



TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO
CURSO ACADÉMICO 2016-2017

**ESTUDIO DE LA SITUACIÓN DE LOS
PREEMBRIONES SOBCHANTES EN LA LEY
14/2006 SOBRE TECNICAS DE
REPRODUCCIÓN ASISTIDA: TRATAMIENTO
ESPECIAL DE LA FECUNDACION POST
MORTEM**

**STUDY OF THE SITUATION OF THE
SUPERNUMERARY PRE-EMBRYOS UNDER
THE LAW 14/2006 ABOUT ASSISTED
REPRODUCTION TECHNIQUES: SPECIAL
TREATMENT OF POST MORTEM
FERTILIZATION**

Directora: Dr. Dña. Laura Fernández Echegaray

Autora: Mónica González Cabarga,
Santander, 2016-2017.

Resumen:

Este trabajo analiza uno de los puntos más controvertidos en el mundo jurídico y en el mundo de la medicina en España: las técnicas de reproducción asistida. Concretamente, este estudio va enfocado a dos de los principales problemas que a día de hoy, con la actual legislación, se presentan en nuestro país. De un lado, la situación de la multitud de preembriones sobrantes, con el consiguiente problema del destino que se les ofrece. Y por otro lado, se llevará a cabo un análisis de la técnica de la fecundación post mortem conforme a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida 14/2006. Técnica que a pesar de haber supuesto un gran avance conforme al resto de legislaciones, no acaba de adecuarse a las exigencias que la práctica plantea en el día a día.

Palabras clave: reproducción asistida, legislación española, preembriones sobrantes, infertilidad, fecundación.

Abstract:

This paper analyzes one of the most controversial points in the legal world and in the world of medicine in Spain: assisted reproduction techniques. Specifically, this study focuses on two of the main problems that today, with current legislation, is presented in our country. On the one hand, the situation of the multitude of surplus preembryos, with the problem of the destiny that is offered to them. And on the other hand, an analysis of the technique of post-mortem fertilization will be carried out in accordance with the Assisted Reproduction Techniques Act 14/2006. Technique that despite having tested a great advance with the rest of legislations, does not just adapt to the demands that the practice raises in the day of one day.

Key words: assisted reproduction, Spanish legislation, surplus pre-embryos, infertility, fertilization.

ABREVIATURAS

Art/art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Asistida
Núm./número	Número
Ob. Cit.	Obra citada
Pág./págs.	Página/páginas
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de derechos humanos
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE:

1. Introducción.....	4
2. Antecedentes históricos.....	5
2.1 Causas que desencadenan el surgimiento de las Técnicas de reproducción asistida.....	7
a) Infertilidad estructural	7
b) Infertilidad por motivos sociales.....	8
c) Oncofertilidad.....	9
2.1 Preservación de la fertilidad.....	9
3. Legislación española en las Técnicas de Reproducción Asistida.....	12
3.1 Informe Palacios: Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación artificial.....	13
3.2 Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida.....	14
a) Características.....	15
b) Técnicas permitidas en la ley actual sobre TRH.....	15
c) Técnicas prohibidas en la ley actual sobre TRHA.....	17
4. Tratamiento especial de crionconservacion y destino de los preembriones.....	20
4.1 Estatuto jurídico del preembrión.....	20
4.2 Criocconservacion.....	21
4.3 Destino preembriones.....	23
- La utilización por la propia mujer, o en su caso, su cónyuge.....	24
- La donación con fines reproductivos.....	25
- La donación con fines de investigación.....	28
- El cese de su conservación sin otra utilización.....	29
5. Fecundación Post mortem en la Ley 14/2006.....	31
5.1 Introducción.....	31
5.2 Fecundación post mortem en la Ley actual sobre TRHA.....	32
5.3 Código catalán: Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña.....	35
5.4 Derecho comparado.....	39
6. Conclusiones.....	
6.1 Conclusiones sobre la creación de embriones supernumerarios, su congelación y el destino de los mismos.....	44
6.2 Conclusiones y crítica a la actual regulación jurídica de la fecundación post mortem.....	46

1. Introducción:

Hoy en día, los avances científicos tratan de dar respuesta a las nuevas exigencias de la sociedad. Entre ellas se encuentran todas las soluciones estudiadas y que aun estar por estudiar sobre el problema de la infertilidad social, muy presente en nuestros días como veremos más adelante. Por ello, el objetivo de este trabajo consiste en analizar la situación actual en España en relación a las Técnicas de Reproducción Asistida, una materia en la que nuestro país ha sido y es pionero y además, goza de una normativa que ya en su momento supuso un gran avance respecto de otros países europeos. Sin embargo, la ciencia avanza mucho más rápido que cualquier ordenamiento jurídico, siendo necesario intentar en la medida de lo posible actualizar estas técnicas y su aplicación a los problemas que se presentan día a día, entre los que cabe destacar la generación de una pluralidad de preembriones congelados, con el consiguiente destino que se les ofrece o el escaso plazo de un año que se otorga para realizar una fecundación post mortem, que en la mayoría de los casos, resulta ineficaz.

La primera parte de este trabajo, se centra en el estudio de los preembriones que se generan en estas Técnicas de Reproducción Asistida. El problema de la creación de más preembriones de los que al final resultan necesarios, origina uno de los principales vacíos en la aplicación de estas técnicas. Problema que suele finalizarse con la destrucción de los mismos. Además de poner de manifiesto esta cuestión, también se analizarán los diferentes destinos que se les puede dar a estos preembriones, regulados en la norma.

También se analizará una de las técnicas que se ofertan en la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida que, a día de hoy requiere de una revisión jurídica para poder cumplir con las necesidades que se exigen en la práctica. Hablamos aquí de la fecundación post mortem. Técnica en la que España ha sido pionera, además de permisiva, pero que sin embargo, a día de hoy, la normativa actual no se adecua a las exigencias que esta modalidad de TRHA exige, siendo el principal problema como veremos a lo largo del trabajo, el escaso plazo que se otorga para decidir y conseguir un embarazo óptimo, plazo de un año que frustra en la mayoría de los casos los deseos de

tener un hijo, siendo imposible englobar en ese periodo de tiempo tan escaso, por un lado la decisión de optar por la maternidad después de haber sufrido la pérdida de la pareja, y por otro, el procedimiento en sí mismo de obtener un embarazo viable. Embarazo que suele conseguirse con la repetición de este procedimiento, siendo realmente difícil conseguirlo en un primer intento.

Para el desarrollo de este trabajo se ha llevado a cabo un exhaustivo análisis de la doctrina, mayoritariamente española, aunque también extranjera, haciendo una pequeña comparación con el fin de intentar recaudar mejoras y propuestas para nuestro ordenamiento jurídico. Además, el trabajo recoge el estudio de algunas sentencias de los tribunales más importantes dentro del derecho español y su posición respecto de determinadas cuestiones analizadas a lo largo de estas páginas.

Es por ello, objeto del presente trabajo, analizar la situación actual de Técnicas de Reproducción Asistida en España, y más concretamente en la crio conservación de material genético: óvulos, esperma o pre embriones congelados, sus posibilidades, su destino y, en suma, todas las posibilidades y problemas que puedan, y de hecho se plantean en nuestro país.

2. Antecedentes históricos:

La historia de la reproducción asistida se remonta a más de 70 años atrás. Concretamente al 25 de Julio de 1978, donde a las 11 horas y 40 minutos, en el Royal Oldham General Hospital en Inglaterra, nació la primera niña concebida en el mundo por fecundación *in vitro*, llamada Louise Joy Brown.¹

En aquel momento, la prensa y la mayor parte de la sociedad calificaron este nacimiento como un escándalo e incluso como un milagro ya que esta técnica de reproducción en sus inicios se vio envuelta en la polémica, el secretismo y el rechazo social. Algo que no frenó nunca a Lesley Brown quien por su parte, sólo quería tener un hijo aunque para ello se tuviera que someter a un experimento del que no sabía prácticamente nada.

¹ “*Louise Brown, primera niña probeta, cumple 25 años*”: <http://www.tahefertilidad.es/37-anos-de-avance-continuo-la-historia-de-la-reproduccion-asistida-en-fechas/>. Sábado, 26 de julio de 2003.

Unos años más tarde, esta técnica tan exitosa llega a nuestro país, y así, un 12 de julio de 1984 nace en Barcelona Victoria Anna, quien supuso un hito en la historia de la reproducción asistida española en general y del Instituto Dexeus en particular gracias al equipo del Dr. Pedro Barri y de otros muchos especialistas, entre otros, las biólogas Anna Veiga, Gloria Calderón y Paz Maristán².

Sin embargo, iban desarrollándose nuevas técnicas, cada vez más avanzadas y fructíferas. Así, surgió el método de la crío preservación, teniendo lugar el primer nacimiento a nivel mundial tras criopreservación y descongelación de embriones gracias al equipo australiano dirigido por Trounson y Mohr en el año 1983. Además en ese mismo año, este grupo publicó el primer nacimiento a partir de donación de ovocitos.³

En nuestro país, fue el Instituto Universitario Dexeus el que consiguió en Julio de 1987 el primer parto tras congelación y descongelación de embriones, y un año más tarde, en 1988, los primeros éxitos de la donación de ovocitos.

Son estas, y muchas, más las técnicas que quedan englobadas dentro de la llamada “reproducción asistida”.

España se ha convertido en el líder europeo en técnicas de reproducción asistida, ocupando el tercer lugar en el mundo (detrás de Japón y EEUU), arrojando unos 25.000 nacimientos al año gracias a estos métodos.⁴

Sin embargo, este éxito no es para nada gratuito, y la mayoría de los expertos concuerdan en cuáles son las razones por las que España es pionera en esta técnica. Podemos destacar dos: “*la elevada calidad de los servicios médicos ofrecidos en nuestro país así como a los avances en este tipo de tratamientos*” tal y como afirma Agustín Ballesteros⁵, presidente de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) y el segundo motivo son las leyes españolas en esta materia, las cuales gozan de una gran

²Sánchez Mellado, L: “*Mamá Anna*”

http://elpais.com/diario/2011/03/20/eps/1300606017_850215.html 20/3/2011

³ “*37 años de avance continuo. La historia de la reproducción asistida en fechas*” <http://www.tahefertilidad.es/37-anos-de-avance-continuo-la-historia-de-la-reproduccion-asistida-en-fechas/>

⁴ López, A para El Mundo: “*España es el país de Europa donde se realizan más fecundaciones in vitro*” <http://www.elmundo.es/salud/2016/05/19/573dad05468aeb627d8b4694.html>. Madrid, 20/5/2016

⁵Oliver, D: “*¿Por qué España es líder en reproducción asistida?*” <https://madresfera.com/por-que-espana-es-lider-en-reproduccion-asistida/> 22 de noviembre de 2016.

calidad técnica. Cabe recordar aquí, que España fue el primer país que tuvo una Ley sobre la Reproducción Asistida, en el año 1988, que tuvo en cuenta el destacado Informe Warnock,⁶ un documento que se publicó en Reino Unido en 1984 que sin embargo, no llegaba a la categoría de Ley⁷.

Para el presidente de la SEF (Sociedad Española de Fertilidad), esta ley “*da soluciones a la inmensa mayoría de los problemas reproductivos*”. Sin embargo, puntualiza que no es perfecta y que, en su opinión, “*al igual que otras leyes, también merecería una actualización*”, especialmente en el aspecto de la maternidad subrogada, “*con la que aún somos nosotros los que nos tenemos que ir fuera*”.

A pesar de que existe una gran cantidad de técnicas de reproducción asistida, este trabajo se centrará en analizar la técnica de la crioconservación de embriones, el destino de los preembriones sobrantes así como los problemas de infertilidad en todas sus vertientes: infertilidad biológica, infertilidad originada por factores sociales, infertilidad estructural (aquella que tiene lugar dentro de las parejas homosexuales) y la infertilidad oncológica (generada a raíz de una enfermedad).

2.1 Causas que desencadenan el surgimiento de las técnicas de reproducción asistida

Las técnicas de reproducción asistida (TRA) en humanos surgen con el principal objetivo de conseguir un embarazo en aquellas personas que sufren cualquier tipo de alteración en la fertilidad, lo que impide que se conciba un embarazo natural. Pero, ¿Qué entendemos por infertilidad? La OMS (Organización Mundial de la Salud) entiende la infertilidad como una enfermedad que tiene lugar cuando existe una

⁶ INFORME WARNOCK: Seis años después del primer nacimiento por fecundación in vitro, se aprueba en 1984 en el parlamento inglés, un informe redactado por un grupo de expertos, encabezado por Mary Warnock. Se trata de un informe que sirvió para sustentar los fundamentos de la posterior legislación sobre estas técnicas en Inglaterra, y posteriormente en España.

