

Análisis del requisito del plazo en la Reproducción Asistida *Post Mortem*.

J. Jiménez Victoria¹

¹ Doctorando en el departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.
Correo: javi.jimenez1983@gmail.com

El artículo 9 de la Ley 14/2.006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida regula, bajo la inexacta rúbrica <<Premoriencia del marido>>, la llamada reproducción asistida post mortem. Esta figura permite implantar a una mujer, el material reproductor de su marido o pareja de hecho masculina, con el fin de tener un hijo común, una vez que este haya fallecido. Para ello será necesario el cumplimiento de unos requisitos, recogidos en la propia norma, tendentes a garantizar la voluntad, de ambas partes de la pareja, de tener descendencia conjuntamente, así como a introducir la seguridad jurídica necesaria para que no se vean perjudicados en sus intereses los terceros que pudiesen existir. Estos requisitos a los que la Ley hace referencia son el consentimiento del varón fallecido y el plazo para la práctica de esta institución jurídica.

El objetivo de esta comunicación es el análisis del segundo de estos requisitos. De este modo, además del consentimiento, el artículo 9.2 establece como requisito un plazo temporal, a contar desde la muerte del varón, para que su material reproductor pueda ser utilizado para inseminar a su mujer o compañera.

Este requisito, que ya aparecía en la Ley de 1.988, ha sido objeto de modificación, al igual que el resto de regulación sobre esta materia, en la línea de facilitar la aplicación práctica de esta figura. Así, dicho plazo pasó de los 6 meses que recogía la anterior legislación a los 12 meses que dispone la Ley actualⁱ.

La doctrina ha señalado de manera unánime que la finalidad de dicho requisito no es otra que la protección de los derechos sucesorios de terceros y por tanto, en última instancia, la protección del principio de seguridad jurídica. Hay quien ha señalado que la existencia de dicho plazo supone una clara excepción al artículo 11.1 de esta misma Leyⁱⁱ, que dispone que el semen podrá ser crioconservado sólo durante la vida del varón de quien procede. De este modo, excepcionalmente se permitiría que durante 12 meses el semen del varón permaneciese crioconservado, a pesar del fallecimiento de este, a la espera de que su mujer o compañera decidiera ser inseminada con élⁱⁱⁱ.

La ampliación del plazo de 6 a 12 meses fue vista favorablemente por la doctrina. El plazo original era demasiado breve para que la mujer tomase una decisión lo suficientemente reflexionada tanto encaminada a inseminarse como a no hacerlo, ya que, durante ese tiempo, aún podría verse fuertemente afectada por el dolor asociado a la pérdida de su pareja y que dicha situación le impidiese tomar una decisión debidamente madurada^{iv}. También se ha puesto de manifiesto que el plazo de 6 meses era excesivamente corto para el sometimiento a una técnica tan compleja como la inseminación *post mortem*, ya que el éxito en la aplicación de esta técnica no solo va a

dependen de la actuación médica, sino también del estado físico y psicológico en el que se hallare la viuda, debido a que el fallecimiento del varón puede ser fruto de largos procesos de enfermedad que no sólo deterioran a quien la padece, sino también a los familiares y personas más próximos a él^v.

Desde el punto de vista de los terceros que pudieran verse afectados por la práctica de estas técnicas, se ha dicho que este plazo de 12 meses contribuiría al respeto de sus derechos sucesorios, al no quedar abierta la sucesión hereditaria durante un tiempo excesivamente amplio, proporcionando seguridad jurídica a los mismos, al tiempo que garantizaría la no vulneración de los derechos sucesorios del nasciturus^{vi}.

