la voluntad real del fallecido pudiendo llegar a resultados injusto e irreversibles. En cualquier caso, los únicos presupuestos que estimaría viables para poder reconocer un consentimiento tácito serían: Por un lado, la realización de actuaciones constatables del difunto que reflejaran claramente su disposición a ser padre, como la extracción y conservación de sus gametos o el inicio de un proyecto común familiar con su pareja sometiéndose a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida contempla-

do en que o no se sabe nada sobre las implicaciones para el futuro hijo. *Vid. PENNINGS et al., HR*, 2006, pp. 3.050-3.053. Disponible en Task Force 11.pdf (última consulta 02/07/2021).

⁵⁴ Varios países se hacen eco de la necesidad de dar una respuesta legal a los problemas nacientes. En este sentido, *Cfr. PEART, VUWLR*, 2015, pp. 725-754.

⁵⁵ Algunas jurisdicciones limitan las solicitudes de recuperación del material reproductor a la pareja del fallecido. Sin embargo, las jurisdicciones más permisivas han incluido a los padres, con independencia de que el fallecido tuviera pareja o no. Podemos ver una relación de documentos sobre la regulación de la reproducción póstuma en diferentes países en <https://www.howtoregulate.org/posthumous-reproduction-2/> (Consultado 02/07/2021).

⁵⁶ Sobre este aspecto *Cfr. SIMANA, JLB*, 2018, pp. 329-354. En opinión de la autora, la reproducción póstuma debe permitirse legalmente, incluso en ausencia del consentimiento previo del fallecido, y la posición predeterminada debe ser presumir que el fallecido consintió en la reproducción póstuma, a menos que él o ella se haya opuesto previamente al procedimiento o haya fuertes indicios (por ejemplo, creencias religiosas o valores) que la persona no habría aceptado. Las decisiones para prohibir la reproducción póstuma no deben basarse únicamente en los principios de autonomía de la voluntad e integridad corporal, sino que deben tenerse en cuenta más consideraciones, incluido el interés del fallecido en la continuidad genética, el interés de la pareja en procrear y convertirse en padres, el interés de los padres en ser abuelos, y en la oportunidad del niño para llegar a existir.

das. Por otro lado, un fallecimiento repentino de la persona siempre que se pudiera probar el deseo del difunto de ser padre⁵⁷. Ello así dado que ante una enfermedad terminal dilatada en el tiempo se puede entender que existe cierto margen para prestar consentimiento expreso, vistas las circunstancias del interesado, aunque aquel también podría estar condicionado por estas. Con todo, el último supuesto sigue siendo sensible y susceptible de crítica, ello al poder llegar a justificar fehacientemente ese deseo, no amparado por el derecho, únicamente mediante las alegaciones hechas en vida al objeto principal de mitigar el dolor de sus familiares, como ocurría en el caso de EE. UU.

A estos efectos, es preciso recordar y remarcar que no solamente ha de valorarse el posible uso *post mortem* del esperma o los óvulos conservados en un centro especializado, pese a ser el supuesto más común, como ocurría en el caso del TEDH, el del Reino Unido o en el de India, sino también la posibilidad de recuperación del material reproductor una vez producido el fallecimiento para su futura utilización, como ocurría en la decisión de EE. UU. y en los supuestos de Israel⁵⁸. En estos casos, la interpretación de la voluntad del difunto

⁵⁷ Siguiendo a COLLINS, *JMP*, 2005, pp. 431-442, en situaciones en las que el fallecimiento se produce de forma repentina, no parece adecuada la justificación de la presunción contra el consentimiento a la reproducción póstuma. Con todo, existen buenas razones que pueden revertir dicha presunción. La mayoría de los ordenamientos comparten la característica común de permitir la reproducción *post mortem* solo en caso de que el fallecido hubiera otorgado su consentimiento, generalmente por escrito. Esta posición legal produce resultados anómalos cuando se considera que la mayoría de los casos en que se solicita la reproducción póstuma tienen lugar cuando se produce una muerte repentina. En este sentido, en la mayoría de los supuestos el fallecido no habrá contemplado el tema de la reproducción póstuma o no habrá expresado su voluntad. Por consiguiente, la presunción en contra del consentimiento prohíbe la reproducción *post mortem* en las situaciones donde es más probable su solicitud. Como indica la autora, en el caso de que no se haya otorgado el consentimiento, caben tres posibles situaciones: Primero, que el fallecido hubiera pensado acerca del tema y decidiera no dar su consentimiento; en segundo lugar, que el fallecido hubiese contemplado el problema y hubiera estado dispuesto a esta posibilidad, pero finalmente no pudiera expresar de forma efectiva dicha disposición; y, en tercer lugar, que el fallecido muriera en circunstancias repentinasy de modo que el asunto no fue contemplado nunca. De este modo, parece razonable compartir su opinión, cuando advierte que, aunque la justificación del consentimiento es proteger la autonomía, parece tener un peso desproporcionado en el caso de que una persona muera repentinamente y no haya ejercido esa autonomía. // Sobre la interpretación del consentimiento expreso, implícito y presunto también es de interés el trabajo de BAIRD, 2018. Disponible en <https://www.otago.ac.nz/law/otago710999.pdf> (Consultado 02/07/2021).

⁵⁸ Siguiendo a BATZER, HURWITZ, CAPLAN, *FS*, 2003, pp. 1.263-1.269, para establecer una práctica médica adecuada es importante considerar a todos los interesados en el proceso de toma de decisiones. La adquisición de esperma póstumo indica que el fallecido no solo desea tener hijos en la vida, sino que también desearía que fueran concebidos después de su muerte. Esta presunción elimina toda posibilidad de autonomía personal. Una forma bien establecida de proteger adecuadamente estos derechos reproductivos es el principio del consentimiento informado. Obviamente, es imposible obtener el consentimiento informado después de la muerte. Además, es extremadamente raro poseer una instrucción anticipada por escrito para la adquisición de esperma póstumo. Como consecuencia, el argumento para permitir la obtención de esperma póstumo se basa en el concepto de con-

es sin duda mayor que en los otros. En este sentido, en caso de muertes repentina quizás como mejor podría llegar a presumirse la voluntad del fallecido es que pudiera probarse que había recibido la información debida e iba a someterse o tenía intención de someterse al procedimiento necesario para que sus gametos se preservaran.

Junto con lo anterior, también existen justificadas dudas acerca de la persona o personas capaces de ejecutar la voluntad del difunto e incluso de tomar decisiones por él. A este respecto, hemos de atender a dos posibilidades: que el fallecido estuviera casado o tuviera una relación de pareja (preferiblemente estable o de hecho) y aquellos en que el titular de los gametos fuera soltero. En este sentido, es necesario concretar el valor del consentimiento dentro del ámbito de la familia nuclear y de la familia extensa.