⁷ Arribera, A: “*España encabeza el grupo de países con más tratamientos de reproducción asistida*” <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2012/12/17/noticias/1355735340.html> Madrid 17/12/2012

incapacidad por lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas⁸.

El problema afecta a 1 de cada 10 parejas en España, y según los especialistas esa tasa de infertilidad cada vez va a más. Podemos afirmar que en la mayoría de países desarrollados 1 de cada 4 parejas sufre algún problema de infertilidad⁹.

Entre las posibles explicaciones al problema de la infertilidad biológica¹⁰, los investigadores apuntan a estilos de vida poco saludables, entre los que figura el consumo de tabaco o el sobrepeso, y a otros factores ambientales como la contaminación.

Sin embargo, además de esta clase de infertilidad, hoy en día existen se han originado otras clases de infertilidad, entre las que cabe destacar las siguientes:

- a) En primer lugar la llamada “infertilidad estructural”, recibe esta denominación aquella imposibilidad de concebir hijos en parejas homosexuales, donde biológicamente resulta imposible concebir hijos de manera natural. O bien, en segundas parejas en las que uno de los dos pueda tener realizada una vasectomía o ligadura tubárica¹¹.
- b) En segundo lugar encontramos la “infertilidad por motivos sociales”. Este tipo de infertilidad surge como consecuencia de una serie de factores sociales donde se origina el aplazamiento, del matrimonio, de la búsqueda del primer hijo o en definitiva del retraso de la maternidad a una edad menos favorable para poder tener hijos. Cabe englobar aquí las presiones laborales y sociales que llevan a muchas mujeres a renunciar a la maternidad hasta ahora, muchas veces, para siempre. Circunstancias a las que, en muchos casos, se suma la falta de una pareja e incluso de dinero. La media de edad a la que las españolas tienen su primer hijo, no hace

⁸ F. Zegers-Hochschild, G. D. Adamson, J. de Mouzon, O. Ishihara, R. Mansour, K. Nygren, E. Sullivan, S. van der Poel on behalf of ICMART and WHO, Noviembre, 2009: “*Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*”.

⁹ Benavente Moreda, P. y Arnós Amorós, E: “*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*” Madrid, 2015.
www.mjusticia.es/bmj Pág. 7.

¹⁰ <http://www.drgdiaz.com/eco/infertilidad.shtml>.

¹¹ *Ibidem*, pág. 33.

más que confirmar la tendencia: si en 1975 era a los 24 años, en 1992 era a los 29 años, en 2014 es a los 31 y en 2016 a los 32 . Por parte del varón existe también un incremento progresivo, pasando de los 27 años en 1975 a los 34 y medio en 2008 (datos del Instituto Nacional de Estadística¹²

Como adelantamos previamente, uno de los mayores motivos en el retraso de la maternidad es el que se refiere a la integración de la mujer en el mundo laboral y todo lo que ello engloba, una formación consolidada, lograr un buen reconocimiento, y tristemente el riesgo del mantenimiento de la relación laboral durante el periodo de la maternidad.

Algunos de estos factores han llegado a consecuencias tales como el ofrecimiento por parte de dos grandes multinacionales Apple y Facebook hacia sus empleadas de congelación de sus óvulos en Estados Unidos¹³. Obviamente las respuestas a esta propuesta han sido muy controvertidas, dividiéndose en dos bandos bien diferenciados. Hay quienes consideran que esta propuesta es un adelanto y una buena garantía para las mujeres. Mientras que, la gran mayoría considera que este tipo de políticas favorecen la idea de que tener un hijo en edad laboral es un problema o una dificultad¹⁴.

¹² Matorras Weining, R: “*La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas*” *Imago Concept & Image Development, S.L.*, Madrid, 2011, pp. 39.

¹³ Jiménez Cano, R: “*Facebook y Apple ofrecen congelar los óvulos a sus empleadas*” http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/10/15/actualidad/1413333970_087854.html 15 de Octubre de 2014.

¹⁴ Las dos grandes multinacionales Apple y Facebook han lanzado una polémica propuesta sus trabajadoras en edad fértil, invitándolas a retrasar la maternidad y haciéndose cargo económicamente de todo el procedimiento que según explica Brigitte Adams, la fundadora de Eggsurance, la empresa en la que han confiado ambas empresas para ofrecer esta propuesta, cada ciclo de estimulación ovárica para la toma de muestras cuesta 7.900 euros, a los que hay que añadir 394 euros adicionales al año por el almacenamiento de los óvulos. Facebook ya ofrecía 3.159 euros para gastos por el nacimiento de un hijo.

Tal y como afirman las dos empresas se trata de un incentivo mas de todos los que ofertan, que protege la posibilidad de que las mujeres puedan tener hijos más allá de su edad fértil, dando la posibilidad como afirma Eggsurance de no elegir entre la carrera y la maternidad, algo que pone de relevancia que ambas cosas son incompatibles.

Quizá, tal y como afirma Gallacher, esta solución vaya demasiado lejos, siendo: *“una solución tecnológica a un problema humano que trata de cambiar la naturaleza en lugar de cambiar la organización”*¹⁵.

c) Por último, encontramos la *“oncofertilidad”*¹⁶. Aquella derivada del sometimiento a tratamientos médicos agresivos (quimioterapia) con el fin de combatir estas enfermedades. Concretamente se trata de un tratamiento que produce daños en el tejido ovárico denominado *“gonadotoxicidad”*.

Además, y en relación con el retraso de la edad de las mujeres para tener un hijo a la edad media de 32 años, favorece las posibilidades de sufrir esta enfermedad antes de llegar a lograr un embarazo.

Como consecuencia de la posibilidad de generar una infertilidad a la hora de llevar a cabo un proceso de lucha contra esta enfermedad, debería consultarse con las pacientes la posibilidad de preservar su fertilidad, siempre y cuando sea posible y compatible con el tratamiento.

2.2 Preservación de la fertilidad:

Hoy en día existen una serie de estrategias para preservar la fertilidad, una serie de técnicas donde habrá que tener en cuenta diversos factores (edad de la paciente, tejido ovárico, grado de la enfermedad, etc.) para optar por la más óptima en cada caso. Entre estas técnicas cabe destacar alguna de ellas:

- Crio preservación de corteza o tejido ovárico.
- Trasposición ovárica.
- Crio preservación de embriones. Es la técnica con mayor éxito de preservación de la fertilidad de la mujer contando con un gran número de nacimientos gracias a la misma.
- Criopreservación de ovocitos.

¹⁵ *“La polémica oferta de Apple y Facebook a sus empleadas”* http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/10/141015_tecnologia_empresas_empleadas_ovulos_msd, 15 octubre 2014

¹⁶ Armijo Suárez, O: *“Nuevas aplicaciones de las Técnicas de Reproducción Asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad”* en *“Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual”* Ob. Cit. Pág. 26-31.

- Ovodonación.

En el año 2007 se puso en marcha el Plan de Preservación de la Fertilidad, otorgando un servicio gratuito para pacientes oncológicos¹⁷. Gracias a él, muchos hombres y mujeres han podido preservar su fertilidad tras haber tenido que someterse a tratamientos muy agresivos como la quimioterapia o la radioterapia¹⁸. Desde ese mismo año (2007), ya son 16 los bebés nacidos después de que sus madres le ganaran la batalla al cáncer. Y además, se ha logrado preservar la fertilidad de unos 800 pacientes¹⁹.

Hace décadas era impensable que personas que sufrieran esta enfermedad pudieran lograr su deseo de ser padres, debido a que los tratamientos a los que han de someterse para superar esta patología eran realmente agresivos con su material genético. Sin embargo, gracias a la ciencia, y concretamente a las TRA hoy en día, estos pacientes podrán ser madres o padres una vez superada su enfermedad.

Es por ello que no debemos olvidar la importancia que tiene comunicar a los pacientes la existencia de esta posibilidad, y en el caso de optar por esta técnica actuar con suma rapidez con el objetivo de salvaguardar su deseo de ser padres.

A pesar de que el cáncer es una de las principales enfermedades que se relacionan con la infertilidad, existen muchas otras patologías no malignas pero que puedan disminuir la reserva ovárica en las mujeres. Hablamos en este caso de la endometriosis²⁰.

La endometriosis es una de las causas que pueden generar una baja reserva ovárica en las mujeres, conllevando con ello una alta probabilidad de infertilidad. Se trata de una enfermedad que, a pesar de su frecuencia en las mujeres²¹, es una patología prácticamente desconocida. Desconocimiento que quizá pueda ser achacado a la idea de que tener una menstruación dolorosa sea habitual, una idea que, desgraciadamente

¹⁷ El coste aproximado de la congelación de semen oscila entre los 200 y 700 euros, mientras que la congelación de óvulos alcanza entre los 2.500 y 4.000 euros. En el caso de la congelación de preembriones el precio puede llegar incluso a los 6.000 euros.

Salgado S.: *“Preservación de la fertilidad: congelar óvulos y espermia”*
<https://www.reproduccionasistida.org/preservacion-de-la-fertilidad/> 28/10/2016

¹⁸Argente, D. 2016 <https://ivi.es/notas/con-ivi-ser-madre-despues-del-cancer-es-posible/>

¹⁹ Cifra calculada en el año 2016.

²⁰ Ibid., pág.. 33

²¹ La endometriosis es una enfermedad que afecta entre el 10 y 15% de las mujeres del planeta. Concretamente en España se calcula que puedan llegar a ser 1.200.000 mujeres.

origina un desconocimiento de esta enfermedad, y conlleva en muchas ocasiones, daños irreversibles por un diagnóstico tardío²².

Técnicamente podríamos definirla de la siguiente manera: “la endometriosis es una enfermedad crónica que consiste en la aparición y crecimiento de tejido endometrial (tejido que recubre el interior del útero) fuera de la cavidad uterina. Este crecimiento anormal ocurre sobre todo en la cavidad pélvica, tanto en el peritoneo como en los órganos que se localizan en dicha cavidad. Aparece principalmente en los ovarios, detrás del útero, en las trompas de Falopio, en los ligamentos uterinos, en la vejiga urinaria o en el intestino²³.”

En definitiva, una causa más que pueda desembocar en una infertilidad, que pretende corregirse o evitarse gracias a ciertas TRA en las que el material genético queda preservado con la finalidad de poder ser utilizado en un futuro.

Ahora bien, esa preservación de material genético²⁴ puede ser consecuencia no solo a raíz de una indicación médica. Hoy en día, son muchas las mujeres que por razones como la edad, causas económicas, laborales o sociales deciden posponer la maternidad a una edad más tardía, arriesgándose a poder sufrir a posteriori, dificultades para concebir un hijo. Y por ello, una vez más se decide recurrir a la preservación de la fertilidad a través de estas TRA.

Desde el punto de vista jurídico, la preservación de material genético puede llevarse a cabo bien con indicación médica o sin ella. Se trata de un tratamiento con una alta probabilidad de éxito siempre que se lleve a cabo teniendo en cuenta determinados factores como la edad de la mujer al realizar la reserva ovocitaria o la cantidad de óvulos que se extraigan²⁵.

²² Ballesteros, S.: “*La enfermedad que padecen 170 millones de mujeres*”
http://cadenaser.com/ser/2017/03/24/sociedad/1490380819_317437.html

²³ <http://www.laendometriosis.com/> Madrid, 2017.

²⁴ La preservación del material genético, por lo general puede llevarse a cabo a través de la vitrificación del material genético. En el caso de las mujeres: embriones u ovocitos. En el caso de los varones: el semen.

²⁵ Armijo Suárez, O: “*Nuevas aplicaciones de las Técnicas de Reproducción Asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad*” en “*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*” Ob. Cit. pág 34.

En definitiva, las frustraciones de un gran número de personas han encontrado una vía para la esperanza gracias a las TRA. Desde aquellas parejas que resultan afectadas por la esterilidad o la infertilidad hasta aquellas que pretenden preservar su fertilidad por un amplio abanico de motivos, hoy en día, pueden acceder a la posibilidad de tener hijos. La creación, el avance y el éxito de todas estas técnicas hacen necesaria una regulación legislativa que de soporte y fomento de la mejor manera posible una correcta aplicación de las mismas.

