

REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PRESTADO POR EL CAUSANTE A LA REPRODUCCIÓN *POST MORTEM* TRAS LA RUPTURA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL¹

Sara Zubero Quintanilla

Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid

TITLE: *Revocation of the consent given by the cause to post-mortem reproduction after the breakdown of the marriage link*

RESUMEN: El artículo 9.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida permite la fecundación *post mortem* de la mujer con los gametos reproductores de su marido o pareja, en los términos y el plazo fijado por la ley. A tal fin, debe existir un consentimiento expreso del causante, no siendo posible la interpretación presunta o implícita de su voluntad. Asimismo, la norma prevé que quien prestare su consentimiento para la aplicación de las técnicas, en las anteriores circunstancias, podrá revocarlo en cualquier momento anterior a su realización. Con todo, no señala la forma en que aquel debe ponerse de manifiesto. En relación con la realidad anterior, cabe preguntarse acerca de la verdadera voluntad del hombre en el caso de que, sobrevenida una crisis matrimonial o de pareja, no hubiese revocado su consentimiento a la utilización de sus gametos reproductores tras el fallecimiento. A estos efectos, parece razonable valorar la posible aplicación analógica de las dos sentencias del Tribunal Supremo del 2018, sobre interpretación del testamento en casos de ruptura del vínculo conyugal, que entienden ineficaces las disposiciones testamentarias a favor del superviviente, ya sea excónyuge o expareja.

ABSTRACT: *Article 9.2 of the Law 14/2006 of 26 May on assisted human reproduction techniques allows post mortem fertilization of the woman with the reproductive gametes of her husband or partner, in the terms and within the term set by law. To this end, there must be an express consent of the deceased, the presumed or implicit interpretation of her will not being possible. Likewise, the norm provides that whoever gives its consent for the application of the techniques, in the above circumstances, may revoke it at any time prior to its performance. However, it does not indicate the way in which it should be revealed. In relation to the previous reality, it is worth asking about the true will of man in the event that, after a marital or couple crisis, he had not revoked his consent to the use of reproductive gametes after his death. . For these purposes, it seems reasonable to assess the possible analogical application of the two judgments of the Supreme Court of 2018, on interpretation of the will in cases of rupture of the marital bond, which they consider ineffective the testamentary provisions in favor of the survivor, either ex-spouse or ex-partner.*

PALABRAS CLAVE: sucesión testada, técnicas de reproducción humana asistida, fecundación *post mortem*, consentimiento, crisis matrimonial o de pareja.

KEY WORDS: *testate succession, assisted human reproduction techniques, post-mortem fertilization, consent, marital or partner crisis.*

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 XIX: Una reforma esperada y necesaria», dirigido por la Dra. María Teresa Álvarez Moreno.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANÁLISIS DEL CONSENTIMIENTO EXPRESO PREVISTO EN LA LTRHA CON APOYO EN LA JURISPRUDENCIA. 3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO SOBREVENIDA UNA RUPTURA. 4. PONDERACIÓN ANALÓGICA DE LA SOLUCIÓN DE LAS STS DE 2018 A LAS REPRODUCCIONES *POST MORTEM*. 4.1. *La voluntad del causante respecto a la utilización de su esperma con fines reproductivos*. 4.2. *La voluntad real del causante respecto al destino de los preembriones crioconservados comunes con su expareja o excónyuge*. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA) en términos similares a los de su predecesora Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (en adelante, Ley 35/1988), regula, en su artículo 9, bajo el título «premorienza del marido», la fecundación *post mortem*. No obstante, esta técnica de reproducción solo es admitida por la norma en el caso del fallecimiento del marido, si bien el propio precepto legal la extiende al varón no unido por vínculo matrimonial, y con la concurrencia de dos requisitos: el primero, de carácter temporal, cual es la utilización del material genético en la fecundación de la mujer dentro del plazo máximo de 12 meses contados desde el día siguiente al fallecimiento; el segundo, de carácter formal, siendo necesario el consentimiento expreso previo del fallecido en favor de su cónyuge o pareja, a través de los instrumentos previstos en el apartado segundo del artículo. El consentimiento presunto, en sentido positivo, se admite únicamente como excepción en el supuesto de que el cónyuge o la pareja supérstite hubiera estado sometida a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de los preembriones que se hubieran constituido con anterioridad al fallecimiento del hombre.

A nuestros efectos, esta regulación se complementa con las previsiones de los artículos 5, 10 y 11 de la LTRHA. El primero de ellos, relativo a los donantes y contratos de donación, que contempla únicamente las donaciones anónimas, salvaguardando el anonimato a excepción de las circunstancias extraordinarias señaladas en la norma, en centros especializados y autorizados, y con fines no lucrativos. En consecuencia, del tenor literal de la norma se infiere la prohibición de las donaciones en favor de terceros determinados, ya tengan vínculos familiares o no con el disponente, al objeto de que puedan hacer uso futuro de las prácticas reproductivas permitidas legalmente.

El segundo de los artículos, bajo el título de gestación subrogada, declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o un tercero. Esta prohibición supone un límite legal a la autonomía privada de quienes pretenden, bien

por problemas de fertilidad o por carecer de capacidad natural para procrear, ejercitar un derecho a la maternidad o paternidad no reconocido legalmente.

Por último, el artículo 11, sobre crioconservación de gametos y preembriones, dispone los destinos posibles, tanto de los preembriones como de los gametos reproductivos previamente extraídos y conservados en un centro especializado a estos efectos, cuales son: su utilización por la propia mujer o su cónyuge, la donación con fines reproductivos, la donación con fines de investigación, y el cese de su conservación sin otra utilización. Cabe advertir que, pese a que el precepto no especifica el sentido de la donación con fines reproductivos, de las disposiciones normativas se deduce que toda donación deberá seguir los términos indicados en el artículo 5 de la norma, con adaptación de sus disposiciones cuando la donación se refiera a preembriones, y con los límites previstos en el artículo 9.

La regulación del ordenamiento jurídico español en esta materia es una de las más flexibles de nuestro entorno, incluso nuestro país puede ser considerado como destino reproductivo para determinados supuestos. Con todo, no admite de forma genérica todos los casos de fecundación mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, sino solo aquellos que están tasados, donde la voluntad del titular del material genético está sujeta a requisitos concretos.

Pese a lo expuesto, la previsión en favor de la salvaguarda de la voluntad del causante, regulada en el artículo 9, es susceptible de análisis y valoración cuando concurren determinadas circunstancias. En concreto, en el momento en que sobreviene una crisis matrimonial o de pareja toda vez que el testamento, o un documento análogo, ha sido otorgado. Ante estos hechos parece razonable interpretar la voluntad real del causante cuando habiendo otorgado su consentimiento expreso a la conservación y/o utilización de sus gametos reproductores, o a la crioconservación de preembriones, con fines reproductivos, se produjera una crisis o una ruptura del vínculo existente con la beneficiaria y, antes de que el interesado llevara a cabo una revocación de su declaración en los citados términos, sobreviniera su fallecimiento.

En este sentido, cabe traer a colación los considerandos jurisprudenciales de dos sentencias de Tribunal Supremo de 2018 que, apartándose de la línea tradicional en favor de la institución del cónyuge o la pareja de hecho como heredero o legatario, respectivamente, se pronuncian en sentido positivo a la ineficacia de las disposiciones testamentarias favorables a aquellos en los casos de nulidad, separación y divorcio. De este modo, podría alegarse que si es posible la exclusión del cónyuge o la pareja cuando el objeto sucesorio es de contenido patrimonial, con igual o mayor razón lo

sería en aquellos supuestos donde el objeto de discusión fuera de carácter biológico y en los que podría tomarse en consideración el interés superior del futuro nacido.

Como se desarrollará en los apartados del presente trabajo, la ponderación de la aplicación analógica de la doctrina precedente del Tribunal Supremo a los supuestos de hecho descritos es compleja, pero de merecida atención, ya que la solución que se adopte respecto a la materia tiene importante repercusión en el ámbito del derecho de familia y en ciertos aspectos sucesorios de las partes implicadas².

2. ANÁLISIS DEL CONSENTIMIENTO EXPRESO PREVISTO EN LA LTRHA CON APOYO EN LA JURISPRUDENCIA

A fin de que pueda ser efectiva la fecundación *post mortem*, es un requisito indispensable la concurrencia del consentimiento expreso del varón para disponer del material genético propio con fines reproductivos. La forma en que deberá ser efectuado se prevé en el apartado segundo del artículo 9 LTRHA. En este sentido, será preciso que la declaración de voluntad del titular del material reproductor, libre, consciente y formal conste en el documento proporcionado por la clínica de fertilidad autorizada, en escritura pública, un testamento o que sea posible su acreditación mediante un documento de instrucciones previas. Se trata de una declaración de carácter personalísimo y revocable.

Este requisito del consentimiento expreso del hombre ha sido reiterado, en diversas ocasiones, en la doctrina jurisprudencial, tanto en el marco de la Ley 35/1988 como en el de la vigente LTRHA.

A estos efectos, es de interés referirse a la SAP A Coruña 3 noviembre 2000 (AC\2001\183), adoptada con ocasión de la apelación formulada por el Ministerio Fiscal al auto dictado por el juzgado de primera instancia n.º 3 de Ferrol, que autorizó la inseminación de doña Paloma con el esperma de su esposo fallecido, don José Antonio, depositado en el banco de semen del hospital clínico de Barcelona. El tribunal de apelación, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 35/1988, afirmó que, como presupuesto para la utilización del material genético del cónyuge o pareja, era necesario el cumplimiento de los requisitos legales, que se concretan en cuatro: consentimiento expresado en los documentos señalados, utilización del material genético en el plazo establecido, carácter personalísimo del consentimiento y posibilidad de revocabilidad de dicho consentimiento en cualquier momento³. La

² Incluso, con respecto a este último particular, cabría valorar, como indicaremos, la posible aplicación de la más reciente doctrina jurisprudencial sobre la regla *rebus sic stantibus*.

³ El punto 5 del fundamento de derecho cuarto se expresa en los términos siguientes: «De la dicción de tal precepto podemos deducir que la utilización del material genético del cónyuge o varón no unido por vínculo matrimonial fallecido, la condiciona la Ley al cumplimiento de los requisitos siguientes: 1) que

audiencia, entendiendo que se trata de una aspiración humana atendible utilizar con carácter póstumo el semen de la pareja premuerta, y que la ley prevé dicha posibilidad, recuerda que se encuentra condicionada al imprescindible cumplimiento de los requisitos previstos, que en ningún caso podrán ser sustituidos por otros, como sería el consentimiento de los parientes más próximos o por autorización judicial. Por los motivos descritos, estimó el recurso interpuesto y, en su virtud, revocó el auto de primera instancia, no autorizando la inseminación *post mortem* pretendida al faltar el necesario consentimiento personal, expreso e indubitado del fallecido.

Por su parte, la SAP Valencia, en auto de 23 de diciembre de 2003 (JUR\2004\164422), tras realizar un análisis de los preceptos de la Ley 35/1988, en concreto del 6 y del 9, señala que de la regulación contenida en el último de ellos se infiere una prohibición legal y general de la fecundación *post mortem*, que es admitida como excepción siempre que se cumplan los requisitos del consentimiento expreso y fehaciente y que se practique en el plazo señalado legalmente. En consecuencia, en el razonamiento jurídico séptimo del auto se advierte que la exigencia legal del consentimiento para practicar la inseminación *post mortem* no puede ser obviada por vía interpretativa, ni puede ser suplida por un órgano judicial, en la medida en que no se trata de una voluntad que se deba completar⁴.

En la misma línea se expresa el fundamento de derecho tercero del auto de la AP de Barcelona, 16 de septiembre de 2004 (JUR\2004\292813), adoptado con ocasión del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 19 de septiembre de 2003 dictada por el juzgado de primera instancia n.º 1 de Cerdanyola del Vallés, por el que se denegó la solicitud de doña María Ángeles para ser inseminada con el material genético reproductor de su difunto esposo.

haya expresado su consentimiento en escritura pública o testamento, es decir de forma indubitada, con intervención de un fedatario público que así recoja y constate dicha autorización; 2) que sea utilizado dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento, período temporal en el que la mujer deberá expresar su voluntad receptiva al respecto, ya que evidentemente su inseminación con el semen identificado del que fue su marido o pareja requiere la bilateralidad; 3) dicho consentimiento es un acto personalísimo, que no puede ser suplido por los herederos del cónyuge o pareja premuerta, y 4) que es sustancialmente revocable, en cuanto la Ley señala que podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de tales prácticas, siendo obvio que en tal caso la inseminación no puede tener lugar».

⁴ El auto de la SAP Valencia 23 diciembre, en su razonamiento jurídico séptimo, dice: «[...] aunque en la Legislación sobre reproducción asistida examinada, prime el deseo de una maternidad en solitario sobre el hecho de que el hijo nazca en una familia no monoparental, cuando éste se ha de concebir por una inseminación *post mortem* del marido fallecido, ha de mediar su consentimiento expreso per se no sustituible, produciendo los efectos de filiación lógicos de modo que, la exclusión de estos efectos sólo opera como sanción a que, en contravención de ello, dicha inseminación se practique sin autorización, no como medio alternativo [...]».

Asimismo, el auto del juzgado de primera instancia n.º 17 de Valencia (AC\2004\1983), de 29 de octubre, en su fundamento de derecho tercero, incide sobre el carácter personalísimo de la declaración de voluntad del causante. Por dicha razón, señala que en ningún caso podrá ser completada en supuestos donde la persona tenga limitada capacidad de obrar, y menos aún podrá ser suplida en ausencia de capacidad jurídica, como ocurre cuando se trata de una persona fallecida.

Como adelantamos, estos criterios jurisprudenciales se mantienen tras la aprobación de la vigente LTRHA que derogó la Ley 35/1988. Claro exponente de ello es la resolución adoptada en la AP de Santa Cruz de Tenerife, en auto de 2 de junio de 2010 (AC\2010\1755), con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la actora frente al auto dictado por el juzgado de primera instancia n.º 6 de Santa Cruz de Tenerife, en fecha 30 de septiembre de 2009, que denegaba la solicitud de doña Flor sobre autorización para proceder a la inseminación con el material reproductor de su esposo fallecido, don Ignacio. El tribunal de apelación afirmó la inexistencia de precepto legal alguno que permita una autorización judicial en los términos señalados por la recurrente. De los preceptos de la ley se evidencia la necesidad de concurrir el consentimiento del marido, expresado en los documentos contemplados en la norma, si bien dicho consentimiento puede presumirse en el supuesto que el cónyuge superviviente hubiera iniciado un proceso de reproducción asistida con el fin de transferir preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. En la resolución se reitera el carácter revocable y la naturaleza personalísima del consentimiento⁵.