Una parte de la doctrina ha propuesto estructurar este plazo de una manera distinta, desdoblándolo, por un lado, la decisión de la mujer de someterse a la reproducción asistida *post mortem*, y por el otro, la realización de la inseminación en sí misma. Así, este sector doctrinal propuso, *de lege ferenda*, que la estructura del plazo quedase de la siguiente manera: de una parte, la solicitud de la mujer para aceptar el sometimiento a la reproducción asistida *post mortem* habría de emitirse no antes de 1 mes^{vii}, ni pasado los 6 meses siguientes al deceso del varón. Esta solicitud no llevaría implícita una obligación de inseminación inmediata, sin embargo sí que cumpliría una función informadora de la intención de la viuda o compañera del fallecido, proporcionando seguridad jurídica a los posibles herederos y favoreciendo que se pudiesen adoptar las medidas cautelares pertinentes para la conservación y administración de la herencia. Por otra parte, la inseminación propiamente dicha podría llevarse a cabo dentro de 1 año desde que la viuda o compañera notificó su decisión, o también, se podría practicar dentro de los 9 meses siguientes al deceso, con la posibilidad de solicitar una prórroga de 3 meses más, decretada judicialmente, si así fuera necesario^{viii}. Siendo esta última opción, como podemos observar, de inspiración claramente catalana^{ix}. A mi juicio, esta propuesta de desglosar el plazo en dos partes parece muy acertada, tanto por las razones ya expuestas, como porque permitiría el acceso de la viuda a dicha técnica aún en caso de contraer temporalmente alguna enfermedad durante el luto, ya que desde que transcurre el plazo máximo para declarar su intención de inseminarse, hasta que se alcanza el límite superior para hacer efectiva dicha inseminación, podría disponer del tiempo necesario para recuperarse de los impedimentos, tanto físicos como psicológicos, que pudiera padecer.

Un requisito adlátere al del plazo y que actúa como límite al uso *post mortem* de las técnicas de reproducción asistida es el relativo al número de casos que se admiten, es decir, la cantidad de veces que la viuda podría someterse a dichas técnicas dentro del plazo establecido por la Ley. Si bien la normativa estatal no dispone nada al respecto, la legislación catalana sí que se hace eco del mismo otorgando una respuesta a dicha cuestión. Así, el artículo 92 del Código de Familia de Cataluña limita la práctica de la reproducción asistida *post mortem* a <<un solo caso, incluido el parto múltiple>>. Una parte de la doctrina se plantea el por qué de esta limitación, al preguntarse si lo que se esconde tras esta restricción es la opinión del legislador catalán de que la viuda sola no podría hacerse cargo de los hijos, al tiempo que señala si no sería más respetuoso con la libertad individual que fuese la propia viuda la que valorara sus circunstancias personales

y en función de ellas tomase la decisión más adecuada^x. Esta misma doctrina se cuestiona también cual es el significado que se esconde tras este requisito, ¿admitir una sola inseminación o un solo embarazo? Algunos autores han señalado que la expresión <<un solo caso>> haría referencia no a una sola inseminación sino a un embarazo, pues no toda inseminación alcanza dicho resultado, siendo posible que se practique más de una fecundación si de las anteriores no se derivó dicho embarazo^{xi}. Esto ha sido contestado, haciendo una aplicación extensiva de la línea de pensamiento utilizada por esta autora, en el sentido de que este requisito no puede referirse a una sola inseminación, pues no tendría lógica alguna dicha restricción, pero tampoco a un solo embarazo, sino a un alumbramiento, ya que del mismo modo que de toda fecundación no se deriva un embarazo, de todo embarazo tampoco se concluye un nacimiento. Esto daría lugar a que si el embarazo no dio lugar a un alumbramiento, y la viuda aún se encuentra dentro del plazo legalmente establecido, sería posible la práctica de una nueva inseminación, cumpliendo realmente así con la finalidad de dicho precepto^{xii}.

Por último, y al igual que ocurría en relación al consentimiento del varón, hay que analizar de manera diferenciada el requisito del plazo temporal cuando centramos nuestra atención en la transferencia *post mortem* de preembriones. Parte de la doctrina más reciente sostiene que el párrafo segundo del artículo 9.2 sólo recoge como requisito para admitir dicha técnica el consentimiento del varón, considerándolo, además, presuntamente otorgado una vez cumplidas las circunstancias pertinentes. Esta doctrina señala que la Ley no hace referencia alguna al requisito del plazo y que, por tanto, se permitiría la práctica de esta técnica sin que en ella interviniera limitación temporal alguna^{xiii}. Esta autora es consciente de los problemas derivados de la inexistencia de dicho requisito, pues señala, con acierto a mi juicio, que en la transferencia *post mortem* de preembriones también se halla presente el mismo interés que trata de protegerse cuando se impone un plazo para la práctica de la inseminación *post mortem*, esto es, la tutela de los derechos sucesorios de las personas que podrían ser llamadas a heredar una vez producido el fallecimiento. Por ello considera que habría de hacerse extensivo el plazo de un año para que se haga efectiva la transferencia de los preembriones que pudieran quedar crioconservados, evitando así, a su juicio, la permanente situación de indeterminación e inseguridad en la que se hallarían los posibles herederos respecto de las relaciones jurídicas derivadas del hecho del nacimiento. Sin embargo, y siendo coherentes con lo que expresábamos anteriormente cuando tratamos la cuestión del significado y alcance de la expresión <<material reproductor^{xiv}>>, no parece tan evidente la tesis mantenida por dicho sector doctrinal. Esto se debe a que si reconocemos que en dicha expresión tiene cabida, además del semen del marido, el concepto de preembrión ya constituido, el propio apartado segundo del artículo 9 estaría reconociendo la existencia de un plazo de 12 meses para que se produzca la implantación preembrionaria, a contar desde el fallecimiento del varón, tutelando así los mismos derechos e intereses que este requisito protege en el caso de la inseminación *post mortem*.