3. Legislación española en materia de reproducción asistida.

Desde el año 1978 ya existían en España bancos de semen, y se calcula que para el año 1986 ya habían nacido más de dos mil niños gracias a la fecundación in vitro²⁶. Como consecuencia de la práctica creciente de estas técnicas, surge la necesidad de regular jurídicamente su uso, concretamente el diputado Marcelo Palacios, quien posteriormente fue el presidente de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In vitro y la Inseminación Artificial Humanas justificó esa necesidad a través de las siguientes palabras: *"en ocasiones puede no ser válido el principio de que debe hacerse todo lo que pueda hacerse y que es necesario y exigible conocer en todo momento cuáles son los derroteros a seguir o emprendidos por la ciencia y la tecnología, y también que es responsabilidad de los poderes públicos y de la sociedad misma señalarles las pautas básicas de actuación que eviten su colisión con la naturaleza del hombre como ser individual, social, libre y responsable, y con su dignidad e integridad. En resumen, sean los científicos quienes señalen lo que se puede hacer, para que los poderes públicos y las normas señalen los caminos a seguir, con el fin de que aquellos no caigan en una avidéz o competitividad científicas y tecnológicas irreflexivas y perniciosas"*²⁷.

Es por ello, que el día 10/04/1986 tuvo lugar la aprobación por el Pleno del informe de la Comisión Especial de Estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, así como las iniciativas particulares o sugerencias de los Grupos

²⁶ Souto Paz, J.A., *El informe Palacios y la Ley Reproducción Asistida*, 2006, pp. 187-196.

²⁷ Palacios Alonso, M.: *"Prólogo al Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "In vitro" y la Inseminación Artificial Humanas"* del Congreso de los Diputados. Madrid, 1986, pp. 10-11

Parlamentarios de la Cámara²⁸. Esta Comisión se encontraba encabezada por el presidente Marcelo Palacios²⁹, a quien le seguía el vicepresidente Isaías Zarazaga Burillo³⁰, el secretario era Joaquín Xicoy Bassegoda³¹ y los vocales: Ana Gorroño Arrizabalaga³², Manuel Núñez Pérez³³ y Agustín Rodríguez Sahagún³⁴, más la colaboración de especialistas en diversas áreas de conocimiento implicadas en la materia como biólogos, médicos, filósofos, juristas, moralistas, etc. Que sumaban un grupo de 36 personas más el presidente, Marcelo Palacios.

La gran novedad aportada por este proceso pre legislativo consistió en la iniciativa de la conformación de Cámara para la creación de una Comisión Especial de Estudio sobre fertilización extracorpórea. Mediante Acuerdo de la Mesa de la Cámara de 2 de noviembre de 1984, que posteriormente pasó a denominarse Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas. Fue gracias a esta propuesta legislativa y al trabajo de los miembros de la Comisión, que España acabase siendo uno de los primeros Estados que regularon esta materia³⁵.

Esta Comisión elaboró el llamado “Informe Palacios”, que recibe el nombre del presidente de la misma. Fue aprobado en el Pleno del Congreso en el año 1986 suponiendo la base y el contenido legislativo de la primera ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la Ley 35/1988.

²⁸ [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IW12&FM T=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=2-2&QUERY=\(I\).ACIN1.+%26+\(150\).SINI](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IW12&FM T=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=2-2&QUERY=(I).ACIN1.+%26+(150).SINI)

²⁹ Médico y político español. Impulsó la creación del Comité Parlamentario de Bioética y de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida y de Enseñanza de la Bioética. Miembro de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (1986-1996), ocupó allí la presidencia de la Subcomisión de Bioética (1990-1995), siendo Speaker General sobre Bioética y representante en el CDBI (1990-1996). Autor de informes sobre utilización de embriones y fetos humanos con fines científicos (1987) y sobre la elaboración de una Convención de Bioética (1986-1996).

³⁰ Veterinario y político español. Trabajó como director del Centro Nacional de Selección y Reproducción Animal a finales de 1975. Fue diputado en las Elecciones generales de España de 1982 y en las de 1986 por el Partido Aragonés Regionalista.

³¹ Político y abogado español.

³² Elegida diputada por Bizkaia, en las elecciones generales del 28 de octubre de 1982. Médico especializado en cardiología.

³³ Abogado y político español, fue ministro de Sanidad y Consumo durante la presidencia de Leopoldo Calvo-Sotelo y ex presidente del Tribunal de Cuentas.

³⁴ Fue un político y empresario español. Miembro de la Unión de Centro Democrático y posteriormente de Centro Democrático y Social (CDS), ocupó importantes cargos en el gobierno de Adolfo Suárez como ministro de Industria (1978 a 1979) y después en el Ministerio de Defensa (1979 a 1981). Fue además alcalde de Madrid entre 1989 y 1991.

³⁵ Souto Paz, J. A., *El informe Palacios y la Ley Reproducción Asistida*, 2006, Ob. Cit. pp. 187-196.

Se trataba de una Ley muy permisiva y avanzada a su tiempo. Una Ley que contenía una lista cerrada de técnicas de reproducción asistida, donde quedaba fuera, al igual que en la actual ley de Reproducción Asistida, la gestación subrogada.

Sin embargo, ¿Qué fue lo que realmente motivó la reforma de esta Ley 35/1988?

La principal razón fue la acumulación de embriones congelados que se estaba generando en los centros de reproducción asistida en España que sobrepasaban el límite legal permitido en la Ley. Los preembriones sobrantes³⁶ quedaban crió conservados en un banco autorizado por un máximo de 5 años conforme al artículo 11.3 de dicha ley.

Como consecuencia de este límite temporal, y de los consiguientes problemas que se estaban generando por aquella acumulación de embriones congelados en los bancos, tuvo lugar la elaboración de una nueva normativa relativa a la Reproducción Asistida.

Fue en Diciembre de 1998 cuando la Comisión Nacional de Reproducción Asistida publica un informe en el que se puso de manifiesto los 25.000 embriones congelados que había en su momento en España, sumado al problema de que el 15% de los mismos llevaba más de 5 años congelados, superando por tanto el límite permitido en la norma.

Este Informe señaló que el régimen de aquel momento no era el adecuado, proponiendo una regulación de estas técnicas más respetuosa con el embrión. Concretamente en su página 23 se estableció que se debería responsabilizar a la pareja «de forma conjunta del destino de los embriones congelados desde antes del inicio del tratamiento y durante el mismo y el período de congelación» quedando respetados tanto el artículo 15 CE sobre la protección de la vida como el artículo 39 relativo a la protección de la familia.

En definitiva este Informe proponía ampliar los plazos de congelación de pre embriones.

Como respuesta a estas demandas, nació la Ley 45/2003³⁷, una Ley por lo general más restrictiva que la anterior. En ella, se estableció que los preembriones fueran

³⁶ Pre embrión sobrante: aquellos preembriones generados mediante una técnica de fecundación in vitro donde se producen más embriones de los que posteriormente se van a utilizar.

³⁷ Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Vigente hasta el 28 de Mayo de 2006). Publicado en BOE núm. 280 de 22 de Noviembre de 2003.

Vigencia desde 23 de Noviembre de 2003. Esta revisión vigente desde 23 de Noviembre de 2003 hasta 28 de Mayo de 2006.

crioconservados durante la vida fértil de la mujer para que se le pudieran transferir en intentos posteriores, eliminando definitivamente el plazo de 5 años que se establecía en la norma anterior.

Además de este cambio, pocas fueron las modificaciones introducidas por esta Ley. Destacar la prohibición de generar más de 3 embriones por ciclo reproductivo, algo que generó problemas, entre otros: el rendimiento de las TRA disminuyó, ya que a menos embriones por ciclo reproductivo menores posibilidades de conseguir el fin propuesto, con los problemas económicos, psicológicos, etc. que ello pueda conllevar.

Fueron varios los motivos que desencadenaron la elaboración de una nueva Ley destinada a la regulación de la reproducción asistida, aprobándose el 26 de mayo del año 2006 la nueva Ley 14/2006³⁸ sobre técnicas de reproducción humana asistida que se encuentra vigente en estos momentos, derogando las dos normas anteriores: Ley 35/1998 y la Ley 45/2003³⁹.

Esta ley ha sufrido tres modificaciones desde su entrada en vigor.

Se trata de una norma muy permisiva, mucho más que la Ley 45/2003. Los principales rasgos a destacar son⁴⁰:

- Se enumera en ella todas las técnicas que en la actualidad se aplica, sin embargo, deja la puerta abierta a la experimentación de nuevas técnicas siempre que cuenten con el permiso sanitario, así como con la autorización de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida.
- El acceso a estas técnicas se permite para todas las mujeres independientemente de su estado civil y de su orientación sexual. Las dos normas anteriores no lo mencionaban expresamente aunque se sobreentendía de manera tácita.
- Se establece un límite de 3 embriones a transferir por ciclo, como sucedía en la normativa anterior.
- No se establece un límite en cuanto al número máximo de óvulos fecundables por ciclo. En la ley 45/2003 se establecía un límite de 3.
- Además, refuerza los registros y otros mecanismos de información, otorgándole una considerada importancia a la información que debe darse a los ciudadanos

³⁸ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Publicado en BOE, núm. 126, de 27 de 5 de 2006.

³⁹ Vid. La disposición Derogatoria Única de la Ley 2006.

⁴⁰ *Ibidem*.

para que puedan llevar a cabo la toma de decisiones partiendo de criterios bien fundados⁴¹.

Las técnicas permitidas en Ley 14/2006 son:

- Donación de gametos, óvulos y embriones: La donación de óvulos o de semen se realiza de manera voluntaria, altruista y anónima para pacientes que los necesitan. Las donantes de ovocitos deben tener entre 18 y 35 años de edad. Los donantes de semen deben tener entre 18 y 50 años de edad. Tanto los donantes de semen como las donantes de ovocitos están seleccionados a través de una estricta evaluación médica⁴².

La donación de embriones es la técnica de reproducción asistida en que se transfieren embriones que llevan carga genética de otro varón y otra mujer. Está indicada cuando ambos miembros de la pareja presentan incapacidad para ser padres con sus ovocitos y espermatozoides⁴³. Se transfieren embriones procedentes de pacientes sanos, menores de 35 años, que han realizado con éxito un tratamiento de Fecundación In Vitro y que ya no quieren tener más hijos.

- Fecundación post mortem. Tal y como queda definida por el abogado experto en derecho de familia, Ricardo Cañizares, la fecundación post mortem es *“la posibilidad de que la esposa o compañera del varón fallecido pueda utilizar el semen de este último, o los embriones originados in vitro con los gametos de ambos (o procedentes total o parcialmente de donantes), con el fin de engendrar un hijo”*.

La referencia a la fecundación post mortem queda situada en el artículo 9 LTRA 14/2006 bajo la rúbrica: “premorienza del marido”. A pesar de que será un tema de estudio más adelante, cabe destacar uno de los principales problemas que se plantean en la práctica dentro de esta técnica y es el breve plazo que se

⁴¹ Fernández Canales, C: *“La fecundación post mortem en la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida y la problemática jurídica en torno al superpóstumo”* en *“La maternidad y la paternidad en el siglo XXI”* Editorial Comares, S. L., Granada 2016. pág. 35.

⁴² <https://www.eugin.es/>

⁴³ <http://institutomarques.com/>

facilita para que el material genético del fallecido pueda ser utilizado, concretamente 12 meses⁴⁴.

- Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP): es otra de las técnicas que sí es admitida en el panorama actual de las TRA. El Diagnóstico Genético Preimplantacional detecta y previene la transmisión a la descendencia de enfermedades graves causadas por alteraciones genéticas y cromosómicas en los embriones, antes de su implantación, para lograr que los hijos nazcan libres de enfermedades hereditarias⁴⁵. Según esta la actual ley sobre TRA el diagnóstico genético preimplantacional está autorizado para la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y para las que todavía no existe cura, con objeto de llevar a cabo la selección de los embriones no afectados por la enfermedad, para su transferencia.
- Crio conservación de semen durante toda la vida del varón: otra de las posibilidades ofertadas en la Ley 14/2006 es la posibilidad de crioconservar el semen del hombre durante toda su vida⁴⁶. Esa conservación deberá llevarse a cabo en bancos de gametos autorizados. Cabe añadir además, por lo que se refiere al almacenamiento y procesamiento de las muestras de semen para uso diferido, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el Real Decreto-ley 9/2014,⁴⁷ de 4 de julio sobre normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

⁴⁴ Ley 14/2006. Artículo 9.2 Premoriencia del marido: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.”

⁴⁵ <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/dgp/>

⁴⁶ Ley 14/2006. Artículo 11.1: “El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede.”

⁴⁷ Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

- Crio conservación de óvulos y preembriones: se trata de una técnica que tiene cabida dentro de nuestra regulación jurídica. Consiste en criopreservar óvulos, tejido ovárico y preembriones siempre con fines que se consideren aptos para la reproducción asistida, hasta que se considere que la receptora no reúna los requisitos necesarios para TRA⁴⁸.