De este auto también son de interés las consideraciones sobre los documentos que la ley contempla como medios, adecuados y únicos, para materializar el consentimiento libre, consciente y formal del esposo. A este respecto, el artículo 9 de la LTRHA incorpora, junto al documento público y al testamento, el llamado «documento de instrucciones previas», que se encuentra definido en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Este documento sirve para manifestar anticipadamente la voluntad de la persona sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo y órganos. Para el tribunal, solo un consentimiento expreso sobre la utilización póstuma del material genético otorgado en alguno de los documentos cumple la exigencia

⁵ El fundamento de derecho segundo *in fine* dice: «[...] la autorización requerida al marido es personalísima, sin que pueda ser suplida por nadie, menos aun cuando ya se ha extinguido la personalidad civil por la muerte de la persona [...], y formal, sin que quepa ser suplida por otras pruebas documentales o testificales».

legal⁶. Las razones expuestas llevaron a la audiencia provincial a desestimar el recurso de apelación formulado y a confirmar el auto de primera instancia, no habilitando la utilización póstuma del semen del marido fallecido por la esposa supérstite.

La concurrencia de las exigencias formales se reitera en el auto de la AP Barcelona, 17 de mayo de 2011 (AC\2011\553), cuando, en su fundamento de derecho segundo, constata que la ausencia de escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas, en la que se haga constar el consentimiento para la utilización *post mortem* del material reproductor del fallecido, supone la ausencia de una exigencia formal que no puede ser suplida por audiencias familiares ni por testificales. La misma audiencia, en auto de 12 de julio de 2011 (JUR\2011\373587), con apoyo en las normas del Código de Familia propio, pone en valor el carácter formalista del consentimiento expreso del fallecido para poder utilizar *post mortem* material genético. Así lo expone en su fundamento de derecho tercero cuando afirma el cumplimiento de los requisitos legales exigidos en los artículos 9.2 de la LTRHA en relación con el artículo 92 del Código de Familia catalán⁷, respecto al documento sanitario en el que el fallecido prestó su autorización.

⁶ El párrafo primero del auto de la audiencia dice: «cabe mantener que de lo actuado tampoco se desprende la existencia del documento público, testamento o documento de instrucciones previas, que la Ley de Reproducción Asistida requiere como forma en la que se preste el consentimiento libre, consciente y formal por el esposo, para que se proceda a utilizar el material reproductor cuya congelación autorizó a la Unidad de Reproducción Humana Asistida del Hospital Universitario de Canarias el 2 de enero de 2005, y ello pese a constar que fue suficientemente informado de ello en el mismo documento donde autorizó la congelación de la muestra de semen, si bien, en aquel momento todavía no estaba regulada la forma de las instrucciones previas. // En tal sentido la carta de fecha 15 de mayo de 2008 mecanografiada y firmada por el fallecido esposo de la promotora, su madre y su hermana, no tienen la consideración de documento público, ni de testamento ni de instrucciones previas».

⁷ Artículo 92 de Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia: «1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en documento extendido ante un centro autorizado o en documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha prestado el consentimiento. 2. En la fecundación asistida practicada después de la muerte del marido con gametos de éste, el nacido se tiene por hijo suyo, siempre que concurren en la misma las siguientes condiciones: a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después de su muerte. b) Que se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple. c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de doscientos setenta días después de la muerte del marido. Dicho plazo puede ser prorrogado por la autoridad judicial, por causa justa y por un tiempo máximo de noventa días». Hoy dicho precepto ha sido derogado por el actual 235-8 del Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia que prevé en términos semejantes: «1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento. 2. En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones: a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la

Ante lo expuesto, y pese a mantener el carácter personalísimo, expreso y formal del consentimiento del cónyuge, es de interés la resolución del juzgado de primera instancia n.º 4 de Valladolid, que, en sentencia de 12 de diciembre de 2007 (AC\2011\553), denegó la solicitud de doña Estela para que se autorizara judicialmente la utilización del material genético de don Roque, su esposo fallecido, a fin de proceder a una inseminación artificial. Esta sentencia, reiterando los criterios judiciales expresados anteriormente, profundiza en el contenido que debe tener el documento de instrucciones previas a los fines de servir como vehículo de expresión del consentimiento, libre e informado, exigido por la norma⁸, así como los requisitos que deben concurrir para que opere la presunción del consentimiento que la ley contempla.

En primer lugar, la resolución afirma que, desde la primera norma aprobada en nuestro país sobre técnicas de reproducción asistida, el legislador se inclinó por entender que solo la voluntad previamente expresada por el difunto legitimaría la autorización para el uso de su material genético.

En segundo lugar, se valora si en el caso enjuiciado se dan las circunstancias para entender prestado el consentimiento en el documento mencionado en el artículo 6.3 o se trata de un consentimiento tácito derivado de la iniciación del tratamiento. Al respecto se razona, con apoyo en la propia dicción de la norma, que la remisión que hace el artículo 9 de la LTRHA al artículo 6.3 del mismo cuerpo legal, en lo relativo a la posibilidad de utilizar el documento en él previsto para el consentimiento de la utilización *post mortem* del material genético, no elude una referencia expresa en tal sentido, sin que pueda entenderse que el consentimiento prestado en aquel documento por el marido, para que la esposa se sometiera a un tratamiento de reproducción asistida, alcance a una habilitación de utilización *post mortem* de su material genético por su cónyuge supérstite⁹.

fecundación asistida después del fallecimiento. b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple. c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días».

⁸ Como advierte FUGARDO ESTIVILL, José María, *Procreación humana y acciones de responsabilidad. Derecho español y comparado*, J. B. Bosch, Barcelona, 2018, p. 89, la necesidad del consentimiento informado encuentra su fundamento en la dignidad, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, y la integridad física y moral de la persona, y se sustenta en el articulado del marco constitucional y en diversos pactos y declaraciones internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, entre otros.

⁹ El fundamento jurídico segundo de la sentencia dice: «[...] el art. 9 se remite al art. 6.3 en lo relativo a la posibilidad de que en ese documento se preste el consentimiento para la utilización “post mortem” del material genético del marido. Quiere ello decir que el hecho de que se autorice a la esposa a someterse a tratamiento, por así exigirlo la Ley, sólo implica ese consentimiento, aunque la Ley contemple que en ese mismo documento se puede incorporar la autorización del art. 9». Para más adelante añadir: «Lejos de

En todo caso, resulta de interés resaltar lo razonado por la sentencia, tras lo antes afirmado, en el sentido de considerar como poco afortunada la redacción del consentimiento informado elaborado por las autoridades sanitarias, al entender que, vista la redacción legal, debería haberse requerido al marido sobre dicha posibilidad, a fin de contar con un pronunciamiento expreso que permitiera conocer su verdadera voluntad. De este modo, se hubiera evitado que siendo aquella favorable a la utilización no pudiera ser atendida por el incumplimiento de las formalidades legales. Afirmación anterior que tiene apoyo en la sentencia dictada por la Corte de apelación civil británica el 27 de febrero de 1997, en el caso conocido como «Diane Blood»¹⁰, el cual, tomando como referente la Declaración Europea de Derechos Humanos, demandaba de los responsables de tratamientos conjuntos de hombres y mujeres procurar tanto el consentimiento relativo a la conservación del material genético como el concerniente a su posible utilización póstuma.

En tercer y último lugar, la sentencia se plantea las exigencias legales del consentimiento presunto negando la posibilidad demandada de que pueda entenderse otorgado por estar iniciado el tratamiento. En ella se recuerda la exigencia de que existan preembriones constituidos antes del fallecimiento del marido y se aclara que, por preembrión, se entiende el embrión *in vitro*, es decir, el grupo de células resultante desde la fecundación hasta catorce días después. Por ello, al no existir todavía material genético del marido, como lo atestiguó el informe del médico forense, se negó la existencia de dicho consentimiento debido a la imposibilidad de que pudiera cumplirse la única condición que la norma establece.

En relación con los considerandos de esta última sentencia, ha sido la doctrina científica la que se ha planteado la posible flexibilización del rigorismo legal, particularmente en casos de muerte sobrevenida e imprevista, a fin de evitar resultados que diferirían del conocido, e incluso expresado, deseo del titular del material genético fallecido¹¹. Sobre este particular, el consentimiento bien presunto o

entenderlo así, el art. 9 es claro al exigir una autorización expresa y rotunda del marido. Lo único que la Ley ha matizado en la reforma del año 2006 es que, además de los documentos tradicionalmente vinculados a mayores formalidades, como las escrituras públicas o los testamentos, hay otros documentos, como el del art. 6.3, en los que se puede incorporar esa autorización». DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «Pérdida irreparable de preembriones crioconservados y daño moral de la viuda», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2017), nº 762, pp. 1951 y 1952, con la finalidad de evitar problemas como los del auto del juzgado de primera instancia n.º 4 de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007, opina que, en los consentimientos informados de las diversas clínicas, el marido debería ser expresamente preguntado sobre la posibilidad de que se utilice el material reproductor *post mortem*.

¹⁰ Cfr. BLOOD, Diane, *Flesh and Blood. The Human Story Behind the Headlines*. Mainstream Publishing. Edinburg and London, 2004.

¹¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Artículo 9. Premoriencia del marido», en AA.VV., *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 334, considera que es conveniente y necesaria una revocación expresa, cualquiera que

implícito del fallecido ha sido estimado o tenido en consideración en otros ordenamientos jurídicos, como en EE. UU.¹² o Israel¹³. En este sentido, se ha discutido acerca del reconocimiento de una presunción positiva o negativa de la voluntad del causante ante su silencio, así como se ha contemplado la posible interpretación del consentimiento del fallecido con apoyo en hechos, pruebas testificales y documentos privados de aquel al objeto de hacer o no efectiva su autonomía de la voluntad sobre la extracción, conservación y futura utilización de sus gametos con fines reproductores. Con todo, se advierte de las preocupaciones legales, prácticas y éticas, que dicho hecho provoca.

En este aspecto nuestra legislación es clara, sin consentimiento expreso no es posible la fecundación *post mortem*, salvo en el exclusivo supuesto en que el cónyuge superviviente o la pareja de hecho del difunto hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido¹⁴. Esta excepción a la regla general, parece que no solo se

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. De igual modo, es posible afirmar con RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *Reproducción artificial post mortem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 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 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 titulado «La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico», *Revista boliviana de Derecho* (2015), nº 20, 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.

¹² Vid. Supreme Court of the State of New York, Country of Westchester. In the Matter of the Application of Monica Zhu and Yongmin Zhu for an Order Directing The Retrieval of Genetic Material (Index No. 53327/2019). Disponible en: <https://www.documentcloud.org/documents/6018186-Peter-Zhu-Sperm-Retrieval-Decision.html> [Consulta: 10 abril 2021].

¹³ Cfr. WESTREICH, Avshalom, *Assisted Reproduction in Israel. Law, Religion and Culture*, Brill, Leiden. Boston, 2018.

¹⁴ Para GERI, Leonardo, «Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina», *Revista de Bioética y Derecho* (2019), pp. 160 y 161, solo debería admitirse el consentimiento presunto a la transferencia *post mortem* de los embriones criopreservados al tiempo de la muerte. Sin embargo, debería exigirse el consentimiento expreso a las demás variantes de reproducción *post mortem*, esto es a la extracción cadavérica y para el uso de gametos criopreservados. STRAW, Cecilia, «¿Autonomía de la voluntad en el derecho de las familias? Opiniones socio-jurídicas sobre filiación de usuarios de técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametos y/o gestación por sustitución», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (2018), nº 38, p. 267, pone de relieve el protagonismo que el elemento volitivo tiene en el uso de las tecnologías reproductivas.

apoya en la voluntad presunta del cónyuge premuerto, sino que se sustenta también en la voluntad expresa del cotitular del material reproductor, el cónyuge o pareja superviviente¹⁵. De este modo, la norma habla únicamente de preembriones, pero nunca contempla el material reproductor independiente del varón.

Por el contrario, más dudas genera el análisis e interpretación de la declaración revocatoria del consentimiento. El artículo 9.2 de la LTRHA dispone que «...El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas». Tras su lectura se advierte que este precepto no señala la forma en que debe llevarse a cabo. Por dicho motivo, como ha señalado la doctrina, existen diversas posiciones al respecto, quienes admiten la revocación por medio de documento privado y quienes entienden que podría considerarse la necesidad de que deba seguirse el mismo procedimiento que el requerido para la emisión de la declaración de voluntad en sentido positivo. A todos los efectos, y había cuenta del principio de libertad de forma que preside, con carácter general, las actuaciones en el seno de los negocios jurídicos privados, es posible sostener que, ante la ausencia de determinación legal concreta, sea admisible cualquier forma para revocar un consentimiento previamente expresado. En caso contrario, el precepto legal hubiera podido concretar las formalidades exigidas, como lo ha hecho para la manifestación del consentimiento. Con todo, ello no está exento de riesgos, pues la seguridad jurídica parece reclamar la utilización de uno de cualesquiera de los medios exigidos por la norma para el consentimiento, aunque fuera distinto del empleado en este¹⁶.

¹⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Artículo 9. Premoriencia del marido», *op. cit.*, pp. 330-331, advierte que la excepción del número 2 del artículo 9 LTRHA se apoya solo en una evidente voluntad del marido, por lo que se podría pensar que el factor determinante de la solución acogida por el legislador puede ser bien proteger el embrión bien permitir a la viuda, cuyo material reproductor también está presente en el embrión, culminar el proyecto de vida compartido ante una falta de oposición o prohibición expresa del fallecido.

¹⁶ Parece razonable la opinión de REVERTE NAVARRO, Antonio, «Consideraciones desde el punto de vista del Derecho Civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Discurso de apertura del curso académico 1992-93, 1992, p. 33, cuando dice que la revocación del consentimiento, ante el silencio de la ley, podría entenderse que debe revestir la misma forma que para su emisión y constancia, pero dado el criterio restrictivo que para él debe adoptarse en la fecundación *post mortem*, sería válida y eficaz la revocación en documento privado. Como señala ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (2002), n.º 6, p. 126, incluso la revocación del consentimiento emitido en el propio testamento podría formalizarse en documento de distinta naturaleza e incluso, añade, mediante una interpretación de los hechos concluyentes del donante. En su opinión, el cambio de voluntad, cualquiera que sea su forma de emisión, parece que desvirtuaría el consentimiento anterior. PÉREZ GALLARDO, Leonardo, «Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas* (2007), p. 154, considera que el

Pese a las consideraciones precedentes, en lo que ahora nos ocupa, y como desarrollaremos en los apartados siguientes, entendemos que se podrían generar problemas, y derivar en situaciones injustas, a partir de aquellos supuestos en que, tras un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, se produjera, de manera sobrevenida, el fallecimiento del hombre sin que hubiera tenido la oportunidad de revocar su declaración. Este hecho nos lleva a valorar la posibilidad de reconocimiento de una revocación presunta o implícita del consentimiento atendiendo a la concurrencia de circunstancias particulares.