La fecundación *post mortem* se reconoce en diversos países, como en España, en el seno de la relación heterosexual conyugal o de pareja, tras el fallecimiento de uno de los progenitores. Sin embargo, no existen previsiones expresas en este aspecto que contemple a los allegados del difunto. Este hecho no es de extrañar en tanto que los vínculos del nacido con sus parientes no serían igual de estrechos que con sus padres biológicos, pese a que existiera reconocimiento de filiación respecto a estos últimos. Además, no existe una justificación más allá del

sentimiento razonablemente inferido: es decir, actuar en nombre del fallecido de una manera que sea lógicamente coherente con la forma en que habría actuado si hubiera podido elegir él mismo. La posición de la parte solicitante también debe definirse. Este papel, a menudo desempeñado por los familiares, como un cónyuge, hermano o padre, es discutido, ya que es difícil dejar al margen el interés propio. Es fácil imaginar ganancias financieras o legales, como los beneficios por muerte y las herencias, que provocarían una solicitud de adquisición de esperma póstumo. Por ello, el bienestar del niño resultante debe ser la principal preocupación de todas las partes involucradas. // De acuerdo con TREMELLEN, SAVULESCU, RBMO, 2015, pp. 6-13, la concepción de un niño con el esperma criopreservado de un hombre fallecido, generalmente, se considera éticamente correcto, ya que se ha otorgado un consentimiento explícito para su uso, protegiendo así su voluntad. Sin embargo, cuando la muerte es repentina (trauma, enfermedad inesperada), el consentimiento explícito no es posible, evitando así la obtención de esperma póstumo y la concepción, según la normativa europea (Directrices de la Sociedad de Reproducción y Embriología Humana y la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva). Los autores argumentan que la autonomía de una persona fallecida no debe considerarse la principal preocupación ética, sino más bien ha de tenerse en consideración el bienestar de los vivos (viuda y futuro hijo), puesto que la concepción póstuma puede ser ventajosa. Por dicho motivo, consideran que un hombre fallecido puede beneficiarse desde la concepción póstuma (continuación de su «línea de sangre», permitiendo que los deseos de su viuda para que un niño sea satisfecho), y tiene un deber de permitir que su viuda acceda a su esperma, si ella lo desea, a menos que él indique claramente que no quería tener hijos cuando estaba vivo. En este sentido, exponen argumentos a favor del consentimiento presunto sobre el consentimiento implícito o indirecto, además de consideraciones prácticas para registrar el consentimiento de los hombres. En su opinión, una solución sería optar por un registro de exclusión voluntaria financiado públicamente. Con todo, en el trabajo señalan que no es lo mismo una muerte inminente que el fallecimiento tras una larga enfermedad. // La posibilidad de recuperación de los gametos *post mortem* ha sido bastante discutida, así en países como la India no existen pautas, únicamente se permite la inseminación de una mujer, tras el fallecimiento de su cónyuge, en el caso de que los espermatozoides hubieran sido extraídos en vida. Cfr. BARDALE, IJME, 2006; así como SIKARY, MURTY, BARDALE, JHRS, 2016.

alivio de dolor en los vivos o el supuesto cumplimiento de la voluntad del difunto que sustancie en derecho una respuesta legal. Por dicho motivo, es razonable que ante conflictos debidos a la disparidad de criterios entre la familia nuclear y la extensa, como sucedió en Israel, se prime la opinión del cónyuge o la pareja viudo⁵⁹. Con todo, en caso de crisis matrimonial, divorcio o nuevo matrimonio de la viuda, entiendo que pudieran surgir dudas que precisarían de una valoración particular. En este sentido, sin embargo, la solución no tendría que ser necesariamente el reconocimiento directo de facultades a otros parientes, sino que cabría la posibilidad de desestimar el consentimiento del titular del material genético.

Asimismo, en caso de ponderar los posibles derechos de la familia extensa respecto del material genético, sería necesario reparar, como ocurre en el ordenamiento israelí, en los fines últimos a los que quieran atender, es decir, no puede equipararse tener un nieto y criarlo como propio a realizar una donación determinada de los gametos de su hijo en favor de una mujer previamente seleccionada por ellos. En este último caso, el nacido solo sería huérfano respecto de uno de los progenitores, estando determinada la filiación con el otro y quedando a su cuidado.

De cualquier modo, no todos los países reconocen todas las partes necesarias del proceso para poder llevar a término el nacimiento. En este sentido, pese a que se reconozca el valor del consentimiento del difunto, de nada sirve si quienes tienen las facultades de disposición sobre su material genético no pueden recurrir en su país a prácticas como la gestación subrogada. En estos supuestos concretos, sería necesario conseguir, en último caso, una autorización del órgano competente al objeto de que permitiera el traslado de los gametos a un país donde dicha técnica estuviera permitida, como reclamaba la recurrente ante el TEDH. Hecho que también genera dudas en cuanto permite potenciar el turismo reproductivo⁶⁰ y, en consecuencia, puedan llegar a defraudarse las

⁵⁹ Para YOUNG, *JLH*, 2014, disponible en <https://engagedscholarship.csuohio.edu/jlh/vol27/iss1/6/> (Consultado 02/07/2021), los intereses de otros miembros de la familia del padre fallecido, la sociedad en general y el niño nacido a través de la reproducción póstuma a menudo son insuficientes para compensar los intereses de los padres sobrevivientes en la procreación con el fallecido, al menos cuando hay un preembrión o una relación romántica comprometida entre el fallecido y el padre sobreviviente.

⁶⁰ La voluntad privada de los futuros padres comitentes no se ve obstaculizada por las prohibiciones legales. Es una realidad el recurso por aquellos al llamado «turismo de reproducción», mediante el cual se trasladan a países donde esta forma de reproducción está legalmente admitida para, con ello, dar respuesta a su deseo de maternidad o paternidad. En este sentido, más allá de objeciones morales, es un hecho la aceptación de esta forma de maternidad en los países que la regulan, unos de forma muy restrictiva y otros más permisiva, incluso llegando a admitir algunos su carácter retributivo. Dichos países entienden la gestación subrogada como una práctica basada en la libre decisión de adultos que pretenden ejercer sus derechos sin perjuicios a ellos mismos ni a terceros. Como regla

normas del país de origen de los interesados. Por ello, los estados deberían considerar también la problemática de la fecundación póstuma desde un enfoque transfronterizo. Dada la movilidad de las personas, cualquier marco legal relativo a la reproducción *post mortem* debería prever la transferencia a través de las fronteras del tejido reproductivo; el reconocimiento legal de los padres para niños nacidos fuera de la jurisdicción de origen utilizando tejido reproductivo póstumo; así como el interés superior del niño⁶¹.

Asimismo, como indicábamos al principio, el reconocimiento de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en estos términos genera varios interrogantes no solo de índole legal, también ético, moral e incluso médico, tal como se hizo eco la sentencia de New York. Pese a que EE. UU., Israel, Reino Unido, China e India, han contemplado la efectividad del consentimiento implícito o presunto en atención a las circunstancias del supuesto de hecho, únicamente en China e India se ha finalizado el procedimiento reproductivo con el nacimiento efectivo de un niño. En ambos casos, se materializó el deseo de los abuelos a tener un nieto. En Israel, como se ha reflejado, también ha habido nacimientos póstumos de niños con gametos del difunto, cuando no existía cónyuge o pareja, pero limitados a las donaciones determinadas del material reproductor en favor de terceros en lugar de reconocer el derecho de los abuelos a continuar con el linaje.

Dadas sus implicaciones éticas, siempre que sea susceptible de valoración la posibilidad de un nacimiento *post mortem*, es preciso atender, entre otros: Primero, como ya hemos indicado, al consentimiento del titular del material genético, de manera que se contemple, además de su capacidad para emitirlo, la información de la que disponía y la voluntariedad de los actos o declaraciones llevadas a cabo; Segundo, al trato que se le puede dar a los cadáveres en caso de ser precisa la recuperación del material genético *post mortem*; Tercero, lo motivos que pueden llevar al propio difunto a autorizar este tipo de prácticas, como la culpabilidad por no haber estado demasiado presente en el domicilio familiar; Cuarto, los motivos de los familiares a llevar a cabo el procedimiento. En el caso del cónyuge, podría tomar decisiones irreversibles en un tiempo en el que es altamente vulnerable. Por lo que respecta a los demás familiares, el nacimiento podría verse motivado por el simple egoísmo, de manera que se viese

general, se parte de que todos los partícipes en el contrato obtienen beneficios: los padres comitentes materializan su voluntad; la madre gestante, en cuanto asume libremente el desarrollo del embarazo, satisface el deseo de otras personas bien de forma altruista o, en su caso, con una contraprestación o ayuda económica, y el niño tiene una familia donde la paternidad y/o maternidad ha sido conscientemente deseada.