Mientras que las técnicas que no están permitidas son las siguientes:

- Gestación subrogada: así lo recoge el artículo 10 de la Ley 14/2006 en su primer apartado: “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*”⁴⁹. A pesar de tratarse una materia de plena actualidad donde existe un debate acerca de una posible regulación permisiva en nuestro país, a día de hoy, la gestación por sustitución es una técnica que no está permitida.

- Selección del sexo, salvo para evitar enfermedades ligadas al sexo.

Esta prohibición queda recogida en el artículo 26.2.c)10º donde se califica la selección del sexo del bebé o la manipulación genética con fines no terapéuticos como una infracción muy grave.⁵⁰ En cambio, la selección del sexo para evitar el nacimiento de hijos/as que sufran las enfermedades descritas en el art. 12.1 de la Ley 14/2006 está totalmente justificada según la legislación española.

Las sanciones quedan recogidas en el artículo de la ley 14/2006.

Además, el Código Penal castiga estas actuaciones con la pena de prisión de 2 a 6 años, más la inhabilitación especial para el empleo a aquellas personas que

⁴⁸Ley 14/2006. Artículo 11.2 y 3: 2.”La utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.3” Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida”

⁴⁹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.(BOE núm. 126, de 27/05/2006) Art. 10.1.

⁵⁰ Art. 26.2.c.10º Ley 14/2006: “*La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.*”

lleven a cabo una modificación en genes humanos, siempre que no se lleve a cabo con una finalidad de eliminación o disminución de enfermedades.⁵¹

➤ Clonación reproductiva.

En primer lugar debe ser destacado que el artículo 1.3 Ley 14/2006 prohíbe expresamente la clonación en seres humanos con fines reproductivos⁵².

Hay que distinguir entre la clonación terapéutica⁵³ y la clonación reproductiva⁵⁴. Se trata de una cuestión muy debatida a nivel internacional, donde tiene manifiesta importancia la declaración no vinculante de la Asamblea General de la ONU en el año 2005 en la que se solicita a los Estados Miembros de las Naciones Unidas que prohíban todas las formas de duplicación de la vida humana⁵⁵.

En el ámbito europeo es el artículo 1 del Protocolo del Consejo de Europa del año 1998 que entró en vigor el año 2001 dispone que *“Se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto. A los efectos de este artículo, la expresión ser humano “genéticamente idéntico” a otro ser humano significa compartir con otro la misma carga nuclear genética.”*⁵⁶.

⁵¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Art. 159.1: *“Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.”*

⁵² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.(BOE núm. 126, de 27/05/2006) Art. 1.3: *“Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.”*

⁵³ Clonación terapéutica: se clonan células o tejidos humanos para trasplantes e investigación médica con técnicas como la transferencia nuclear de células somáticas o la inducción de células madres pluripotentes.

⁵⁴ Clonación reproductiva, consiste en clonar un ser humano completo, de forma que se crearía una copia genéticamente idéntica de una persona que exista o haya existido.

⁵⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana (8 de marzo de 2005). <https://documents-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/493/09/PDF/N0449309.pdf?OpenElement>

⁵⁶ Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, hecho en París el 12 de enero de 1998. «BOE» núm. 52, de 1 de marzo de 2001.

Por lo que respecta a España, conforme a lo dispuesto en la Constitución Española, ha de respetarse por un lado el artículo 20.1.b⁵⁷ donde se reconoce y protege el derecho a la producción y creación científica y por otro lado el artículo 44.2⁵⁸ que dispone que los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general. Siempre sin olvidar el artículo 15 CE⁵⁹ donde se protege el derecho a la vida.

Es por ello, que la situación en España es clara, se permite la clonación con fines terapéuticos o de investigación, siempre que no se constituyan pre embriones o embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación, lo que se prohíbe expresamente en el artículo 33 de la Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación Biomédica⁶⁰.

Esta prohibición también queda recogida en el artículo 1.3 ley 14/2006 como ya se adelantó con anterioridad. Todo ello de acuerdo con la concepción gradualista sobre la protección de la vida humana establecida por el Tribunal Constitucional en las sentencias 53/1985, 212/1996 y 116/1999.

Para fijar aún más esta prohibición, el Código Penal sanciona la clonación en su artículo 160.3 con la pena de prisión de 1 a 5 años e inhabilitación especial para el empleo de 6 a 10 años⁶¹.

En consecuencia, en la actualidad no se permite la clonación de seres humanos, pero sí de células con fines terapéuticos y de investigación.

⁵⁷ Art. 20.1.b) CE 1978: “A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”.

⁵⁸ Art. 44.2 CE 1978. “Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.”

⁵⁹ Art 15 CE 1978: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

⁶⁰ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007. Art. 33.1: “Se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación.”

⁶¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995. Art. 160.2 y 3 se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza con pena de prisión de 1 a 5 años más inhabilitación especial.

4. Crioconservación y destinos posibles de preembriones.

Previamente al análisis propio de la crio conservación de preembriones, debemos estudiar qué son y qué protección jurídica tienen a día de hoy.

4.1 Estatuto jurídico del preembrión:

El concepto propio de preembrión fue inventado por la bióloga Jeanne MacLaren, una de las personas que integraba la Comisión sobre Reproducción asistida del Gobierno Británico en 1984 con el fin de elaborar un informe científico sobre esta materia. Jeanne estableció como plazo para la licitud de la experimentación con preembriones en el día 14 desde que se llevase a cabo la fecundación⁶².

Así quedó recogido también en el Informe Palacios en el año 1986 antes de llevarse a cabo la aprobación sobre Ley de Reproducción Asistida en el año 1988⁶³ y a día de hoy la definición de preembrion sigue siendo la misma, tal y como recoge la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica⁶⁴ en su artículo 3.s): "*Preembrión es el embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde*. Este término que no resulta muy bien aceptado por parte de embriólogos y biólogos.

Sin embargo el punto de partida lo encontramos en que con el objetivo de aumentar las probabilidades de éxito de las TRA, se elimina el número de ovocitos a fecundar en cada ciclo, dejándose a la voluntad del médico. Pero encontramos sin embargo, que el número máximo de pre embriones a transferir es de 3⁶⁵, pretendiendo evitar embarazos múltiples.

⁶² Jouve de la Barreda, N.: "*Lo que dice la Biología sobre el comienzo de la vida humana individual*" <https://www.bioeticaweb.com/lo-que-dice-la-biologasa-sobre-el-comienzo-de-la-vida-humana-individual/> 2/12/2006.

⁶³ Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE» núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

⁶⁴ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. BOE» núm. 159, de 04/07/2007

⁶⁵ Artículo 3.3 Ley 14/2006: "*En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo.*"

¿Cuál es la consecuencia que se deriva de todo esto? La generación de multitud de embriones sobrantes que a día de hoy se encuentran crioconservados en los bancos autorizados para ello. A continuación expondré las posibles salidas que se les otorga a estos preembriones y analizaré la problemática que procede de una masiva acumulación de los mismos.

Las consideraciones que debemos extraer de la normativa vigente son las siguientes:

Por un lado, en cuanto al periodo de crio conservación de los preembriones sobrantes la normativa establece que se autoriza hasta el momento en que se considere que la receptora no reúne los requisitos para la práctica de la TRA. Sin embargo, esto lleva a preguntarnos nuevamente ¿Cuál es el destino de estos preembriones? A estos efectos la ley preceptúa que las parejas pueden decidir cualquiera de los 4 posibles destinos de los preembriones. La destrucción se podrá realizar cuando la mujer no reúna los requisitos para someterse a una TRA.

Estas son las líneas generales aportadas por la ley dentro de la materia de reproducción asistida. A continuación, analizaré en profundidad tanto la materia relacionada con la crio conservación de preembriones sobrantes como aquellos destinos que pueden darse a los mismos.

4.2 Crioconservación de los preembriones.

Por lo general, cuando se lleva a cabo un tratamiento de fecundación in vitro, suelen originarse más embriones de los que son necesarios para un mismo ciclo, sobre todo cuando debe llevarse a cabo un DGP⁶⁶ en los embriones que posteriormente vayan a ser implantados, corroborando de esta manera el perfecto estado de los mismos para una posterior fecundación.

La crio conservación desde un punto de vista médico podría definirse de la siguiente manera: Técnica que consiste en exponer los embriones a temperaturas bajísimas (-196

⁶⁶ El diagnóstico Genético Preimplantacional (**DGP**) es un nuevo método de diagnóstico que se realiza en el embrión antes de su implantación en el útero. El **DGP** informa sobre el estado de cada uno de los embriones concebidos, y permite que únicamente los sanos sean transferidos al útero.

°C) usando nitrógeno líquido. El sometimiento a estas temperaturas consigue que no se altere su fisiología y se pare cualquier actividad biológica⁶⁷.

Para ser claros, la crio conservación es aquella técnica que permite preservar los embriones sobrantes de un ciclo reproductivo. Obviamente estos embriones deben de tener una protección y una regulación adecuada, algo que implica también temas morales y éticos. Es por ello que el artículo 160.2 del Código penal⁶⁸ y el artículo 18 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina⁶⁹ prohíben rotundamente la generación de embriones con fines distintos a la procreación.

Además, se considera una infracción grave tal y como lo recoge el artículo 26.2, b), 9ª, Ley 14/2006 la generación de más embriones de los necesarios para asegurar el éxito de una técnica de fecundación in vitro.

Hoy en día la legislación española obliga a criopreservar todos los embriones sobrantes de un ciclo de reproducción asistida. Si atendemos a la actual normativa, el artículo 3.2 Ley 14/2006 se establece lo siguiente: *“En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo.”*. Esta limitación basada en prevenir riesgos relativos a partos múltiples tiene una consecuencia y es que se originan en la gran mayoría de los casos embriones sobrantes, lo que nos lleva a la siguiente pregunta, ¿qué sucede con esos embriones sobrantes?

⁶⁷ ¿Qué es la conservación de embriones o crioconservación?
<https://www.bonomedico.es/blog/conservacion-embriones-crioconservacion/>

⁶⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Artículo 160.2: *“Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.”*

⁶⁹ Artículo 18. *Experimentación con embriones «in vitro».*

1. *Cuando la experimentación con embriones «in vitro» esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión.*

2. *Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación.*

4.3 Destino de los preembriones sobrantes:

Una vez que se haya llevado a cabo un ciclo de fecundación in vitro, aquellos embriones sobrantes que sean viables quedan crioconservados en nitrógeno líquido hasta el momento en el que se considera que la receptora no reúne los requisitos para poder someterse a una de estas técnicas.

El destino de los preembriones sobrantes se encuentra recogido en el artículo 11.4 Ley 14/2006⁷⁰. Se trata de una lista cerrada que contempla cuatro posibilidades que explicaremos a continuación.

- La utilización por la propia mujer, o en su caso, su cónyuge.
- La donación con fines reproductivos.
- La donación con fines de investigación.
- El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

Además, la ley 14/2006 establece que para poder llevar a cabo cualquiera de los fines previamente citados se “*requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado*”⁷¹ consentimiento que deberá ser prestado por la mujer, o si bien, existe una pareja, ésta deberá prestar también su consentimiento.

⁷⁰ Artículo 11.4 Ley 14/2006: “*Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:*

a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.

b) La donación con fines reproductivos.

c) La donación con fines de investigación.

d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.”

⁷¹ Artículo 11.5 Ley 14/2006: “*La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones.”*

Se añade además que el consentimiento relativo a los posibles destinos de estos preembriones podrá ser modificado en cualquier momento anterior a la aplicación.

El consentimiento deberá ser renovado cada dos años por la mujer o pareja progenitora. Además, la Ley recoge lo siguiente: *“Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o de la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados, manteniendo las exigencias de confidencialidad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.”*

Ahora bien, si tras dos renovaciones consecutivas, el centro no llegase a ponerse en contacto con la mujer o pareja progenitora para la firma del consentimiento, los preembriones quedarán a disposición de la clínica, siendo esta quien pueda elegir el destino de los mismos, siempre y cuando mantenga las condiciones de confidencialidad y gratuidad⁷².

Actualmente se calcula que sólo el 40% de las parejas renueva su consentimiento, ya que la gran mayoría de las parejas se desentienden de sus embriones principalmente por no hacerse cargo de las obligaciones económicas de la conservación⁷³.

Cabe destacar otro dato relevante y es que en la práctica, la donación de los preembriones para la adopción de los mismos por otras parejas es la opción menos elegida, sólo el 4% de los que renuevan el consentimiento decide donarlos a otras parejas.