3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO SOBREVENIDA UNA RUPTURA

Al objeto de ponderar la efectividad de la voluntad del causante en caso de que falleciera antes de haber revocado un consentimiento anterior en favor de su cónyuge o pareja, toda vez que hubiera tenido lugar la ruptura del vínculo conyugal o la simple separación de hecho tras el otorgamiento de un testamento, o la emisión de alguno de los documentos previstos en la LTRHA, tiene relevancia traer a colación las interpretaciones de la doctrina científica y jurisprudencial a favor y en contra de la ineficacia de la institución del excónyuge o la expareja como heredero o legatario. Ello a fin de determinar si podría adoptarse una solución similar en los supuestos en que el objeto de consentimiento fuera el material biológico del fallecido, bien sus gametos reproductores bien los preembriones constituidos antes de su fallecimiento y criopreservados, dada la general revocabilidad contemplada en la LTRHA. En cualquier caso, como indicaremos más adelante, ante la inseguridad jurídica que puede producirse, cabría hacer una propuesta de *lege ferenda* para modificar los aspectos de nuestras normas susceptibles de generar vacíos legales.

Como adelantamos, la norma analizada no contiene exigencias formales relativas a la revocación del consentimiento. Esta circunstancia parece permitir la posibilidad de que la revocación del consentimiento favorable a la realización de las técnicas de reproducción asistida *post mortem* pueda producirse de manera diferente a la de su

artículo 9.2 primer párrafo *in fine* de la LTRHA, al prever la posible revocación del consentimiento, no regula la forma de exteriorizarla, lo que hace suponer la posibilidad de revocación a través de una manera distinta a aquella en que se expresó la voluntad de disponer el esperma. Incluso dice que hay quien sostiene que la revocación cabría por hechos concluyentes. FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Artículo 9. Premoriencia del marido», 2007, *op. cit.*, p. 334-335, al plantearse la problemática que podría surgir en la revocación del consentimiento materializado en un testamento por la concurrencia de otro posterior en el que no haya referencia específica a la revocación, estima que los problemas se resolverían con la exigencia legal de un documento específico para contener la autorización o consentimiento que obligaría a la necesidad de una revocación singular que no dejara lugar a dudas acerca de la verdadera voluntad del interesado.

otorgamiento y, con ello, atender no solo a la voluntad expresa del titular del material biológico, sino también a su voluntad presunta o implícita¹⁷.

A nuestros efectos, procede recordar que ningún precepto del Código Civil, al contrario de lo que ocurre en otros derechos civiles propios de distintas Comunidades Autónomas¹⁸, prevé la ineficacia de las disposiciones voluntarias hechas en testamento por un cónyuge en favor del otro cuando sobreviene la nulidad, separación o el divorcio antes de la apertura de la sucesión. Únicamente el artículo 743 del citado cuerpo legal se refiere a la ineficacia del testamento en términos muy restrictivos, en los casos expresamente previstos en él¹⁹.

¹⁷ Cabría hacer una matización acerca de los términos, presunto, tácito e implícito, ya que en algún caso la doctrina y jurisprudencia se pueden referir a ellos bien como sinónimos bien como términos con significados diferentes. En lo que a su alcance se refiere, considero que sería más adecuado utilizar el término presunto como una suposición siempre y cuando así lo prevea la ley. De este modo, la solución se aplicaría a todos los supuestos de hecho por igual. Sin embargo, los términos implícito o tácito deberían reservarse cuando lo que se pretenda sea deducir la voluntad de la persona en atención a hechos, declaraciones o alegaciones. En este sentido, se atendería a las particularidades del caso concreto.

¹⁸ El artículo 422-13, sobre «ineficacia sobrevinida por crisis matrimonial o de convivencia», de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, señala: «1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o legalmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte hay pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación. 2. Las disposiciones a favor del conviviente en pareja estable devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia, o se extingue la unión por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos. 3. Las disposiciones a favor del cónyuge o del conviviente en pareja estable mantienen la eficacia si del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos regulados por los apartados 1 y 2. 4. El presente artículo también se aplica a los parientes que solo lo sean del cónyuge o conviviente, en línea directa o en línea colateral dentro del cuarto grado, tanto por consanguinidad como por afinidad». Asimismo, en el Derecho Foral de Aragón, tratando de superar los aspectos negativos que la ausencia de regulación específica y la aplicación analógica generan en el marco del CC, como señala el propio Preámbulo del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, «[...] ha parecido útil distinguir [...] diversas clases de invalidez de los testamentos y de las disposiciones testamentarias, y las consecuencias de cada una de ellas, [...]». A nuestros efectos, declara, en su artículo 438, que «salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin».

¹⁹ Lo señalado lo es sin perjuicio de las disposiciones legales contenidas en el artículo 834 CC, en lo relativo a la legítima del cónyuge viudo, y en el artículo 945 CC, que se refiere al llamamiento en la sucesión intestada del cónyuge. En ambos preceptos, la separación legal o de hecho motiva la pérdida de los derechos que el Código Civil reconoce en favor del cónyuge supérstite.

Ante este vacío legal, la doctrina se encuentra dividida respecto a la determinación de la verdadera voluntad del testador ante cambios sobrevenidos tras el otorgamiento del testamento. Para algunos autores, la literalidad del testamento es la única forma de constatar la voluntad del testador, por lo que la separación legal o de hecho del cónyuge instituido heredero no desvirtuaría aquella, salvo que existiera un acto revocatorio expreso de lo dispuesto por el testador. Para otros autores, la voluntad del testador, en estos supuestos, deriva de una interpretación integradora de las disposiciones testamentarias, la cual permite acreditar que la condición del cónyuge era la razón de su institución como heredero, lo que reclama, a su vez, una necesaria declaración judicial en tal sentido. Finalmente, un tercer sector de la doctrina, en atención a lo dispuesto en el artículo 767.1²⁰ CC, relativo a la causa falsa²¹, entiende que la separación sobrevenida del cónyuge del testador justifica, por sí misma, la ineficacia de la disposición hecha en su favor²².

²⁰ Recordemos la previsión del artículo 767.1 CC: «*La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa...*».

²¹ En el presente trabajo no vamos a profundizar sobre la causa falsa dado que fue objeto de tratamiento en ZUBERO QUINTANILLA, Sara, «La voluntad real del testador: ineficacia de disposiciones testamentarias por crisis posterior al otorgamiento del testamento», *Revista de Derecho Privado* (2020), núm. 4.

²² ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias», *Anuario de Derecho civil* (1954), fasc. 2, p. 331, señala que el artículo 767 CC requiere que se pruebe mediante el testamento cuál fue el motivo o la causa y que conste en él el carácter determinante de la misma. Asimismo, indica que el artículo 767 CC restringe la determinación del carácter decisivo del error a la prueba intrínseca. En sentido contrario, JORDANO BAREA, Juan, *El testamento y su interpretación*, Comares, 1999, pp. 69-70, considera que el artículo 767 CC está subordinado a la norma fundamental del artículo 675, precepto este que circunscribe el objeto (voluntad declarada), pero no los materiales (intrínsecos o extrínsecos) de la interpretación testamentaria. Cfr. GÓMEZ CALLE, María Esther, *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Thomson Civitas, 2007, pp. 337 a 344. La autora, tras referirse a las tres posiciones doctrinales que a su juicio cabe distinguir, considera que la tercera tesis es la preferible, ya que si conforme al art. 767.1 CC es ineficaz la disposición, cuando la causa expresada en el testamento y determinante de la disposición es falsa, carecería de sentido dar un tratamiento diferente a los supuestos en los que la misma causa desaparezca después de otorgarse el testamento. Para DE LA IGLESIA MONGE, María Isabel, «Interpretación de la voluntad del testador cuando se ha producido un cambio de circunstancias», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* (2019), núm. 772, p. 889, la ineficacia de las disposiciones testamentarias por revocación tácita del testamento por el testador divorciado o separado de su pareja, que se regula en algunos derechos civiles especiales y que ha acogido las sentencias del TS de 2018, sería motivo suficiente para una reforma del Código Civil en el sentido de considerar una revocación automática de las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge para los supuestos en los que sobreviniera una crisis matrimonial que desembocase en nulidad, divorcio o separación, ya sea judicial o de hecho, o de cese de la convivencia. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «El divorcio o cese de la convivencia y su relevancia sobre las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge o pareja de hecho», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2019), núm. 776, p. 3026, opina lo procedente en aras de una mayor seguridad jurídica sería incluir en el CC una norma de integración dispositiva que determine la ineficacia de la institución hereditaria ante situaciones de crisis de pareja sobrevenida, como se hace mayoritariamente en

Es por lo anterior, y pese a la literalidad del artículo 675.1²³ CC, cuando apela al sentido textual para entender el alcance y sentido de la disposición testamentaria, que la salvaguarda que el propio precepto hace en favor de la voluntad real del testador, en los supuestos en que esta aparezca como clara, haya acogido, como consecuencia lógica de la crisis sobrevenida, la ineficacia de la disposición testamentaria en favor del cónyuge o la pareja supérstite por expresar una causa que ha devenido falsa. En esta línea, son de interés las resoluciones 531 y 539 de 2018 del Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal, en la STS 531/2018, 26 septiembre (Roj: STS 3378/2018), y la STS 539/2018, 28 septiembre (Roj: STS 3263/2018), se pronunció a favor de la ineficacia de la institución como legatario o heredero, respectivamente, 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, en las dos sentencias se argumenta que, conforme al artículo 675 CC, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la

ordenamientos jurídicos autonómicos o extranjeros cercanos a nuestro entorno. La autora se inclina por una norma de integración dispositiva y presuntiva a fin de respetar al máximo la voluntad del testador que le permita optar por la eficacia de la institución de heredero o legatario del cónyuge o pareja de hecho aun habiéndose producido la crisis matrimonial o de pareja. MORETÓN SANZ, María Fernanda, «El nuevo derecho civil foral sucesorio: la codificación navarra, aragonesa y gallega y la ineficacia *ope legis* de disposiciones testamentarias hechas en favor de la expareja, sea matrimonial o de hecho y se haya producido disolución del vínculo o la separación sea fáctica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2019), núm. 776, pp. 3083-3084, tras constatar que el derecho foral ha resuelto lo que no conocía, como es la disolución matrimonial o la previsión de las parejas de hecho o su ruptura al considerarlas modificaciones sobrevenidas de las circunstancias determinantes del legado o la disposición hereditaria que derivan *ope legis* en la revocación del contenido patrimonial del testamento, entiende que mientras no se produzca la renovación del derecho civil común y, en defecto de otra vía, habrá de alargarse la causa falsa del artículo 767 del CC, sin perjuicio de ser ello una forzada aplicación normativa que no fue prevista para las circunstancias de la ruptura conyugal. VELA SÁNCHEZ, Antonio J., «Institución de heredero o legado y crisis matrimonial o de pareja de hecho. A propósito de las SSTS, Sala 1ª, de 26 y 28 de septiembre de 2018», *Diario la Ley* (2019), núm. 9526, p. 13, comparte la opinión doctrina que en estos supuestos de crisis sobrevenida no nos encontramos ante una condición expresa que después se incumpla, sino ante una institución pura y simple en la que se produce una variación sobrevenida, cual es el posterior divorcio del testador y del instituido heredero o nombrado legatario. Circunstancia esta que habrá que juzgar para acordar si tal suceso, por sí mismo, produce la ineficacia de la disposición testamentaria, lo cual es evidente para la jurisprudencia sentada por el TS en 2018.

²³ Artículo 675.1 CC: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento...».

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 cónyuge fue la razón concluyente de la voluntad del testador²⁴.

De este modo, dicha condición de cónyuge o pareja de hecho prevalece en el discernimiento de la voluntad del causante sobre otros elementos concurrentes, como la expresión en el testamento del nombre y apellidos de aquellos o el tiempo transcurrido entre la redacción del testamento y el fallecimiento del causante sin que se hubieran rectificado las disposiciones de aquel, tras la ruptura del vínculo, que beneficiaban al cónyuge o a la pareja de hecho superviviente.

Siguiendo esta línea argumental, en principio, parece que no habría dificultad, ante la ausencia de exigencias formales, para entender ineficaz el consentimiento previo en favor de la reproducción artificial *post mortem* sobrevenida una crisis matrimonial en un momento posterior al otorgamiento de aquel. Sobre todo, en los supuestos en que el fallecimiento del testador tuviera lugar de forma repentina, como profundizaremos en el siguiente apartado del trabajo.

Junto a lo anterior, cabe advertir que la interpretación del Tribunal Supremo, sobre las consecuencias que una posterior crisis matrimonial tiene en la declaración de voluntad previa del testador afectado por aquella, no se corresponde con la mantenida hasta la fecha por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN). Con todo, dicho órgano no excluye los efectos de las crisis matrimoniales posteriores y habilita que mediante pronunciamiento judicial pueda resolverse, atendiendo al supuesto de hecho concreto, sobre la voluntad presunta del testador conforme a los hechos posteriores no previstos en el momento de formalizar el testamento.

²⁴ Como señala el fundamento tercero de ambas sentencias: «1. A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código Civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767.1 CC, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz. 2. Conforme al artículo 675 CC, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del artículo 767.1 CC, que se refiere a la “expresión” del motivo de la institución o del nombramiento del legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja».

En esta línea debe citarse la resolución de la DGRN, de 27 de febrero de 2019, adoptada con ocasión del recurso interpuesto contra la calificación del Registrador de la propiedad de Jerez de la Frontera n.º1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación, partición y adjudicación de herencia, ya que en la misma se dejaba sin efecto la declaración de heredera universal de la esposa, consecuencia del posterior divorcio y separación del vínculo conyugal con el causante, procediendo a la apertura de la sucesión intestada²⁵.

En ella, la DGRN reitera su precedente doctrina en esta materia al afirmar que «la revocación de los testamentos abiertos, en Derecho común, no pueden tener lugar, sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido». De este modo, recuerda que, en nuestro Código Civil, no está prevista la revocación o ineficacia por ministerio de ley de disposiciones testamentarias en favor del cónyuge, consecuencia de la separación o divorcio, lo que evita apreciar, en estos supuestos, la concurrencia de causa falsa conforme a lo dispuesto en el artículo 767 del citado cuerpo legal.

Pero las afirmaciones anteriores no impiden a la citada DGRN señalar que no pueden ser desconocidos los nuevos pronunciamientos adoptados en las sentencias del Tribunal Supremo de 2018, si bien indica que, en el ámbito notarial y registral, la privación de eficacia del contenido patrimonial de un testamento exige, a falta de conformidad por parte de todos los afectados, del necesario pronunciamiento judicial, sin el cual no podrá privarse de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma. Por ello, concluye afirmando que solo la declaración judicial de ineficacia permitirá prescindir del testamento del que deriva la condición de heredera de la excónyuge del causante.

Por lo expuesto hasta el momento, y dada la incidencia de la materia objeto de análisis en aspectos familiares y sucesorios, cabría estimar, en un primer momento, que ante declaraciones testamentarias de contenido biológico no parece razonable obviar que la consideración de ser cónyuge, o pareja de hecho del testador, es el motivo que asiste a la voluntad real del mismo cuando establece disposiciones en favor del sobreviviente para la utilización *post mortem* de su material reproductor, por imperativo legal. Afirmación la anterior que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil cuando al referirse a la interpretación de las normas, entre otros elementos, toma en consideración la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Realidad social a la que nos volveremos a referir en el apartado siguiente del presente trabajo.