Bibliografía:

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., <<Reproducción asistida *post mortem*>>, en *Aranzadi Civil*, 2.001-II.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., <<Premoriencia del marido>>, Dir. COBACHO GÓMEZ, J. A., Coord. INIESTA DELGADO, J. J., en *Comentarios a la Ley 14/2.006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007.
- GÁMIZ SANFELIU, M., <<Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas sobre el artículo 9 de la Ley 14/2.006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida>>, en *Actualidad Civil*, 2.009.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C., *Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2.003.
- PÉREZ GALLARDO, L. B., <<Inseminación artificial y transferencia de preembriones *post mortem*: procreación y nacimiento mas allá de los límites de la existencia humana>>, en *Revista General Legislación y Jurisprudencia*, 2.007.
- PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2.002.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2.006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2.013.

Referencias

ⁱ << No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer>>.

ⁱⁱ <<El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede>>.

ⁱⁱⁱ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2.006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2.013, pág. 77

^{iv} En esta línea, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., <<Reproducción asistida *post mortem*>>, en *Aranzadi Civil*, 2.001-II, pág. 2.166, planteó *de lege ferenda* si <<¿es sensato desde el punto obligar a que esa reproducción *post mortem* tenga lugar inmediatamente, cuando subsiste el dolor o la alteración derivada del fallecimiento de la pareja querida o, por el contrario, permitir que la misma se prolongue temporalmente mucho más, con el fin de propiciar que una opción tan importante sea debidamente pensada?>>

^v PÉREZ GALLARDO, L. B., <<Inseminación artificial y transferencia de preembriones *post mortem*: procreación y nacimiento mas allá de los límites de la existencia humana>>, en *Revista General Legislación y Jurisprudencia*, 2.007, pág. 615.

^{vi} GÁMIZ SANFELIU, M., <<Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas sobre el artículo 9 de la Ley 14/2.006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida>>, en *Actualidad Civil*, 2.009, pág. 23.

^{vii} Parece lógico que si la ampliación del plazo se realizó para otorgar a la viuda más tiempo para tomar su decisión, se pudiese no permitir una elección precipitada por parte de esta durante las primeras semanas tras el fallecimiento. Recomendado *de lege ferenda* por PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2.002, pág. 374.

^{viii} FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., <<Premoriencia del marido>>, Dir. COBACHO GÓMEZ, J. A., Coord. INIESTA DELGADO, J. J., en *Comentarios a la Ley 14/2.006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 338.

^{ix} El artículo 235-8 del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y a la Familia, prevé la posibilidad de que, mediando justa causa, la autoridad judicial pueda prorrogar el plazo de 270 días desde el fallecimiento del varón, por un periodo máximo de 90 días más.

^x FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., <<Premoriencia del marido>>, op. cit., pág. 339.

^{xi} GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C., *Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2.003, págs. 75 y 200.

^{xii} FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., <<Premoriencia del marido>>, op. cit., págs. 339-340.

^{xiii} RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., *Reproducción artificial post mortem*, op. cit., págs. 85-86.

^{xiv} Recordamos que aunque en sentido estricto esta expresión haga referencia exclusivamente al semen del varón, es aceptada por la doctrina mayoritaria una interpretación extensiva de la misma, dando cabida dentro de ella, al concepto de preembrión. Esto constituiría la base para el reconocimiento de la admisión por parte de la Ley de la transferencia *post mortem* de preembriones siempre que estos fueran constituidos anteriormente al fallecimiento del marido o compañero.