Posibles destinos para los preembriones sobrantes contemplados en la Ley 14/2006:

⁷³ Rodrigo, A: “Embriones *sobrantes de fecundación in vitro*”
<https://www.reproduccionasistida.org/embriones-sobrantes-de-fecundacion-in-vitro/> 25/12/2015

a) Utilización de los preembriones sobrantes por la propia mujer o su cónyuge:

Dentro de este apartado, cabe a su vez diferenciar varias situaciones:

1. En primer lugar, si los preembriones sobrantes son utilizados por la propia mujer o su pareja podrá hacerse en cualquier momento siempre y cuando la mujer reúna los requisitos necesarios para someterse a una TRA. Estos requisitos serán valorados por los expertos caso a caso evaluando la situación de cada mujer que pretenda someterse a estas técnicas.
2. En segundo lugar, el supuesto de una pareja separada. En este caso, si la mujer deseara hacer uso de estos preembriones deberá de contar con el consentimiento del ex-marido, puesto que el hijo que nazca lo será respecto de ambos, estableciendo la Ley 14/2006 que: *“Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.”*
3. En tercer lugar encontramos la fecundación post mortem, caso en el que falleciera el marido y existieran embriones crio preservados. Sin embargo, existe un amplio debate en la doctrina donde, por lo general, prevalece la idea de que la transferencia de preembriones no puede ser considerada como fecundación post mortem en cuanto que la transferencia se produjo en vida, no siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 14/2006 referido a la premoriencia del marido propiamente dicha⁷⁴. Dejando la denominación de “fecundación post mortem” únicamente a aquella fecundación de los óvulos de la mujer con semen del marido fallecido. Esta cuestión será analizada en posteriores epígrafes.

⁷⁴ Cañizares R., *“Fecundación post mortem y determinación de la paternidad”*
http://www.abogadofamilia.es/detalle-novedades-legislativas.php?news_id=21

b) Donación con fines reproductivos:

Se trata de la segunda posibilidad que queda recogida en la LTRHA. Su finalidad, básicamente consiste en permitir a otras personas, parejas infértiles la posibilidad de tener hijos. Tal y como dice García Fernández: “*Lo que aquí se analiza es una solución digna para evitar la destrucción de los miles y miles de embriones que ya se encuentran congelados*”⁷⁵:

Al igual que en una adopción tradicional, la persona o pareja que criará al niño no tienen ninguna conexión biológica con él, sin embargo, esta posibilidad de ser padres a través de esta técnica tiene como ventaja frente a la adopción tradicional, el difícil proceso legal al que se encuentra sometida esta última. Adoptando la pareja al bebé en la etapa de pre embrión. Por otro lado, muchas parejas optan por esta opción ya que es mucho menos costosa que un ciclo de FIV con donación de óvulos y de gametos.

Para que los preembriones sobrantes puedan ser donados con estos fines, la legislación establece una serie de requisitos y pautas.

En primer lugar, el artículo 5 de la LTRHA establece que “*La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.*” Se prohíbe en consecuencia cualquier tipo de retribución económica por esta donación, a la par que se establece un deber de secreto tanto los bancos autorizados de almacenamiento de gametos y pre embriones como los registros de donantes. Tenemos, en consecuencia que la donación es un acto **altruista** y **anónimo**.

Al hilo del deber de confidencialidad, este no impide que las receptoras y los hijos nacidos tengan derecho a obtener información de los donantes siempre y cuando esté excluida la identidad. Solo en casos excepcionales que comporten peligro para la vida o salud del nacido o bien, cuando proceda de acuerdo con las leyes procesales penales, podrá en tal caso, revelarse la identidad de los donantes, con carácter restringido y sin

⁷⁵ García Fernández., D., “*Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española*”. Déreito. 2008, vol 17, núm 2 pp 49-63.

que ello nunca modifique la filiación establecida previamente, tal y como se dispone en el artículo 5.5 LTRHA 14/2006⁷⁶.

Cabe hablar además del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones que la ley menciona. Se trata de un registro nacional que se forma por las bases de datos de cada centro o servicio autorizado por la Comunidad Autónoma respectiva. Mediante su agregación en una Base Central administrada por el Ministerio de Sanidad y Consumo.⁷⁷ En este registro deberán ser custodiados con las obligaciones que resultan del Real Decreto 412/1996, del 1 de marzo⁷⁸ y de la Orden de fecha 25 de marzo de 1996. Orden que se aplica a la Disposición final según del Decreto para proceder a la regulación de dicho registro para actuar bajo las garantías de exactitud, integridad, puntualidad y confidencialidad⁷⁹.

A pesar de tratarse de un instrumento de gran importancia dentro del ámbito de las TRA ya que controla o supervisa de alguna manera los datos relativos a los donantes de estas técnicas a día de hoy este Registro no existe como tal, ya que el control de todos estos datos se realiza de manera individual en las clínicas especializadas en TRHA.

Sin embargo, en el año 2015 el Ministerio de Sanidad ha remitido al Consejo Consultivo del Consejo Interterritorial un borrador de Proyecto de Real Decreto por el

⁷⁶ Artículo 5.5 Ley 14/2006: *“La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.*

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.”

⁷⁷ Armijo Suárez, O: *“Nuevas aplicaciones de las Técnicas de Reproducción Asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad”* en *“Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual”* ob. Cit. p. 21.

⁷⁸ Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana. Publicado en BOE de 23 de Marzo de 1996

⁷⁹ Fernández Echegaray, L: Tesis Doctoral *“El derecho a la Identidad: Tratamiento especial del Derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad”*. Universidad de Cantabria. Febrero 2016. Pág. 386.

que se establecen una serie de requisitos en relación con esta materia así como el funcionamiento del Registro de donantes de gametos y preembriones. Proyecto que recibió el dictamen favorable del Consejo de Estado, lo que puede suponer que un breve periodo de tiempo termine haciéndose realidad aquel proyecto de Registro que no resultó en el año 1988⁸⁰.

Dentro de la donación con fines reproductivos uno de los límites que se establecen es que la mujer no supere los 35 años cuando se realizó la congelación de los preembriones sobrantes.

España es uno de los primeros países que ha incluido esta posibilidad en su legislación, a diferencia de otros países que no ofertan esta opción. En la práctica, más de un tercio de las parejas que optan por esta técnica en nuestro país, son parejas extranjeras que proceden de países como Francia, Italia o Portugal. Países donde solo existe la posibilidad de fecundar óvulos que se vayan a implantar y no se producen embriones sobrantes⁸¹.

No se debe olvidar que se trata de dar una salida, una posibilidad a todos aquellos preembriones que están congelados en estos centros de TRA que son miles y miles. Si bien es cierto que la tasa de éxito no es tan elevada como en otras técnicas, ya que ronda sobre el 20 y el 30% de posibilidades de que la paciente se quede embarazada⁸². Se trata de una técnica que además de suponer un destino viable y muy optimo que, a su vez, da solución a la creación de pre embriones sobrantes a través de estas técnicas, tiene una serie de ventajas: el coste del proceso (alrededor de unos 2000 euros) es muy inferior a los costes de una adopción tradicional, siendo a su vez un proceso biológico bastante sencillo para la receptora en el que se llevara a cabo una preparación uterina con hormonas orales o transdérmicas aprovechando bien un ciclo natural o subsistido.

Tal y como dice García Fernández en su obra “*adopción de embriones humanos*”: “*La idea de dar en adopción estos embriones a otras parejas infértiles se acerca mucho a la*

⁸⁰ Ibid., pág. 287.

⁸¹ Cfr. Vega, M. “*Regulación de la reproducción asistida en el ámbito europeo. Derecho comparado*”, dirección en Internet: <http://www.bioeticaweb.com/content/view/275/765/lang,es/>, fecha de consulta: 2 de mayo de 2017.

⁸² Rodrigo, A., “*¿Es lo mismo donación que adopción de embriones?*” <https://www.reproduccionasistida.org/donacion-de-embriones/> 24/10/2016

adopción tradicional; ofrece un destino legítimo y altruista a los embriones sobrantes para poder desarrollarse y criarse en el seno de una familia estable y además ofrece la oportunidad de disfrutar del embarazo a estas parejas”⁸³.

c) Donación con fines de investigación.

Tiene lugar cuando de manera altruista los preembriones se ceden para proyectos de investigación a centros autorizados, siempre que cuenten con proyectos acreditados.

Ahora bien, en ningún caso podrá llevarse a cabo la creación de embriones o preembriones para destinarlos a la investigación⁸⁴. Además, la ley 14/2006 sobre TRA establece en los artículos 15 y 16 una serie de requisitos para poder llevar a cabo esta donación con fines de investigación como son por ejemplo: que las investigaciones deban ser de interés científico. O que se refiera únicamente a embriones in vitro de menos de 14 días desde que se produjo la fecundación. Además limita esta posibilidad a embriones no viables y únicamente se permite la investigación con fines de diagnóstico o terapéutico⁸⁵.

Esta opción ofrece a la pareja o al donante la necesidad de firmar un consentimiento adicional en el que se explican los fines que se pretenden conseguir con esa investigación⁸⁶. Proyecto de investigación que deberá ser aprobado por la autoridad competente y además deberá constar con un previo informe favorable de la Comisión de Garantías para la Donación y la Utilización de Células y Tejidos Humanos, y también con el informe favorable del Comité de Ética de la Investigación que le corresponda.

⁸³ García Fernández, D.,: “*Adopción de embriones humanos*” ob. Cit.p. 53.

⁸⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, pp. 36825-36830.

⁸⁵ II Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Abril 2000). Accesible en <http://www.cnb.csic.es/~transimp/IIinformeCNRHA.pdf>

⁸⁶ Armijo Suárez, O: “*Nuevas aplicaciones de las Técnicas de Reproducción Asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad*” en “*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*” ob. Cit. Pág 22.

Respecto a esta técnica en el Derecho comparado cabe destacar que solo dos países. EEUU y Reino permiten crear embriones para investigar, siempre deben ser destruidos en el plazo de 14 días después de la fecundación⁸⁷.

En definitiva, una técnica que genera un amplio debate ético y moral, con opiniones doctrinales encontradas y que merece una dedicada y técnica legislación para su buen desarrollo y evitar cualquier tipo de abuso sobre estos preembriones.

d) Cese de su de su conservación sin otra utilización.

En el caso de los preembriones crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

Sin embargo, sólo el **13,3%** de las personas que tienen embriones congelados toman una decisión sobre su destino, mientras que **86,7%** no responde a las consultas del Centro o los mantiene como suyos aunque ya no quieran tener más hijos⁸⁸. Esto genera, que las personas que se desentienden de sus embriones, si no dan respuesta al segundo requerimiento de su consentimiento, estos embriones pasan a ser del Centro pudiendo ser destruidos.

En definitiva, nuestra conclusión al respecto sobre el tema de la creación de embriones supernumerarios es muy controvertida. Si bien, otorga la posibilidad de crear vida y ofrecer un solución de ser padre o madre a aquellas personas que por diversos motivos como hemos explicado previamente, ven frustrados sus deseos, no podemos obviar la gran pérdida de embriones que no llegan a ser trasplantados y que a día de hoy suponen un gran interrogante en las Técnicas de Reproducción Asistida.

⁸⁷García Fernández, D. “Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española.”ob. cit. pp.49-63.

⁸⁸ López-Tejión, M “El destino de los embriones congelados” <http://www.elblogdelafertilidad.com/el-destino-de-los-embriones-congelados/>

5. Fecundación post mortem en la ley sobre técnicas de reproducción asistida:

5.1 Introducción:

Hoy en día, tal y como se explica a lo largo de este trabajo, los avances científicos no dejan de prosperar, y a su vez no dejan de sorprendernos. Uno de los mayores logros que pueden atribuirse a la comunidad científica es conseguir una procreación sin la necesidad de llevar a cabo relaciones sexuales. Esta posibilidad se materializa gracias a las técnicas de reproducción asistida. Y dentro de las mismas, encontramos la denominada “fecundación post mortem” siendo quizá una de las más reclamadas en la práctica y al mismo tiempo una de las técnicas cuya actual regulación jurídica (en la mayoría de los casos) no cumple con las expectativas de sus usuarios.

Se trata de una técnica que pretende ofrecer la posibilidad a aquellas parejas quienes ven cesados sus deseos de ser padres a causa, generalmente de una enfermedad que impide este propósito. El escenario que más tiene lugar en la práctica es la congelación de semen del varón para evitar que a consecuencia de una enfermedad pueda sufrir alteraciones en la capacidad para tener hijos o no llegar a poder concebirlos. Por tanto, la fecundación post mortem propiamente dicha es aquella implantación del semen del varón en los órganos genitales femeninos una vez fallecido el cónyuge o pareja de hecho.

Ahora bien, independientemente de la determinación de la filiación a efectos jurídicos, desde un punto de vista biológico en la fecundación post mortem es necesario recordar que el hijo sí tiene un padre. Es decir, a pesar de no poder conocerlo materialmente ni gozar de su protección y afecto como tal, no estamos hablando de un hijo sin padre ni tampoco de un hijo de padre desconocido⁸⁹.