²⁵ Resolución publicada en el BOE n.º 73, de 26 de marzo de 2019, pp. 30742-30752.

Asimismo, si a los efectos de una manifestación de voluntad tan protegida en cuanto expresión de la voluntad real del otorgante, como es la testamentaria, es posible atribuir efectos de ineficacia, o en su caso revocatorios, en situaciones de crisis matrimoniales, o de pareja, sobrevenidas, no debería haber impedimento alguno para extender las anteriores consideraciones al consentimiento en favor del cónyuge o pareja de hecho reflejado en alguno de los restantes documentos a los que se refiere la LTRHA.

En todo caso, y en estrecha relación con el cambio excepcional de las circunstancias habido, también podría plantearse o llegar a valorarse, la posible aplicación de la reciente doctrina jurisprudencial sobre la regla *rebus sic stantibus*. En este sentido, en particular, los acuerdos iniciales sobre la disposición de preembriones podrían verse afectados por la citada cláusula como consecuencia de circunstancias imprevistas o razonablemente imprevisibles de carácter extraordinario que hubieran sobrevenido a la celebración de aquellos en vida de los contratantes. Presupuesto de la aplicación de la cláusula es el cambio relevante de circunstancias sobre las que concurren en el momento de celebrar el acuerdo y que, por consiguiente, eran la causa de este. A lo sumo, en opinión de cualificada doctrina, podría admitirse oponer a tales circunstancias una cláusula de renuncia si respecto a ella ambas partes asumen conscientemente la inoponibilidad de alguna circunstancia imprevista o razonablemente imprevisible. En ese caso, dicha renuncia sería válida y el acuerdo inicialmente adoptado conservaría su eficacia²⁶.

Fuera del supuesto anterior, es preciso señalar que, pese a la naturaleza de negocio jurídico unilateral que al testamento se atribuye, la cláusula *rebus sic stantibus* tiene su ámbito operativo en la contratación, aun cuando del contrato solo derivasen obligaciones a cargo de una sola de las partes. Ello como respuesta, ante la ausencia de una norma legal, a la incidencia que para una posible revisión o extinción contractual puedan tener alteraciones sobrevenidas de las circunstancias concurrentes en el

²⁶ En opinión de FARNÓS AMORÓS, Esther, *Consentimiento a la reproducción humana asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 241-243, la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* presupone el haberse producido de forma efectiva un cambio relevante de circunstancias que era imprevisto o razonablemente imprevisible durante la fase de ejecución del contrato y no en el momento de su celebración, lo que permite distinguir entre vicios de la voluntad relevantes en sede de celebración del contrato y vicisitudes posteriores a su válida celebración relevantes en sede de remedios y excepciones. En todo caso, la autora señala que cabría plantearse la oponibilidad de una cláusula de renuncia ex ante, que, aunque parece incompatible con las repercusiones de las decisiones procreativas en la autonomía personal podría admitirse si ambas partes la asumieron de forma libre e informada, lo que derivaría en la conservación de la eficacia del acuerdo en los términos inicialmente establecidos.

momento de contratar. Razón por la cual considero difícil su aplicación al ámbito del derecho de sucesiones.

De cualquier modo y haciendo un ejercicio de traslación de los principios sobre los que se aplica dicha regla a la situación que provoca una posterior crisis matrimonial en el testamento en su día otorgado por el fallecido, sin que se hayan modificado sus disposiciones testamentarias, cabe hacer una serie de apreciaciones:

Por un lado, como señala cualificada doctrina²⁷, las reglas de revisión o modificación contractual no pueden ser independientes de las normas que regulan el consentimiento y sus vicios, la causa del contrato, el juego del principio de buena fe, y los remedios frente al incumplimiento, entre otros.

Por otro lado, y en línea con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* son la naturaleza

²⁷ Como señala PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, en su artículo «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret* (2015), pp. 40 y 46, puesto que se trata de distribuir riesgos contractuales procedentes de circunstancias no tenidas en cuenta por las partes al contratar, las reglas de revisión o modificación contractual no pueden ser independientes de las normas que regulan el consentimiento y sus vicios, en especial el error; los motivos individuales y las presuposiciones comunes; la exigencia o no de causa como requisito del contrato, así como su consideración exclusiva, en su caso, en la fase de formación del contrato o la admisión de su influencia en la vida del contrato; el papel de la buena fe en la interpretación y en la integración contractual; los remedios frente al incumplimiento; el régimen aplicable en caso de imposibilidad sobrevenida, bien sea definitiva o temporal, entre otros. En ese contexto, como recuerda la citada autora, el Tribunal Supremo durante años ha mantenido el criterio de una aplicación excepcional y restrictiva de la cláusula *rebus sic stantibus*, sin que el cambio de criterio, representado por las sentencias de ese mismo Tribunal del año 2014, en las que se defiende una «aplicación normalizada» de la cláusula, permita, entiendo, asumir una revisión de alcance general de los criterios restrictivos sobre los que históricamente se ha apoyado, pues, como señala la reiterada autora, «La redacción de una norma general sobre las consecuencias sobre los contratos del cambio de circunstancias se enfrenta por tanto a la dificultad de la delimitación de los grupos de supuestos que se plantean casuísticamente en la realidad, así como a la imposibilidad de adoptar una solución única para todos ellos. Frente a ello, resulta preferible que abogados y tribunales procedan a una distribución de los riesgos sobrevenidos en atención a la interpretación e integración que resulte adecuada a la calificación, naturaleza y contenido de las cláusulas pactadas en cada contrato». Concluye, señalando que: «En ausencia de renegociación por las partes y de norma que disponga otra cosa, la imprevisión grave debe abordarse, cuando se den los respectivos presupuestos, mediante los remedios contractuales que ofrece el ordenamiento en materia de consentimiento y sus vicios, en especial el error, los motivos individuales (que serán irrelevantes) y las presuposiciones comunes (que pueden jugar como condición tácita), la exigencia de causa como requisito del contrato y su influencia en la vida del mismo, el papel de la buena fe en la interpretación y en la integración contractual, los remedios frente al incumplimiento, el régimen aplicable en caso de imposibilidad sobrevenida (extinguida una obligación por imposibilidad, desaparece el sinalagma), bien sea definitiva o temporal, etc.».

excepcional e imprevista de las circunstancias sobrevenidas a un contrato previamente formalizado que reclama de una aplicación restrictiva de la misma²⁸.

Por lo expuesto, y no pudiendo atribuirse en la sociedad actual al divorcio o separación la naturaleza de causa imprevista o de imprevisible predicción, entendemos que estos procesos de ruptura deben ser únicamente tratados en el seno de la interpretación de la voluntad real del testador, cuando dicha circunstancia ha sobrevenido a la declaración materializada en el testamento. En consecuencia, con apoyo en que la designación de heredero del cónyuge o pareja superviviente lo es, por lo general y salvo manifiesta voluntad en contrario, por razón de esa condición, resulta procedente aplicar las consecuencias que de la expresión de una causa falsa en la institución de heredero o en el nombramiento de legatario se predicen del artículo 767 CC, conforme a lo señalado por las sentencias del Tribunal Supremo de 2018, objeto de estudio en el presente estudio. Lo anterior sin perjuicio de las advertencias que en el mismo se hacen a la necesidad de que la apreciación de aquella se reclame de la concurrencia de una decisión, en ausencia de norma más específica, que interprete la voluntad real del testador, distinta de la manifestada gramaticalmente en el testamento, tal y como se argumenta en la resolución de la DGRN de fecha 9 de agosto de 2019 (BOE núm. 261 de 30 de octubre de 2019).

Incluso si por causa sobrevenida imprevisible atendiéramos al hecho de la muerte del disponente, tal circunstancia, entiendo, solo nos habilitaría a la justificación para reconsiderar la voluntad real del testador no coincidente con la expresada gramaticalmente en el testamento, lo que nos reconduciría nuevamente a su interpretación integradora o a una ineficacia de la causa de la designación testamentaria en favor del cónyuge o de la pareja superviviente.

²⁸ La STS 18 julio 2019 (Roj 2556/2019), en su fundamento de derecho segundo, punto cuarto, dice: «En primer lugar, según la doctrina jurisprudencial de la “rebus sic stantibus”, la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes [...] Es condición necesaria para la aplicación de la regla “rebus” la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo [...] No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato [...]». En el mismo sentido se expresa la STS 6 marzo 2020 (RJ\2020\879).

4. PONDERACIÓN ANALÓGICA DE LA SOLUCIÓN DE LAS STS DE 2018 A LAS REPRODUCCIONES *POST MORTEM*

Una vez analizados los requisitos legales para que pueda llevarse a cabo de manera efectiva la fecundación *post mortem* de la mujer, así como la interpretación que el Tribunal Supremo hace sobre la ineficacia de la declaración de voluntad del testador, manifestada antes de la ruptura del vínculo conyugal, respecto de la institución de su excónyuge o expareja como heredero o legatario, vamos a centrar nuestro estudio en la valoración de la posible aplicación de la citada doctrina jurisprudencial a los efectos de reconocer la revocación, presunta o implícita, de la declaración de voluntad del causante en los procesos de reproducción humana asistida.

A esos fines, entendemos que será necesario tomar en consideración dos supuestos de hecho diferenciados. Por un lado, los casos en que el consentimiento del testador hiciera referencia únicamente a sus gametos reproductores. Por otro lado, aquellos supuestos en que el objeto de la declaración de voluntad del causante fuera sobre la utilización de preembriones crioconservados. En este último caso, el material reproductor del hombre se encuentra ya unido al de la mujer, sin que quepa su separación.

Antes de comenzar el análisis detallado de los dos supuestos indicados, es preciso advertir que ningún precepto de la norma contempla que los gametos reproductores de una persona o los preembriones crioconservados sean objeto de derecho sucesorio, como se puede llegar a valorar en otros ordenamientos jurídicos²⁹. En todo caso, es ponderable la capacidad de disposición y decisión de su titular a este respecto a fin de que puedan ser reclamados por un tercero producido el fallecimiento. La doctrina ha tomado posiciones contrarias a este respecto. Con todo, dados los actos reconocidos por disposición legal, es sin duda razonable defender el derecho del titular de los gametos a tomar determinadas decisiones en relación con su destino, al tratarse de elementos corporales con posibilidad de regeneración y no vitales que pueden desprenderse del cuerpo. Ello siempre teniendo presente las limitaciones legales

²⁹ En la práctica se ha debatido acerca del valor del consentimiento, expreso o tácito, de las personas respecto a la posibilidad de disponer de sus células reproductoras, con fines reproductivos, cuando se produzca su fallecimiento. En este sentido, el difunto otorga, pudiendo llegar a reconocerse, determinadas facultades a otros sujetos, con vínculos de consanguinidad o afinidad con el titular del material genético, a fin de que puedan tomar decisiones y actuar a estos efectos. Sobre este particular se pronunció, en decisión de 12 de noviembre de 2019, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del caso *Petithory Lanzmann contra Francia* (TEDH\2019\166), 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 prole. Supuesto de hecho que, con más o menos similitudes, se ha planteado en países como Estados Unidos, Israel, Reino Unido, China o la India.

pertinentes³⁰. Mayor problema supone la disposición de los preembriones, en tanto tienen cierta entidad específica como un ser nuevo y autónomo. En este sentido, ha de tomarse en cuenta no solo las voluntades de los titulares del material genético, sino también la necesidad de conservación o no de la vida³¹. A estos efectos, del debate doctrinal cabría diferenciar en la regulación legal de gametos y preembriones que la relativa a los primeros está enfocada hacia el ejercicio de unos derechos más propios de la personalidad que de contenido patrimonial, mientras que la donación de los preembriones no supone tanto el ejercicio de un derecho como la ejecución de unas potestades para decidir un determinado destino entre los admitidos por la norma.

³⁰ Como señala RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *Reproducción artificial post mortem*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 71, es complicado mantener una equiparación absoluta entre el esperma y el resto de los órganos del cuerpo, ya que la diferencia cualitativa radica en la especial naturaleza de aquel, en cuanto contiene celular reproductoras que pueden llegar a generar vida caso de fusionarse con las femeninas. INIESTA DELGADO, Juan José, «Artículo 5. Donantes y contratos de donación», en AA.VV., *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo de técnicas de reproducción humana asistida*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 121-125, tras referirse a la naturaleza que asiste a los gametos y cuestionarse el tipo de derecho subjetivo que sobre ellos se tiene, señala que como elementos internos del cuerpo humano regenerables, cuyas particularidades exigen un tratamiento especial, no es dudoso que sobre ellos recaen derechos correspondientes a las personas que los producen. Con todo, dada la especial entidad que los mismos tienen (generadores de una nueva vida) no parece adecuado identificar esos derechos como típicamente patrimoniales, sino que se trataría más bien de derechos de la personalidad, relacionados con la dignidad de la persona. Por dicho motivo, su disposición solo resulta admisible cuando la ley expresamente lo permita.

³¹ Para INIESTA DELGADO, Juan José, *Idem*, 2007, pp. 125-128, el preembrión tiene desde el momento de su fecundación una entidad específica como ser nuevo y autónomo. Razón por la cual, y sin entrar en debates ético, señala que es desafortunado hablar tanto de un derecho de propiedad como de un derecho de la personalidad sobre él. En su opinión, al aparecer un nuevo ser que, si bien no es titular de derechos, por carecer de personalidad, su condición de individuo humano le hace merecedor de dignidad. Por ello, considera que el preembrión in vitro más que objeto de derechos es referente de potestades de decisión que el derecho atribuye a los padres o al centro de salud y que deben ejercerse teniendo en cuenta, de forma prioritaria, el interés del ser engendrado. Por esta razón, responde poco al mismo que su destino pueda ser el cese de su conservación o su dedicación a la investigación siendo todavía viable. Sin embargo, añade que el artículo 5 LTRHA identifica la potestad de decisión sobre el destino de preembriones y gametos con el mismo tipo de negocio jurídico, pese a lo cual, en opinión del autor, el precepto legal está enfocado principalmente a regular la donación de los gametos, mientras que la donación de preembriones se orienta más a la potestad de decisión sobre sus posibles destinos. ABELLÁN, Fernando, SÁNCHEZ CANO, Javier, *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Comares, Granada, 2009, pp. 85-88, advierten que, en el nuevo contexto surgido de los avances de las ciencias biomédicas, la negación de un derecho de propiedad del hombre sobre su propio cuerpo y, en particular, sobre los elementos y sustancias dissociables del mismo, no es incompatible con su soberanía para decidir su destino, incluso para revocar o modificar el originario. En su opinión, debe entenderse que, una vez consentida la donación, el cedente declina la titularidad, soberanía o cualquier pretendido derecho de propiedad sobre dichos elementos, ello en la medida que los mismos se destinen a la finalidad consentida. Para los autores, este juego de valores es el acogido en la LTRHA, donde a pesar de reconocerse a la donación como un contrato formal, no se admite un derecho de propiedad a los donantes sobre sus embriones y gametos, centrándose la regulación en los posibles destinos que pueden decidir los progenitores y admitiendo, también, la revocación del consentimiento cuando el donante pueda necesitar para sí los gametos donados y estos estuvieran aún disponibles.