⁶¹ *Vid.* <https://www.howtoregulate.org/posthumous-reproduction-2/> (última consulta 02/07/2021).

al niño como un regalo para sí mismos al objeto de aliviar el dolor sufrido por la pérdida, u otros intereses personales; Quinto, el bienestar del futuro del niño o el interés superior del menor⁶². En casos como los expuestos, en que el proceso es promovido por los allegados del difunto (en concreto los abuelos), tienen lugar nacimientos huérfanos de padres biológicos, en los que, las probabilidades de que los menores queden sin amparo de forma prematura se incrementan sustancialmente dada la superior edad de aquellos, ya que, por lo general, con unos padres jóvenes, o relativamente jóvenes, el menor podría alcanzar la mayoría de edad y sustentarse por sí mismo. Además, las particulares circunstancias en que se produce su nacimiento pueden llegar a suponer un estigma social⁶³.

Junto a todo lo anterior, se puede distinguir una última particularidad entre los casos analizados. En China, los familiares reclamaban los preembiones crioconservados de sus hijos, mientras que en los restantes supuestos se debatía acerca del destino de las células reproductoras, esperma u óvulos, de forma independiente. La disposición de aquellos supone un mayor problema al momento de decidir sobre su destino, en tanto que tienen cierta entidad específica como un ser nuevo y autónomo. En este sentido, no solo deberían tenerse en cuenta las voluntades de los titulares del material genético, sino también la necesidad de conservación o no de la vida⁶⁴.

En todo caso, no podemos olvidar que las decisiones que se tomen en relación con la libertad volitiva del causante para expresar su consentimiento, la delegación de facultades en este ámbito, así como la determinación de la filiación de los menores nacidos, tendrán innegable repercusión en el derecho de familia y en el de sucesiones. En este último, con respecto al patrimonio del difunto y las restantes partes implicadas⁶⁵. Este es otro de los motivos por el que es indispensable extremar el cuidado al momento de interpretar las normas y abordar los problemas legales existentes en la materia, dado que la voluntad de terceros podría estar supeditada a intereses más allá de la paternidad⁶⁶.

⁶² En relación con esta cuestión, es de interés el problema de la no identidad estudiado por PARFIT, 2004, en su obra *Razones y Personas*, donde desvincula la decisión sobre un hijo futuro del interés superior del menor.

⁶³ Cf. MORGAN, MORGAN, JAAML, 2020, DOSTAL, UTRATA, LOYKA, BREZINOVA, SVOBODOVA, SHENFIELD., HR 2005, pp. 2.359-2.361, ORR, SIEGLER, *J Med Ethics*, 2002, pp. 299-303, STRONG, GRINGRICH, KUTTEH, HR, 2000, pp. 739-745; PENNINGS BAETENS, DE SAEDELEER, STUY, HR, 1997, pp. 191-192.

⁶⁴ Sobre los aspectos indicados Cf. INIESTA DELGADO, 2007, pp. 121-128.

⁶⁵ Sobre este aspecto, Cf. AHLUWALIA, ARORA, IJIFM, 2011.

⁶⁶ En este sentido, Cf. KNAPLUND, ALR, 2004.

IV. BREVES INDICACIONES ACERCA DE LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA ESPAÑOLA

Ante los tribunales españoles no se han dado supuestos de hecho como los descritos en los epígrafes anteriores. Cabe recordar que pese a que nuestra norma es una de las más antiguas (data de 1988) y flexibles a nivel europeo⁶⁷, los casos en que se permiten aplicar las técnicas de reproducción humana asistida están limitados.

Nuestra regulación específica sobre la materia prevé, para los supuestos de hecho que contempla, la existencia de consentimiento expreso e informado de las personas que recurren a los centros especializados en la utilización de este tipo de técnicas, bien con fines altruistas de donación del material genético bien al objeto de servirse de sus prestaciones. Pese a que en la norma también encontramos ciertas previsiones acerca del valor de consentimiento presunto, estas son muy residuales⁶⁸.

A los efectos del tema del que nos hemos ocupado, podemos hacer una sucinta alusión al contenido de los artículos 5, 9, 10 y 11 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida española, en adelante LTRHA. Estos artículos se dedican, respectivamente, a los donantes y contratos de donación, la premoriencia del marido, la gestación por sustitución y la crioconservación de gametos y preembriones. Aspectos que en mayor o menor medida se han tenido en consideración en los supuestos expuestos en los apartados precedentes a fin de determinar quién y cómo puede disponer de los gametos del fallecido.

En cuanto a la donación de material reproductivo, el ordenamiento jurídico español únicamente reconoce las donaciones anónimas, de carácter altruista, que se formalicen por escrito con un centro autorizado a estos fines. Solo cabe conocer la identidad del donante, con carácter excepcional, en el caso de que la vida o salud

⁶⁷ Nuestro ordenamiento permite cumplir con los deseos de maternidad más allá de la existencia de problemas biológicos (inseminación de mujeres solteras), así como es posible el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida en favor de matrimonios homosexuales entre mujeres.

⁶⁸ De acuerdo con ESCRIBANO TORTAJADA, *ADC*, 2016, pp. 1295 y 1296, el consentimiento del varón, en la fecundación *post mortem*, es el requisito más importante para que su pareja pueda tener descendencia común póstuma. La autora añade que es tal la importancia que le otorga la ley que, si no se presta de forma expresa y concreta, la mujer no podrá recurrir al material genético una vez fallecido su marido o pareja. Exigencia que solo queda atenuada con el reconocimiento de un consentimiento presunto, *iuris tantum*, cuando la viuda ha iniciado un proceso de reproducción asistida para la transferencia de preembryones constituidos con anterioridad a la muerte.

del nacido corriera peligro. En todo caso, es indispensable el consentimiento expreso del donante previamente informado. Así, nuestra Ley 14/2006 no tiene en consideración que una persona determinada pueda donar su material reproductor a otra a su elección⁶⁹, tampoco la posibilidad de que alguien otorgue ciertas facultades de decisión sobre el uso y destino de sus gametos, más allá de la familia nuclear y siempre que la unión sea heterosexual. En este sentido, el hecho de que la ley guarde silencio ante estas posibles realidades significa que quedan excluidos de su ámbito de aplicación en lugar de tratar de buscar soluciones basadas en la interpretación de sus preceptos. Ello debido a que lo principal es no poner en peligro la seguridad jurídica. Por consiguiente, en España es imposible considerar supuestos, como ocurre en derecho israelí, en los que se pretenda una elección del destinatario del esperma o los óvulos⁷⁰. De igual modo, no es posible que la familia del fallecido llegue a estrechar vínculos con la gestante donataria.