⁸⁹ Cañizares R., “Fecundación post mortem y determinación de la paternidad.” http://www.abogadofamilia.es/detalle-novedades-legislativas.php?news_id=21

5.2 La fecundación post mortem en la LTRHA:

La premoriencia del marido ocupa el artículo 9 de la Ley 14/2006⁹⁰ sobre técnicas de reproducción asistida. Quizá no sea el título más acertado, ya que el propio precepto recoge la posibilidad de que la pareja no se encuentre casada.

En su primer apartado se establece la obligación de que el material reproductivo se encuentre en el útero de la mujer para que pueda ser considerado como filiación. Y es en el segundo apartado donde se establece la premisa de que el marido deberá prestar su consentimiento en los términos recogidos en el artículo 6.3 mediante en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado durante los 12 meses⁹¹ posteriores a su fallecimiento. “Se trata de un consentimiento que debe recoger una serie de características: ha de ser específicamente destinado para la inseminación después de la muerte, en beneficio de una mujer concreta, además de ser expreso, formal, de carácter personalísimo y revocable”⁹².

El mayor problema que tiene lugar en la práctica surge cuando el depositante del esperma no haya hecho ningún tipo de aclaración o disposición respecto del destino que

⁹⁰ Ley 14/2006. Art. 9: “1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”.

⁹¹ Considera Jiménez Muñoz, F.J., que se trata de un plazo de caducidad. “La reproducción asistida y su régimen jurídico”. Editorial Reus, Madrid, 2012. P 82.

⁹² Rodríguez Guitián, A.M: “La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico”. Rev. boliv. de derecho nº 20, julio 2015.

vaya a darse a este material genético. Más allá de que cuando se lleva a cabo el depósito de gametos en un centro autorizado de reproducción asistida se sobreentiende una intención de que se utilicen en un futuro como material reproductor, esto no puede ser supuesto en ningún caso, sino solo cuando haya constancia expresa para ello.

Es aquí donde encontramos las vías para hacer constar este consentimiento: escritura pública, testamento y dos clases de documentos privados: el de instrucciones previas y el referido en el artículo 6.3 LTRHA 14/2006⁹³.

En cuanto al testamento existe un debate abierto en la doctrina. ¿Qué forma debe acoger el testamento que pretenda dejar constancia de este consentimiento? En principio, debería de tratarse de un testamento notarial, en cuanto a la naturaleza de documento público que este conlleva. De lo contrario, si estuviésemos hablando de un testamento ológrafo, estaríamos hablando de un documento privado. Es aquí donde debemos recordar el carácter cerrado de la lista enumerada en el artículo 9 LTRHA 14/2006 (así lo dispone el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de junio de 2010,⁹⁴ sobre los documentos privados admitidos para dejar constancia del consentimiento, donde no se encuentra el testamento ológrafo.

Sin embargo, este problema está pendiente de resolución por parte de la doctrina.

Por último, en ningún caso la ausencia del consentimiento del varón a la fecundación “post mortem” puede ser suplido por la vía de la autorización judicial para satisfacer las aspiraciones de la mujer de tener un hijo de su marido o conviviente premuerto. Así lo fija el Auto de la Audiencia Provincial de la Coruña de 3 de noviembre de 2001⁹⁵ que revocó, así, el auto recurrido, que había permitido la inseminación de una mujer viuda con gametos de su marido, quien no había dado su consentimiento para dicha fecundación⁹⁶.

⁹³ Estos cauces para hacer constar el consentimiento han sido añadidos en la Ley 14/2006 ya que anteriormente no eran contemplados como posibilidad. Además, el plazo se ha duplicado, puesto que en la Ley de 1998 se contemplaban 6 meses de plazo.

⁹⁴ Auto Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2010. En este auto se deniega a la esposa la posibilidad de hacer uso del material reproductor de su marido fallecido por constar el consentimiento en una carta mecanografiada y firmada por él, por su madre y por su hermana

⁹⁵ Aranzadi Civil, 2001, 183

⁹⁶ De Verda y Beamonte J.R., Rev. boliv. de derecho nº 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, p. 204.

Además de lo relativo al consentimiento, no debemos olvidar otra de las limitaciones a esta técnica, que en la práctica es la que más dificultades origina.

Hablamos aquí del plazo de 12 meses⁹⁷ para poder hacer uso del material reproductor. Respecto del mismo, las opiniones son muy contradictorias, cabe rescatar aquí algunos de los fundamentos con mayor peso que esgrime la doctrina.

Por un lado, algunos ven correcto el plazo de un año como máximo evitando así que exista un gran salto generacional entre el padre difunto y sus descendientes.

Sin embargo, la gran mayoría considera que se trata de un plazo que quizá se haya quedado corto, ya que como queda comprobado en la práctica, el procedimiento suele dilatarse a más de un año.

Las razones por las que, por lo general, el plazo de 12 meses deviene insuficiente son variadas: por un lado, la toma de la decisión por parte de la viuda o la pareja superviviente sea lo suficientemente madurada (debemos tener en cuenta la situación que acaba de sufrir y el periodo de duelo) y, por otro lado, se trata de un tiempo muy limitado para poder alcanzar el embarazo de la mujer, ya que en la mayoría de procesos de técnicas de reproducción asistida deben llevarse a cabo varios intentos para alcanzar el objetivo.

Cabe añadir que no se establece en la normativa relativa a la fecundación postmortem un límite máximo de fecundaciones. Es decir, podrán hacerse cuantas sean necesarias para conseguir el objetivo propuesto siempre y cuando no se supere el plazo de 12 meses.

Sin embargo, si dicho material reproductivo no consigue su propósito, es decir, el embarazo de la mujer, cabe preguntarnos por el destino que se le da a dicho material.

Pues bien, nada se dice al respecto dentro de la LTRHA. En tal caso, *“si la pareja del varón fallecido no pudiera utilizarlos para su propia reproducción, por haber dejado transcurrir los doce meses de plazo previstos por la ley, sus posibilidades de decisión a partir de ese instante en relación con los embriones congelados quedarían circunscritas*

⁹⁷ Artículo 9.2 Ley 14/2006: *“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.”*

*a la donación a otras parejas, a su cesión para la investigación o a su destrucción, en este último caso, sin necesidad de tener que esperar a que dejara de reunir las condiciones clínicas adecuadas para que se le realizara la técnica reproductiva”.*⁹⁸

5.3 Fecundación post mortem en el Derecho catalán:

En el caso del Derecho catalán, la regulación es distinta y difiere de la del derecho común.

El Derecho catalán, al amparo del artículo 149.1.8^a ⁹⁹ ha optado por desarrollar la materia sobre filiación derivada de la fecundación asistida, posibilidad que otorga la Constitución española para aquellas Comunidades Autónomas con derechos civiles, forales o especiales. Además es la única Comunidad que ha regulado esta materia (hasta el momento)¹⁰⁰ a través de consecutivas normas: 7/1991 de 27 de abril, de filiaciones del Código de familia y la actual Ley 25/2010 de 29 de Julio por la que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña.

La filiación que se deriva de una fecundación asistida queda regulada en el artículo 235-8 del Código Civil catalán (para el caso de que exista una vinculación matrimonial entre los progenitores) y el artículo 235-13 (para el supuesto en el que no exista ese vínculo matrimonial):

- **Artículo 235-8 La fecundación asistida de la mujer casada¹⁰¹:**

⁹⁸ Cañizares, R: “*Fecundación artificial: Fecundación post mortem y determinación de la paternidad.*”

⁹⁹ Constitución Española, 1978, Publicado en BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978: “*Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.*”

¹⁰⁰ Godoy Vázquez, M: “*Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario.*” Dykinson, 2014, pp. 89-90.

¹⁰¹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Art. 235-8. publicado en DOGC núm. 5686 de 05 de Agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de Agosto de 2010

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 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.

• **Artículo 235-13 La fecundación asistida de la mujer**

“1. Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público.

2. En la fecundación asistida después del fallecimiento del hombre que convivía con la madre, el nacido se considera hijo de este si se cumplen las condiciones establecidas por el artículo 235-8.2, en lo que le sea de aplicación.”

En definitiva, las conclusiones que podemos extraer comparando la regulación de la fecundación post mortem en el derecho común y en el derecho catalán son las siguientes¹⁰²:

- En primer lugar, el Derecho catalán exige que el consentimiento prestado por el varón deba ser de manera fehaciente, es decir, no puede dar lugar a dudas, sino que debe ser indudable.

Cabe destacar aquí, que el Derecho catalán no recoge ninguna presunción sobre el consentimiento del varón a diferencia de lo que sucede en el segundo párrafo del artículo 9.2 de la Ley 14/2006.¹⁰³

¹⁰² Fernández Canales, C “La fecundación post mortem en la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida y la problemática jurídica en torno al superpóstumo” en “ La maternidad y la paternidad en el siglo XXI” Ob. Cit. Pp. 43-44.

- La referencia a que sea utilizado el material del varón “en un solo caso” da lugar a muchas dudas. Como por ejemplo: ¿sólo puede llevarse a cabo un único proceso de fecundación asistida, independientemente de cuál sea el resultado¹⁰⁴? O bien, si en el caso de haberse producido con éxito la primera fecundación asistida, ¿queda prohibida por este precepto una segunda fecundación?
- Las diferencias de plazo entre ambas regulaciones: mientras que el derecho común establece desde el principio un plazo de 12 meses, el Derecho catalán inicialmente asigna un plazo de 270 días, que podrá ser prorrogado en su caso por la autoridad judicial por 90 días más.

En definitiva, estos son los principales aspectos a destacar que difieren en las dos regulaciones. Regulaciones que a mi juicio, son demasiado rígidas y tal y como explicaré a continuación, no consiguen llegar a ser efectivas en la práctica.

Podemos confirmar estas protestas con un caso real que ha sucedido recientemente en la comunidad de Cataluña. Se trata de un supuesto que pone de manifiesto el escaso plazo que concede la legislación española para poder llevar a cabo materialmente la fecundación post mortem. Este asunto se ha visto envuelto en un enorme dilema, en el que además, cabe destacar la problemática que se deriva de las diferencias entre el Derecho español y el Derecho catalán en cuanto a los plazos previstos en ambas normativas.

A principios del año 2014, el marido de la pareja se sometió a un tratamiento que podría afectar a su esterilidad, lo que le llevó a tomar la decisión de congelar su esperma. La enfermedad se agravó y acabo con la vida del varón¹⁰⁵.

A los seis meses del fallecimiento del marido, la viuda comenzó con el tratamiento de la fecundación post mortem con el material genético de su marido. Sin embargo,

¹⁰³ Ley 14/2006. Art. 9.2.2º:” *Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.*”

¹⁰⁴ Debe recordarse en este momento que no todos los procesos de fecundación asistida prosperan, y en consecuencia, deben llevarse a cabo varios intentos.

¹⁰⁵ González G. para El Mundo: “*Atrapada entre dos legalidades*”. Barcelona, 22/03/2017.

fracasos tres intentos (algo que suele ser habitual en las TRA) y para poder someterse al cuarto intento la mujer debía solicitar una autorización judicial puesto que el plazo permitido en la legislación española para una fecundación post mortem ya había expirado.

Es aquí donde encontramos diferencias en ambas legislaciones tal y como se explicó anteriormente.

Mientras que la ley estatal indica que solo se puede usar el material genético del difunto en los doce meses siguientes al fallecimiento de este, la norma catalana habla de un plazo de 270 días para iniciar el proceso una vez fallezca el marido.

Precisamente aquí es donde surgen las mayores dudas ya que si se interpretan estos preceptos de un modo literal, tenemos que la norma española concede un plazo de un año para realizar todo el procedimiento, mientras que de la norma catalana se deduce que ese plazo de 270 días es el tiempo que se da a la viuda para que inicie el proceso, sin establecer un plazo límite una vez iniciado el mismo.

Aprovechando esta disyuntiva, la abogada de la mujer utilizó como argumentos para confirmar la legalidad del supuesto la lógica de que *“si se empieza el proceso dentro del plazo, lo que corresponde es dejar que el proceso continúe si no hay causas médicas que lo impidan”*. Algo totalmente acertado si tenemos en cuenta que en la mayoría de las técnicas de reproducción asistida deben llevarse a cabo varios intentos para lograr el éxito de las mismas, y el plazo de un año no lo favorece en nada.

El juzgado, muy positivamente estimó la demanda, permitiendo que la mujer continuase con el proceso ya que no se encontró ninguna legislación que hiciese referencia a unos límites temporales una vez iniciado el procedimiento.