El tratamiento diferenciado de la disposición de los gametos y preembriones se refleja en distintas disposiciones de la propia norma. En este sentido, claro reflejo son las previsiones del artículo 9 LTRHA en cuanto al consentimiento. Así, como ya indicamos, ha de ser expreso en el primer caso, mientras que cabe la presunción de consentimiento positivo en el segundo ante la ausencia de declaración de voluntad del fallecido. Tal como ha señalado autorizada doctrina, esta mayor flexibilidad interpretativa tiene su fundamento en la voluntad común, manifestada en vida por la pareja, de iniciar un procedimiento reproductivo conjunto. De este modo, es posible obviar la exigencia general del consentimiento expreso del titular del material reproductor por tratarse de actos de carácter personalísimo³². Fuera de estos supuestos específicos, el consentimiento expreso, personalísimo y revocable, como vimos, constituye el fundamento de la reproducción a través de técnicas asistidas³³.

A nuestros efectos, precisamente nos interesa analizar el carácter revocable de dicho consentimiento. La revocación se regula en el artículo 5.2 LTRHA, en relación con la donación de gametos, de manera que la misma será revocable cuando el donante precisara para sí mismo los gametos, siempre que estuvieran disponibles en la fecha de

³² En opinión de FARNÓS AMORÓS, Esther, «Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones», *op. cit.*, 2011, p. 249, a diferencia de lo que ocurre con los gametos, el inicio del proceso de reproducción con preembriones creados antes de la muerte del hombre se considera suficiente para presumir su consentimiento, por lo que la mujer puede solicitar su implantación dentro de los plazos legales. En estas circunstancias, añade, la determinación de la filiación se basa en la presunción de que, si el hombre no revocó el consentimiento otorgado en vida, al morir mantenía su voluntad de constituir el proyecto parental iniciado con su pareja. En el mismo sentido, JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2012, pp. 91 y 92, señala que la presunción del consentimiento dado a favor del cónyuge superviviente, cuando este hubiese estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido, supone que el inicio del mismo requirió consentimiento de aquel, por lo que cabe entender, salvo prueba en contrario, que si ya consintió y le sobreviene la muerte durante la realización del proceso, su voluntad hubiera sido la de continuarlo más que la de ponerle fin. Siguiendo a RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, «La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico», *op. cit.*, 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.

³³ De acuerdo con ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, «Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad», *Anuario de Derecho Civil* (2016), tomo LXIX, fasc. IV, 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 preembriones constituidos con anterioridad a la muerte.

aquella³⁴. Asimismo, la revocación del consentimiento a la fecundación *post mortem* se prevé en el artículo 9 de la misma Ley, a fin de que el hombre pueda evitar quedar vinculado por su declaración expresa de voluntad en favor de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, cuando aquella se produzca en cualquier momento anterior a la realización de estas. Por último, el artículo 11.6 LTRHA señala, para el caso de los preembriones, que cada dos años se deberá solicitar a la mujer o a la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente³⁵. Como se puede comprobar, la regulación sobre este aspecto es muy escasa, se contempla expresamente en los dos primeros supuestos y de manera implícita, por medio del término modificación, en el tercero. La norma no indica siquiera la forma en que ha de ser emitida la declaración revocatoria, lo importante es la comunicación al centro con independencia de la vía concreta utilizada para ello³⁶.

Por ese motivo, ante el silencio normativo, consideramos adecuado valorar si es posible interpretar la revocación de la voluntad de manera presunta o implícita o si es necesario entender, en todo caso, que, al objeto de que produzca efectos, ha de efectuarse bien en alguna de las formas previstas en la ley para la emisión del consentimiento expreso del interesado bien en cualquier documento escrito que acredite la voluntad revocatoria³⁷. A este respecto, cabe advertir que en todos los

³⁴ Como advierte INIESTA DELGADO, Juan José., «Artículo 5. Donantes y contratos de donación», *op. cit.*, 2007, pp. 171 y 174, «en estos casos la revocación requiere una justificación que se basa en la utilidad de los gametos para el donante y en que sea posible su restitución». En este sentido, como indica, «la donación de gametos es, a diferencia de otros actos que afectan a derechos de la personalidad y a semejanza de los contratos patrimoniales gratuitos, normalmente irrevocable». Cabe añadir, siguiendo al autor, que en caso de que la revocación se produjere antes de la obtención o extracción de los gametos la donación debe ser libremente revocable, sin necesidad de que concurren requisitos específicos. Ello dado que «cualquier actuación dirigida a obtener los gametos prometidos en contra de la voluntad de su titular atentaría contra su dignidad personal y la normativa que lo admitiera carecería de respaldo constitucional».

³⁵ Como indica INIESTA DELGADO, Juan José, *Idem*, p. 172, lo interesante de esta regulación es que no condiciona la modificación del consentimiento a la concurrencia en el donante de ninguna circunstancia, aunque sí que se precisa la disponibilidad, ya que el cambio de opinión solo será efectivo cuando se exprese antes de que los preembriones sean aplicados al destino que se les había señalado.

³⁶ La doctrina ha debatido, desde la regulación de 1988, acerca de la forma en que podía ser manifestada la revocación. *Cfr.* PLANA ARNALDOS, María Carmen, «Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones», en AA.VV., *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo de técnicas de reproducción humana asistida*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 332-333. De acuerdo con la autora, más que tratarse de que la revocación se formalice en escritura pública o en documento privado, lo importante es que de una u otra forma se comunique al Centro: ya sea por notificación cursada por el Notario a petición del interesado, ya sea porque el interesado realiza la revocación ante el propio Centro, en documento de revocación, o porque haciéndolo en otros documentos como los de instrucciones previas, lo pone en conocimiento del responsable de la institución.

³⁷ Parece razonable afirmar con RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico», *op. cit.*, p. 311, que el art. 9.2 da la LTRHA no regula

supuestos contemplados existe un consentimiento expreso previo del fallecido, por lo que, en principio, siguiendo el tenor literal de la norma, así como las previsiones jurisprudenciales analizadas, el cónyuge o la pareja estable, siempre que se cumplieran las disposiciones legales, podría solicitar los gametos del difunto o los preembriones crioconservados con fines reproductivos.

Con todo, como hemos adelantado en anteriores apartados, el problema que a nuestro juicio debe tomarse en consideración es la posibilidad de presunción o deducción de la revocación de una declaración de voluntad cuando se produjeran circunstancias excepcionales, no previstas por el causante, que de no ser atendidas podrían atentar contra su voluntad real. En este sentido, entendemos como circunstancias relevantes, las crisis matrimoniales, es decir, los procesos de nulidad, separación y/o divorcio y, a estos efectos, los casos en que el fallecimiento se produjera, sobre todo, de forma sobrevenida. De otro modo, como ocurre en los supuestos de hecho de las sentencias estudiadas, es más difícil, aunque no imposible, probar la voluntad real del difunto, pues cabría entender que este dispuso de tiempo suficiente para cambiar su declaración.

4.1. La voluntad del causante respecto a la utilización de su esperma con fines reproductivos

En primer lugar, vamos a referirnos a la posibilidad de entender revocado el consentimiento expreso al uso póstumo de los gametos reproductores. Sobre este aspecto, debemos reiterar el carácter personalísimo que tiene el consentimiento del titular del material genético, con las características de forma anteriormente puestas de manifiesto, y subrayar que la decisión de procrear del individuo está vinculada a su libertad e intimidad³⁸, lo que supone la prohibición de cualquier injerencia externa a su libre decisión de tener o no tener hijos.

En relación con la libertad e intimidad de su titular adquiere mayor significación el rigorismo de las exigencias y requisitos que la ley demanda que concurran en la exteriorización de la voluntad procreacional del sujeto. En consecuencia, siendo

la forma de la revocación, lo que permite suponer que esta pueda hacerse por medios distintos al usado para expresar la voluntad para disponer de esperma.

³⁸ Siguiendo a FARNÓS AMORÓS, Esther, «Consentimiento a la reproducción humana asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones», *op. cit.*, 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.

requisito indispensable que la especificidad del consentimiento sea en favor de una persona concreta (la mujer «cónyuge» o, en su caso, la pareja estable³⁹) y que, además, esté plenamente vigente al momento que pueda ser requerido por su pareja superviviente, no parece desacertado aplicar las consideraciones del Tribunal Supremo, en sus resoluciones de 2018.

No debe olvidarse que, conforme a las exigencias legales del artículo 9 LTRHA, la autorización a la utilización *post mortem* del material genético se hace en vida del causante y de acuerdo con un proyecto común con la que es su pareja al momento de emitir la declaración. De este modo, en atención a ser su cónyuge o pareja estable el hecho que acreditó la decisión tomada no parece justificable sostener el mantenimiento del consentimiento una vez producida la ruptura del vínculo de la pareja⁴⁰, que fractura la familia nuclear y, por consiguiente, se intuye que queda frustrado su proyecto parental. En consecuencia, cabría aplicar el criterio de la ineficacia del citado consentimiento que provoca la desaparición de la condición de pareja o cónyuge en cuanto que la misma fue la razón concluyente de la voluntad del fallecido⁴¹.

Además, se advierte que la admisión de dicha posibilidad, en estos supuestos de hecho, no frustra los deseos de la mujer de ser madre, amparados por la LTRHA, pues es posible que acuda a un banco de esperma a fin de proceder a la ejecución de las técnicas de reproducción asistida con gametos de donante anónimo. Por dicho motivo, no es necesario condicionar como regla general la voluntad del difunto. No obstante, como excepción, podrían contemplarse los supuestos en que existieran hijos comunes de los excónyuges o de la expareja. En estos casos, sobre todo podría ser comprensible que la mujer dispusiera del material reproductor del difunto en tanto el descendiente común precisara de un tratamiento terapéutico que solo pudiera ser efectivo a partir

³⁹ Como señala RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, *Reproducción artificial post mortem*, *op. cit.*, pp. 61 a 62, al referirse al consentimiento del marido o conviviente fallecido, entre las características de aquel, que se infieren del artículo 9 de la LTRHA, está la de consentir la inseminación de una mujer en concreto. Exigencia que para la autora se infiere de la propia literalidad del precepto, cuando en su párrafo segundo establece la necesidad de que el marido preste su consentimiento para que su material reproductor pueda ser utilizado en el plazo de 12 meses, siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer. En opinión de la autora, en el consentimiento que se otorgue para la fecundación *post mortem* ha de señalarse la mujer concreta que será inseminada.

⁴⁰ En esta línea, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Determinación de la filiación en el Código de familia de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

⁴¹ En opinión de PÉREZ GALLARDO, Leonardo, «Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana», *op. cit.*, p. 153, al no regular el artículo 9.2 de la LTRHA la forma de la revocación del consentimiento dado, hace posible suponer que la misma pueda hacerse de manera distinta, incluso, añade, hay autores que defienden que pueda producirse dicha revocación por hechos concluyentes.

de las células de un hermano⁴². Ello sin que la anterior consideración suponga un juicio de valor sobre la problemática de los llamados «bebe medicamento», ni, por tanto, profundizar, por no ser objeto de este trabajo, en el uso de las técnicas de reproducción asistida para la concepción con fines terapéuticos que la LTRHA contempla en su artículo 12.2, cuando de su dicción se desprende la autorización para la producción de embriones con la finalidad de salvar la vida de un hermano ya nacido⁴³. Se trata de una técnica de utilización aceptada por nuestra legislación que incluso subvenciona nuestra sanidad pública en los términos señalados por la norma habilitante⁴⁴. Con todo, pese a ser científicamente posible, es preciso advertir que estos casos han generado diversos dilemas de índole ético y moral que han sido tratados ampliamente por la doctrina científica⁴⁵, lo que demanda que su tratamiento

⁴² LLEDÓ YAGÜE, Francisco, «Comentario jurídico al artículo 9», en AA.VV., *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, S.L., Madrid, 2007, pp. 127-130, plantea la posibilidad de que se permita a la viuda hacer uso del esperma del difunto, en este sentido, en caso de que no exista consentimiento expreso sobre el uso del material reproductor, sin que quedara determinada la filiación paterna. Por ello, entendemos que en los casos donde existe un consentimiento expreso previo al uso de los gametos, sería difícil defender la revocación presunta o implícita del consentimiento, con independencia de la determinación de la filiación respecto del fallecido.

⁴³ Para RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «Del hermano medicamento o salvador a la terapia génica: Cuestiones legales respecto a la situación del menor ante los nuevos avances biomédicos», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 14 (enero – junio, 2019), p. 71, si bien la Ley no da un concepto de «hermano salvador» o «bebé medicamento», sí regula el procedimiento cuando se refiere al diagnóstico genético preimplantacional (DGT) con fines terapéuticos de terceros en la LTRHA. En su artículo 12.2, encontramos la aplicación de la técnica para la concepción con fines terapéuticos. En palabras de la autora, el precepto legal se refiere a la producción de embriones con una finalidad específica, ya que los mismos van a ser seleccionados genéticamente para ser compatibles, pues están destinados a que nazca un nuevo ser que va a ser donante de las células madre del cordón umbilical, o donante de su médula ósea para curar una enfermedad ya preexistente de un hermano o hermana que requiere un trasplante de células madre hematopoyéticas.

⁴⁴ Cfr. MARCOS DEL CANO, Ana María, PINTO PALACIOS, Fernando, «Bebé medicamento, protección de la salud y sistema sanitario público: Una reflexión desde el principio de justicia», *Universitas: Revista de filosofía, derecho y políticas* (2016), n.º 24, pp. 243-265. Los autores ponen de manifiesto que tras la reforma de noviembre de 2014 (Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. «BOE» n.º 269, de 6 de noviembre de 2014), la normativa prevé unos criterios específicos para acceder a esta técnica del «bebé medicamento» en el Sistema Nacional de Salud. Hecho que a su juicio refuerza el compromiso real de los poderes públicos con la protección efectiva de la salud.

⁴⁵ Vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «Del hermano medicamento o salvador a la terapia génica Cuestiones legales respecto a la situación del menor ante los nuevos avances biomédicos», *op. cit.*, p. 87. En opinión de la autora, sin perjuicio de la necesidad de una regulación más detallada de las técnicas aplicables en estos supuestos, así como valorar la situación del sujeto desde el punto de vista legal, no se pueden obviar los problemas éticos y jurídicos planteados, principalmente, en el caso del hermano salvador. Ello reclama interpretar lo que se considera interés superior del menor y la exigencia de establecer unos imprescindibles límites, en cuanto que el objetivo de curación no debe ser entendido como un fin que

deba ser analizado con especial detalle en cuanto a los intereses en conflicto y con la necesaria salvaguarda del interés superior del menor.