⁶⁹ Sin embargo, sí que es posible realizar donaciones de órganos, como el útero, a personas determinadas con el fin de que una mujer pueda tener un hijo propio al no poder recurrir en España a la gestación subrogada. Con todo, esta práctica no deja de ser dudosa y controvertida desde el punto de vista ético y social. Un equipo de médicos del Hospital Clinic de Barcelona ha llevado a cabo esta intervención entre dos hermanas sin contar con la autorización de la Organización Nacional de Trasplantes (ONT), solo con la autorización del comité de ética del hospital y de la Organización Catalana de Trasplantes (Aocatt). El problema de este tipo de intervenciones que han impedido dar su autorización a la OTN en otras ocasiones es que el útero no es un órgano vital, y realizar la operación entre personas vivas supone someterlas al riesgo de dos intervenciones complicadas sin necesidad, solo a fin de cumplir el deseo de una de las mujeres a ser madre. Además, a los posibles problemas surgidos durante el proceso, se han de añadir: primero, que la persona trasplantada ha de mantener un tratamiento inmunodepresión para evitar el rechazo y asumir la posibilidad de fallos naturales y, segundo, la posibilidad de que un hombre pudiera solicitar dicha operación e intentar una gestación. *Vid.* noticia en https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-realiza-primer-trasplante-utero-donacion-vivo-entre-hermanas-202012092225_noticia.html (última consulta 02/07/2021).

⁷⁰ Lo que sí se aprecia de forma discutida por la doctrina, ante el silencio normativo, es la posibilidad de que el donante anónimo imponga condiciones respecto a las receptoras de los gametos, como si se tratara de una especificación dentro del género que permitiera acotarlo en cierta medida. *Cfr.* INIESTA DELGADO, 2007, pp. 166-170. Como señala el autor, es preciso señalar que, pese a que sea posible condicionar la elección del equipo médico por la voluntad del donante, la realización práctica de las restricciones es muy limitada. Ello no solo porque los centros, por regla general, no admitan donaciones condicionadas, sino también porque resulta complejo llevar a efecto las que se puedan admitir. En esta línea, cabe advertir que, con fecha de enero de 2020, el Comité de Bioética en España emitió un informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos. En él, se hace eco de la Recomendación (2156-2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre donación anónima de espermatozoides y ovocitos: sopesando los derechos de los padres, donantes y niños. Este informe, que se desarrolla en dos partes (la primera, relativa a la identidad biológica, familiar y personal, y la segunda, sobre los aspectos éticos y legales), pone en valor la realidad actual de terminar con el régimen del anonimato en las técnicas de reproducción humana asistida, en línea con lo proclamado por la versión provisional de la Recomendación (2156-2019). Caso de que así fuera, consideramos que quizás pudiera llegar a plantearse la admisión ciertos condicionantes en las donaciones.

Con respecto a la premoriencia del marido, nuestra norma reconoce la fecundación *post mortem*, pero limitada a los supuestos en que exista un vínculo entre un hombre y una mujer, ya sea matrimonial o no. Para que pueda producirse la filiación del nacido con el fallecido es necesario el consentimiento expreso del varón por medio de una de las cuatro vías que prevé la ley, cuales son: documento del centro médico, escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas⁷¹. En este caso, el esperma del fallecido deberá ser utilizado en los 12 meses siguientes al fallecimiento para fecundar a la mujer. Con todo, en el artículo se regula una presunción de consentimiento para los supuestos en que el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones, constituidos antes del fallecimiento, sin que exista declaración de voluntad del varón sobre su destino⁷². Como vemos, igual que sucede en otros ordenamientos, en España se prevé la fecundación *post mortem*, pero limitada a la relación conyugal, o de pareja estable⁷³. En concreto, únicamente la mujer podría tomar decisiones a este respecto. Por tanto, queda excluida de cualquier tipo de actuación la familia extensa.

En lo que se refiere al consentimiento, tanto expreso como presunto⁷⁴, del hombre en favor de su pareja⁷⁵, contemplado en el

⁷¹ Sobre este particular se ha pronunciado de forma reiterada la jurisprudencia: Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 3 de noviembre de 2000 (AC\2001\183), Audiencia Provincial de Valencia en Auto de 23 de diciembre de 2003 (JUR\2004\164422), Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de septiembre de 2004 (JUR\2004\292813), Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia (AC\2004\1983), Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en Auto de fecha 2 de junio de 2010 (AC\2010\1755), el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de mayo de 2011 (AC\2011\553), la misma Audiencia, en Auto de 12 de julio de 2011 (JUR\2011\373587), con apoyo en las normas del Código de Familia propio, resolución del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007 (AC\2011\553).

⁷² Siguiendo a RODRÍGUEZ GUITIÁN, *RBD*, 2015, pp. 312 y 313, la mayor flexibilidad de la regulación a la transferencia de preembriones, con la presunción de un consentimiento, parte de la existencia, en este supuesto, de un proceso de procreación asistida, ya iniciado en vida de ambos, que supone que el mutuo acuerdo va concretamente dirigido a la procreación, y no puede verse afectado por sobrevenir una causa imprevista cual sería el fallecimiento.

⁷³ En España, la fecundación *post mortem* también ha sido regulada por el legislador catalán en el artículo 235-8 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

⁷⁴ En opinión de FERNÁNDEZ CAMPOS, 2007, p. 331, en la inseminación *post mortem* es mejor optar por un consentimiento expreso. Sólo excepcionalmente se podrá admitir un consentimiento presunto, valorando las circunstancias del caso, contando con suficientes indicios y pudiendo excusar no haber obtenido la autorización explícita. Por tanto, será muy difícil admitir voluntad presunta cuando hubiera sido posible obtener su declaración de voluntad (caso de muerte no repentina o inesperada).

⁷⁵ Sobre este punto LLEDO YAGÜE, 2007, p. 132, advierte que, con esta tipificación, el legislador incide en una hipótesis discriminatoria, ya que *a sensu contrario* del tenor del artículo, el varón unido por vínculo matrimonial separado *de facto* o judicialmente de su

punto segundo del artículo, la norma no indica si el consentimiento se refiere únicamente a la utilización del material reproductor conservado en un banco de esperma o también habilitaría para la extracción del esperma *post mortem* y su utilización⁷⁶. A estos efectos, es entendible que caso de existir consentimiento expreso en cualquiera de los dos términos sería posible su realización. Mayor problema, como indicamos en las reflexiones respecto de los casos extranjeros, supondría valorar y reconocer la posible interpretación del consentimiento presunto, a favor o en contra, por no existir el necesario consentimiento expreso en términos concretos, o de un consentimiento implícito, en atención a las circunstancias del caso concreto. Consentimiento este último que, como indicamos, es poco contemplado en nuestra LTRHA.

La norma tampoco prevé si la viuda seguirá teniendo capacidad de decisión respecto del destino del material reproductor de su difunto esposo o pareja, como ocurría en el derecho israelí, en caso de nuevas nupcias o sobrevenida la ruptura del vínculo conyugal⁷⁷. En este particular, sería preciso analizar las circunstancias del supuesto de hecho. De este modo, respecto al nuevo vínculo no parece que existan problemas en la fecundación siempre que hubiera consentimiento efectivo del difunto en ese sentido y pudiera quedar determinada correctamente la filiación. Sin embargo, en caso de ruptura del vínculo matrimonial, sin revocación de la voluntad positiva del difunto, cabría prestar especial cuidado a la solución adoptada en aras de no comprometer la posible voluntad real del fallecido⁷⁸. Sobre este aspecto, pudiera resultar de apli-

cónyuge y conviviente con otra mujer, no podrá acogerse a la disposición contemplada en el precepto y su «condeste estable» (viuda de facto) no podrá acudir *ex post mortem* a la fecundación de su conviviente.

⁷⁶ Cf. FERNÁNDEZ CAMPOS, 2007, p. 308.

⁷⁷ Existen opiniones enfrentadas en nuestra doctrina Cf. FERNÁNDEZ CAMPOS, 2007, p. 326.