No obstante, la Fiscalía ha recurrido la sentencia con el inconveniente de ralentizar el proceso algo que puede perjudicar a la mujer ya que el tiempo corre en contra de la demandante, que tiene 37 años y podría rozar los 40 cuando el Tribunal resuelva, afirma su abogada.

Tal y como se deduce de este claro ejemplo, la normativa tanto española como catalana debería aclarar el sentido de estos preceptos y, a su vez, tener en cuenta varios factores,

como son el retraso a la hora de iniciar un procedimiento de fecundación post mortem a causa del duelo sentimental, o la necesidad de someterse a varios intentos para lograr el éxito de una técnica de reproducción asistida.

5.4 Situación de la fecundación post mortem en el derecho comparado:

Sin embargo, ¿Cuál es la situación de la regulación jurídica sobre la fecundación post mortem en otros países?

Tal y como sucede en las restantes técnicas de fecundación asistida, a la hora de regular estas técnicas, independientemente de su resultado, siempre se abre un gran debate ético y moral. Es por ello, que no existe una única posición respecto de la fecundación post mortem, sino que el panorama legislativo es muy dispar entre los diferentes países tal y como veremos a continuación.

Al igual que en otras técnicas de reproducción asistida, España ha sido pionera y permisiva con la técnica de la fecundación post mortem ya que fue admitida con bastante amplitud tanto en la Ley de 1988 como en la actual ley del año 2006.

A continuación se explicará la situación de esta técnica en diferentes países con la finalidad de extraer lo negativo y positivo de cada una de ellas e intentar dar solución a algunos de los problemas que se plantean en la realidad con la práctica de esta técnica en nuestro país.

Cabe adelantar que no todos los países gozan de una legislación expresa en materia de fecundación asistida sino que algunos de ellos tratan el tema de las TRHA a través de recomendaciones dictadas por profesionales, decretos y normativas no específicas.

La técnica de reproducción asistida que consiste en la fecundación post mortem no se permite en los siguientes países:

- Suecia: prohibida de manera expresa. El artículo 119 de la Constitución Federal, atribuye competencia a la Confederación para legislar la materia, la cual dictó la Ley

Federal sobre la Procreación Médicamente Asistida del 18 de diciembre de 1998, que prohíbe la utilización de gametos de una persona después de su fallecimiento¹⁰⁶. Además, cabe destacar, que en el informe previo a la ley, elaborado por el correspondiente Comité gubernamental, se rechazó la inseminación post mortem en forma expresa, basándose en la necesidad del niño concebido por inseminación artificial de tener acceso a ambos progenitores.

- Dinamarca: rige la ley 460 del 10 de junio de 1997 y el reglamento del 17 de septiembre de 1997. De estas normas se deduce que en aquel caso en el que el hombre fallezca, aquel esperma que fue conservado deberá ser destruido. No obstante las recomendaciones publicadas por el Consejo éticos son bastante óptimas al acceso a las técnicas de mujeres solas pero no si el marido o pareja ha fallecido.
- Noruega: en este país la prohibición se deduce de manera implícita ya que la ley noruega de 1994 impide la inseminación post mortem puesto que se requiere consentimiento escrito de varón y mujer y exige a los médicos que se aseguren que el consentimiento es aún válido al comienzo del tratamiento. En Noruega actualmente la reproducción asistida está regulada por la Ley de Biotecnología, de 5 de diciembre de 2003¹⁰⁷.
- Italia: tampoco está permitida. La fecundación “post mortem” es una práctica prohibida. El artículo 5 de la Ley nº 40 de 19 de febrero de 2004, número 40, sólo permite el acceso a las técnicas de reproducción cuando ambos miembros de la pareja vivan y además, el artículo 12.2 de la misma Ley impone sanciones administrativas pecuniarias de 200000 a 400000 euros a quien aplique las técnicas de reproducción asistida a parejas, cuyos dos componentes no vivan¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Fpmybioetica: “*La fecundación "post mortem" en la legislación extranjera*”. 13-09-2016 en FPM EN EL MUNDO. <http://fpmybioetica.blogspot.es/1473724376/la-fecundacion-post-mortem-en-la-legislacion-extranjera/>

¹⁰⁷ Act of 5 decembrer 2003, Núm. 100, relating to the application of biotechnology in human medicine.

¹⁰⁸ De Verda y Beamonte, J.R, Rev. boliv. de derecho nº 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 206-207.

- Francia: tampoco está permitida. La regulación de esta técnica en el país galo ocupa el párrafo tercero del artículo L. 2141-2 del Código de la salud pública, en la redacción dada al precepto por la reciente Ley número 2004-8000, de 6 de agosto de 2004, dice, así, que el hombre y la mujer que formen la pareja deben estar vivos y que la muerte de cualquiera de ellos impide la inseminación o la transferencia de embriones. Esta solución es la tradicional en el Derecho francés, siendo ya consagrada por el artículo L. 152-2 del Código de salud pública, en la redacción dada al precepto por la Ley número 1994-654, de 29 de julio de 1994, e, incluso, fue acogida por la jurisprudencia francesa, para resolver un caso litigioso, acaecido con anterioridad a la entrada en vigor de la referida Ley, y a la que por ende ésta no era aplicable, en la conocida Sentencia de la Corte de Casación de 9 de enero de 1996.

Es oportuno recoger aquí un caso muy reciente que ha tenido una gran repercusión mediática en Francia y que además afecta de manera directa a España¹⁰⁹.

Se trata de una petición iniciada por una mujer española antes un Tribunal francés dirigida al Hospital de París y a la Agencia de Biomedicina para que exportaran los gametos de su marido fallecido en julio de 2015 a un centro especializado en estas técnicas situado en España. Antes de morir a causa de un cáncer, el marido decidió congelar una muestra de esperma.

El juez interviniente rechazó la demanda y la actora apeló el 8 de febrero de 2016 ante el secretario en lo Contencioso del Consejo de Estado francés. Este organismo se pronunció, el 31 de mayo de 2016 a favor de la actora permitiendo trasladar el material genético del esposo fallecido a un centro de salud español, dado que en España si se admite la fecundación post mortem.

La respuesta positiva se impone en este supuesto. Por lo tanto, no hay fraude por parte de la mujer que petitiona el traslado de los gametos a España y así lo establece el Consejo de Estado basándose en que la actora y su marido habían proyectado tener un hijo. Una gravedad afectó al marido, y el tratamiento implicaba el riesgo de dejarlo estéril. Por ello, se procedió, de manera preventiva, a extraer esperma y criopreservarlo en un centro de salud para que en un futuro pudieran someterse a TRHA. Este proyecto no pudo llevarse a cabo porque el marido falleció

¹⁰⁹ Herrera, M: “*Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada*”. Rev. IUS vol.11 no.39 Puebla ene./jun. 2017

al poco tiempo. Éste había consentido expresamente que su esposa se inseminara con su material genético de manera *post mortem*, en España, país de origen de la apelante, si los intentos realizados en Francia, en vida de él, resultaran infructuosos.

El Consejo de Estado se pronunció sobre estimando que, “*en la situación tan particular de la interesada y de su marido difunto, cuya enfermedad les impidió llevar a cabo su proyecto de tener un hijo*”, la aplicación de la ley francesa “*tendría consecuencias manifiestamente desproporcionadas*”, por lo que se autoriza el envío de las muestras congeladas a España¹¹⁰.

Este caso originó una verdadera carrera a contrarreloj en cuanto en España el plazo máximo para hacer uso de ese material genético del marido fallecido es de 1 año.

Por otra parte, la técnica si está permitida pero con limitaciones en los siguientes países:

- Reino Unido: este país autoriza estas prácticas en la ley que data de 1990, modificada en 1992, relativa a la fecundación y a la embriología humana, y en el código de deontología de la Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA). Sin embargo, establece algunas limitaciones como que la paternidad del progenitor en una fecundación post mortem no podrá ser reconocida. O que en el caso de solicitar la extracción de esperma, se autorizará siempre y cuando se realice dentro de las 24 horas siguientes al fallecimiento y se mantenga el cuerpo en las condiciones óptimas para su extracción.

En materia de reproducción asistida, Reino Unido ha desarrollado posteriores reformas. Es el caso de las modificaciones habidas en los años de 2004, 2005 y 2008 por las que se sustituyeron determinadas cuestiones relativas a la medicina reproductiva.

- Bélgica: en este país se autoriza la fecundación post mortem incluso sin consentimiento escrito. Se trata de una de las legislaciones más avanzadas y permisivas en esta materia. El plazo que se establece en relación a la misma no podrá ser inferior a 6 meses ni superior a 2 años.

¹¹⁰ Poch, R. para El País. 2016: “Francia autoriza la inseminación post mórtem de una viuda española”. <http://www.lavanguardia.com/vida/20160601/402185528956/francia-inseminacion-post-mortem-viuda-espanola.html>

- EEUU: en este caso, la ordenación no es la misma en todos los estados del país, pero la gran mayoría carecen de una regulación. Sin embargo se permite prácticamente cualquier supuesto, aunque algunos exigen que el consentimiento haya sido dado con anterioridad al fallecimiento.

- Canadá: su Ley de Reproducción Asistida Humana 2004, si bien prohíbe la utilización de espermatozoides, óvulos o embriones in vitro sin el consentimiento de su donante al fallecimiento, si permite la transferencia de los embriones creados con anterioridad a la muerte, al considerarlo como un proyecto en común¹¹¹.

Podemos observar como dentro del panorama internacional, España es uno de los países más avanzados dentro de esta técnicas así como permisivos, aunque no obstante, aún existen aspectos que matizar de los cuales intentaré dejar constancia a continuación.

6. Conclusiones.

6.1 Conclusiones sobre la creación de embriones supernumerarios, su congelación y el destino de los mismos.

I.- Sin olvidar la importante labor de las técnicas de fecundación asistida, las cuales han hecho realidad el deseo de muchas personas de ser padres, no podemos dejar de prestar atención a la creación de los llamados embriones supernumerarios en estas técnicas tal y como se ha explicado a lo largo de estas hojas.

A pesar de que el origen de estas técnicas radique en crear vida, también se lleva a cabo una gran pérdida de embriones que no serán trasplantados. Embriones que ya son miles y miles congelados, embriones merecedores de un destino digno, ya que dejarlos morir sería quitarles la oportunidad de desarrollar una vida que ya tienen, siendo la adopción de embriones la salida más óptima, favorable y lícita para los mismos.

¹¹¹ Muñoz de la Fuente, Y: Memoria del Máster en Derecho de Familia, Infancia y Adopción: “*La fecundación post mortem*”. Universidad de Barcelona, Septiembre 2010.

II.- Además, se debería reconsiderar el número de embriones generados ya que no existe un límite legal para la generación de ovocitos y embriones, pero si existe el límite de 3 preembriones a transferir. **Siendo una opción más viable la criopreservación de ovocitos y no de embriones.**

III.- En la práctica se plantean muchos problemas en torno a la criconservación de los embriones. Desde los altos costes de mantenimiento de los preembriones congelados, que desemboca muchas veces en el abandono de los mismos, hasta el límite de edad para ser donante de gametos o preembriones pues la mujer debe ser menor de 35 años, algo que dificulta aún más dar una salida óptima a estos embriones.

Cabe destacar aquí el trabajo que llevaron a cabo M. Asensio, M. Boada, A. Veiga, P.N. Barri llamado: “*Opinión de las parejas sobre el futuro de sus embriones pasados 5 años de congelación*” en el que se recogen datos exactos y encuestas que ponen de manifiesto en primera persona la opinión de parejas sobre los posibles destinos que quieren para sus preembriones¹¹².

Los resultados de este trabajo muestran como la razón más común de la no transferencia de esos preembriones es la satisfacción con el número de hijos, y no desean tener más. Por su parte, la donación de preembriones procede mayoritariamente de aquellas parejas cuyos embriones provenían de material donado y no propio. Pudiendo destacar aquí que aquellas parejas que tienen dificultades y requieren de una donación de óvulos o espermatozoides son más sensibles y altruistas a la hora de donar los embriones. O bien que tal y como sugieren Tal como sugieren Sehnert y Chetkowski¹¹³, quizá la falta de vínculo genético haga más fácil la donación a terceros.

Por último y quizá lo más sorprendente de este informe fue que la gran mayoría de parejas que ya hayan visto cumplido su deseo por ser padres, eligen como opción más viable la destrucción de los preembriones.

¹¹² M. Asensio, M. Boada, A. Veiga, P.N. Barri: “*Opinión de las parejas sobre el futuro de sus embriones pasados 5 años de congelación*”. Servicio de Medicina de la Reproducción. Departamento de Obstetricia y Ginecología. Institut Universitari Dexeus. Barcelona. *Prog Obstet Ginecol* 2001;44:199-204.