4.2. *La voluntad real del causante respecto al destino de los preembriones crioconservados comunes con su expareja o excónyuge*

En segundo lugar, nos vamos a referir a la utilización de los preembriones que se encuentran crioconservados en centros especializados. Este supuesto difiere del anterior en tanto que el material genético del que pretende disponer el cónyuge superviviente es la unión de los gametos de un hombre y una mujer. Por tanto, como adelantamos, aquí se encuentran implicadas dos voluntades, como prevé el artículo 11 en su apartado 5, cuando señala que el consentimiento «deberá haber sido prestado por la mujer o, en caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones». Además, en la producción de preembriones no solo existe un 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 procreativos⁴⁶. Asimismo, como indicamos al principio y desarrollaremos a continuación, la mayor flexibilidad de la norma respecto al requisito del consentimiento del varón podría quedar justificada en la existencia de un interés digno de protección, cual es el desarrollo de la vida⁴⁷.

Esta realidad ha provocado un debate doctrinal sobre los posibles conflictos que pueden surgir respecto a la disposición de preembriones con ocasión de situaciones

justifique los medios, ya que en el caso del bebé medicamento, los medios es otro ser humano que tiene derechos fundamentales que hay que observar.

⁴⁶ Siguiendo a PLANA ARNALDOS, María del Carmen, «Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones», *op. cit.*, p. 424, la ley es clara al exigir el consentimiento de ambas partes de la pareja tanto para la generación como para la crioconservación y posterior destino de los preembriones. Como advierten GUTIÉRREZ BARRENGO Ainhoa, MONJE BALMASEDA, Oscar, «Comentario jurídico al artículo 11», en AA.VV., *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, S. L., Madrid, 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 GUTIÁN, Alma María, «La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico», *op. cit.*, 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.

⁴⁷ Para DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Reproducción humana asistida», *Revista boliviana de Derecho* (julio, 2009) n.º 8, p. 207, en contra de lo previsto en la legislación española, mientras sería correcto prohibirse la fecundación *post mortem* con gametos del marido o conviviente premuerto, no parece adecuado impedir la transferencia *post mortem* de embriones, pues, a su juicio, en estos casos hay un interés digno de protección, cual es posibilitar el desarrollo de la vida de los referidos embriones, hecho este que le parece preferible a imponer legalmente su destrucción, caso de que no sea acogido por otra pareja.

sobrevenidas de crisis de pareja, lo que ha originado diferentes tesis al respecto. Frente a quienes afirman que debe darse preferencia al acuerdo de la pareja emitido durante la relación, bien por la vía contractual, que implicaría acuerdos que contendrían mutuos compromisos de difícil revocación unilateral, bien por la voluntad inicial de las partes, que supondría un acuerdo implícito cuando decidieron acudir a las técnicas de reproducción asistida; otros autores otorgan prioridad a la voluntad del miembro de la pareja que se opone a la implantación del preembrión tras la ruptura. En este caso, se apoyan bien en el derecho de dicho miembro de la pareja a no ser obligado a procrear contra su voluntad bien en la teoría de un consentimiento mutuo y contemporáneo al momento de hacer realidad ese proyecto de pareja, evitando, de esta forma, la inseguridad que en aquel pudieran representar circunstancias o acontecimientos futuros que incidieran en la primitiva decisión. Junto a ellos, un tercer grupo de teorías parten de una perspectiva de género dando a una de las partes la disposición sobre los preembriones en función de razones varias, como la mayor o menor contribución en la creación del preembrión o las mayores dificultades de uno de los interesados en tener hijos en el futuro con un vínculo genético. Estas últimas teorías han servido para otorgar un mayor protagonismo a la mujer en la disposición de los preembriones⁴⁸.

En este caso, la presunción del consentimiento del varón, prevista en el artículo 9.2 LTRHA, no desvirtúa lo señalado sobre el acuerdo común en vida de la pareja para la creación de los preembriones con fines reproductivos⁴⁹. Con todo, se trata de una presunción legal no exenta de objeciones pues, como se ha advertido, incluso en supuestos de expreso consentimiento a la transferencia *post mortem* de los

⁴⁸ FARNÓS AMORÓS, Esther, *Consentimiento a la reproducción humana asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, *op. cit.*, pp. 167 y ss., realiza un amplio análisis de las diferentes teorías, en el que nos apoyamos, así como de distintos litigios habidos sobre la disposición de preembriones crioconservados tras la disolución de la pareja en cuyo seno se crearon. Con base en lo anterior, y ante el silencio de la LTRHA sobre la posibilidad de implantar preembriones tras la ruptura del proyecto parental, ve de interés la formalización de acuerdos previos vinculantes a realizar en documento diferente de CI a la FIVTE (consentimiento informado a la fecundación in vitro con transferencia embrionaria) de carácter renovable y sin perjuicio de poder incorporar cláusulas de revocación por circunstancias imprevisibles sobrevenidas. En el mismo sentido, FARNÓS AMORÓS, Esther, «¿A quién pertenecen los embriones? Fecundación humana asistida y crisis de pareja», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM* (2014), 18, pp. 335 a 346. En opinión de PLANA ARNALDOS, María del Carmen, «Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones», *op. cit.*, pp. 333-334, la solución no es clara. Disuelto el matrimonio a lo que no dará lugar la reproducción asistida *post mortem* es a una filiación matrimonial, pero solo por una sentencia de nulidad o divorcio, la autora no cree que en todo caso se pueda concluir que haya quedado revocado el consentimiento o la autorización.

⁴⁹ Como indica PÉREZ GALLARDO, Leonardo, «Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana», *op. cit.*, p. 157, quien se somete a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida lo hace de la misma manera que quien practica el acto sexual con la intención de procrear vía natural. Añade que, a diferencia del supuesto, contenido en el primer párrafo del artículo 9.2 de la LTRHA, ya se trata de un ser concebido.

preembriones, ello no deja claro que, ante circunstancias sobrevenidas, la voluntad del causante se hubiera mantenido de haberlas previsto⁵⁰. Pese a que un sector de la doctrina favorece la interpretación de la presunción del consentimiento con efectos *iuris et de iure*, en lugar de *iuris tantum*, por fijarla la norma sin salvedad alguna a la prueba en contrario, la ley no es totalmente clara en este aspecto, por lo que no sería inadmisibles defender una interpretación a contrario⁵¹.

A estos efectos, no podemos olvidar que el artículo 11.6 de la LTRHA, en sus primeras líneas, dice textualmente: «El consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación». En este sentido, siendo posible que en vida el hombre cambie de opinión⁵², de igual modo parece razonable cuestionar cuál hubiera sido su voluntad real en caso de que hubieran cambiado las circunstancias en que emitió su declaración y no hubiese tenido tiempo de revocarla al sobrevenir el fallecimiento. No obstante, cabe señalar que, en el mismo apartado del precepto, se prevé la renovación del consentimiento dado por la pareja cada dos años, de tal manera que en caso de que en el plazo de dos renovaciones consecutivas no fuera posible obtener el consentimiento de los interesados y se pudieran demostrar de forma fehaciente las actuaciones llevadas a cabo para obtener la renovación sin conseguir respuesta, los preembriones quedarían a disposición de los centros donde que encontraban crioconservados. Por consiguiente, las subsiguientes renovaciones previstas por ley son un reflejo de la voluntad de los cónyuges en el tiempo. Es este

⁵⁰ En opinión de RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, *Reproducción artificial post mortem*, *op. cit.*, pp. 83 y 84, aunque la solución dada por el legislador en el art. 9.2 de la LTRHA es la acertada, no por ello deja de haber algunas objeciones a la presunción 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 «La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico», *op. cit.*, p. 311.

⁵¹ PÉREZ GALLARDO, Leonardo, «Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana», *op. cit.*, p. 159, advierte que, aunque nada establece de forma expresa el legislador español, a priori parece inclinarse por tratarse de una presunción *iure et de iure* y ello porque del contexto del precepto legal no cabe deducir la prueba en contrario. En la misma línea, RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, *Reproducción artificial post mortem*, *op. cit.*, pp. 84 y 85, pone énfasis en los problemas que podrían derivarse de tratarse de una presunción *iuris tantum*, como serían las posibilidades de que el varón modificara su decisión sobre el destino de los preembriones en cualquier momento anterior a la transferencia y el posible choque con el deseo de la mujer superviviente a la implantación que, a su juicio, podría derivar en una preferencia en favor del deseo de esta por responder a una mejor tutela del preembrión.

⁵² Como advierte GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa, MONJE BALMASEDA, Oscar, «Comentario jurídico al artículo 11», *op. cit.*, p. 185, cuando al centro le conste que existe una discrepancia en cuanto a la disponibilidad de los preembriones o el material correspondiente, informará a la Comisión Nacional para que provea lo que corresponda, desde la confiscación y/o expropiación del citado material.

sentido, los supuestos que contemplamos han de suceder en el lapso temporal previsto en la norma, y ante circunstancias imprevistas por las partes, así como por hechos sobrevenidos

Sin embargo, junto a lo anterior, tampoco debe obviarse que, en estos supuestos concretos, nos estamos refiriendo al posible desarrollo de una vida humana y, con ello, a un interés superior que puede encontrar amparo en el artículo 15 de la Constitución Española. El citado precepto afirma el derecho fundamental de todos a la vida y a la integridad física y moral, por lo que cabría entender que se integraría también en dicha protección el germen de la vida (*nasciturus*), si bien, acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional⁵³, en un grado menor en el caso del embrión *in vitro*⁵⁴. Este supuesto difiere del tratado anteriormente en cuanto que con la disposición de los gametos únicamente puede contemplarse la posibilidad de defensa de la futura concepción (*concepturus*). En consecuencia, es posible constatar la mayor complejidad que supone la defensa de la revocación de la voluntad del hombre en estos casos que respecto a los gametos reproductores⁵⁵ a los que, en ausencia de previsiones, la norma parece amparar únicamente su conservación en vida del varón⁵⁶.

⁵³ La STC n.º 53/1985, 11 abril (BOE n.º 119, de 18 de mayo de 1985), pp. 10 a 25, en su fundamento jurídico quinto, dice: «[...] *la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital*». La sentencia añade: «[...] *En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el art. 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental*».

⁵⁴ El fundamento jurídico 12 de la STC n.º 116/1999, 17 junio (BOE n.º 162, de 8 de julio de 1999), pp. 67 a 80, señala: «[...] *como queda afirmado con reiteración, los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno [...]*». // En opinión de GÓMEZ MONTORO, Ángel José, «El estatuto constitucional del no nacido: evolución y situación actual en España», *Revista de Derecho Político* (mayo-agosto 2018), n.º 102, pp. 75 y 76, como consecuencia de la jurisprudencia constitucional, estamos hoy ante una protección gradualista de la vida humana en formación, algo que ya ha sido descrito y defendido por algunos autores. Añade que, de acuerdo con esa doctrina, ni el embrión in útero, ni el embrión ex útero, ni el embrión in vitro, tendrían derecho a la vida, si bien gozarían de la protección que se desprende del art. 15 CE. Con todo, dicha protección no será nunca la propia del nacido y su alcance concreto tampoco será claro, pues, en la práctica, dependerá de los avances de la técnica y de la percepción de la sociedad. Para HERRERA, Marisa, «¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (2017), n.º 35, p. 82, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluyó que la protección del derecho a la vida desde la concepción rige cuando el embrión está transferido en la persona y no antes de ese evento, aseverando que al embrión no implantado no se le debe reconocer la naturaleza de persona.

⁵⁵ Para PÉREZ GALLARDO, Leonardo, «Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana», *op. cit.*, pp. 159 y 160, la intención del legislador español es proteger al *nasciturus*, por lo que el preembrión no puede tener el mismo tratamiento que el material genético reproductor masculino. En su opinión, se estaría ante una

En la práctica se han planteado litigios entre excónyuges y exparejas a fin de decidir el futuro de los preembriones que fueron generados y crioconservados durante el matrimonio o unión para su futura utilización. Pese a que dichos supuestos se han planteado en vida de las dos partes interesadas, titulares del material genético, los argumentos expuestos por los tribunales, a nuestros efectos, pueden servir como apoyo para defender o rechazar la posibilidad de declarar ineficaz la disposición testamentaria en favor de la mujer que, tras romper el vínculo con el difunto, pierde la condición de consorte.

En el ámbito europeo tuvo relevancia la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) relativa al caso Evans contra Reino Unido, del año 2007⁵⁷. En esta ocasión, la demandante, Sra. Natallie Evans, alegaba que la legislación nacional había permitido a su expareja retirar el consentimiento para que ella almacenara y utilizara los embriones creados de forma conjunta. Los hechos que acontecieron y que dieron lugar a las sucesivas demandas fueron los siguientes: En el año 2000 la demandante y su pareja comenzaron un tratamiento en una clínica de reproducción asistida y en 2001 se informó a la pareja que la mujer tenía tumores precancerosos en los ovarios que debían ser extirpados. En consecuencia, la demandante se planteó la posibilidad de extraer sus óvulos y conservarlos para su utilización futura. Sin embargo, la clínica no practicaba el citado procedimiento debido a su escasa tasa de éxito, únicamente podían llevar a cabo la conservación de preembriones. Tras recibir la información necesaria y prestar ambos el consentimiento debido, procedieron a poner en práctica dicha técnica, de modo que el esperma del varón sería utilizado para fecundar *in vitro* los óvulos de la demandante y utilizar los preembriones resultantes en el tratamiento conjunto. Estos se conservarían durante un plazo de 10 años. Finalmente se consiguieron 6 preembriones que fueron almacenados. En 2002 se produjo la ruptura de la pareja y el hombre escribió a la clínica para informarles sobre la separación e indicar que los embriones debían ser destruidos (posibilidad que constaba en los documentos firmados).

En consecuencia, la demandante interpuso un recurso ante el tribunal superior, en el que solicitaba una orden judicial en la que se exigiera a su expareja que restableciera su consentimiento. El juez encargado del caso señaló que no estaba a disposición del hombre dar un consentimiento inequívoco a la utilización de los embriones,

situación muy similar a la de la viuda que queda embarazada a la muerte de su esposo y ante el temor de condenar a su hijo a una orfandad, acude al aborto.

⁵⁶ Conforme a lo dispuesto en el artículo 11.1 LTRHA: «El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien proceda».

⁵⁷ Gran Sala. *Caso Evans c. Reino Unido* (Demanda n.º 6339/05). Sentencia Estrasburgo de 10 abril 2007. Disponible en <https://www.womenslinkworldwide.org/files/2911/gjo-echr-evans-en-pdf.pdf> [Consulta 10 abril 2021].

independientemente de cambios en las circunstancias, y que solo había consentido el tratamiento, no su continuación por cuenta de la mujer en caso de que su relación terminara. Además, señaló que un embrión no es una persona con derechos protegidos, y que el derecho de la demandante al respeto de la vida familiar tampoco se había visto comprometido.

De igual modo, el recurso de apelación de la demandante, ante la corte de apelación, fue desestimado en una sentencia de junio de 2004. Por su parte, la corte sostuvo, en línea con la resolución precedente, que la ley aplicable tenía por fin último asegurar el consentimiento continuo de ambas partes desde el comienzo del tratamiento hasta la implantación del embrión. A todos los efectos, en el proceso se expusieron los conflictos de intereses que pueden surgir entre las partes, frente al derecho del marido de no estar obligado a tener un hijo con su material reproductor se encuentra el de la mujer, pues es el único medio del que dispone para poder tener un hijo biológico.