⁷⁸ PLANARNALDOS, 2007, p. 334, considera que es conveniente y necesaria una revocación expresa, cualquiera que sea la forma en que ésta se materialice. Ello salvo que una muerte repentina, inesperada, inmediata posterior a la crisis matrimonial, haya impedido proceder a la revocación. En este caso, es razonable afirmar con la autora que, valorando adecuadamente las circunstancias concurrentes, excepcionalmente se podría deducir que se habría revocado la autorización, o había desaparecido la voluntad que la sustentaba. Además, en mi opinión, la solución debería ser valorada distinguiendo los supuestos de disposición sobre gametos reproductores o sobre preembriones criopreservados. En este último caso, la medida que se adopte beneficiará a una de las partes y perjudicará o dañará los derechos e intereses de la otra. Autorizada doctrina ha analizado los pleitos en vida de excónyuges que buscan el reconocimiento de la facultad de decisión sobre el destino de los preembriones generados durante la vigencia del matrimonio, llegando a la conclusión de que los Tribunales, en la mayoría de sus resoluciones, se decantan por anteponer el derecho de aquel que desea la destrucción o utilización de los preembriones con un fin distinto al reproductivo. Cf. FARNÓS AMORÓS, E., 2011, pp. 227 y 228. Parece razonable afirmar con RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2013, pp. 83 y 84, que, aunque la solución dada por el legislador en el art. 9.2 de la LTRHA sea acertada, no deja de haber algunas objeciones a la presunción

ción la doctrina del Tribunal Supremo a favor de la ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge o pareja por crisis posterior al otorgamiento del testamento⁷⁹.

Por lo que se refiere a la gestación por sustitución, el Derecho español no la permite, aunque sí que ha habido propuestas para su regulación⁸⁰. De este modo, cualquier contrato llevado a cabo en ese sentido es nulo de pleno derecho⁸¹. Así, en caso de que se llegara a valorar en algún momento la voluntad del difunto en relación con las facultades de disposición de su material reproductor respecto a terceros, con la regulación actual sería necesario recurrir al denominado turismo reproductivo⁸², de manera que, como hemos señalado con anterioridad, existiría un riesgo de cometer

del consentimiento, siendo la más importante el hecho de que, aunque una persona haya prestado su consentimiento para la fecundación *in vitro* o para la transferencia de embriones a su mujer, ello no implica que de haber sabido que iba a fallecer, hubiera deseado que un hijo suyo naciera en tales circunstancias. Criterio que la misma autora reitera en su trabajo de 2015, p. 311. Adoptar una solución única en estos supuestos, a favor o en contra de la procreación *post mortem*, puede derivar en resultados perjudiciales para las partes implicadas, ya que el nacimiento del menor y el reconocimiento de su filiación con el difunto incide en el ámbito de familia y el sucesorio.

⁷⁹ El Alto Tribunal, en la STS 531/2018, de 26 de septiembre (Roj: STS 3378/2018), y la STS 539/2018, de 28 de septiembre (Roj: STS 3263/2018), se pronunció a favor de la ineeficacia de la institución como legatario o heredero de la pareja del testador, al momento de la apertura de la sucesión, por circunstancias sobrevenidas en el ámbito de su relación, unidos bien de hecho bien por vínculo matrimonial. En ambas resoluciones, el Tribunal Supremo, ante la ausencia de una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador en el Código Civil, con apoyo en una parte autorizada de la doctrina, considera de aplicación lo dispuesto en el artículo 767 CC. Afirmación que se sustenta en la identidad de razón que existe entre los llamados casos de imprevisión y los supuestos recogidos en el citado precepto legal. A estos efectos, se argumenta que, conforme al artículo 675 CC, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Voluntad real cuya determinación no se ve impedida por la literalidad del artículo 767.1 CC, ya que la condición de pareja o esposo fue la razón concluyente de la voluntad del testador. Sobre este particular, *vid.* ZUBERO QUINTANILLA, *RDC*, 2021, pp. 147-191

⁸⁰ En 2007 fue presentada en el Congreso la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación por el grupo parlamentario ciudadanos. Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG 12 B-145-1). Siguiendo a GARCÍA RUBIO, HERRERO OVIEDO, ACFS, 2018, pp. 67-89, que respecta a la maternidad subrogada no puede darse una respuesta general y apriorística y, mucho menos, en términos dilemáticos de sí o no. A estos efectos, las autoras dan una serie de pautas sobre las que afrontar una regulación de la maternidad subrogada que, introduciendo una serie de salvaguardias y tutelas, conduzca a unos resultados más coherentes que los derivados de una categórica prohibición de estos contratos.

⁸¹ Siguiendo a ABELLÁN, SÁNCHEZ-CARO, 2009, pp. 214-215, en los países de nuestro entorno, como regla general, se prohíbe la gestación subrogada, a excepción de Reino Unido, que se acepta con intervención judicial. El país por excelencia en este tipo de prácticas en Estados Unidos, donde se encuentra muy extendida y existen numerosas agencias de intermediación, especialmente en California. Para saber más sobre esta práctica en derecho comparado, véase, entre otros, el estudio monográfico de DÍAZ ROMERO, M. R., 2018, pp. 59-87.

⁸² La regulación dispar de los contratos de gestación por subrogación en los diferentes países, unida a un proceso creciente de globalización que alcanza al ámbito sanitario y al jurídico, concretado en la evolución del Derecho de familia hacia la asunción de nuevos modelos familiares y de filiación ha propiciado una realidad hoy innegable, cual es el llamado turismo reproductivo. *Cfr.* LAMM, *InDret* 2012, pp. 21-22, GARCÍA AMEZ, J./MARTÍN AYALA, M., DS, 2017, pp. 200-208.

fraudes legales. Con todo, dada la situación actual, es cierto que lo afirmado no impide que nacionales españoles viajen a otros países donde sí está permitida la realización de este tipo de prácticas y posteriormente regresen a nuestro país, lo que provoca graves problemas en el reconocimiento de la filiación respecto de los progenitores españoles (padres de intención)⁸³.

Por último, en relación con la crioconservación de gametos y preembriones, el punto 4 del artículo 11 señala sus posibles destinos: la utilización por la propia mujer y su cónyuge, la donación con fines reproductivos, la donación con fines de investigación y el cese de su conservación sin otra utilización. En todos los casos, para su uso es necesario un consentimiento expreso previamente informado. Igual que en los otros supuestos, quedan excluidas de su letra cualquier tipo de disposición a favor de otras personas.