¹¹³ Sehnert B, Chetkowski RJ. Secondary donation of frozen embryos is more common after pregnancy initiation with donated eggs than after in vitro fertilization-embryo transfer and gamete intrafallopian transfer. *Fertil Steril* 1998; 69: 350-352.

IV.- En definitiva, es conveniente recoger aquí las conclusiones de la Comisión de Reproducción Asistida: “*La vida humana desde la etapa de embrión merece un especial respeto*”¹¹⁴. Es por ello, que no hablamos aquí de una cuestión baladí, sino de un tema que toca lo más necesario de las personas: la vida humana. **Por lo tanto, debe existir una legislación que prevenga la generación de miles de embriones sobrantes, reduciendo por ejemplo el número de preembriones que se generan en las Técnicas de fecundación in vitro, y solventando en la medida de lo posible el problema de los embriones supernumerarios.**

Sin olvidar claro está, la necesidad de una legislación que facilite destinos óptimos y viables para estos embriones, que no debemos olvidar, ya tienen una vida.

6.1 Conclusiones y crítica sobre la regulación de la fecundación post mortem en la Ley 14/2006:

I.- Una realidad que no podemos obviar, es que la ciencia siempre va por delante del Derecho. Es por ello que en muchos casos, las necesidades que requiere la práctica de técnicas científicas como son las TRHA no quedan cubiertas por regulaciones jurídicas que se ajusten a los fines deseados.

A pesar de la permisividad con la que ha sido tratada la técnica de la fecundación post mortem en la Ley 14/2006 y a pesar de que España sea quizás el país más avanzado en esta materia, aún siguen existiendo algunas lagunas jurídicas que ocasionan verdaderos problemas en la práctica.

II.- El principal problema que además se repite en multitud de casos es la limitación del plazo de 12 meses que contiene la Ley de TRHA. Tal y como se ha intentado dejar constancia en apartados anteriores, son muchos los factores que dilatan estos procesos, impidiendo realizarlos con éxito.

Uno de esos factores es la situación en la cual se encuentra la mujer a la hora de iniciar esta técnica. No podemos olvidar que acaba de sufrir la pérdida de su pareja y con ello un giro de 360° en su vida. Es por ello que este factor sentimental puede en muchas

¹¹⁴ II Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Abril 2000). <http://www.cnb.csic.es/~transimp/IIinformeCNRHA.pdf>

ocasiones, siendo totalmente lógico y comprensible, retrasar la toma de esta decisión por parte de la mujer.

Además, debemos añadir que en muchas ocasiones, para llegar a conseguir con éxito un embarazo, no basta con realizar un intento, sino varios, ya que la mujer puede que no llegue a quedarse embarazada con la primera fecundación asistida, siendo necesario insistir en varias ocasiones para lograr el objetivo.

III.- Puede apreciarse como estos factores hacen realmente difícil que se llegue a conseguir el embarazo de la mujer en tan solo el plazo de un año. Sin embargo, es preciso destacar aquí la incertidumbre que se deriva de los artículos que regulan esta práctica, tanto en el derecho común como en el Derecho catalán.

En el caso de la Ley 14/2006 parece derivarse del sentido literal del precepto que el plazo para iniciar el proceso y conseguir el embarazo es de un año estrictamente, lo que, tal y como hemos explicado se hace realmente difícil en la práctica.

Sin embargo si nos referimos a este supuesto en el derecho catalán, el artículo que regula esta técnica parece los 270 días es un plazo para iniciar el proceso. Ojo. Iniciar un proceso que quizá no tenga éxito en el primer intento, pero que si se ha iniciado en el plazo de 12 meses, podrá seguirse llevando a cabo hasta que se consiga el objetivo propuesto, no como lo que sucede en el derecho común donde parece deducirse que si a los 12 meses no se ha conseguido el embarazo, no se podrá continuar con esta técnica.

IV.- En definitiva, sin olvidar el adelanto de España en esta materia respecto de otros países, siguen existiendo aún muchas incertidumbres, contradicciones y carencias que hacen realmente difícil que esta posibilidad que se oferta en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida pueda llegar a alcanzar el éxito en la mayoría de los casos.

Es por ello que quizá sea necesaria una revisión jurídica de la fecundación post mortem en la Ley 14/2006, con el objetivo de intentar ajustarla a las necesidades que surgen en la práctica. Regulación que debería diferenciar entre el plazo para tomar la decisión de llevar a cabo un embarazo, y el plazo para conseguir un embarazo desde el momento en el que la decisión ya está tomada, debido a que en la mayoría de los casos, el procedimiento se alarga mucho más allá del año permitido en la ley.

BIBLIOGRAFÍA:

- ARMIJO SUÁREZ, O: “*Nuevas aplicaciones de las Técnicas de Reproducción Asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad*” en “*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*” Madrid, 2015.
-
- ASENSIO, M. BOADA, A. VEIGA, P.N. BARRI : “*Opinión de las parejas sobre el futuro de sus embriones pasados 5 años de congelación*”. Servicio de Medicina de la Reproducción. Departamento de Obstetricia y Ginecología. Institut Universitari Dexeus. Barcelona. *Prog Obstet Ginecol* 2001;44:199-204.
- BENAVENTE MOREDA, P. Y ARNÓS AMORÓS, E: “*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*” Madrid, 2015.
- DE VERDA Y BEAMONTE J.R: “*Reproducción Humana Asistida*” Revista Boliviana de Derecho nº8, julio 2009, ISSN 2070-8157.
- F. ZEGERS-HOCHSCHILD, G.D. ADAMSON, J. DE MOUZON, O. ISHIARA, R. MANOSUR, K. NYGREN, E. SULLIVAN, S.: “*Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*”. Noviembre, 2009
- FERNÁNDEZ CANALES, C: “*La fecundación post mortem en la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida y la problemática jurídica en torno al superpóstumo*” en “*La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*” Editorial Comares, S. L., Granada, 2016
- FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L: Tesis Doctoral “*El Derecho a la Identidad: Tratamiento especial del Derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad*”. Universidad de Cantabria. Febrero 2016.

- ZEGERS HOCHSCHILD, G.D. ADAMSON,, J. DE MOUZON, O. ISHIARA, R. NYGREN, E. SULLIVAN, S.: “*Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Commitee for monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*” Noviembre, 2009.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, D: “*Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española*”. Déreito. 2008, vol 17, núm 2.
- GODOY VÁZQUEZ, M: “*Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario.*” Dykinson, 2014.
- HERRERA, M: “*Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada*”. Rev. IUS vol.11 no.39 Puebla ene./jun. 2017
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: “*La reproducción asistida y su régimen jurídico*”. Editorial Reus, Madrid, 2012.
- LIBRO BLANCO SOCIOSANITARIO “*La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas*”. Editor: Roberto Matorras Weinig.
- MATORRAS WEINING, R: “*La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas*” *Imago Concept & Image Development, S.L.*, Madrid, 2011.
- MÚÑOZ DE LA FUENTE, Y., Memoria del Máster en Derecho de Familia, Infancia y Adopción: “*La fecundación post mortem*”. Universidad de Barcelona, Septiembre 2010
- PALACIOS ALONSO, M: “*Prólogo al Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "In vitro" y la Inseminación Artificial Humanas*” del Congreso de los Diputados. Madrid, 1986.
- RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M: “*La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico*”. Rev. boliv. de derecho nº 20, julio 2015.

- SEHNERT, B. CHETKOWSKI, R.J.: “ *Secondary donation of frozen embryos is more common after pregnancy initiation with donated eggs than after in vitro fertilization-embryo transfer and gamete intrafallopian transfer. Fertil Steril*” 1998; 69: 350-352.

- SOUTO PAZ, J.A.: “*El informe Palacios y la Ley Reproducción Asistida*”, 2006

NORMATIVA

- Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- II Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Abril 2000).
- Informe Warnock

- Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, hecho en París el 12 de enero de 1998. «BOE» núm. 52, de 1 de marzo de 2001.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Publicado en BOE, núm. 126, de 27 de 5 de 2006.
- Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Art. 235-8. publicado en DOGC núm. 5686 de 05 de Agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de Agosto de 2010.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE» núm. 282, de 24 de noviembre de 1988
- Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Vigente hasta el 28 de Mayo de 2006). Publicado en BOE núm. 280 de 22 de Noviembre de 2003
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. BOE núm 281, de 24/11/1995.
- Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana. Publicado en BOE de 23 de Marzo de 1996
- Vigencia desde 23 de Noviembre de 2003. Esta revisión vigente desde 23 de Noviembre de 2003 hasta 28 de Mayo de 2006

WEBSITES

- “37 años de avance continuo. La historia de la reproducción asistida en fechas”
<http://www.tahefertilidad.es/37-anos-de-avance-continuo-la-historia-de-la-reproduccion-asistida-en-fechas/>
- “Louise Brown, primera niña probeta, cumple 25 años”:
<http://www.tahefertilidad.es/37-anos-de-avance-continuo-la-historia-de-la-reproduccion-asistida-en-fechas/>
- ARGENTE, D.: “Con IVI, ser madre después del cáncer es posible”
<https://ivi.es/notas/con-ivi-ser-madre-despues-del-cancer-es-posible/> 19 de Noviembre de 2016.
- BALLESTEROS, S: “La enfermedad que padecen 170 millones de mujeres”
http://cadenaser.com/ser/2017/03/24/sociedad/1490380819_317437.html Madrid 25 de marzo de 2017.
- CAÑIZARES, R.: “Fecundación post mortem y determinación de la paternidad”
http://www.abogadofamilia.es/detalle-novedades-legislativas.php?news_id=21
- VEGA, M. “Regulación de la reproducción asistida en el ámbito europeo. Derecho comparado”, <http://www.bioeticaweb.com/content/view/275/765/lang,es/>, fecha de consulta: 2 de mayo de 2017.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana (8 de marzo de 2005).
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/493/09/PDF/N0449309.pdf?OpenElement>
- Fpmybioetica: “La fecundación "post mortem" en la legislación extranjera”.
<http://fpmybioetica.blogspot.es/1473724376/la-fecundacion-post-mortem-en-la-legislacion-extranjera/> 13-09-2016 en FPM EN EL MUNDO.

- GONZÁLEZ, G. para El Mundo: “Atrapada entre dos legalidades”. Barcelona, 22/03/2017. http://cadenaser.com/ser/2017/03/24/sociedad/1490380819_317437.html
- <http://institutomarques.com/>
- [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI2&PIECE=IWI2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=2-2&QUERY=\(I\).ACIN1.+%26+\(150\).SINI](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI2&PIECE=IWI2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=2-2&QUERY=(I).ACIN1.+%26+(150).SINI).
- <http://www.laendometriosis.com/> Madrid, 2017.
- <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/dgp/>
- <https://www.eugin.es/>
- II Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Abril 2000). Accesible en <http://www.cnb.csic.es/~transimp/IIinformeCNRHA.pdf>
- JIMÉNEZ CANO, R.: “Facebook y Apple ofrecen congelar los óvulos a sus empleadas”
http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/10/15/actualidad/1413333970_087854.htm
15 de Octubre de 2014.
- JOUVE DE LA BARREDA, N.: “Lo que dice la Biología sobre el comienzo de la vida humana individual” <https://www.bioeticaweb.com/lo-que-dice-la-biologasa-sobre-el-comienzo-de-la-vida-humana-individual/> 2/12/2006
- LÓPEZ, A: para El Mundo: “España es el país de Europa donde se realizan más fecundaciones *in vitro*”
<http://www.elmundo.es/salud/2016/05/19/573dad05468aeb627d8b4694.html>. Madrid, 20/5/2016
- LÓPEZ.TEJIÓN, M.: “El destino de los embriones congelados”
<http://www.elblogdelafertilidad.com/el-destino-de-los-embriones-congelados>.

- POCH, R. para El País. 2016: “*Francia autoriza la inseminación post mórtem de una viuda española*”.
<http://www.lavanguardia.com/vida/20160601/402185528956/francia-inseminacion-post-mortem-viuda-espanola.html>

- RODRIGO, A.: “*¿Es lo mismo donación que adopción de embriones?*”
<https://www.reproduccionasistida.org/donacion-de-embriones/> 24/10/2016

- RODRIGO, A.: “*Embriones sobrantes de fecundación in vitro*”
<https://www.reproduccionasistida.org/embriones-sobrantes-de-fecundacion-in-vitro>

- SALGADO, S.: “*Preservación de la fertilidad: congelar óvulos y esperma*”
<https://www.reproduccionasistida.org/preservacion-de-la-fertilidad/> 28/10/2016

- www.mjusticia.es/bmj