En noviembre de 2004, la cámara de los lores denegó a la demandante la autorización para recurrir la sentencia de la corte de apelación.

La sentencia del TEDH, a lo largo de sus 36 páginas, expone los argumentos relevantes relacionados con el derecho y las prácticas nacionales e internacionales admisibles a colación. Por un lado, la Sala, en marzo de 2006, consideró que el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales era aplicable, ya que el concepto de «vida privada» incorpora tanto el respeto al derecho a decidir convertirse en padre, como el de decidir no serlo. Por otro lado, la Gran Sala estuvo de acuerdo con la Sala en que el término vida privada es muy amplio, abarcando aspectos de la identidad física y social de una persona, incluido el derecho a la autonomía personal, al desarrollo personal y a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. Por ello, incorpora el derecho al respeto tanto de la decisión de convertirse en padre como de la de no hacerlo. Asimismo, la Gran Sala, como hizo la Sala, aceptó la alegación del Gobierno de que el supuesto planteado no solo se refiere a un conflicto entre individuos, sino también a intereses públicos más amplios protegidos por la legislación, en el sentido de defender el principio de la primacía del consentimiento y fomentar la claridad y seguridad jurídica.

En los procedimientos ante tribunales nacionales, las partes y los jueces trataron la cuestión como una injerencia del Estado en el derecho de la demandante al respeto de su vida privada, porque las disposiciones pertinentes de la ley de 1990 impedían que la clínica atendiera a la mujer tras la revocación del consentimiento del hombre. Sin embargo, la Sala y la Gran Sala consideraron que era más apropiado analizar el asunto

como un caso relativo a obligaciones positivas, siendo la cuestión principal si las disposiciones legislativas aplicadas lograban un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados. En este sentido, la Gran Sala aceptó la conclusión de los tribunales nacionales de que el hombre nunca había consentido que la demandante utilizara sola los embriones creados conjuntamente, limitándose su consentimiento a someterse a un tratamiento conjunto.

Como se constata en la resolución analizada, en este aspecto no existe un enfoque europeo uniforme. Así, algunos Estados han promulgado normas para controlar el uso del tratamiento de fecundación *in vitro*, mientras que otros dependen de la práctica y las directrices médicas. En consecuencia, dada la falta de consenso europeo sobre este punto, la Gran Sala consideró que el hecho de que las normas nacionales fueran claras y se pusieran en conocimiento de la demandante, así como que establecieran un equilibrio justo entre los intereses de las partes, permitía concluir que no se produjo ninguna violación del artículo 8 del Convenio.

Con todo, en este particular hubo un voto disidente promovido por 4 jueces. A su parecer, el caso era una interferencia con el derecho de la solicitante a que se respetara la decisión de convertirse en madre emparentada genéticamente. Aceptaron que dicha interferencia estaba prescrita por ley y tenía como objeto legítimo la protección del orden público y la moral y los derechos de los demás. Sin embargo, consideraban que, dadas las circunstancias del supuesto de hecho, el derecho de la demandante a decidir convertirse en madre con vínculo genético pesaba más que la decisión del hombre de no convertirse en padre. Para los jueces, la aplicación de la ley de 1990 en las circunstancias de la demandante era desproporcionada. Debido a su naturaleza absoluta, excluye la ponderación de intereses contrapuestos en este caso concreto. En este sentido, que la decisión de una de las partes quede vacía no puede considerarse como un equilibrio de intereses.

Como podemos comprobar, la problemática planteada no es de fácil solución. No solo no existe una regulación clara que otorgue respuestas a estos supuestos de hecho⁵⁸, sino que en ellos concurren diversos intereses dignos de protección. En último término, 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

⁵⁸ Como advierte FARNÓS AMORÓS, Esther, «¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida. Comentario a la STEDH, Sec. 4ª, de 7.3.2006, “Evans v. The U.K.”», *InDret* (enero, 2007), p. 14, se deja al arbitrio de cada Estado el momento en que debe llevarse a cabo la revocación, con lo que el Tribunal de Estrasburgo actúa como catalizador de la armonización del derecho de familia, manteniendo unos estándares mínimos que, por la propia naturaleza del derecho, deben fijarse por cada Estado.

excónyuges o exparejas que buscan el reconocimiento de la facultad de decisión sobre el destino de los preembriones generados durante la vigencia de su unión, 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 reproductivo⁵⁹. Con todo, dicha medida no deja de ser cuestionable, en línea con el voto disidente de los magistrados del TEDH, siempre que la destrucción del material reproductor crioconservado fuera la única vía posible a la que pudiera recurrir la mujer, o en su caso el hombre⁶⁰, para concebir un hijo que tuviera un vínculo genético con él.

De lo expuesto en las líneas anteriores, podemos advertir que la aplicación de las resoluciones del Tribunal Supremo de 2018 podría resultar más forzada o susceptible de generar mayores controversias. Al objeto de evitar llegar a resultados injustos y de amparar de la mejor manera posible los intereses de todas las partes implicadas (hombre, mujer y/o del futuro nacido) es conveniente defender, como regla general, la necesidad de que concurra una declaración expresa de revocación del consentimiento, a salvo de que existieran claros indicios de la voluntad real del causante, por medio de hechos o alegaciones, que permitieran reconocer un consentimiento implícito negativo a la procreación⁶¹. En este supuesto, se adoptará la misma solución en los supuestos en que exista una separación de hecho y en aquellos donde se cuente con una decisión

⁵⁹ Cfr. FARNÓS AMORÓS, Esther, «Consentimiento a la reproducción humana asistida humana asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones», *op. cit.*, pp. 227 y 228. La autora advierte, a la luz de los casos resueltos por los diferentes tribunales, que, en la casi generalidad de los supuestos, los conflictos sobre la disposición de los preembriones con motivo de crisis de pareja han finalizado estimado la pretensión de la parte que se oponía a la implantación. Conclusión a la que han llegado los tribunales a partir de argumentos y metodologías muy diferentes, en función de la mayor o menor regulación de las técnicas de reproducción asistida en cada ordenamiento. FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J., *La determinación de la filiación en interés del menor: turismo reproductivo y nuevos modelos fe familia*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 23, pone de relieve como la Gran Sala, en su resolución de fecha 10 de abril de 2007, si bien entiende que el consentimiento de ambas partes es un elemento esencial de este tipo de reproducción, y que cada uno de los consentimientos por separado, sea el del futuro padre o el de la futura madre, tiene el mismo peso que el del otro, sin embargo, observa que la revocación del consentimiento por parte de cualquiera de los miembros de la pareja imposibilitaría la utilización de los embriones por más que esta decisión sea especialmente dura para la otra parte.

⁶⁰ En España este supuesto no sería digno de consideración, ya que recordemos que el ordenamiento jurídico español, en el artículo 10 de la LTRHA, declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación subrogada.

⁶¹ En esta línea, PLANA ARNALDOS, María del Carmen, «Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones», *op. cit.*, 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, como indica la autora, valorando adecuadamente las circunstancias concurrentes, excepcionalmente se podría deducir que se habría revocado la autorización, o había desaparecido la voluntad que la sustentaba.

judicial firme⁶². En todo caso, cabe recordar que, en los casos de parejas de hecho, donde no hay matrimonio, el consentimiento exigido por la norma del varón reclama también de una concreción de la pareja beneficiada. Consentimiento al que le es de aplicación la presunción del artículo 9.2 LTRHA, lo que permite hacer extensible las consideraciones anteriores sobre los efectos de la posterior crisis de pareja a los fines de valorar su real voluntad⁶³. Consideraciones las precedentes que en este caso concreto no impedirían ponderar una posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en los términos estudiados previamente, cuando de acuerdos vinculantes sobre el destino de preembriones se trate, por la concurrencia de causas sobrevenidas imprevisibles al tiempo de adoptarse.

Lo anterior sin perjuicio de que caso de revocación expresa, como adelantamos, dada la libertad de forma admitida implícitamente por ley, pudiera realizarse a través de cualquier medio que permitiera dejar constancia de la declaración de voluntad. Con todo, un aspecto importante a determinar es el supuesto en que el titular del material reproductor, antes o después de la crisis, redactara un nuevo testamento, pero el mismo no contuviera previsiones acerca de la disposición del material reproductor. En este caso sería preciso valorar la compatibilidad de los testamentos⁶⁴.

De igual modo, sería ponderable si la doctrina jurisprudencial analizada, referida al testamento, podría aplicarse a los restantes documentos previstos en la LTRHA. Al finalizar el análisis de las sentencias de 2018, señalamos que, en principio, las consideraciones expuestas por el Tribunal Supremo podrían ser extensibles al resto de documentos que el artículo 9 de la LTRHA prevé como susceptibles de contener el consentimiento exigido por la norma. Afirmación que se sustenta en la propia

⁶² Siguiendo a GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Determinación de la filiación en el Código de familia de Cataluña*, *op. cit.*, p. 74, si existe sentencia de divorcio o nulidad del matrimonio carece de trascendencia la falta de revocación, la voluntad no es eficaz al no concurrir el requisito de ser la mujer a la que se quiere realizar la técnica, la esposa del fallecido. La autora señala que ha de adoptarse el mismo criterio cuando existe separación que en los casos de divorcio o declaración de nulidad con sentencia de separación, a pesar de que no tenga lugar la disolución del vínculo matrimonial. Tesis que entiende podría mantenerse en caso de que se acreditara fehacientemente la separación de hecho. Pese a lo expuesto, la autora concluye advirtiendo que es conveniente que en los casos de crisis matrimoniales se proceda a revocar este tipo de consentimiento a fin de evitar problemas posteriores.

⁶³ *Vid.* GÁMIZ SANFELIU, Marta, «Reflexiones sobre la fecundación post mortem. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida», *Actualidad civil* (2009), n.º 10.

⁶⁴ En opinión de PLANA ARNALDOS, María del Carmen, «Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones», *op. cit.*, pp. 334-335, estos problemas se resolverían si para contener la autorización o consentimiento a la reproducción post mortem, se utilizara un documento específico, lo que obligaría a una revocación singular que no dejara lugar a dudas acerca de la verdadera voluntad del interesado. Para la autora, el testamento patrimonial no es el documento idóneo para contener estas disposiciones, siendo más oportuno el documento clínico.

naturaleza de negocio jurídico que a todos ellos cabe atribuir. En cuanto al documento de consentimiento informado al que se refiere el artículo 6.3 LTRHA, se trata de un escrito donde concurren, por un lado, una información clínica, suministrada por el profesional sanitario, y, por otro lado, una aceptación del paciente, llegándose de esta forma a un acuerdo que es la base de un negocio jurídico concreto⁶⁵. Con respecto a la escritura pública, el artículo 17 de la ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, le atribuye, como contenido propio, las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases. Por consiguiente, se trata de un documento solemne en el que se incluyen, entre otros actos, contratos y negocios jurídicos. Por lo que se refiere a los testamentos, es oportuno recordar que su carácter de negocio jurídico *mortis causa* ha sido manifestado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁶. Por último, y en lo relativo al documento de instrucciones previas, hay que decir que, igual que los precedentes, y a los efectos de esta norma, suponen declaraciones de voluntad, personalísimas y revocables, con efectos jurídicos *inter vivos* y *mortis causa*, participando de la naturaleza de negocio jurídico⁶⁷.

Expuesto lo anterior, interesa recordar el contenido de los artículos 1281 y 1282 del CC, relativos a la interpretación de los contratos. En el primero se declara que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas», y añade que, si las palabras parecieran contrarias a la intención de los contratantes, ésta prevalecerá sobre aquellas. En el segundo, se dice que, para juzgar la intención de los contratantes, debe

⁶⁵ Como señala PORTERO GARCÍA, Luis, «Aspectos jurídicos sobre el consentimiento informado», *Boletín del Ministerio de Justicia* (1999), n.º 1838, p. 149, desde una perspectiva jurídica, el consentimiento es un elemento esencial para la perfección de un acuerdo, negocio jurídico o contrato. El consentimiento se integra por dos factores concurrentes: un ofrecimiento y una aceptación, formándose así la voluntad común o acuerdo.

⁶⁶ De acuerdo con lo dispuesto en el punto quinto del fundamento de derecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 (Roj: STS 4755/2013): «De esta nueva configuración, tendente a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual, también participa el principio de “favor testamenti”, como una proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos *mortis causa*, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, sólo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada [...]».

⁶⁷ Siguiendo a FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», *IUS ET SCIENTIA*, vol. 3 (2017), n.º 1, pp. 150-160, los documentos de instrucciones previas contienen declaraciones de voluntad relativas a designación de representante sanitario, destino de los órganos o del cuerpo del otorgante una vez fallecido, o a la solicitud o el rechazo de ciertos tratamientos médicos. Son, por tanto, un verdadero negocio jurídico que reconoce la eficacia de la autonomía privada, de la voluntad de los ciudadanos, al regular, según sus valores, aspectos de la asistencia sanitaria o de las actuaciones médicas relativas a su salud e integridad física.

atenderse principalmente a sus actos, coetáneos y posteriores al contrato. Las anteriores disposiciones se asemejan a lo dispuesto en el artículo 675 del CC, relativo a la interpretación de los testamentos, y objeto de tratamiento en las resoluciones del Tribunal Supremo de 2018 antes tratadas y, por ello, susceptibles de un tratamiento similar a los efectos de valorar la voluntad real de las partes. No puede olvidarse la regla general del artículo 3 del Código Civil, la cual, si bien se refiere a la interpretación de las normas, remite también a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. En todo caso, en la interpretación del negocio jurídico debe tratarse, siempre, de buscar la voluntad de la persona o personas que lo formularon⁶⁸.

En definitiva, tras las cuestiones formuladas y las argumentaciones esgrimidas, en relación con los dos supuestos analizados, es defendible, dada la ausencia de claridad normativa, que atendiendo a las circunstancias del supuesto de hecho concreto se reconozca, bajo circunstancias especiales, la posible deducción de la voluntad real del difunto con apoyo en determinados hechos o testimonios. Abogar como regla general por la primacía del consentimiento expreso o la presunción positiva de la voluntad procreativa ante la ausencia de una declaración revocatoria a estos efectos podría dañar gravemente los intereses del fallecido. Ello en tanto que adoptar una decisión de esta transcendencia puede generar efectos no solo en el ámbito de familia, sino también en cuanto a aspectos sucesorios. Dado que no es objeto del presente estudio no nos vamos a centrar en estos problemas, pero sí que es necesario dejar constancia de que la posible determinación de la filiación del menor nacido con el difunto puede suponer un perjuicio a sus causahabientes universales no querido por él. Como indica el artículo 9.2 LTRHA siempre que exista consentimiento del marido quedará determinada la filiación matrimonial. En consecuencia, los nacidos de manera póstuma por esta técnica serán legitimarios del fallecido y tendrían capacidad para suceder⁶⁹.