En cuanto a los destinos previstos en el contenido del precepto, cabe hacer una pequeña consideración con relación a «*su utiliza-*

⁸³ El origen del conflicto jurídico en esta materia parte de la resolución adoptada por la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 2009, que tenía por objeto dejar sin efecto la denegación, del Registro Civil consular español en los Ángeles, de la inscripción de la filiación de dos mellizos nacidos mediante gestación subrogada. A estos efectos, la resolución de la DGRN consideró inaplicable la LTRHA al entender que no se trataba de decidir el derecho aplicable a la filiación sino de precisar si una vez determinada, en virtud de certificación extranjera, podía ser reconocida mediante su acceso al Registro Civil. Por dicho motivo, apeló al interés superior del menor y a la necesidad de proteger la voluntad de las partes intervenientes, afirmando que la certificación registral extranjera no vulnera el orden público internacional español. Criterio de la DGRN matizado por la Instrucción aprobada por dicho organismo, en 2010, que concretaba los requisitos necesarios para el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero por medio de esta práctica. Por el contrario, el Tribunal Supremo, en STS de 6 de febrero de 2014 (JUR 247, 2014), reiterando las resoluciones judiciales que se oponían a la inscripción en el Registro Civil dictadas por el Juzgado de primera instancia n.º15 de Valencia (2010), y por la Audiencia Provincial de Valencia (2011), con ocasión del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de 2009, falló negando la inscripción registral. Sus fundamentos se centraron en la infracción del orden público español, al entender que la resolución de la DGRN no respetaba la legalidad de la LTRHA, así como que el interés superior del menor, en el que basó aquella, no podía conseguirse infringiendo la norma, máxime cuando la propia Ley establece vías adecuadas para inscribir la filiación de menores -reclamación de la paternidad biológica y trámites para la adopción por quien no tenga vinculación genética con el nacido-. A juicio del Tribunal Supremo, las actuaciones de la DGRN representarían un fraude de ley al partir de contratos declarados nulos de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Ante los persistentes problemas de nacimientos en el extranjero, se publicó una nueva Instrucción de la DGRN en febrero de 2019, sobre *actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*. En ella se dejó sin efecto otra Instrucción de 14 de febrero de 2019 y se dice que las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme, y dotada de *exequatur*, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Consecuencia de ello es que vuelve a estar operativa la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y, en su virtud, se mantienen vigentes las posturas doctrinales enfrentadas. Sobre estas cuestiones, relacionadas con los efectos de la gestación subrogada en España, me ocupo en otros trabajos como: ZUBERO QUINTANILLA, 2019, pp. 799-818 y ZUBERO QUINTANILLA, AJA, 2008, pp. 226-252.

ción por la propia mujer o su cónyuge». Por un lado, con el término cónyuge, parece que se excluye directamente a la pareja en sentido estricto, aunque de la lectura del resto de su contenido, así como de otros preceptos de la Ley, se puede deducir lo contrario⁸⁴. Además, tras la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, este precepto reconoce, en este ámbito específico, ciertos derechos a las parejas homosexuales. A estos efectos, la disposición *inter vivos* del esperma, óvulos o preembriones, por un hombre, para con su mujer, o de una mujer, para consigo misma o su esposa, no plantea problema. Sin embargo, en el caso de la disposición *mortis causa* resultaría más controvertido. Pese a que el artículo 7.3 de la LTRHA reconoce que «cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge», el artículo 9 del mismo cuerpo legal únicamente habla de la del marido y en su tenor literal se refiere al consentimiento del varón, por lo que la premociencia de la mujer con respecto de su esposa en un matrimonio homosexual, no estaría permitida. Sin embargo, el artículo 11.4 LTRHA, como hemos indicado al comienzo del presente párrafo, se refiere a la «utilización por la propia mujer o su cónyuge». En este particular parece razonable reconocer, en tanto que en los matrimonios formados por dos mujeres puede producirse una disposición del material genético de una en favor de la otra, las posibilidades naturales de gestar por parte de la cónyuge supérstite en caso de fallecimiento de su pareja deberían ser igualmente reconocidas⁸⁵. Ahora bien, la solución no puede ser equivalente cuando el cónyuge supérstite, tanto en una relación heterosexual como homosexual,

⁸⁴ Como indica PLANA ARNALDOS, 2007, p. 416, llama la atención que la ley se refiera al cónyuge en lugar de a la pareja, dejando fuera, en principio, al conviviente de hecho. No obstante, como señala la autora, esta conclusión no tiene sentido toda vez que, en otros preceptos de la ley, así como en el propio artículo 11, se iguala al cónyuge y al conviviente. Para GUTIÉRREZ BARRENENGOA, MONJE BALMASEDA, 2007, p. 180, el legislador incide en un error al ignorar las distintas leyes de parejas de hecho de las Comunidades autonómicas. En opinión de los autores, se trata de un error del legislador y no una discriminación *odiosa sunt estringenda*, por ir en contra de la institución del matrimonio.

⁸⁵ A estos efectos, Cfr. PLANA ARNALDOS, 2007, p. 416. En opinión de RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Onati Socio-legal Series*, 2017, pp. 199 y 200, en aquellos ordenamientos que, como el español, admiten la doble maternidad en las técnicas de reproducción humana asistida como la reproducción artificial *post mortem*, no se entiende bien, siguiendo una lógica coherencia jurídica, la exclusión de la segunda hipótesis a matrimonios y parejas de mujeres, subyaciendo seguramente detrás de esta negativa la exigencia de que exista una mínima vinculación del niño nacido con la persona fallecida. Añade que siempre podría mantenerse esa vinculación en el caso que el óvulo fecundado que se implanta en la supérvit pertenezca genéticamente a la mujer fallecida.

fuerá el hombre. En estos casos, para poder llevar un embarazo a término sería necesario recurrir a la gestación subrogada. Contrato que, recordemos es declarado nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

De la breve exposición que antecede podemos constatar, con carácter general, la importancia del consentimiento expreso informado del titular del material reproductor a la que nos referimos al inicio, así como el reconocimiento particular de la presunción del consentimiento para el caso concreto de que el hombre no hubiera dejado constancia de su intención antes de morir, pero que puede suponerse realizado al haber estado sometido, tanto él como su pareja, a un proceso de reproducción asistida y existieran embriones constituidos con anterioridad al fallecimiento. Así, la solución varía en atención a que se pretenda un reconocimiento de derechos sobre células reproductora de forma separada o cuando ya se encuentren unidas. En este último caso, tienen cierta entidad específica como un ser nuevo y autónomo⁸⁶.

Como hemos podido comprobar de las consideraciones del presente apartado, las disposiciones sobre el material reproductor de una persona, fuera de los casos previstos en la norma española, no caben. Por consiguiente, por lo que respecta a posibles declaraciones que un particular quisiera incorporar en un documento como el testamento, que ha de ser redactado por un fedatario público, este último, en virtud de la función notarial que implica un asesoramiento formal y legal, ha de informarle de manera que se evite incorporar cláusulas que pudieran resultar conflictivas⁸⁷. Que los procesos médicos lo permitan o que se reconozca una mayor libertad de testar a las personas, no puede justificar un cambio en la

⁸⁶ En este sentido, han de tomarse en consideración no solo las voluntades de los titulares del material genético, sino también la necesidad de conservación o no de la vida. Sobre los aspectos indicados *Cfr.* INIESTA DELGADO, 2007, pp. 121-128.

⁸⁷ El asesoramiento del notario encuentra su amparo legal en la propia ley del notariado de 28 de mayo de 1862 en cuyo artículo 24, párrafo segundo, se dice: «... *Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas...*». Cuestión esta que no se ve afectada por las consideraciones del Tribunal Supremo en sus sentencias de fechas 20 de mayo de 2008 (Roj 2176/2008) y 7 de marzo de 2016 (Roj 782/2016), pues en ellas el objeto de discusión es un propio control de legalidad del contenido material. Ello habida cuenta de la naturaleza reglamentaria y no legal de la norma que lo contemplaba. En todo caso, y en relación con el control de legalidad, pese a lo manifestado en ambas sentencias, RODRÍGUEZ ANDRADOS, *ENSXXI*, 2008, opina que, aunque es cierto, como dice la Sentencia, que el control de legalidad no se utiliza por la Ley del Notariado, señala que sí se usa en la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, sobre régimen disciplinario de los notarios. En concreto, su art. 43 califica de infracción grave «las conductas que impidan prestar las obligaciones de control de legalidad que la legislación atribuye a los Notarios»; por lo tanto, si se sanciona esta infracción significa que el notario tiene obligación de controlar la legalidad.

actuación de nuestros tribunales o una modificación en la norma que pueda poner en peligro la seguridad jurídica. Las decisiones en este aspecto son muy sensibles, dadas las implicaciones bioéticas que conllevan⁸⁸ y es por ello por lo que se han de fijar ciertos límites en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Asimismo, se evidencia la dificultad de superar, a nivel normativo, el carácter personalísimo del consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Este hecho obstaculiza delegar tal decisión personal en terceros, aun con la existencia de una clara voluntad favorable del titular del material genético, a su disposición *post mortem* por aquellos⁸⁹.

Con todo, los mayores problemas ante los que nos enfrentamos se encuentran en las actuaciones de las personas, las cuales pueden llegar a defraudar el contenido de las normas en tanto que, pese a las restricciones impuestas en sus ordenamientos jurídicos, salen de sus fronteras para poder ejecutar su voluntad en otros países más permisivos⁹⁰. Si bien es reseñable lo utópico de tratar de configurar medidas uniformes.

⁸⁸ El Comité de Bioética de España se pronunció sobre los aspectos éticos y jurídicos de la gestación subrogada, en un informe emitido el 19 de mayo de 2017. En lo que se refiere a las cuestiones de índole ético, presta especial atención a las personas que resultan más afectadas, cuáles son la mujer portadora y el niño. En relación con la mujer, con independencia de la forma de gestación subrogada que se adopte (altruista o comercial), se evidencia un conflicto de intereses entre la gestante y los comitentes que puede llevar a inaceptables formas de explotación de las mujeres. Circunstancia que, de acuerdo con el Comité, no permitirían justificar situaciones especiales en las que esta forma de gestación pudiera resultar lícita. En lo que se refiere al interés superior del menor, la disyuntiva de la que se parte es saber si es la gestación o la voluntad reproductiva la que proporciona las condiciones más adecuadas para ser padres y asumir las responsabilidades sobre los hijos. En opinión del Comité, la importancia de la gestación en el proceso reproductivo y en la vida del ser humano no debe relativizarse, por lo que el vínculo biológico debe protegerse. Por ello, y a fin de evitar potenciales riesgos sobre el hijo (tráfico de niños, su cosificación y la de la propia reproducción), defiende la prohibición legal existente en España como fórmula, que, en el momento actual, garantiza de una mejor manera la seguridad jurídica del niño y la no explotación de la mujer.

⁸⁹ Siguiendo a FARNÓS AMORÓS, E., 2011, pp. 64 a 67, la intimidad y la libertad, fundamentos esenciales de las decisiones procreativas, son derechos negativos, que impiden que los terceros, incluido el Estado, interfieran en su ejercicio por parte de los individuos. Añade que de la jurisprudencia se desprende que las decisiones procreativas tienen una vertiente positiva, consistente en la decisión del individuo de tener hijos, y una vertiente negativa que incluye la decisión de no tenerlos. Por ello, en su opinión, la localización de las decisiones procreativas en el ámbito de la intimidad y la libertad comporta un derecho negativo a su respeto y evita las injerencias que puedan perturbar su goce.

⁹⁰ Los centros responsables de conservar células reproductivas o preembriones en España pueden autorizar su traslado a otros centros dentro del propio país o del extranjero, si bien será necesario cumplir los requisitos previstos tanto en la LTRHA, como en el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos y 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 asistida. En cualquier caso, conforme a lo dispuesto en el

V. CONCLUSIÓN

La posibilidad de decisión sobre el destino del material reproductor, como en los supuestos valorados en el trabajo, se tiene en consideración, con carácter general, ante enfermedades terminales o en aquellas en que se necesita de un tratamiento que puede afectar a la fertilidad del titular de los gametos. Por dicho motivo, las declaraciones de voluntad a este respecto suelen constar en documentos pre-redactados expedidos por las clínicas especializadas u hospitales en lugar de otros documentos que contienen disposiciones de voluntad, como podrían ser los testamentos.

A todos los fines, es reseñable y cotejable la dificultad que supone el reconocimiento de la voluntad presunta o implícita del causante. La interpretación que se realice sobre ella puede derivar en injustos irremediables respecto del interesado o terceros, como su pareja o el propio nacido. El establecimiento de presunciones o el reconocimiento de la voluntad implícita solo debería contemplarse a través de hechos o pruebas demostrables y viables, como la reconocida en la LTRHA en favor del cónyuge supérstite cuando hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. Con todo, incluso esta presunción puede ser cuestionable, como sucedería en caso de que sobreviniera una crisis matrimonial o de pareja, en tanto que la persona beneficiaria de la presunción ya no cumpliría con la condición establecida en la norma. Afirmación que también debería ser tenida en consideración, en los mismos supuestos, ante declaraciones expresas de voluntad que el difunto no hubiera podido revocar, producida dicha crisis, a causa de un fallecimiento repentino.

De cualquier forma, no todas las normas terminan de ser claras y ello puede dar lugar a que se produzcan actos en fraude ley. En consecuencia, deberían impedirse en cualquier caso ciertas actuaciones como aquellas que tuvieran por fin trasladar células reproductoras o preembriones a otros lugares si con ello se pretende actuar en contra de lo dispuesto en las disposiciones legislativas. De este modo, quedaría prohibido el uso de células reproductoras o de preembriones si el fin último fuera iniciar un proceso como la gestación subrogada. La libertad o facilidades otorgadas en este aspecto podrían derivar en el incremento de la realización de prá-

artículo 6.4 de nuestro Código Civil: «... 4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

ticas no contempladas por algunos ordenamientos jurídicos en otros países que sí las regulan. No debemos olvidar que, pese a las prohibiciones expresas previstas en las normas, la actitud de las personas, al objeto de cumplir con su voluntad, sigue poniendo en peligro la seguridad jurídica dada la fácil movilidad entre países. Ante los hechos constatables, serían necesarios mecanismos de control que impidiesen a los nacionales realizar prácticas que se consideran prohibidas en sus países de origen.

Por todo lo expuesto, como venimos señalando, sería adecuado realizar ajustes normativos que atendieran mejor a los valores sociales y éticos, no solo a los jurídicos, sin desconocer la realidad de un mundo globalizado, donde la concurrencia de marcos jurídicos diferentes y la libertad de movimiento facilitan actividades promovidas por los nacionales no amparadas en sus respectivos ordenamientos. Ello provoca situaciones de hecho que la norma no puede eludir, a fin de impedir soluciones que, si no en fraude de ley, sí puedan calificarse de poco congruentes y con el objetivo de garantizar una mayor seguridad jurídica en su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, Fernando, SÁNCHEZ-CARO, Javier: *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Granada, 2009.
- AHLUWALIA, Usha; ARORA, Mala: «Posthumous Reproduction and Its Legal Perspective», *International Journal of Infertility and Fetal Medicine*, vol. 2, n.º 1, 2011, pp. 9-14.
- ALKORTA IDIAKEZ, Itziar: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Navarra, 2003.
- BAIRD, Kelsey: «Dead Body, Surviving Interests: The Role of Consent in the Posthumous Use of Sperm Kelsey Baird», 2018. Disponible en <https://www.otago.ac.nz/law/otago710999.pdf> (consultado 02/07/2021).
- BARDALE, Rajesh: «Birth after death: questions about posthumous sperm retrieval», *Indian Journal of Medical Ethics*, vol. III, n.º 4, October-December, 2006, pp. 122-123.
- BATZER, Frances R., HURWITZ, Joshua M., CAPLAN, Arthur: «Postmortem parenthood and the need for a protocol with posthumous sperm procurement», *Fertility And Sterility*, vol. 79, n.º 6, junio, 2003, pp. 1263-1269.
- BLOOD, Diane: *Flesh and Blood. The Human Story Behind the Headlines*, Edinburg and London, 2004.
- COLLINS, Rebecca, «Posthumous Reproduction and the Presumption Against Consent in Cases of Death Caused by Sudden Trauma», *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 30, issue 4, 2005, pp. 431-442.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Comentario jurídico al art. 1 LTRHA», en *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, dir. jurídico Francisco Lledó Yagüe, dir. científico Carmen Ochoa Marieta, Madrid, 2007, pp. 59-67.