⁶⁸ Vid. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio, «La interpretación del negocio jurídico», Disponible en https://www.ulpgc.es/sites/default/files/ArchivosULPGC/actosacademicos/Curso%2020092010/la_interpretacion_del_negocio_juridico.pdf. [Consulta 10 abril 2021], p. 2. Para el autor mientras la interpretación de la Ley tiene un carácter general, la interpretación del negocio jurídico debe realizarse conectada al propósito de su autor. En su opinión, cuando se interpreta la norma jurídica el intérprete debe limitarse a liberarla de dudas y oscuridades; mientras que cuando se interpreta el negocio jurídico, el intérprete, además de eliminar las eventuales dudas, debe tratar de encontrar la voluntad de los que dieron lugar al mismo.

⁶⁹ A fin de evitar problemas en cuanto a aspectos sucesorios, desde el ámbito notarial se han hecho eco de estas situaciones y han señalado la conveniencia de hacer constar en el testamento no solo la autorización del uso del material reproductor, sino otras cláusulas suspendiendo la partición de la herencia, previendo su administración (aplicando las previsiones del Código Civil cuando la viuda queda encinta), y según el resultado de la fecundación post mortem, ordenar la sucesión. A estos efectos, SÁNCHEZ SILVESTRE, Ana A., «Testamento con cláusula fecundación *post mortem*», en el blog NotaríAbierta,

En cualquier caso, vistos los fundamentos sobre los que se apoyan las resoluciones adoptadas por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2018, las consideraciones realizadas por la DGRN en su resolución de 2019, las apreciaciones vertidas en este artículo, así como lo regulado por algún derecho autonómico, como es el caso del artículo 422-13 de la Ley 10/2008 o del artículo 438 CDFA; se podría proponer, en una futura reforma del Código Civil, incorporar, en el seno de la sección 10ª sobre «la revocación e ineficacia de los testamentos», un nuevo artículo que, en sintonía con lo establecido en los artículos 834 y 945 del mismo cuerpo legal, dispusiera:

«Serán ineficaces las disposiciones correspectivas entre cónyuges, y las liberalidades de cualquier clase concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquel estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin, ello salvo que del testamento resultare que la voluntad del testador o testadores fue otra, o siempre que hubiera habido reconciliación. Las mismas consecuencias se producirán respecto de las disposiciones en favor del conviviente en pareja estable, en supuestos de separación de hecho, salvo que se reanude la convivencia o se extinga la unión por causas ajenas a un posterior matrimonio o la defunción de uno de los miembros de la pareja».

Disposición a la que, a los efectos que hemos estudiado, se podría remitir la LTRHA. Con todo, como hemos dicho para la presunción positiva de la voluntad procreativa ante la ausencia de una declaración revocatoria, con el reconocimiento de la presunción negativa de la voluntad del difunto podrían quedar dañados gravemente los intereses de una de las partes. En este caso concreto, sobre todo los del cónyuge o la pareja supérstite. Por ello, es preferible valorar la voluntad real e implícita del causante en atención a las circunstancias del supuesto de hecho concreto.

5. CONCLUSIONES

Primera. La actual LTRHA de 2006, siguiendo a su predecesora, prevé, para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida que regula, la existencia de un consentimiento expreso emitido a través de los documentos señalados en la norma. Se trata de un procedimiento formal. Únicamente se contempla el consentimiento presunto en el artículo 9.2 de la ley, relativo a la premoriencia del marido, cuando se hubiera iniciado un proceso reproductivo para la transferencia de preembriones constituidos antes del fallecimiento. En cualquier otro caso, queda excluida la posibilidad de admitir la valoración del consentimiento implícito del titular del material genético para disponer

propone un modelo de testamento para estos supuestos. Disponible en <https://notariabierta.es/testamento-con-clausula-fecundacion-post-mortem/> [Consulta 10 abril 2021].

de su propio cuerpo con apoyo en hechos, alegaciones, u otro tipo de pruebas, pese a que pudieran ser concluyentes.

Segunda. Frente a la amplia regulación del consentimiento en la LTRHA, así como su minuciosa interpretación por parte de la doctrina, la revocación de las declaraciones de voluntad favorables al uso de las técnicas de reproducción asistida en la norma adolece de precisiones. Solo tres preceptos se hacen eco de la posibilidad de dejar sin efecto las declaraciones emitidas, pero no señalan la forma en que debe realizarse. Este hecho genera inseguridad jurídica en tanto que cabe plantearse si debe realizarse en los mismos términos en que se emitió la primera declaración; si serían admisibles sus efectos caso de constar en un documento privado; e incluso si es posible considerar la interpretación de un consentimiento, presunto o implícito, de la persona, sobre todo ante circunstancias sobrevenidas e imprevistas que pudieran ser susceptibles de ocasionar afecciones en la voluntad real del emisor de la declaración de no ser tomadas en consideración. Claro reflejo de este problema son los supuestos de crisis matrimonial en los que antes de que el hombre pueda revocar su consentimiento, a todos los efectos, sobreviene su fallecimiento. En este sentido, cabe incluso cuestionarse la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*, si bien ello solo sería posible respecto a los acuerdos adoptados sobre preembriones, habida cuenta de la general necesidad de concurrencia de las voluntades de los implicados para la modificación de estos, y con la salvedad de ausencia de una cláusula de renuncia que habilite el mantenimiento del acuerdo inicialmente iniciado. Cláusula *rebus sic stantibus* que no sería operativa respecto de las disposiciones testamentarias relativas al consentimiento sobre el material genético del disponente, en cuanto que en estos casos habrá que interpretar la voluntad real del causante, en ausencia de una revocación expresa y formal, tras la crisis sobrevenida del testamento previamente formalizado.

Tercero. En línea con la afirmación precedente, cabe traer a colación la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 2018 del Tribunal Supremo relativa a la ineficacia de disposiciones testamentarias en favor del cónyuge por circunstancias sobrevenidas. De acuerdo con lo señalado en ellas, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. En este sentido, la condición de esposo o pareja de hecho prevalece en el discernimiento de la voluntad del testador sobre otros elementos concurrentes. Esta consideración es el motivo que asiste a su voluntad al establecer disposiciones en favor del sobreviviente. En consecuencia, ante la ausencia de exigencias formales en la LTRHA, podría considerarse ineficaz el consentimiento previo en favor de la reproducción artificial *post mortem* sobrevenida una crisis matrimonial en un momento posterior al otorgamiento del

testamento. Asimismo, no existiría impedimento en aplicar las anteriores consideraciones al consentimiento reflejado en alguno de los restantes documentos a los que se refiere la LTRHA. A estos efectos, cabe añadir que, conforme a lo dispuesto en artículo 3 del Código Civil, al momento de interpretar las normas, es necesario tomar en consideración la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Cuarta. En cuanto a las hipótesis contempladas, es preciso hacer una distinción entre las declaraciones de voluntad referidas a la disposición de los gametos reproductores y las relativas a los preembriones crioconservados, en tanto que en el segundo supuesto existe una unión de material reproductor de dos personas. En el primer caso, como regla general, cabría aplicar el criterio de la ineficacia del consentimiento que provoca la desaparición de la condición de pareja o esposo, al ser la razón concluyente que determinó la voluntad del fallecido. La admisión de dicha interpretación no parece que pueda perjudicar a la otra parte, ya que los deseos de ser madre, que ampara la norma, no quedan frustrados. Esta posibilidad sigue siendo viable haciendo uso de gametos reproductores de un donante anónimo.

Con respecto al segundo, la aplicación de las resoluciones del Tribunal Supremo de 2018 podría generar mayores controversias. A fin de alcanzar una solución que ampare a todas las partes implicadas en el proceso, incluido el futuro nacido, parece razonable defender, como regla general, la necesidad de que concurra una declaración expresa de revocación del consentimiento, a salvo de claros indicios, por medio de hechos o alegaciones que permitieran reconocer de forma indubitada el consentimiento implícito negativo del causante a la procreación. El apoyo a esta última consideración trae causa, en parte, de las resoluciones de los tribunales que conocen de los conflictos en vida de cónyuges separados sobre el destino final de los preembriones crioconservados. En la mayoría de los casos, los tribunales se decantan por anteponer el derecho de la parte que desea su destrucción o utilización con un fin distinto al reproductivo

Quinta. Ante el silencio normativo sobre estas cuestiones, es posible reconocer la interpretación de la voluntad real del causante con apoyo en testimonios, y otras pruebas, en circunstancias extraordinarias. La operatividad del consentimiento expreso o la presunción positiva de la voluntad procreativa para el uso de las técnicas de reproducción humana asistida en ausencia de declaración revocatoria sin excepción podría dañar gravemente los intereses del fallecido. Cualquier decisión adoptada en este ámbito puede generar efectos jurídicos relevantes, tanto en derecho de familia como respecto a cuestiones de índole sucesorio.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias», *Anuario de Derecho civil* (1954), fasc. 2, pp. 319-334.

ABELLÁN, Fernando, SÁNCHEZ CANO, Javier, *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Comares, Granada, 2009.

ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (2002), nº. 6, pp. 113-132.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «El divorcio o cese de la convivencia y su relevancia sobre las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge o pareja de hecho», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2019), núm. 776, pp. 2999-3039.

BLOOD, D., *Flesh and Blood. The Human Story Behind the Headlines*. Mainstream Publishing. Edinburg and London, 2004.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel:

- «Pérdida irreparable de preembriones crioconservados y daño moral de la viuda», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2017), nº 762, pp. 1943-1963.

- «Interpretación de la voluntad del testador cuando se ha producido un cambio de circunstancias», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* (2019), nº. 772, pp. 881-893.

DE VERDA Y BEAMONTE, José ramón, «Reproducción humana asistida», *Revista boliviana de Derecho* (julio, 2009), n.º 8, pp. 192-211.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio, «La interpretación del negocio jurídico», Disponible en: https://www.ulpgc.es/sites/default/files/ArchivosULPGC/actosacademicos/Curso%2020092010/la_interpretacion_del_negocio_juridico.pdf. [Consulta 10 abril 2021].

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, «Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad», *Anuario de Derecho Civil* (2016), tomo LXIX, fasc. IV, pp. 1259-1320.

FARNÓS AMORÓS, Esther:

- «¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida. Comentario a la STEDH, Sec. 4ª, de 7.3.2006, “Evans v. The U.K.”», *InDret* (enero, 2007), pp. 1-16.

- *Consentimiento a la reproducción humana asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.

- «¿A quién pertenecen los embriones? Fecundación humana asistida y crisis de pareja», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (2014), nº 18, pp. 331-349.

FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J., *La determinación de la filiación en interés del menor: turismo reproductivo y nuevos modelos de familia*, Dykinson, Madrid, 2019.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio:

- «Artículo 9. Premoriencia del marido», en AA.VV., *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 305-352.

- «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», *Ius et scientia*, vol.3 (2017), nº.1, pp. 150-160.

FUGARDO ESTIVILL, José María, *Procreación humana y acciones de responsabilidad. Derecho español y comparado*, J. B. Bosch, Barcelona, 2018.

GÁMIZ SANFELIU, Marta, «Reflexiones sobre la fecundación post mortem. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida», *Actualidad civil* (2009), nº 10.

GERI, Leonardo, «Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina», *Revista de Bioética y Derecho* (2019), pp. 149-165.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Determinación de la filiación en el Código de familia de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GÓMEZ CALLE, María Esther, *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Thomson Civitas, Madrid, 2007.

GÓMEZ MONTORO, Ángel José, «El estatuto constitucional del no nacido: evolución y situación actual en España», *Revista de Derecho Político* (mayo-agosto 2018), nº 102, pp. 47-78.

GUTIÉRREZ BARRENGOA, Ainhoa, MONJE BALMASEDA, Oscar, «Comentario jurídico al artículo 11», en AA.VV., *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, S. L., Madrid, 2007, pp. 167-188.

HERRERA, Marisa, «¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (2017), nº 35, pp. 73-113.

INIESTA DELGADO, Juan José, «Artículo 5. Donantes y contratos de donación», en AA.VV., *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo de técnicas de reproducción humana asistida*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 105-178.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2012.

JORDANO BAREA, Juan B., *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco, «Comentario jurídico al artículo 9», en AA.VV., *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, S. L., Madrid, 2007, pp. 123-156.

MARCOS DEL CANO, Ana María, PINTO PALACIOS, Fernando, «Bebé medicamento, protección de la salud y sistema sanitario público: Una reflexión desde el principio de justicia», *Universitas: Revista de filosofía, derecho y políticas* (2016), n.º 24, pp. 243-265.

MORETÓN SANZ, María Fernanda, «El nuevo derecho civil foral sucesorio: la codificación navarra, aragonesa y gallega y la ineficacia *ope legis* de disposiciones testamentarias hechas en favor de la expareja, sea matrimonial o de hecho y se haya producido disolución del vínculo o la separación sea fáctica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2019), núm. 776, pp. 3061-3092.

PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret* (2015), pp. 1-54.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana», *Revista IUS*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (2007), n.º 20, pp. 605-630.

PLANA ARNALDOS, María del Carmen, «Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones», en AA.VV., *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo de técnicas de reproducción humana asistida*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 397-434.

PORTERO GARCÍA, Luis, «Aspectos jurídicos sobre el consentimiento informado», *Boletín del Ministerio de Justicia* (1999), n.º 1838, pp. 149-155.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «Del hermano medicamento o salvador a la terapia génica: Cuestiones legales respecto a la situación del menor ante los nuevos avances biomédicos», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 14 (enero – junio 2019), pp. 69-90.

REVERTE NAVARRO, Antonio, «Consideraciones desde el punto de vista del Derecho Civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Discurso de apertura del curso académico 1992-93, 1992.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María:

- *Reproducción artificial post mortem*, Tirant lo Blanch, 2013.

- «La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico», *Revista boliviana de derecho* (julio, 2015), n.º 20, pp. 292-323.

SÁNCHEZ SILVESTRE, Ana A., «Testamento con cláusula fecundación post mortem». Disponible en el blog *NotariAbierta*. Disponible en <https://notariabierta.es/testamento-con-clausula-fecundacion-post-mortem/> [Consulta 10 abril 2021].

STRAW, Cecilia, «¿Autonomía de la voluntad en el derecho de las familias? Opiniones socio-jurídicas sobre filiación de usuarios de técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametos y/o gestación por sustitución», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (2018), n.º 38, pp. 247-270.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J., «Institución de heredero o legado y crisis matrimonial o de pareja de hecho. A propósito de las SSTS, Sala 1ª, de 26 y 28 de septiembre de 2018», *Diario la Ley* (2019), n.º. 9526, pp. 1-15.

WESTREICH, Avishalom, *Assisted Reproduction in Israel. Law, Religion and Culture*, Brill, Leiden. Boston, 2016.

ZUBERO QUINTANILLA, Sara, «La voluntad real del testador: ineficacia de disposiciones testamentarias por crisis posterior al otorgamiento del testamento», *Revista de Derecho Privado* (2020), n.º. 4, pp. 43-66.

Fecha de recepción: 17.07.2020

Fecha de aceptación: 01.05.2021