- DÍAZ ROMERO, María del Rosario: *Autonomía de la voluntad y contrato de gestación subrogada: efectos jurídicos*, Navarra, 2018.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «Comentario jurídico al artículo 5», en *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, dir. jurídico Francisco Lledó Yagüe, dir. científico Carmen Ochoa Marieta, Madrid, 2007, pp. 104-110.
- DING, Chunyan, «Surrogacy litigation in China and beyond», *Journal of Law and the Biosciences*, Volume 2, Issue 1, 2015, pp. 33-55.
- DOSTAL, J., UTRATA, R., LOYKA, S., BREZINOVA, J., SVOBODOVA, M., SHENFIELD, F.: «Post-mortem sperm retrieval in new European Union countries: Case report», *Human Reproduction*, vol. 20, Issue 8, 2005, pp. 2.359-2.361.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, fasc. IV, 2016, pp. 1259-1320.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: *Consentimiento a la reproducción humana asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona, 2011.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «Artículo 9. Premoriencia del marido», en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, dir. José Antonio Cobacho Gómez, Navarra, 2007, pp. 305-352.
- GARCÍA AMEZ, Javier, MARTÍN AYALA, María, «Turismo reproductivo y maternidad subrogada», *DS: Derecho y salud*, Vol. 27, 2017, pp. 200-208.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, HERRERO OVIEDO, Margarita: «Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, pp. 67-89.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: *Determinación de la filiación en el Código de familia de Cataluña*, Valencia, 2003.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *El Derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994.
- GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa; MONJE BALMASEDA, Óscar: «Comentario jurídico al artículo 11», en *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, dir. jurídico Francisco Lledó Yagüe, dir. científico Carmen Ochoa Marieta, Madrid, 2007, pp. 174-187.
- INIESTA DELGADO, Juan José, «Artículo 5. Donantes y contratos de donación», en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, dir. José Antonio Cobacho Gómez, Navarra, 2007, pp. 105-177.
- JARUFE CONTRERAS, Daniela: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción «versus» técnicas de reproducción humana asistida*, Madrid, 2013.
- KNAPLUND, Kristine S.: «Postmortem conception and a father's last will», *Arizona Law Review*, vol. 46, 2004, pp. 91-115.
- LAMM, Eleonora: «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho», *InDret Revista para el análisis del derecho*, n.º 3, 2012, pp. 21-22
- LANDAU, Ruth: «Posthumous sperm retrieval for the purpose of later insemination or IVF in Israel: An ethical and psychosocial critique», *Human Reproduction*, vol. 19, n.º 9, 2004, pp. 1952-1956.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco: «Comentario jurídico al artículo 9» en *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, dir. jurídico Francisco Lledó Yagüe, dir. científico Carmen Ochoa Marieta, Madrid, 2007, pp. 126-156.

- MORGAN, Laura, MORGAN, Hannah: «The Legal and Medical Ethics of Post-Mortem Sperm Retrieval on Behalf of Grandparents», *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2020, pp. 67-98.
- ORR, Robert D., SIEGLER, Mark: «Is posthumous semen retrieval ethically permissible?», *J Med Ethics*, 2002, pp. 299-302.
- PARFIT, Derek: *Razones y personas*, Madrid, 2004.
- PEART, Nicola: «Life beyond death: regulating posthumous reproduction in New Zealand», *Victoria University of Wellington Law Review*, 46 (3), 2015, pp. 725-754.
- PENNINGS, Guido, BAETENS, Patricia, DE SAEDELEER ,V., STUY Johan: «An ethical analysis of post-mortem insemination», *Human Reproduction*, 1997, pp. 191-192.
- PENNINGS Guido et al.: «ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction», *Human Reproduction*, vol. 21, n.º 12, 2006, pp. 3050-3053.
- PLANA ARNALDOS, María del Carmen: «Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembiones», en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, dir. José Antonio Cobacho Gómez, Navarra, 2007, pp. 397-434.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «El control notarial de la legalidad y STS de 20.5.2008», *El notario del siglo xxi*, 2008. Disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-20/1924-el-control-notarial-de-legalidad-y-la-sts-de-20-5-2008-0-6960742377639508> (última consulta 02/07/2021).
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: *Reproducción artificial post mortem*, Valencia, 2013.
- «La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico», *Revista boliviana de derecho*, n.º 20, 2015, pp. 292-323.
 - «Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial Post Mortem», *Oñati Socio-legal Series*, vol. 7, n.º 1, 2017, pp. 179-204.
- SERNA MEROÑO, Encarnación: «Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 26, 2012, pp. 273-307.
- SIKARY ASIT, K., MURTY, O. P., BARDALE Rajesh, V.: «Postmortem sperm retrieval in context of developing countries of Indian subcontinent», *Journal Of Human Reproductive Sciences*, abril-junio, 2016. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4915290/> (última consulta 02/07/2021).
- SIMANA, Shelly: «Creating life after death: should posthumous reproduction be legally permissible without the deceased's prior consent?», *Journal of Law and the Biosciences*, agosto, 2018, pp. 329-354.
- STRONG, Carson, GRINGRICH, Jeffrey R., KUTTEH, William H.: «Ethics of post-mortem sperm retrieval», *Human Reproduction*, 2000, pp. 739-745.
- TREMELLEN, Kelton, SAVULESCU, Julian: «A discussion supporting presumed consent for posthumous sperm procurement and conception», en *Reproductive BioMedicine Online*, n.º 30, 2015, pp. 6-13
- TUMRAM, Nilesh K., BARDALE, Rajesh V.: «Postmortem Sperm Retrieval and Assisted Reproduction: Issues without Solutions?» *Araba Journal of Forensic Sciences and Forensic Medicine*, vol. 1, Issue 9, 2019, pp. 1.223-1.231.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, 2012.
- WESTREICH, Avishalom: *Assisted Reproduction in Israel. Law, Religion and Culture*, Boston, 2016.

- «Present-day posthumous reproduction and traditional levirate marriage: two types of interactions», *Journal of Law and the Biosciences*, Volume 5, Issue 3, 2019, pp. 759-785.
- YOUNG, Hilary: «Presuming Consent to Posthumous Reproduction», *Journal of Law and Health*, 2014, pp. 67-97.
- ZHANG, Laney: «A Legal Battle Over Frozen Embryos in China», 2018, en <https://blogs.loc.gov/law/2018/07/a-legal-battle-over-frozen-embryos-in-china/> (última consulta 02/07/2021).
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «Efectos jurídicos de los contratos de maternidad subrogada internacional en España», *Actualidad Jurídica Americana*, 2008, pp. 226-252.
- «La autonomía de la voluntad frente a la imperatividad de las normas en el ámbito de Derecho de familia: la maternidad subrogada», en *Mujer, maternidad y Derecho*, dir. María Paz García Rubio, 2019, pp. 799-818.
- «Revocación del consentimiento prestado por el causante a la reproducción post mortem tras la ruptura del vínculo matrimonial», en *Revista de Derecho Civil*, vol. III, n.º 2, 2021, pp. 147-191.

